



universidad
de león

Grado en Derecho
Facultad de Derecho
Universidad de León
Curso 2014/2015

EL DERECHO DE DESISTIMIENTO EN LOS CONTRATOS A DISTANCIA

(The right of withdrawal in distance contracts)

Realizado por la alumna Dña. Ana Amigo Ferrer

Tutorizado por la Profesora Dra. Dña. Helena Díez García

ÍNDICE

1. RESUMEN DEL TRABAJO	6
2. OBJETO DEL TRABAJO.....	8
3. DESCRIPCIÓN DE LA METODOLOGÍA EMPLEADA	10
4. EL DERECHO DE DESISTIMIENTO EN LOS CONTRATOS A DISTANCIA ...	11
4.1. CONTRATOS A DISTANCIA.....	11
4.1.1 Introducción.....	11
4.1.2 Clasificación de la contratación a distancia.....	13
4.1.3 La contratación electrónica y el comercio electrónico	16
4.1.4 Los contratos a distancia y los contratos celebrados fuera del establecimiento mercantil	19
4.1.5 Regulación	21
4.1.6 Ámbito de aplicación.....	24
4.1.7 Sujetos que intervienen.....	26
4.1.8 Información precontractual y el deber de información	26
4.1.9 La estructura del contrato en internet	32
4.1.10. Requisitos formales del contrato a distancia	34
4.1.11 Conclusión práctica	35
4.2 EL DERECHO DE DESISTIMIENTO.....	43
4.2.1 Concepto.....	43
4.2.2 Ejercicio del derecho de desistimiento	45
4.2.3 Supuestos excluidos del derecho a desistir.....	49
4.2.4 Plazo para ejercitar el desistimiento	50
4.2.5 Nulidad cláusulas.....	51
4.2.6 El deber de información sobre el derecho de desistimiento y la sanción a su contravención.....	52

4.2.7 Plazos.....	55
4.2.8 Cómo se desiste en la actualidad	57
4.2.9 La forma necesaria para desistir	58
4.2.10 Efectos del desistimiento	59
4.2.11 El deber de reembolso	61
4.2.12 Las obligaciones del consumidor	64
4.2.13 Devolución del bien.....	64
4.2.14 La disminución del valor del bien	66
4.2.15 Responsabilidad del consumidor por disminución del valor del bien	67
4.2.16 Contradicciones normativas	67
4.2.17 El desistimiento en los contratos complementarios o conexos.....	68
4.2.18 Conclusión práctica	68
4.2.19 El derecho de desistimiento en la praxis judicial	71
5. CONCLUSIONES.....	75
6. BIBLIOGRAFÍA	78
1. Referencias bibliográficas	78
2. Páginas web	80
7. ANEXOS de formularios de páginas web para desistir.	81
7.1 ANEXO I.....	81
7.2 ANEXO II	82

ÍNDICE DE ABREVIATURAS

BOE: Boletín Oficial del Estado.

CC: Código Civil.

CCOM:

DCC: Directiva 2011/83/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores.

LCGC: Ley 7/1998, de 13 de abril, de Condiciones Generales de la Contratación.

LISSCE: Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y del Comercio Electrónico.

LOCM: Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista.

LVPBM: Ley 28/1998, de 13 de julio, de Venta a plazos de bienes muebles.

P: Página.

PP: Páginas.

S: Sentencia.

TRLCU: Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, aprobada mediante Real Decreto Legislativo 1/2007, de 15 de noviembre.

TS: Tribunal Supremo.

UE: Unión Europea.

1. RESUMEN DEL TRABAJO

El presente trabajo expone el estudio de las nuevas formas de comunicación que han supuesto una modificación en la regulación de los contratos celebrados a distancia, que sufren un cambio radical debido sobre todo a la aparición de Internet. La Directiva 2011/83/UE pretende dar solución a esta nueva forma de celebrar los contratos con consumidores. En España este instrumento jurídico comunitario ha sido incorporado a nuestro ordenamiento jurídico interno a través de la Ley 3/2014, por la que se modifica el TRLCU. En la práctica surgen numerosos problemas entre las partes a la hora de contratar a través de esta modalidad negocial, derivados de la ambigüedad con la que los comerciantes o empresarios cumplen con sus deberes y obligaciones, la desinformación, irreflexión y la rapidez con la que se contrata, el incumplimiento de los plazos establecidos, etc. Para solventar en parte estos problemas, se reconoce a los consumidores un *derecho de desistimiento* ad nutum, que les permite liberarse del contrato libremente. Pero el ejercicio de este derecho del consumidor plantea nuevos problemas en la práctica cuya solución son objeto de tratamiento particularizado en el presente trabajo.

PALABRAS CLAVE: Contratos a distancia, consumidores, comerciante, derecho de desistimiento, internet, contratos fuera de establecimiento mercantil, comercio electrónico, información precontractual, efectos del desistimiento y reembolso.

ABSTRACT

The objective of this essay is to explain the new communication ways, which has led to modify the conditions of distance contacts, especially since Internet appeared. 2011/83/UE Directive tries to solve this new environment where contracts are carried out. In Spain, this new legal European instrument has been incorporated like 3/2014 Law, modifying TRLCU. In practice, several problems have appeared, due to loophole by dealers and businessmen requirements, disinformation, extreme fast contracts, loss of time limits, etc. To solve partly these problems, *right of withdrawal ad nutum* has been recognized to consumers, allowing them cancel the contract easily. This new

customer's right shows new problems in practice, which solution is the objective of this essay.

KEY WORDS: distance contracts, consumer, trader, Right of withdrawal, internet, contracts negotiated away from business premises, electronic commerce, contractual information, effects of withdrawal and repayment.

2. OBJETO DEL TRABAJO

Los contratos a distancia irrumpen en la actualidad como el resultado de la implantación de las nuevas tecnologías, originando así grandes problemas jurídicos no tratados hasta el momento. A estos problemas aspira a dar solución la Ley 3/2014, de 27 de marzo por la que se modifica el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, adaptando la legislación española a lo dispuesto por la Directiva 2011/83/UE, de 25 de octubre, referente a los derechos de los consumidores que deroga las Directivas 85/577 y CEE 97/7.

Esta Directiva aspira a la armonización legislativa a fin de crear un marco jurídico común europeo para reforzar el mercado interior. Esta nueva regulación establece nuevas definiciones de figuras que ya existían como “consumidor” o “contrato a distancia” para la unificación de conceptos en todos los estados miembros de la Unión Europea, impidiendo que éstos puedan ejercer su poder legislativo autónomo sobre los requisitos formales o de contenido, alejándose así del principio de armonización mínima por el que se regían Directivas anteriores.

Lo más importante de estos cambios normativos se ven reflejados en primer lugar, en la ampliación que se exige respecto de la información precontractual al consumidor y usuario, completando a la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio y la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico. En segundo lugar, en lo que respecta a la regulación y requisitos del desistimiento, además de añadirse un formulario europeo común, se amplía de los plazos para ejercitar esta facultad, así como el derecho y el derecho de reembolso. En tercer lugar, también contiene esta Directiva una nueva regulación de los gastos encubiertos o adicionales, así como de la contratación telefónica.

Las novedades más importantes que se introducen con estos cambios afectan a los contratos celebrados a distancia, por la inseguridad jurídica que produce el contratar sin poder examinar, con carácter previo a la perfección del contrato, el bien o servicio que se va a adquirir.

El estudio del derecho de desistimiento en los contratos a distancia resulta en definitiva importante y novedoso debido a las incoherencias y lagunas contenidas en la regulación anterior y que la nueva normativa pretende solventar. Cambios dirigidos a la obtención de un mayor nivel de protección del consumidor, para así facilitar un mercado común tanto nacional, como entre países no comunitarios y comunitarios mediante el refuerzo de la seguridad que se pretende ofrecer a estas transacciones transaccionales para así aumentar la confianza de los agentes que operan en el mercado.

3. DESCRIPCIÓN DE LA METODOLOGÍA EMPLEADA

Para el correcto desarrollo de este trabajo, ha sido necesaria la obtención de información a través de diversos tipos de fuentes para poder elaborar una concepción correcta tanto del contrato a distancia como del derecho de desistimiento, que son los puntos más importantes a tratar de este trabajo. Siendo necesario atender a diferentes leyes en el Boletín Oficial del Estado, desde las Directivas Europeas hasta la propia Constitución Española, que recoge la protección de los consumidores y usuarios en su artículo 51.

Otra fuente importante a la que acudir, son los libros doctrinales que recogen perfectamente los cambios adaptados a las nuevas necesidades de los consumidores, tanto libros anteriores a la reforma como posteriores; lo que permite realizar un estudio comparativo entre esas dos, regulaciones que regían el derecho de los consumidores en los contratos a distancia.

Destacar la labor de las revistas jurídicas, que dan una visión actual de esta reforma tan importante para los consumidores, cuando hace tan sólo un año de su entrada en vigor. Estas revistas impulsan los cambios de una forma breve y sintética que facilita la comprensión de la transposición en nuestro ordenamiento jurídico.

Existen también, blogs jurídicos que al igual que las revistas, aunque de un modo menos riguroso exponen de forma concreta y clara los cambios legislativos que imperan en la actualidad, facilitando la comprensión de la materia en muchas ocasiones.

Las páginas web de compraventa de bienes y servicios, son la fuente más realista de la aplicación práctica en la actualidad de estas normas que se presentan en el trabajo y de si los cambios y mejoras que introducen se ven reflejadas en la práctica.

Finalmente, el estudio de sentencias y autos, es la fuente más escasa, debido como ya se explica en el trabajo, a lo novedoso del cambio, es decir, a la reciente regulación de la materia que es objeto del presente trabajo.

4. EL DERECHO DE DESISTIMIENTO EN LOS CONTRATOS A DISTANCIA

4.1. CONTRATOS A DISTANCIA

4.1.1 Introducción

En los últimos veinte años la tecnología ha avanzado de manera vertiginosa, teniendo el legislador español que modificar las normas a medida que avanzaba la tecnología y se descubrían nuevas formas de comunicación, diferentes de las conocidas hasta ahora. Es decir, el legislador ha intentado solucionar los problemas jurídicos que han podido surgir de estas nuevas tecnologías de la información que utilizan las empresas; en concreto en el sector del comercio electrónico¹.

Uno de los mejores ejemplos de estas nuevas formas de comunicación es Internet, que ha modificado el ámbito de la contratación introduciendo los contratos llamados como electrónicos², que son aquéllos realizados a través de aplicaciones de internet, tales como el correo electrónico o el chat, sin olvidar el fax, télex, y algunos nuevos como el móvil, m-commerce³ o las redes sociales, como la aplicación whatsapp⁴, por la que se están empezando a realizar todo tipo de contratos además de la puesta en

¹ GONZÁLEZ DE ALAIZA CARDONA, J.J. “Contratación con consumidores, contratos de adhesión y contratación electrónica, contratos con finalidad traslativa de dominio, contratos de cesión temporal de uso y disfrute” en *“Tratado de contratos”*. Dir. BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, R. Tomo II. Madrid: Ed. Tirant lo Blanch, 2009, p.:1680.

² No deben entenderse como una nueva categoría contractual, sino una nueva forma de celebrar el contrato, distinta a la tradicional hasta ahora, ya que la principal característica de estos contratos es que no es necesaria la presencia física simultánea de las partes, algo esencial para la contratación tradicional.

³ GOICOECHEA, E. “M-commerce: El futuro del comercio electrónico”. En el sitio web de Innoquant Blog. Disponible en: <http://blog.innoquant.com/2013/12/m-commerce-el-futuro-del-comercio-electronico/>. Nueva forma de interacción de los consumidores en el mercado, se señala que a través de cualquier dispositivo móvil, se pueden realizar transferencias de dinero, compras, servicio de geolocalización, mobile marketing, etc. Un 30% de los usuarios móviles en España ha realizado algún tipo de compra desde su teléfono, según datos de la MMA Spain (Mobile Marketing Association Spain).

⁴ Aplicación de mensajería instantánea de pago para teléfonos con sistemas iOS, Android, Windows, iPhone, BlackBerry y OS, para el envío y recepción de mensajes a través de internet.

contacto entre las partes y que supondrá en un futuro un nuevo conflicto jurídico para el legislador al no tratarse de contratos electrónicos ni de SMS⁵.

Por ello es necesario aclarar cuál es la definición de contrato a distancia⁶. De acuerdo con el artículo 2 DCC, debe reputarse como tal, “*todo contrato celebrado entre un comerciante y un consumidor en el marco de un sistema organizado de venta o prestación de servicios a distancia, sin la presencia física simultánea del comerciante y del consumidor, y en el que se han utilizado exclusivamente una o más técnicas de comunicación a distancia hasta el momento en que se celebra el contrato y en la propia celebración del mismo*”. La contratación a distancia cuenta con tres fases; en primer lugar, el consumidor recibe una oferta de un servicio o producto a través de una descripción, ya sea oral, escrita o visual, **que debe contener el precio y características del mismo**; en segundo lugar, se realiza el correspondiente pedido del producto o servicio, que corresponde a la aceptación y por último, el consumidor recibe ese producto.

En los contratos a distancia es innecesaria la presencia física simultánea de ambas partes, tanto del empresario como del consumidor, bien respecto de la oferta que realiza el primero, como para ponerse en contacto el segundo y aceptar. Ésta, a su vez, es una de las principales características que diferencia a los contratos celebrados a distancia de los contratos celebrados fuera del establecimiento mercantil, porque en esta última modalidad negocial, el empresario debe ponerse en contacto con el consumidor. Así lo establece la Directiva 83/2011 que imponía al ordenamiento español modificar sustancialmente⁷ su ordenamiento interno dando un nuevo concepto de contrato a distancia y contrato fuera del establecimiento mercantil y que ha dado lugar a la reforma de los artículos 60 y 97 TRLCU, ampliando también el contenido de la información que debe suministrar el empresario o comerciante.

⁵ El “Servicio de mensajes simples”, del inglés *Short Message Service*, supone el envío de mensajes cortos a través del teléfono móvil.

⁶ LASARTE ÁLVAREZ, C. “*Manual sobre protección de consumidores y usuarios*”. Sexta edición. Madrid. Ed. Dykinson, 2015. p.:165.

⁷ REPRESA POLO, M.P. Capítulo 6. “Requisitos de información de los contratos a distancia y los contratos celebrados fuera del establecimiento”. En: DÍAZ ALABART, S. “*Contratos a distancia y contratos fuera del establecimiento mercantil*”. Madrid. Ed. Reus. S.A, 2014. Pp.: 138-142.

Además de esta diferencia clara, otra a destacar es la del tiempo suficiente para reflexionar la decisión que tienen los consumidores en ambos contratos, pues en los contratos a distancia pueden producirse objeciones respecto de que el producto no sea el ofertado o publicitado, esté defectuoso o sea otra mercancía totalmente distinta la recibida a la ofertada. A este respecto, conviene aclarar que existen ofertas a distancia, que no necesariamente se perfeccionan a distancia. La diferencia a veces, sin embargo, no es tan nítida, debido a las prácticas comerciales agresivas propias de los contratos fuera del establecimiento mercantil. La distinción radica en que los contratos a distancia no hay posibilidad alguna para el consumidor de examinar físicamente y comprobar el producto, aunque a veces, tampoco exista dicha posibilidad en los contratos fuera del establecimiento mercantil, pues la venta se puede realizar a partir de un catálogo o de simple una muestra que ofrece el vendedor.

Para estos casos y para paliar los inconvenientes que, para el consumidor, derivan de estos contratos, existe el desistimiento unilateral⁸, que consiste en un periodo que se le concede al usuario o consumidor para privar de eficacia al contrato⁹, aunque no tiene por objeto que el consumidor pueda reflexionar su decisión, sino que con tranquilidad y calma, pueda durante ese tiempo examinar el producto o servicio comprado y valorar si es conforme a sus necesidades. Así resulta claramente de lo dispuesto en el art. 9 DCC: *“Salvo en caso de aplicación de las excepciones establecidas en el artículo 16, el consumidor dispondrá de un período de 14 días para desistir de un contrato a distancia o celebrado fuera del establecimiento, sin indicar el motivo y sin incurrir en ningún coste distinto de los previstos en el artículo 13, apartado 2, y en el artículo 14”*.

4.1.2 Clasificación de la contratación a distancia

⁸ Entre otros, vid. Por ejemplo. KLEIN, M. *“El desistimiento unilateral del contrato”*. Madrid. Ed. Civitas, 1997. p.: 134-140. en relación al desistimiento, v. también ÁLVAREZ MORENO, T., *“Contratos a distancia fuera del establecimiento mercantil. Comentario a la Directiva 2011/83 (Adaptado a la Ley 3/2014, de modificación de la TRLCU)”*, Madrid. Ed. Reus. S.A, 2014. BALDERAS BLANCO, S., *“La eficiencia de la información precontractual sobre el derecho de desistimiento en contratos a distancia”*. Revista Diario La Ley, 8 de octubre de 2014, ef. La Ley 6584/2014.

⁹ MENDOZA LOSADA, A., *“Los contratos a distancia y celebrado fuera de establecimiento mercantil tras la Directiva 2011/83/UE. Relación con la Directiva de Comercio Electrónico y la Dirección de Servicios”*. Revista CESCO, nº 1/2012.

Los contratos a distancia se pueden clasificar en primer lugar, atendiendo a las formas de comunicación que se realizan entre las partes del contrato a través de las nuevas formas de comunicación, tales como, páginas web, correo electrónico, etc. Cada una de ellas da lugar a una pluralidad de regímenes jurídicos.

Para establecer esta clasificación es necesario el estudio de los diferentes tipos de soportes a través de los que se ha podido contratar a distancia a lo largo de la historia, comenzando por el Intercambio electrónico de datos, EDI¹⁰ (*Electronic data interchange*) nueva forma de contratación electrónica creada por Naciones Unidas en los años 80, extendiéndose su uso a la Unión Europea en contratos de servicios y de productos. Se trata de una plataforma que permite el envío y recepción de documentos en su formato normalizado entre los sistemas informáticos de quienes participan en una relación comercial, optimiza los procesos administrativos y mejora el transporte (*EDIFACT*). Este sistema de intercambio electrónico de documentos sin intervención humana es utilizado sobre todo entre proveedores y suministradores con relación comercial continuada como son el sector del automóvil, turismo, bancario, farmacéutico, etc.

A raíz de lo anterior se desarrollan más soportes, que no se limitan al comercio electrónico en base a Internet¹¹, sino que abarca la llamada banda ancha (video-texto)¹², difusión (tele-compra), y fuera de línea (CD-ROM), redes empresariales privadas y

¹⁰ GONZÁLEZ DE ALAIZA CARDONA, J.J. “Contratación con consumidores, contratos de adhesión y contratación electrónica, contratos con finalidad traslativa de dominio, contratos de cesión temporal de uso y disfrute”. Tomo II. Madrid: Ed. Tirant lo Blanch, 2009, pp.: 1681-1682. En relación a estos contratos, v. también la monografía de González Gozalo, A., “*La formación del contrato tras la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico*”, ed. Comares, Granada 2004.

¹¹ Otra de las formas de clasificación dentro de los nuevos sistemas de comunicación a través de los que se pueden celebrar contratos más modernos que el histórico sistema EDI.

¹² El videotexto permite el acceso a grandes bases de datos mediante la línea telefónica. Hay empresas que a través del videotexto ofrecen distintos servicios, los más utilizados son: la consulta de guías telefónicas, que permite consultar desde una ciudad la guía telefónica de otra distinta. El acceso a cuentas bancarias, que permite hacer transferencias, consultar el saldo, realizar pagos, etc. La consulta de horarios de trenes, aviones, autobuses, zonas turísticas y todos los servicios que ofrecen las agencias de viajes. La tele-compra. o compra mediante un catálogo de artículos y precios que aparece en la pantalla de la computadora, indicando las ofertas, descuentos y demás. La empresa vendedora sirve los productos elegidos a domicilio.

nuevas formas híbridas como la publicidad televisiva digital (*infomercials*)¹³ y la respuesta inmediata por Red (pedido inmediato por *websites*).

En base a esto, se puede realizar una clasificación legal estricta y actualizada¹⁴, diferenciando aquellos contratos que se realizan por correo, en el que es enviado un mensaje impreso a través de un soporte para la oferta de productos o servicios a la clientela, lo que puede realizarse de varias formas:

1. Catálogo¹⁵, medio esencial utilizado por las empresas más importantes del sector. Pueden ser generales o especializados, además de que existen los mini-catálogos.
2. *Mailing*, (circular) publicidad postal, sobre un artículo o varios, que puede ser una orden de pedido o un sobre de respuesta. Puede tratarse de publicidad masiva o prospección por pequeños paquetes que se envían cada semana a un sector geográfico determinado, profesional o una combinación de ambos.
3. Anuncios en prensa, proporcionan al lector de un periódico, revista o semanario una compra inmediata, un catálogo con el fin de realizar posteriormente unos pedidos de venta por correspondencia.
4. Contratos por televisión, supone una revolución después de los anuncios en prensa, donde los productos o servicios aparecían ofertados de forma interactiva, normalmente anuncios que aparecían durante la emisión de un programa y con una duración mínima, por lo que el consumidor tras saber de qué producto o servicio se trata y de sus características podía comprar o contratar llamando por teléfono para adquirirlo de forma particular. Siendo la oferta a través de la televisión pero su aceptación por vía telefónica.

¹³ También conocido como “teletienda” o “programación pagada”, son anuncios de larga duración que se emite en una franja horaria determinada donde es difícil diferenciar si se trata o no de un programa de televisión. Ahora, con la TDT (Televisión Digital Terrestre) hay canales exclusivos que se dedican en exclusiva a la promoción de productos.

¹⁴ LASARTE ÁLVAREZ, C. “*Manual sobre protección de consumidores y usuarios*”. Sexta edición. Madrid. Ed. Dykinson, 2015. p.: 166.

¹⁵ El catálogo se presenta en formato papel, pero su perfeccionamiento a la hora de contratar puede hacerse mediante medios electrónicos.

5. Los contratos por radio¹⁶, tienen las mismas características que los contratos por televisión, exceptuando que los productos o servicios no se muestran. Simplemente se narran sus características principales y se informa de su precio, por lo que el consumidor debe imaginarlo cuando finalmente decide adquirirlo, también a través del teléfono o de una página web.

6. Las ofertas mediante uso de instrumentos informáticos o telemáticos¹⁷. Estos contratos son los realizados a través de internet, CD-ROM, páginas web o cualquier soporte que pueda contener productos o servicios que se oferten por una empresa y vayan dirigidos al consumidor. Generalmente son imágenes en la que se destacan las características de los productos o servicios, pudiendo también ser interactivos.

Ésta era la clasificación de contratos a distancia que se podían celebrar, antes de que surgiese internet como nueva forma de comunicación. Todas ellas hacen referencia a la oferta a distancia, pues entonces no existían prácticamente medios para celebrar el contrato a distancia si no fuese a través del teletexto o por teléfono; siendo así la precursora de los actuales contratos a distancia.

4.1.3 La contratación electrónica y el comercio electrónico

Es necesario realizar una definición en sentido amplio del comercio electrónico, para poder entender los contratos a distancia. Ante la falta de una definición exacta del comercio electrónico, cabe entender que es toda actividad comercial¹⁸ llevada a cabo mediante la utilización de herramientas electrónicas, con una relevancia para obtener **el perfeccionamiento de un negocio jurídico, además de que tales herramientas tengan una influencia real sobre la formación de la voluntad y el futuro acuerdo.**

Vista la definición de comercio electrónico, es necesario diferenciar las partes que intervienen en dichos contratos, artículos 3 a 7 del TRLCU, en primer lugar, el

¹⁶ Por radio se emitía la oferta a los futuros consumidores, estos podían contratar por teléfono, generalmente el que facilitaban a través de este medio.

¹⁷ Otra forma de clasificación son los contratos por teléfono. Puede tratarse de intervención humana o de un sistema automático de llamadas.

¹⁸ OLIVER CUELLO, R. “Fiscalidad internacional y comercio electrónico”. Revista de internet. Vol. 1, nº 9, 2009. Pp.: 2-6.

consumidor, que es aquella persona que se encuentra en un ámbito ajeno¹⁹ a la actividad empresarial, pudiendo darse la compraventa entre comerciantes y entre empresarios como se aclara más abajo, en segundo lugar, el productor, que es el fabricante del bien o prestador de servicios y en tercer lugar, el proveedor, que es el empresario que suministra los bienes o servicios, aunque estas definiciones ya están recogidas por las modificaciones que introduce la Ley 3/2014 en sus artículos 3 y 4. Para que esto se dé es necesario respecto de los sujetos que intervienen en la contratación que al menos uno de los contratantes sea profesional o realice un servicio a cambio de una remuneración, es decir a título oneroso, siendo de aplicación en estos casos las normas relativas a los servicios de la sociedad de la información.

Los sujetos que participan en el contrato, pueden variar, bien si se trata de B2C (*Business to consumer*) entre empresarios y consumidores, bien de B2B (*Business to Business*) entre empresarios o si es C2C (*consumer to consumer*) entre consumidores.

Otra cuestión importante del comercio electrónico y que hay que dejar bien definido es el producto, considerado como tal todo bien mueble corporal definido en el artículo 335 del Código Civil. Los bienes de consumo son bienes muebles corporales destinados al consumo privado, ya sean nuevos o de segunda mano. También en el TRLCU contiene el concepto de producto en su artículo 6 haciendo referencia al ya mencionado artículo 335 CC.

Con carácter general, este comercio electrónico se rige por lo establecido en la Ley 34/2002 de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico²⁰ en vigor desde el 12 de octubre de 2002 (LISSCE).

La contratación electrónica, es uno de los servicios de la sociedad de información²¹. La Directiva 98/34/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, 22 de

¹⁹ Una de las partes debe ser un consumidor para que sea de aplicación el TRLCU, pues es de aplicación exclusiva en defensa de los consumidores.

²⁰ GONZÁLEZ DE ALAIZA CARDONA, J.J. “Contratación con consumidores, contratos de adhesión y contratación electrónica, contratos con finalidad traslativa de dominio, contratos de cesión temporal de uso y disfrute”. Tomo II. Madrid: Ed. Tirant lo Blanch, 2009, Pp.: 1682-1688.

²¹ GONZÁLEZ DE ALAIZA CARDONA, J.J. “Contratación con consumidores, contratos de adhesión y contratación electrónica, contratos con finalidad traslativa de dominio, contratos de cesión temporal de uso y disfrute”. Tomo II. Madrid: Ed. Tirant lo Blanch, 2009, Pp.: 1682.

junio de 1998, modificada por el Reglamento 1025/2012, de 25 de octubre, los define del siguiente modo: *“Todo servicio prestado normalmente a título oneroso, a distancia, por vía electrónica y a petición individual del destinatario. El concepto de servicio de la sociedad de la información comprende también los servicios no remunerados por sus destinatarios, en la medida en que constituyan una actividad económica para el prestador de servicios.”*

Los prestadores de servicios de la sociedad de la información según el artículo 10 de la LISSCE están obligados a ofrecer una información general de manera permanente, sencilla, directa y gratuita, sobre su nombre o denominación social; si han necesitado autorizaciones administrativas y en el caso de que haya profesionales, quiénes son y el colegio profesional al que pertenecen.

Son servicios de la sociedad de la información²², entre otros y siempre que representen una actividad económica, los siguientes: La contratación de bienes o servicios por vía electrónica, la organización y gestión de subastas por medios electrónicos o de mercados y centros comerciales virtuales, la gestión de compras en la red por grupos de personas, el envío de comunicaciones comerciales, el suministro de información por vía telemática y el vídeo bajo demanda, como servicio en que el usuario puede seleccionar a través de la red, tanto el programa deseado como el momento de su suministro y recepción.

En cambio, no son servicios de la sociedad de información, los servicios prestados por medio de telefonía vocal, fax o télex, el intercambio de información por medio de correo electrónico u otro medio de comunicación electrónica equivalente para fines ajenos a la actividad económica de quienes lo utilizan, los servicios de radiodifusión televisiva (incluidos los servicios de cuasivídeo a la carta), contemplados en el artículo 3.a) de la Ley 25/1994, de 12 de julio, por la que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 89/552/CEE, del Consejo, de 3 de Octubre, sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva, o cualquier otra que la sustituya, los servicios de radiodifusión sonora y el teletexto televisivo y

²² La diferencia entre lo que se consideran servicios de la información y lo que no que se desprende de la LISSCE en su Anexo.

otros servicios equivalentes como las guías electrónicas de programas ofrecidas a través de las plataformas televisivas²³.

Resulta posible los servicios de la sociedad de la información en tres clases. Según GONZÁLEZ DE ALAIZA²⁴, en primer lugar los servicios de intermediación (acceso a internet); en segundo lugar, hay que distinguir los servicios de prestación de contenido *on line* u *off line*, y en tercer lugar, los servicios de suministro de información.

El comercio electrónico es definido en el Anexo de la Ley 34/2002, de 11 de julio de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio electrónico, como: *“toda forma de comunicación dirigida a la promoción, directa o indirecta, de la imagen o de los bienes o servicios de una empresa, organización o persona que realice una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional”*.

Es importante por ello, diferenciar entre los medios de perfeccionamiento del contrato, que se dividen en tres grupos que son, las páginas web interactivas, donde el perfeccionamiento es instantáneo; el correo electrónico o e-mails, que se produce una vez que el empresario ve el correo y el m-commerce o videoconferencias, también instantáneo respecto del perfeccionamiento.

Lo dicho hasta ahora es una simple mención a la evolución de la regulación del comercio electrónico y la contratación electrónica que existía en España, anterior a la entrada en vigor de las nuevas leyes que modifican el TRLCU; una visión amplia de lo que se entendía por comercio electrónico antes de que surgieran los contratos a distancia tal y como hoy los conocemos.

4.1.4 Los contratos a distancia y los contratos celebrados fuera del establecimiento mercantil

²³ GONZÁLEZ DE ALAIZA CARDONA, J.J. “Contratación con consumidores, contratos de adhesión y contratación electrónica, contratos con finalidad traslativa de dominio, contratos de cesión temporal de uso y disfrute”. Tomo II. Madrid: Ed. Tirant lo Blanch, 2009, Pp.: 1682-1683.

²⁴ GONZÁLEZ DE ALAIZA CARDONA, J.J. “Contratación con consumidores, contratos de adhesión y contratación electrónica, contratos con finalidad traslativa de dominio, contratos de cesión temporal de uso y disfrute”. Tomo II. Madrid: Ed. Tirant lo Blanch, 2009, P.: 1683.

Años atrás se regulaban por separado los contratos celebrados fuera del establecimiento mercantil y los contratos celebrados a distancia, por la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 1997 relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia y por la Directiva 577/85, de 20 de diciembre de 1985, referente a la protección de los consumidores en el caso de contratos negociados fuera de los establecimientos mercantiles. Todo cambia con la publicación de la Directiva 2011/83/UE²⁵, de 25 de octubre, y su incorporación posterior al Derecho interno español a través de la promulgación de la Ley 3/2014, que unifica la regulación de los contratos celebrados a distancia y de los celebrados fuera del establecimiento mercantil, acabando así con la dispersión normativa.

La Ley 3/2014, de 27 de marzo ha supuesto la refundición de la regulación de estos dos contratos en un solo capítulo, tal como explica en su preámbulo. Esta ley no tiene otro cometido que actualizar el contenido normativo de la TRLCU, título III, capítulo I, incorporando de una nueva definición²⁶ de contrato a distancia que abarca todos los casos de contratos entre empresarios y consumidores en el marco de un sistema organizado de venta o prestación de servicios a distancia²⁷, mediante una técnica de comunicación, internet, fax, télex, teléfono, etc, tal y como preveía el artículo 2 de la Directiva 2011/83/UE. Esta definición de contrato a distancia también abarca aquellas situaciones en las que el consumidor o usuario visita el establecimiento mercantil para recabar información de los bienes y servicios pero que celebra el contrato a distancia. Esta definición, sin embargo, no abarca aquellas páginas web en las que únicamente vengan establecidos datos del empresario sus bienes y los datos de contacto.

De otra parte, se determina que los contratos celebrados fuera del establecimiento mercantil, son aquellos en los que el empresario o comerciante toma contacto directo y

²⁵ RALUCA STROIE, I., “La Directiva 2011/83/UE, sobre los derechos de los consumidores, desde sus orígenes hasta la publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea”. Revista CESCO, nº1/2012.

²⁶ LASARTE ÁLVAREZ, C. “Manual sobre protección de consumidores y usuarios”. Sexta edición. Madrid. Ed. Dykinson, 2015. p.: 167.

²⁷ PINO ABAD, M.; SERRANO CAÑAS, J., “La incorporación de la Directiva 2011/83/UE al Derecho español y su incidencia en la regulación de los Contratos Celebrados Fuera de los Establecimientos Mercantiles”. Revista Diario La Ley, nº 8424, 2014.

físico con los consumidores, a los que se les ofrecen bienes o servicios, fuera de los locales habituales, (como la llamada venta puerta a puerta)²⁸.

Como características²⁹ concretas de los contratos celebrados fuera del establecimiento mercantil, resulta posible citar las siguientes:

1. El lugar donde se celebran los contratos no es el habitual reservado al comercio.
2. Se dirige a personas que no han manifestado su deseo de contratar, siendo un factor sorpresa que beneficia al empresario, porque es él quien decide el momento de la visita y frente a un cliente poco informado.
3. El comerciante ofrece generalmente un único producto, o varios de una misma marca, muchas veces con un precio superior al del mercado. Impidiendo que el consumidor compare los precios y la calidad que ofrece el producto.
4. La decisión del consumidor no es suficientemente formada, madura y reflexiva³⁰, debido a la rapidez con que se lleva a cabo la contratación.
5. Como no suele haber testigos, resulta difícil de probar que se ha sido víctima de un comportamiento abusivo, práctica comercial abusiva, salvo que se trate, como prevé el artículo 92.2.b) TRLCU de contratos celebrados durante una excursión organizada por el empresario con el fin de promocionar y vender productos o servicios al consumidor y usuario, es decir, en presencia de varias personas que podrían así actuar como testigos.

4.1.5 Regulación

4.1.5.1. Los contratos a distancia

Este tipo de contratos tuvo repercusión en Europa por la posible creación en un futuro de un mercado interior europeo que fuera consistente y real, siendo éste el

²⁸ De estos contratos deriva un problema hacia los consumidores que se encuentran vulnerables por la agresividad de esta política de venta, por lo que el consumidor a la hora de contratar, puede carecer de la voluntad suficiente, por lo que llegar a contratar de forma inútil o dispendiosa dado el exceso de confianza que se da con estas prácticas en las que acuden a tu domicilio, trabajo, etc.

²⁹ LASARTE ÁLVAREZ, C. *“Manual sobre protección de consumidores y usuarios”*. Sexta edición. Madrid. Ed. Dykinson, 2015. p.: 167.

³⁰ Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, Sala de lo Civil, (Sección 6ª), en Oviedo, a 23 de marzo de 2012, nº 91/2008, nº 32/2008.

objetivo de la Directiva de la Comisión de 20 de mayo de 1992, relativa a los contratos a distancia. Finalmente entró en vigor la Directiva 7/97, de 20 de mayo de 1997, de protección de los consumidores en materia de contratos a distancia, que es a la que sustituye la actual Directiva 2011/83/UE.

En relación al ámbito nacional, explica LASARTE ÁLVAREZ³¹, que fueron las CCAA las primeras en disponer de normativa específica sobre los contratos a distancia, y que el legislador estatal prefirió unificar dicha normativa en la primera regulación a nivel estatal, a través de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista (LOCM), en sus artículo 38 a 48, Sin embargo, a diferencia de lo que iba aconteciendo en Europa, esta normativa no sufrió modificación alguna hasta que, finalmente, con el objeto de trasponer la Directiva 7/97 al ordenamiento interno, se modificaron los referidos arts. 38 a 48 LOCM por medio de la Ley 47/2002, de 19 de diciembre.

En 2007 se aprueba el TRLCU, por el RDLeg. 1/2007, de 16 de diciembre que dedicó el título III del Libro II a los contratos celebrados a distancia, arts. 92 a 106; lo que supuso también una nueva modificación de la LOCM, que vio alterada la redacción de alguno de sus preceptos, tal y como se aclaraba en el propio preámbulo de este Cuerpo Legal.³²

Finalmente, la Directiva 2011/83/UE define el contrato a distancia como: *“todos los casos en que los contratos se celebran entre el comerciante y el consumidor en el marco de un sistema organizado de venta o prestación de servicios a distancia, exclusivamente mediante el uso de uno o varios medios de telecomunicación (venta por correo, Internet, teléfono o fax), hasta el momento en que se celebra el contrato, con inclusión de ese momento. Dicha definición debe cubrir también las situaciones en las que el consumidor únicamente visita el establecimiento mercantil de la empresa con el propósito de recabar información sobre los bienes o los servicios y la negociación y celebración subsiguiente del contrato tienen lugar a distancia”*.

³¹ LASARTE ÁLVAREZ, C. *“Manual sobre protección de consumidores y usuarios”*. Sexta edición. Madrid. Ed. Dykinson, 2015. p.: 168.

³² “Se incorporarán así al texto refundido las disposiciones destinadas a regular las relaciones jurídicas con los consumidores en los contratos a distancia de bienes y servicios, en materia de contratos a distancia y para la adaptación de la Ley a diversas directivas comunitarias”

4.1.5.2 Contratos celebrados fuera del establecimiento mercantil

Es la Directiva 577/85, de 20 de diciembre de 1985 la que regulaba por primera vez la protección a los consumidores que negocian fuera del establecimiento mercantil, pero en España no se transpuso esta normativa europea hasta la Ley 26/1991, de 21 de noviembre, que más tarde fue la LCFEM, que regulaba, de una parte, la necesidad de documentar el contrato en forma escrita y, de otra, también regulaba cómo el consumidor, podía revocar su consentimiento por medio del documento que obligatoriamente le debía entregar el comerciante, so pena de invalidez del contrato. Pero esta regulación, que perseguía la protección de la libertad contractual de los consumidores respecto de los contratos, se refundió en el TRLCU, en sus preceptos en el Título IV del Libro II, arts. 107 a 111³³.

4.1.5.3. La incorporación al derecho interno de la Directiva 2011/83/UE a través de la Ley 3/2014.

Se buscaba en Europa la unificación definitiva³⁴ de la regulación de los contratos a distancia y de los celebrados fuera del establecimiento mercantil. Esta uniformidad concluye en la Ley 3/2014, de 27 de marzo, que incorpora al derecho español la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011 sobre la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, derogando la normativa europea vigente como son las Directivas 85/577/CEE del Consejo y la 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo. Y estableciendo un nuevo marco legal en esta materia, que se transpone en el TRLCU, arts. 92 a 113, conforme a la Ley 3/2004³⁵.

Con esta nueva regulación se amplía la obligación de la información precontractual que deben asumir los empresarios, completándose así los requisitos de información que ya establecían la Directiva 006/123/CE del Parlamento Europeo y del

³³ LASARTE ÁLVAREZ, C. “Manual sobre protección de consumidores y usuarios”. Sexta edición. Madrid. Ed. Dykinson, 2015. p.: 170.

³⁴ LASARTE ÁLVAREZ, C. “Manual sobre protección de consumidores y usuarios”. Sexta edición. Madrid. Ed. Dykinson, 2015. p.: 170. La unión Europea pretende la búsqueda en común de una única regulación para todos los Estados miembros que lo integran referente a la contratación a distancia.

³⁵ BERMÚDEZ BALLESTEROS, S. “El derecho de desistimiento en la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre derechos de los consumidores”. Revista CESCO, nº 1/2012. Pp.: 62-63.

Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior y sobre todo, la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular, el comercio electrónico. Además de ampliarse el contenido de la información, se prevé, como una especie de sanción, la ampliación del plazo para ejercitar el derecho de desistimiento en los casos en los que el empresario o profesional contraviene su deber de informar sobre este derecho que asiste al consumidor.

Asimismo, a través de la Ley 3/2014, se modifica el artículo décimo de la LOCM³⁶, que ahora pasa a remitirse, en cuanto al ejercicio del derecho de desistimiento a las previsiones del artículo 71 TRLCU.

Este artículo 71.1 TRLCU, redactado conforme a la Ley 3/2014, prevé la ampliación del periodo temporal de ejercicio del derecho al desistimiento a un plazo mínimo de 14 días naturales, frente al periodo de siete días naturales característico de la antigua regulación de protección de consumidores. Es el derecho de desistimiento se encuentra regulado en los arts. 102 a 108 TRLCU.

Se sigue, pues, la línea iniciada por la Ley 22/2007, de 11 de julio, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores, de protección de los consumidores respecto de los servicios financieros, que estipula un plazo de desistimiento de 14 días naturales o de 30 días naturales si se trata de seguros de vida. Sin embargo, se ha de aclarar que su artículo 10 que es donde se regula el derecho de desistimiento en este ámbito, incluye un listado con servicios financieros a los que no les será de aplicación dicha regulación, como son aquellos servicios financieros que dependan de fluctuaciones de los mercados, como son las operaciones de cambio de divisas o los préstamos o créditos hipotecarios.

4.1.6 Ámbito de aplicación

Al contemplarse, en el art. 92.1 TRLCU, unas disposiciones o normas comunes aplicables³⁷ tanto a los contratos a distancia, cuanto a los contratos fuera de

³⁶ Innecesario casi hacer referencia a esto ya que sus disposiciones legales carecen de sentido con la nueva Directiva, que establece que el único marco normativo de aplicación a los contratos a distancia sea el recogido en la TRLCU en su Título III, arts. 92 a 113.

establecimiento, pueden generarse serios problemas en la práctica ante una eventual colisión normativa entre la regulación prevista en el TRLCU y la contemplada en la LSSI; sobre todo, en los casos del “spam” y los correos electrónicos no deseados, en la medida en que esa regulación común puede obviar las particularidades del comercio electrónico y, a su vez, la regulación del comercio electrónico puede no contemplar particularidades inherentes a la contratación con consumidores.

En cuanto a los contratos celebrados fuera del establecimiento mercantil³⁸, existen dos excepciones, en primer lugar, aquéllos que se perfeccionan a distancia, una vez que se ha celebrado el contrato estando ambas partes presentes en un establecimiento mercantil, pero que por algún motivo no concluyeron de esa forma, siendo posteriormente a distancia, y en segundo lugar, los contratos que se puedan celebrar durante una excursión organizada por el empresario para promocionar sus productos. El ámbito de aplicación correspondiente a estos casos es el mismo que el de los contratos celebrados fuera del establecimiento mercantil, a pesar de no cumplir estrictamente con las condiciones exigidas legalmente para su consideración como contratos fuera de establecimiento.

Es sin embargo, el artículo 93 del TRLCU el que determina cuáles son los contratos que van a quedar excluidos de la aplicación de este régimen jurídico, como son los contratos de servicios sociales (vivienda social, apoyo a la familia, cuidado de niños y personas necesitadas, etc.); los contratos de servicios relacionados con la salud; los contratos de actividades de juego por dinero que supone apuestas de valor monetario, azar, lotería, casinos y apuestas; los contratos de servicios financieros a los que se aplica la Ley 22/2007; los contratos de creación, adquisición o transferencia de bienes inmuebles; los contratos para la construcción de edificios nuevos; los contratos de alquiler de alojamiento; los contratos relativos a los viajes o vacaciones combinadas; los contratos relativos a la protección de consumidores y usuarios con respecto a determinados aspectos de los contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración; los contratos en

³⁷ LASARTE ÁLVAREZ, C. “Manual sobre protección de consumidores y usuarios”. Sexta edición. Madrid. Ed. Dykinson, 2015. p.: 171.

³⁸ MARÍN LÓPEZ, M. J., “La Directiva 2011/83/UE: Esquema general, ámbito de aplicación, nivel de armonización y papel de los estados miembros”. Revista CESCO, nº 1/2012. P.: 12.

los que sea necesario la intervención de un fedatario público; los contratos para el suministro de productos alimenticios, bebidas u otros bienes de consumo; los contratos de servicios de transporte de pasajeros; los contratos celebrados mediante distribución automática o instalaciones comerciales automatizadas y los contratos celebrados con operadores de telecomunicaciones a través de teléfonos públicos.

4.1.7 Sujetos que intervienen

En los contratos a distancia pueden intervenir hasta tres³⁹ sujetos. Por un lado, el prestador de servicios de la sociedad de información o proveedor, que se refiere a aquellos establecidos en España y a los servicios que éstos prestan, que se fija dependiendo del lugar en que se realiza la gestión administrativa y la dirección de negocios, incluyendo también los establecimientos que se encuentran en la Unión Europea, cuando el destinatario se encuentre en España, y aquellas empresas que están en España y mantienen un comercio fuera del territorio nacional. En estos casos rige el principio de libre prestación de servicios.

Por otro lado el destinatario, que es toda persona física o jurídica que utiliza sea o no por motivos profesionales un servicio de la sociedad de la información, pudiendo ser un consumidor, empresa o profesional, artículo 3 TRLCU.

Y, finalmente, los particulares o el empresario. Dependiendo de si prestan un servicio de la sociedad de la información o no se les aplica la normativa recogida en la LSSI. En otro caso, se regirán por las normas generales de la contratación. (Código Civil, Código de Comercio o TRLCU).

En un contrato a distancia, pueden ser tres los sujetos que intervienen, pero no necesariamente, pudiendo ser solo dos, dependiendo de la condición de las partes que formalicen el contrato, pudiendo ser: B2C (*Business to consumer*) entre empresarios y consumidores, B2B (*Business to Business*) entre empresarios o si es C2C (*consumer to consumer*) entre consumidores.

4.1.8 Información precontractual y el deber de información

³⁹ GONZÁLEZ DE ALAIZA CARDONA, J.J. “Contratación con consumidores, contratos de adhesión y contratación electrónica, contratos con finalidad traslativa de dominio, contratos de cesión temporal de uso y disfrute”. Tomo II. Madrid: Ed. Tirant lo Blanch, 2009, Pp.: 1692.

En el Capítulo II del Libro III del TRLCU⁴⁰, dedicado a dicha materia, se contiene una regulación muy extensa, a pesar de ser pocos los artículos que lo componen, en los que se exige⁴¹ al empresario o suministrador de bienes y servicios que mantengan una conducta adecuada a la buena fe para la defensa y protección de los consumidores. No es ésta una regulación nueva en el derecho español, pues el deber de información como política de protección al consumidor ya se imponía con anterioridad tanto en la LSSI como en el TRLCU 1/2007, de 16 de noviembre, entre otros en sus artículos 97.1.c) y 60.

Este deber de información a cuenta del empresario es fundamental en los contratos que se celebran a distancia, dada la imposibilidad del consumidor de ver el producto y sus características en persona, llevando a la insatisfacción o a la decepción respecto del producto, después de que el consumidor o usuario ya se haya obligado.

La Directiva vigente impide a los Estados⁴² miembros de la Unión Europea imponer requisitos formales ni de contenido añadidos a los previstos por la misma Directiva a fin de conseguir, en este ámbito, una armonización legislativa plena.

Hay que entender también que lo establecido en la Directiva 2011/83/UE prevalece sobre todas las normas y prácticas comerciales con las que pudiera entrar en conflicto; es decir, en ningún caso una ley o práctica comercial podría ser más perjudicial para el consumidor, ni pedir menos requisitos que la Directiva. Si se diese el caso en que se perjudicase al consumidor, aquellas serían ineficaces e inaplicables⁴³. En cambio, si por ejemplo, una norma o el comerciante establecieran mejoras para el consumidor que no se contienen en la Directiva, éstas serían perfectamente eficaces y aplicables.

⁴⁰ Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, Boletín Oficial del Estado nº 287, de 30 de noviembre de 2007, arts. 97-101.

⁴¹ LASARTE ÁLVAREZ, C. *“Manual sobre protección de consumidores y usuarios”*. Sexta edición. Madrid. Ed. Dykinson, 2015. p.: 173.

⁴² MARÍN LÓPEZ, M. J., “La Directiva 2011/83/UE: Esquema general, ámbito de aplicación, nivel de armonización y papel de los estados miembros”. *Revista CESCO*, nº 1/2012. P.: 18.

⁴³ REPRESA POLO, M.P, Capítulo 6. “Requisitos de información de los contratos a distancia y los contratos celebrados fuera del establecimiento”. En: DÍAZ ALABART, S. *“Contratos a distancia y contratos fuera del establecimiento mercantil”*. Madrid. Ed. Reus. S.A, 2014. Pp.: 111-142.

En los casos en los que esta información precontractual no fuera aportada por el comerciante o lo hubiera sido de forma defectuosa, la Directiva calla sobre las consecuencias de la infracción de este deber de informar, salvo cuando la información afecta al derecho de desistimiento. Por lo que, en nuestro Derecho, ello obligará a recurrir a la aplicación de las soluciones contractuales generales que proporciona el Código Civil y el TRLDCU, que son; nulidad por faltar absolutamente el consentimiento; anulabilidad por vicios del consentimiento; resolución del contrato por incumplimiento y/o responsabilidad contractual.

La Directiva 2011/83/UE, sin afectar al principio espiritualista que nuestro Derecho refleja en el art. 1278 CC, se preocupa de regular los requisitos formales de estos contratos (arts. 7 y 8), pues, como resulta conocido, contratar por internet resulta muy sencillo, pero en ocasiones existe el peligro de una insuficiente reflexión y por tanto, de una válida formación del consentimiento.

. De otra parte, las pocas pistas que deja un contrato electrónico, que es volátil e intangible, pueden ocasionar también grandes problemas a la vez que no se puede saber de manera exacta si la declaración voluntad de las partes llega correctamente o no a la otra parte.

Para la celebración de los contratos a distancia es importante preguntarse, ¿Cómo puede el consumidor acceder a la información y qué información debe suministrarse? En el derecho español, rige la Ley 3/2014, de 27 de marzo que modifica el TRLDCU y la LISCE que sigue vigente sin modificaciones. Estas leyes pretenden regular un contenido esencial de la información que debe suministrarse en todo tipo de contrato de esta índole, para que se dé más seguridad jurídica y no se produzcan abusos, de acuerdo con lo dispuesto por la Directiva (artículos 5 a 8)⁴⁴:

A. Identidad del empresario. La Directiva dispone que el comerciante o empresario debe facilitar sus datos de contacto al consumidor; como nueva aportación, se le exige que establezca la dirección geográfica además de la postal. Arts. 5.1.c) y 6.b) y c).

⁴⁴ REPRESA POLO, P. Capítulo 6. “Requisitos de información de los contratos a distancia y los contratos celebrados fuera del establecimiento”. En: DÍAZ ALABART, S. “*Contratos a distancia y contratos fuera del establecimiento mercantil*”. Madrid. Ed. Reus. S.A, 2014. Pp.: 120-129.

B. Características esenciales de los bienes y servicios; dejar claro el objeto del contrato, que se determine el bien, importantísimo en los contratos a distancia; si esto fuera irregular el consumidor puede recurrir al ejercicio del derecho de desistimiento, arts. 5.1.a) y 6.1.a).

C. Precio, debe ser determinado antes de realizar la acción de compra, con el fin de que el consumidor pueda comparar más productos antes de celebrar el contrato. Arts. 5.1.c) y 6.1.e) y f).

D. Procedimiento de entrega y funcionamiento, se ha de informe al consumidor del momento en que se va a producir la entrega. En caso de que no se contemple en la información se aplicará el plazo máximo de entrega que son 30 días. Arts. 5.1.d) y 6.1.g).

E. Duración del contrato, condiciones de resolución y duración mínima de las obligaciones del consumidor. Arts. 5.1.f) y 6.1.f).

F. Plazo de validez de la oferta, no se contiene en la Directiva, ni en el TRLCU, solo en la LISSCE en su artículo 27.3, donde se exige que la información debe estar actualizada.

G. Sistema de tratamiento de las reclamaciones del cliente, así como la posibilidad de recurrir a un sistema alternativo de resolución de conflictos, el comerciante debe informar de los códigos de conducta a los que se ha adherido y la dirección donde el consumidor pueda presentar sus reclamaciones.

H. Información de la secuencia contractual, Artículo 27.2 LISSCE. El empresario debe informar de los trámites que se van a seguir durante el proceso.

I. Recordatorio de la existencia de la garantía legal, información de la existencia de garantía comercial, así como de la asistencia y servicio postventa, a fin de que el consumidor sea consciente de las garantías y derechos que le asisten. Arts. 5.1.l) y 6.1.l).

J. Derecho de desistimiento, el empresario ha de aportar en dicha información todo lo relativo al ejercicio del derecho de desistimiento; plazos, condiciones, procedimiento, etc. Puede incluir el Anexo I, letra B e informar que en caso de devolución deberá pagar

los gastos, y además informarle sobre los casos en los que pierde el derecho al desistimiento. Regulado en los arts. 60 a 97 TRLCU.

K. Existencia de condiciones generales. Debe poner el comerciante o empresario a disposición del consumidor las condiciones generales del contrato, siendo necesario que éstas puedan imprimirse y verse antes de que se acepte el contrato. Artículo 80 TRLCU. No siendo ello necesario en caso de que éstas se contengan en soporte duradero, artículo 59 bis TRLCU.

L. Existencia y condiciones de los depósitos u otras garantías financieras que el consumidor tenga que pagar o aportar a solicitud del comerciante. Artículo 6.1.q).

M. Información relativa a contenidos digitales, uso de programas conocidos por las partes. Artículo 5.1.g) y 6.1.r) y s).

La forma de presentar esta información varía si se trata de contratos celebrados a distancia o fuera del establecimiento mercantil. Aunque en ambos casos debe regir el principio del consentimiento informado.

Los contratos a distancia según el artículo 59 bis TRLCU deben celebrarse de forma que quede constancia de su existencia, su naturaleza y de la intención de las partes en comprometerse. Por ello es necesario que cumpla unos requisitos: que alerte a las partes de las consecuencias de concluir un contrato; que sea legible para todas las partes y sujetos que participen en él y que, a su vez, deje constancia de la operación sin que ésta pueda ser modificada posteriormente y, que las partes puedan disponer del texto del negocio en cualquier momento.

Con anterioridad a la Directiva 2011/83/UE, se obligaba al prestador de bienes o servicios a informar sobre todos los puntos antes mencionados de forma “clara, inequívoca y comprensible⁴⁵”. Actualmente también deben seguirse esas mismas pautas y, en caso de que no se den estos requisitos, se entenderán infringido el deber de informar.

⁴⁵ GONZÁLEZ DE ALAIZA CARDONA, J.J. “Contratación con consumidores, contratos de adhesión y contratación electrónica, contratos con finalidad traslativa de dominio, contratos de cesión temporal de uso y disfrute”. Tomo II. Madrid: Ed. Tirant lo Blanch, 2009, Pp.: 1698.

Las obligaciones de información precontractual se entenderán cumplidas cuando se ponga la información a disposición del destinatario. Por eso es necesaria la adaptación de la forma del suministro de la información a los distintos dispositivos que se pueden utilizar en la contratación a distancia, tales como, móviles, tablets, etc.

Así, se debe adaptar la información al dispositivo en que se ofrece la información, porque, en otro caso, no podría verse y/o almacenarse cuando el contrato se concertara a través de un dispositivo con pantalla de formato reducido. Dicha disposición de la información en estos dispositivos debe ser “permanente, gratuita y fácil””, sin costes para el consumidor y, por tanto, accesible. No obstante, pueden surgir dos problemas con estas adaptaciones. En primer lugar, que se re-direccione a otras páginas quedando la información en páginas anteriores y en segundo lugar, que la información enlazada se presente de forma equívoca o de forma que produzcan confusión en los consumidores; por ejemplo insertando la información con el nombre de “ayuda” o “?”. En tal hipótesis, habrá que entender, puesto que la información no resulta accesible para el consumidor, que el empresario habrá infringido su deber de informar.

Pues bien, si el empresario incumpliese el deber de información bien sea omitiendo dicha información a la que está obligado por la Directiva 83/2011 y por la reforma del TRLCU, ello supondrá como consecuencia, la no obligación del pago o gastos derivados de la devolución, la posibilidad de que el consumidor anule el contrato por vicios del consentimiento, artículo 1300 Código Civil o la resolución del contrato por incumplimiento, y en su caso la correspondiente sanción administrativa contenida en el artículo 49 TRLCU cuando se trate de publicidad engañosa o desleal. El artículo 38.4 e) de la LISSCE contempla otra sanción administrativa⁴⁶ por incumplimiento de este deber, pero obviando las consecuencias civiles de la infracción de dicho deber de información, previsión legal que no afecta a cualquier contrato⁴⁷ celebrado por vía electrónica, sino solo a los contratos en los que participe un prestador de servicios de la sociedad de la información.

⁴⁶ GONZÁLEZ DE ALAIZA CARDONA, J.J. “Contratación con consumidores, contratos de adhesión y contratación electrónica, contratos con finalidad traslativa de dominio, contratos de cesión temporal de uso y disfrute”. Tomo II. Madrid: Ed. Tirant lo Blanch, 2009, Pp.: 1700.

⁴⁷ Existen dos tipos de contratos excluidos que no pueden tener forma electrónica y son los recogidos en el artículo 23.4 LISSCE, los relativos al derecho de familia y sucesiones. Por otro lado, se excluyen, los contratos que requieran otorgamiento de escritura pública que se regirán por la legislación específica.

Existen dos excepciones en las que no existe este deber de informar. La primera afecta a los contratos perfeccionados a través de correo electrónico o e-mails. Existen dos problemas relacionados con el correo electrónico. El primero porque los e-mails no se mandan únicamente entre dos personas, sino que pueden ser enviados y afectar a una pluralidad de personas (Spamming), y el segundo que puede suceder es que ninguna de las dos partes sea un consumidor y de forma expresa o tácita acuerden las partes no someterse a dichas obligaciones de información.

Estas excepciones existen por la diferencia en el trato del deber de información cuando el contrato es entre consumidores y empresarios, porque hay una falta de igualdad entre las partes, mientras que entre empresarios rige el principio de buena fe de acuerdo con los usos mercantiles.

4.1.9 La estructura del contrato en internet

La estructura del contrato en internet⁴⁸ cuenta con unos pasos⁴⁹ técnicos a seguir para celebrar el contrato, que facilitan la identificación y corrección de errores en la introducción de datos.

1.Catálogo	2.Primer sección	3.Páginas recapitulativa	4. Confirmación del pedido
------------	------------------	-----------------------------	-------------------------------

Esta parte se expone en la página web en colores llamativos o con números para que el consumidor sea consciente de los datos y requisitos necesarios para celebrar el contrato. A este paso se le conoce como “rastros de migas”.

Entre estos pasos técnicos se intercalan datos como el número de la tarjeta de crédito, fecha de caducidad y entidad bancaria entre otros. Esta nueva forma se separa del *iter* contractual compuesto por oferta y aceptación.

⁴⁸ GONZÁLEZ DE ALAIZA CARDONA, J.J. “Contratación con consumidores, contratos de adhesión y contratación electrónica, contratos con finalidad traslativa de dominio, contratos de cesión temporal de uso y disfrute”. Tomo II. Madrid: Ed. Tirant lo Blanch, 2009, Pp.: 1701.

⁴⁹ Este apartado se refiere en exclusiva a los contratos celebrados a distancia a través de páginas web que son los que nos interesan, no de otras formas de contratar a distancia, pues se rigen por otros requisitos, la contratación telefónica, SMS o por fáj que no siguen el “rastros de migas”.

Las repercusiones en el ámbito civil en cuanto al incumplimiento o cumplimiento defectuoso no conllevarán sanción, salvo que se haya realizado el contrato de forma involuntaria siendo así el contrato nulo, pues sin el consentimiento el contrato es inexistente.

Son importantes los medios técnicos de identificación y corrección de errores, porque es tan fácil la contratación electrónica a través de un simple “clic⁵⁰”, que estos medios protegen al consumidor de los posibles riesgos de una contratación irreflexiva, obligando al consumidor a realizar un doble clic espaciado en el tiempo para que se forme su libre e informada voluntad. En caso de que no sea así, el contrato produciría los efectos de nulidad absoluta por faltar el consentimiento.

Existen contratos electrónicos celebrados por un prestador de servicios de la sociedad de la información con otros empresarios o con consumidores, por adhesión a una cláusula general, en base a las reglas de incorporación de las condiciones generales a los contratos electrónicos. Estos contratos se rigen por la LCGC.

Para que el contrato sea válido y eficaz es necesario exponer las formas de prestación de las condiciones generales, ya sea mediante suscripción, siendo obligatorio visitarlo para perfeccionar el contrato. Generalmente suele tratarse de un botón situado más abajo en el pie de página. Otro modo es a través de un enlace en la propia página web principal. Y finalmente, puede ser que estas condiciones generales sean enviadas al usuario por correo electrónico o bien pueden ser suministradas mediante un archivo de descarga. A pesar de la ambigüedad existente sobre la forma que ha de regir los contratos a distancia, debido a la pluralidad de tipos que existen, telefonía, internet, y aquellos otros en los que tampoco se puede suministrar toda la información que habría de proporcionarse al consumidor, resulta meritorio que, según el art. 98.1 TRLCU, esa información debe haber sido redactada de forma legible, clara y comprensible, en papel u otro soporte duradero y siempre de acuerdo con las exigencias de la buena fe contractual.

En los contratos electrónicos, que son los que nos interesan, no se pide que el comerciante facilite la información completa, pero sí que el consumidor disponga de un mínimo de información antes de contratar.

⁵⁰ Pulsar el botón izquierdo del ratón o mouse del ordenador para seleccionar lo que deseamos.

La información post-contractual es una confirmación de la aceptación, incluso estando formada correctamente la voluntad del adquirente, éste es posible que no tenga la seguridad de que su declaración ha sido recibida por la otra parte, ya que no quedan pruebas de ello. Prueba de ello es que el legislador comunitario pone de manifiesto un grave problema respecto de la formación del contrato, a la hora de hablar de la inseguridad jurídica en la celebración del contrato, poniendo como ejemplo la diferencia de significado jurídico del término “hacer clic” en los distintos Estados de la Unión Europea.

Por ello, el artículo 28.1 LISSCE, obliga al oferente a confirmar la recepción de la aceptación al que la hizo, siendo necesario que envíe el acuse de recibo de la aceptación sin la necesidad de incluir el contenido del contrato. La perfección del contrato no depende del acuse de recibo, ya que su finalidad es garantizar que las partes conozcan que el contrato se ha perfeccionado, pues se entiende que cuando se hallan en lugares distintos el que hizo la oferta y el que la aceptó, hay consentimiento desde que el oferente conoce la aceptación o desde que, habiéndosela remitido el aceptante, no pueda ignorarla sin faltar a la buena fe. El contrato, en tal caso, se presume celebrado en el lugar en que se hizo la oferta. Por tanto, lo contenido en el TRLCU debe entenderse como un requisito adicional a lo establecido por la LISSCE.

Como se trata de contratos a distancia, se aplicará el deber de información contenido en el artículo 98 TRLCU que establece que el consumidor o usuario debe recibir en forma escrita y en la lengua utilizada en la propuesta de contratación o en la lengua elegida por las partes la siguiente información contractual, una dirección del establecimiento del empresario donde el consumidor pueda enviar sus reclamaciones, los servicios de asistencia técnica u otros servicios postventa y finalmente las condiciones para la denuncia del contrato.

4.1.10. Requisitos formales del contrato a distancia

Los artículos 98 y 99 del TRLCU regulan los requisitos formales de los contratos⁵¹ ya sea a distancia o fuera del establecimiento mercantil, esto siempre contando con que la información precontractual ha sido suministrada, que se vea que la voluntad del

⁵¹ LASARTE ÁLVAREZ, C. *“Manual sobre protección de consumidores y usuarios”*. Sexta edición. Madrid. Ed. Dykinson, 2015. p.: 176.

consumidor ha sido formada y finalmente que el empresario proporcione al consumidor una confirmación o copia del contrato celebrado en papel o en cualquier otro soporte duradero. Supone una reiteración constante, pues quien recibe una oferta contractual no solicitada por él, carece ésta de valor alguno si se produce el silencio, conforme a la regla *qui tacet no non utique fatetur*, quien calla ni afirma ni niega; no le es vinculante.

A pesar de lo explicado en el párrafo anterior, debe tenerse en cuenta algunos problemas derivados de la forma del contrato celebrado a distancia, pues la Directiva en su artículo 3.5 dice que son los Estados miembros con su derecho contractual nacional quienes regularán la forma del contrato en aquellos casos en los que la Directiva no lo regule, solucionándolo el legislador español en el artículo 100 TRLCU que sanciona el deber de facilitar al consumidor o al usuario copia del contrato o confirmación del mismo⁵² con la nulidad del contrato. Suponiendo así que únicamente se tratará de nulidad cuando no se entregue al consumidor copia del documento contractual; imprescindible para éste, ya que es donde se cristaliza el derecho de información que se le reconoce a éste.

4.1.11 Conclusión práctica

Anteriormente se han visto las características principales que debe contener un contrato celebrado a distancia; es decir, cuando las partes no se encuentran físicamente en el mismo lugar, aclarando cómo debe ser ese contrato, su estructura, contenido, regulación, etc. Para el buen entendimiento de estos contratos es necesaria una visión práctica de lo comentado hasta ahora.

Aunque se trata de la celebración de contratos a través de internet u otros medios telemáticos y suele ser más fácil y más cómodo su celebración, lo cierto es que no es así, pudiendo suponer muchas más dificultades que si se realizase el contrato en un establecimiento mercantil, ya que a la hora de contratar existen problemas de ambigüedad respecto del producto ofertado y de las garantías que se ofrecen.

⁵² DÍEZ GARCÍA, H. “Contratos a distancia fuera del establecimiento mercantil. Comentario a la Directiva 2011/83 (Adaptado a la Ley 3/2014, de modificación de la TRLCU)”, Madrid. Ed. Reus. S.A, 2014”. En: DÍAZ ALABART, S. “*Contratos a distancia y contratos fuera del establecimiento mercantil*”. Madrid. Ed. Reus. S.A, 2014. Pp.: 148-162.

Para una mejor explicación es necesario hablar de algunas páginas *web* que podemos encontrar:

1. Por ejemplo la página web <http://www.segundamano.es>⁵³, que se refiere a la compraventa de bienes, simplemente es una página⁵⁴ en la que un particular o empresario oferta un producto; es decir, se limita a ofrece únicamente un contacto entre las partes para que en un futuro éstas celebren el contrato. Esto supone un alto riesgo sobre todo para el consumidor, pues la página *web* deja en manos de un particular o de un consumidor que informe de todos los derechos y garantías al consumidor sin ningún tipo de garantía de que lo vaya a hacer, pudiendo no dar la debida información precontractual, que la oferta pueda ser engañoso, que el producto no corresponda a la realidad, etc.

El peligro es que se pueda eludir la normativa de protección del consumidor, pues lo habitual será que el contrato se perfeccione, al menos aparentemente, entre particulares y que, en esa medida, éste escape del ámbito de aplicación del TRLDCU. Y que, por ejemplo, si el producto presenta luego defectos, no resulte aplicable el régimen de la garantía legal del vendedor previsto en dicho Texto Legal ante la falta de conformidad, sino el régimen del saneamiento por vicios ocultos y hay que tener en cuenta, en ese caso, el breve plazo para el ejercicio de las acciones edilicias -6 meses-

Como características de esta página, podemos citar las siguientes⁵⁵:

- A. Es una página que pone en contacto a las partes para contratar y para ello es necesario que éstas acepten de forma expresa las condiciones de uso y política de privacidad con anterioridad.
- B. Quien quiera ofertar bienes o servicios debe registrarse antes y comprometerse a no vulnerar con sus anuncios una serie de derechos fundamentales.

⁵³ “Condiciones generales de uso”, en el sitio web de Segunda mano. Disponible en: http://www.segundamano.es/condiciones-uso?ca=24_s

⁵⁴ Página web que utilizo como ejemplo práctico para una mejor explicación de la aplicación por los empresarios o comerciantes de la normativa adecuada y la ambigüedad con la que la exponen.

⁵⁵ Son los requisitos que se exponen en la página web a disposición de todo aquel interesado en algún producto.

- C. El Usuario reconoce que todos los elementos del Portal y de cada uno de los Servicios prestados a través del mismo, la información y materiales contenidos en el mismo, la estructura, selección, ordenación y presentación de sus contenidos y los programas de ordenador utilizados en relación con el mismo están protegidos por derechos de propiedad intelectual e industrial de SCM Spain o de terceros, salvo autorización expresa. Por tanto se hace recaer toda la responsabilidad sobre el oferente.
- D. No se garantiza el funcionamiento mismo del portal y los responsables del portal se eximen expresamente de toda responsabilidad.
- E. SCM Spain no garantiza que los Usuarios del Portal utilicen los contenidos y/o servicios del mismo de conformidad con la ley, la moral, el orden público, ni que las Condiciones Generales y, en su caso, las condiciones Particulares que resulten de aplicación. Asimismo, no garantiza la veracidad y exactitud, exhaustividad y/o autenticidad de los datos proporcionados por los Usuarios.
- F. Además, se señala que el Usuario reconoce y acepta que cualquier relación contractual o extracontractual que, en su caso, formalice con los anunciantes o terceras personas contactadas a través del Portal, así como su participación en concursos, promociones, compraventa de bienes o servicios, se entienden realizados única y exclusivamente entre el Usuario y el anunciante y/o tercera persona.

En consecuencia, el Usuario acepta que SCM Spain no tenga ningún tipo de responsabilidad por los daños o perjuicios de cualquier naturaleza ocasionados con motivo de sus negociaciones, conversaciones y/o relaciones contractuales o extracontractuales con los anunciantes o terceras personas físicas o jurídicas contactadas a través del Portal.

- G. Y por último se establece un extenso listado en el que se encarga de establecer la relación contractual entre la página y los terceros que ofertan en su página web. En este caso es más riguroso a la hora de establecer la responsabilidad de ambas partes por incumplimiento de los deberes contraídos, incluyendo de forma detallada sus garantías e indemnizaciones. Aquí se exige más responsabilidad a aquéllos que van a emitir oferta a través de la página web, porque en este caso la página web sí es directamente

responsable de lo que en ella se oferta, evitando la ambigüedad que se prefiere para otros ámbitos.

Es un claro ejemplo de abuso, desinformación para los consumidores y vulneración de sus derechos, ya que en modo alguno se garantiza, ni que el consumidor emita un real consentimiento informado ante la falta de información, ni asegura que pueda desistir del contrato, como así sucede, como se ha visto, en la regulación del contrato a distancia contenida en el TRLCU.

La página web de la que venimos hablando se define como “web de compra, venta y alquiler de productos de segunda mano, anuncios...”. Ésta definición provoca las dudas; lo que nos da a entender que se no quiere que se repunte como un intermediario entre particulares, pues entonces tendría que acatar lo establecido en el artículo 95 TRLCU *“los operadores de las técnicas de comunicación a distancia, entendiéndose por tales a las personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, que sean titulares de las técnicas de comunicación a distancia utilizadas por los empresarios, están obligados a procurar, en la medida de sus posibilidades y con la diligencia debida, que éstos respeten los derechos que este título reconoce a los consumidores y usuarios y cumplan las obligaciones que en él se les imponen”*.

A pesar de que esta página intenta no regirse por las leyes que imperan en España al respecto de los contratos a distancia, se podría considerar que afecta o vulnera a la Directiva, en sus artículos 6, pues en ocasiones se presenta “aquello⁵⁶” que se quiere vender sin aportar una imagen, con una definición vaga o muy general, con un precio que puede variar, pues nadie garantiza que sea el definitivo, pues lo impone el particular, sin el procedimiento de pago, y del derecho de desistimiento se nada dice. Se vulnera el artículo 6 DCC tanto si se considera como contrato a distancia como si se reputa como un contrato celebrado fuera del establecimiento mercantil.

Al no respetar el artículo 6 DCC que es uno de los más importantes, se vulneran a otros muchos preceptos de la Directiva como los artículos 7 a 14 DCC, así como los artículos 60, 60 bis, 71, 96, 97, 98, 99, 102, 104, 105, 106, 107 y 108 TRLCU.

⁵⁶ Referencia a “aquello”, porque no nos podemos referir únicamente a bienes, dada la amplitud de bienes que se ofertan, servicios, animales, trabajo, viviendas, etc. casi cualquier cosa, por esto no se puede referir a bienes o servicios en exclusiva.

2. El segundo ejemplo es la página web <http://www.ebay.es>⁵⁷, que es una plataforma de compraventa que permite a los usuarios ofrecer, vender y comprar prácticamente de todo⁵⁸, en una amplia variedad de formatos de precio y de ubicaciones. *Ebay*, no posee ninguno de los artículos en venta o vendidos a través de su plataforma, y no está involucrada la empresa en la transacción real entre compradores y vendedores. En sus condiciones de uso y política de privacidad expone⁵⁹:

- A. El contrato de compraventa se hace directamente entre el comprador y el vendedor, eBay ni controla ni garantiza, la existencia, calidad, seguridad o legalidad de los artículos anunciados; la veracidad o exactitud de los contenidos, anuncios o valoraciones de los usuarios; la capacidad de los vendedores para vender artículos; la capacidad de los compradores para pagar los artículos; o que un comprador o vendedor llegarán a formalizar una transacción o que el comprador pueda llegar a devolver un artículo.
- B. No se hacen responsables frente al consumidor por responsabilidad contractual o extracontractual (incluyendo negligencia) o de cualquier otra forma, por cualquier pérdida de negocio y lucro cesante, tales como la pérdida de datos, beneficios, ingresos, negocios, oportunidades, fondo de comercio, reputación o la interrupción del negocio, o por las pérdidas que no sean razonablemente previsibles que surjan, directa o indirectamente, en caso de que el que contrató sea incapaz, ni asume responsabilidad por deficiencias, fallos, errores o imprecisiones en los servicios.
- C. Aunque utilizan técnicas cuya finalidad es verificar la exactitud y veracidad de la información proporcionada por sus usuarios, la identificación de usuarios en Internet es difícil. eBay ni puede, ni confirma, ni asume responsabilidad alguna por garantizar, la exactitud o

⁵⁷ <http://pages.ebay.es/help/policies/user-agreement.html?rt=nc>, corresponde a las condiciones de uso que la empresa sostiene y que el consumidor debe aceptar para poder adquirir productos.

⁵⁸ Otra página web como ejemplo del posible incumplimiento por su ambigüedad de la última Directiva Europea que regula los contratos a distancia y por lo que el consumidor podría ejercer su derecho de desistimiento.

⁵⁹ Requisitos que se exponen en la página web, son de carácter general.

veracidad de las supuestas identidades de los usuarios o la validez de la información que nos proporcionan o que publiquen en nuestros sitios.

- D. Independientemente de lo establecido en los párrafos anteriores, si finalmente incurrieran en responsabilidad, su responsabilidad frente al consumidor, o frente a cualquier tercero, se limitará a la cantidad mayor del importe de las tarifas y comisiones en disputa que no podrá superar las tarifas totales abonadas a eBay en los 12 meses anteriores a la acción que dio origen a la responsabilidad, o bien 100 euros.
- E. También se aclara que la empresa limitará o excluirá su responsabilidad por falsedad, por muerte o lesiones personales causadas por negligencia o la negligencia de sus agentes o empleados o por cualquier otra responsabilidad que no pueda ser limitada o excluida por ley.

De *Ebay* destacar cómo se compra a través de este portal de forma breve una vez enumeradas sus condiciones de uso; un particular o comerciante⁶⁰ oferta un bien o servicio que desee vender. En el análisis de esta página se muestran los datos del comerciante de forma perfectamente detallada; respecto de las características de los bienes, acompaña una fotografía, donde se dice si el producto es usado o nuevo y el precio. También en inglés se detalla el tiempo en el que se recibirá el bien, (en la página se estima que tardan 24 horas aclarando, de forma expresa excepto festivos y fines de semana en llegar; a Europa por ejemplo añade un cuadro en el que se especifica que a Europa tarda entre 15 y 30 días)⁶¹.

Se señala también, que los gastos de aduanas serán a cargo del consumidor y remiten a que el consumidor o usuario se informe, a través de las autoridades fiscales,

⁶⁰ Diferenciar si a la hora de comprar o adquirir un bien o servicio quien lo oferta es un particular o un comerciante, que se aprecia a simple vista por el nombre o Nick que utiliza para ofertar productos en esa página web concreta. Si se trata de comerciantes se regula por el TRLCU, pero en caso de que se trate de particulares queda excluido su ámbito de aplicación. Aclarar que estas páginas web se rigen también por las normas del derecho mercantil y del derecho civil, pudiendo hacerse responsable incluso cuando se trata de contratos entre particulares.

⁶¹ La mayoría de los datos varían según el comerciante o empresario de que se trate, no son requisitos que imponga Ebay.es, sino que cada uno se hace responsable de lo que le parece, es un poco caótico, además de que el lenguaje en el que aparece puede variar.

si ello va a o no suponer gastos adicionales a la compra, diciendo de forma genérica que sus productos suelen llegar sin impuestos.

Para la devolución, dan 14 días e imputa los gastos de envío y manipulación al consumidor.

En el momento en que se pulsa el botón de compra se pasa a una nueva página en la que debe introducir el consumidor todos los datos para recibir el producto y finalmente se indica la forma de pago. Conviene aclarar que a medida que se van realizando operaciones, la cuantía del precio se incrementa. La oferta suele comenzar por un precio muy bajo y a medida que se va avanzando para finalizar el pedido la cuantía aumenta vertiginosamente, algo que vulnera el artículo 8 DCC, pues en los contratos que se celebran a través de técnicas de comunicación a distancia, el precio que se exponga debe ser el **precio total**. El pago del precio debe realizarse mediante tarjeta de crédito o *pay pal*⁶². De otra parte, únicamente es posible acceder a la información precontractual correspondiente antes de realizar el pedido en términos generales y en otra lengua distinta a la local. En la misma página donde eliges el bien, en ningún momento se accede a las condiciones generales ni existe información sobre el derecho de desistimiento que puede ejercer el consumidor, sólo aportando como dato informativo que el adquirente dispone de 14 días para realizar la devolución.

En relación a los últimos apartados de las condiciones de uso que establece *Ebay*, surgen dudas y problemas a la hora de determinar si es en algún momento responsable frente a los consumidores que visitan la página web, pues hasta ahora aquellos que actuaban como intermediarios quedaban excluidos, de la normativa protectora de los consumidores pero a día de hoy con la regulación de la Directiva en su artículo 2, (*“comerciante: toda persona física o jurídica, ya sea privada o pública, que actúe, incluso a través de otra persona en su nombre o siguiendo sus instrucciones, con un propósito relacionado con su actividad comercial, empresa, oficio o profesión en relación con contratos regulados por la presente Directiva”*) cabe reputarle como comerciante sujeto, por tanto, a esta normativa. Por este motivo, debería en todo caso a los deberes que se imponen a los comerciantes y responder ante los consumidores de eventuales infracciones a estos deberes.

⁶² “¿Qué es pay pal?”, en sitio web de Ebay. Disponible en: <http://pages.ebay.es/paypal/>. Forma de compra para particulares para que no se muestre su información financiera.

Existen otras formas de entender que *Ebay* es el último responsable ante las compras que se realizan a través de la página web, dado que al realizar una compra, quien confirma el pedido al correo electrónico del consumidor es *Ebay*, y nunca el particular o empresa que oferta en *Ebay*. Tales correos son de confirmación del pedido, incluyendo el logo de la empresa *Ebay*, con una fotografía del producto adquirido, la dirección a la que se va a enviar, el precio final y un código para realizar el seguimiento del pedido. Más abajo incluye al vendedor que lo realiza y su dirección geográfica. Entiendo que uno es responsable subsidiario del otro en caso de incumplimiento del contrato realizado. Y cabe sostener que estos casos se pueden resolver desde la perspectiva de la representación indirecta –el establecimiento actúa en nombre propio, aunque actúe por cuenta de otro-. Pero, frente al comprador respondería el que dice actuar como mandatario con arreglo al art. 1717 CC. (V. también art. 246 CCom).

3. El tercer ejemplo es la página web <http://www.aliexpress.com>⁶³, también destinada a la compraventa de bienes. En este caso la empresa oferta sus propios productos. Por tanto, es un comerciante o empresario quien oferta sus productos a un precio muy bajo. Aquí podemos encontrar un sinfín de productos que dan cierta seguridad al consumidor al tratarse de una única empresa, pues cuando se produzca algún problema pueden dirigirse a la empresa, como profesional y no habrá duda alguna de que podrá aplicarse el TRLCU. Ahora bien, cuando se selecciona un producto para su compra se informa de sus características de forma detallada, acompañada de una fotografía. También expone las condiciones por las que el consumidor puede devolver el producto (eso sí corriendo él con los gastos de envío, lo que contraviene el artículo 14.5 DCC). Pero de nuevo más abajo en la misma página web se aclara que si el adquirente no está conforme con el producto podrá ejercer el derecho de desistimiento el consumidor en un plazo de 7 días, aunque por su español mal traducido es difícil saber qué se quiere decir y cito textualmente, *“Usted tiene 7 días para entrarnos en contacto con y 30 días para volverlo a partir de la fecha que fue recibido. Si este artículo es en su posesión más de 7 días, se considera utilizado y no LE TEMA un reembolso o reemplazo. No hay excepciones! Coste de envío es oso de*

⁶³ Último ejemplo de página web en el que es dudoso que se contengan los requisitos que la ley expone respecto de la información que debe darse al consumidor y por tanto la posibilidad que este tiene de ejercitar su derecho de desistir.

vendedor y de comprador por la mitad.” Con lo que siempre cabe aplicar el artículos 1288 CC y 6 LCGC (interpretación contra proferente) y resolver la ambigüedad a favor del consumidor. De nuevo nada se vuelve a decir sobre los derechos y garantías del consumidor de forma clara, sino ambigua; no sabiendo éste de forma clara si el empresario va a responder o no en los casos que la ley le obliga.

Para todos estos casos de celebración de contratos a distancia de forma ambigua, información caótica, responsabilidades cuanto menos dudosas, de garantías inexistentes debe analizarse, en primer lugar, si realmente cabrá recurrir a las soluciones normativas previstas en la Directiva 2011/83/UE y en el TRLGDU y, en segundo lugar, habrá que descender al detalle, cuando resulte de aplicación la normativa de protección del consumidor, si realmente con tales estipulaciones y condiciones generales dicha regulación tuitiva resulta cumplida.

4.2 EL DERECHO DE DESISTIMIENTO

4.2.1 Concepto

La regulación del derecho al desistimiento se encuentra recogida por un lado, con carácter general, en los arts. 68 y 79 y, por otro, para los contratos a distancia y fuera de establecimiento, en los arts. 102 a 108 del TRLCU.

Los contratos a distancia y fuera del establecimiento mercantil generan ciertos inconvenientes para los consumidores⁶⁴, puesto que en ellos no se puede valorar el producto o servicio antes de la celebración de dicho contrato. Por ello para evitar abusos, como que el producto llegue defectuoso, se reciba un producto distinto de las características o de la descripción ofertada, concedían tanto el TRLCU como la LVFEM el derecho al desistimiento contractual, que se podía ejercitar en un período temporal de siete días laborables o hábiles⁶⁵.

⁶⁴ DÍAZ ALABART, S. / ÁLVAREZ MORENO, T. “*Contratos a distancia y contratos fuera del establecimiento mercantil. Comentario a la Directiva 2011/83 (Adaptado a la Ley 3/2014, de modificación de TRLCU) Madrid*”. Ed. Reus. S.A, 2014. Pp.: 242-247.

⁶⁵ Que lo regulaba la Ley 1/2000, de 16 de noviembre por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, en su artículo 71 antes de la modificación de la ley 3/2014.

Pero con la nueva Directiva 2011/83/UE y la promulgación de la Ley 3/2014, de 27 de marzo, ha sido renovada⁶⁶ la regulación anterior del TRLCU, incorporando ahora de forma expresa, que el consumidor disponga de un periodo de 14 días para desistir del contrato a distancia sin la necesidad de indicar el motivo⁶⁷ por el que lo hace. De otra parte, su ejercicio no le tiene que acarrear ningún coste adicional a los ya establecidos, de acuerdo con el artículo 10 DCC.

Aunque no se contiene una definición clara del derecho de desistimiento, se establece que el consumidor y usuario podrá utilizar este derecho libremente; ampliándose el plazo para su ejercicio de 7 días a 14 días naturales. Además, en caso de que el empresario no facilite información al consumidor y usuario sobre el derecho del desistimiento, se ampliaría el plazo para desistir hasta 12 meses desde la fecha de expiración del período inicial. Por último también se regulan las consecuencias jurídicas que provoca su ejercicio.

Existen contratos en los que tiene gran importancia que las partes puedan cumplir sus obligaciones en el plazo establecido para el ejercicio del derecho de desistimiento. Entre ellos, cabe citar los contratos de servicios o suministro de contenido digital y de suministro de agua, gas, luz, calefacción, etc. En estos casos es necesaria hacer una petición expresa del consumidor, recogido en soporte duradero para que el comerciante pueda empezar a prestar el servicio. De esto se deduce que no se podrá establecer en un contrato de adhesión cláusulas en las que se estipule que se prestarán los servicios antes de que transcurra el plazo durante el cual el consumidor tenga derecho a desistir, incluso aunque éste haya firmado dicho contrato de adhesión.

En el caso de que el empresario decida ofrecer al consumidor la opción de rellenar el formulario de desistimiento a distancia a través de los métodos de comunicación a distancia, deberá éste a su vez proporcionar un acuse de recibo, utilizando también esos métodos de comunicación, como por ejemplo, el correo electrónico.

⁶⁶ LASARTE ÁLVAREZ, C. *“Manual sobre protección de consumidores y usuarios”*. Sexta edición. Madrid. Ed. Dykinson, 2015. p.: 177.

⁶⁷ BERMÚDEZ BALLESTEROS, S. “El derecho de desistimiento en la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre derechos de los consumidores”. Revista CESCO, nº 1/2012. P.:63.

Queda totalmente prohibidos la aplicación de penalizaciones por el incumplimiento de un eventual compromiso de permanencia por el mero hecho de que el consumidor haya hecho uso de su derecho de desistimiento, pues la regulación actual europea y nacional como se ha indicado, garantiza el derecho de desistimiento de 14 días a partir de la firma del contrato, independientemente de qué servicios se trate.

4.2.2 Ejercicio del derecho de desistimiento

Las condiciones⁶⁸ para ejercitar este derecho son:

➤ En primer lugar, al tratarse de un derecho de necesario ejercicio personal, sólo puede ejercitarlo el consumidor o usuario que ha celebrado el contrato. Él es el único que puede desistir del compromiso al que se ha sometido. Mientras que el empresario no podrá en ningún caso desvincularse del contrato ejerciendo este derecho.

➤ En segundo lugar, el artículo 104 TRLCU, establece como plazo general, el plazo de catorce días naturales, que se computan del modo siguiente: si se trata de contratos de servicios, desde el día de la celebración; en los contratos de venta, desde que se adquiere la posesión material de los bienes y, si se trata de una pluralidad de bienes, a partir del momento en el que se recibe el último bien, pero si se trata de varios bienes que tienen una entrega periódica, se tiene en cuenta el día en que se recibe el primer bien. Para los contratos de suministro de agua, gas o electricidad, el plazo comienza a computarse desde el día en que se celebra el contrato.

Este plazo, es un plazo de caducidad; es decir, una vez vencido el plazo el consumidor ya no podrá hacer uso de este derecho.

➤ En tercer lugar, este derecho se ejercita ad nutum⁶⁹, sin que sea necesaria explicación ni justificación alguna. De acuerdo al artículo 102 TRLCU, “*el consumidor y usuario tendrá derecho a desistir del contrato sin indicar el motivo y sin incurrir en ningún coste*”. La DCC en sus artículo 13.2 y 14, contemplan que puede existir algún

⁶⁸ LASARTE ÁLVAREZ, C. “*Manual sobre protección de consumidores y usuarios*”. Sexta edición. Madrid. Ed. Dykinson, 2015. p.: 178.

⁶⁹ ARROYO AMAYUELAS, E.; EBERS, M. “Heiniger y las sanciones del deber de información sobre el derecho de desistimiento ad nutum (Sentencia TJCE de 13 de diciembre de 2001, Asunto C-481/99)”. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada. 2006, nº 9, Pp.: 407-442.

coste para el consumidor, preo éste en ningún caso supondrá impedimento del derecho a desistir. *“El consumidor solo soportará los costes directos de devolución de los bienes, salvo si el comerciante ha aceptado asumirlos o no ha informado al consumidor de que le corresponde asumir esos costes. El consumidor solo será responsable de la disminución de valor de los bienes resultante de una manipulación de los mismos distinta a la necesaria para establecer la naturaleza, las características o el funcionamiento de los bienes. El consumidor no será en ningún caso responsable de la disminución de valor de los bienes si el comerciante no le ha informado de su derecho de desistimiento con arreglo al artículo 6, apartado 1, letra h)”*.

Aunque existen excepciones⁷⁰ contempladas en el artículo 108 TRLCU:

El consumidor no soportará los costes directos de la devolución de los bienes, **salvo** si el empresario ha aceptado asumirlos o no le ha informado que no le corresponde asumir esos costes. En el caso de contratos celebrados fuera del establecimiento en los que los bienes se hayan entregado ya en el domicilio del consumidor y usuario en el momento de celebrarse el contrato, por la naturaleza de los mismos, no puedan devolverse por correo, como son los bienes perecederos, a los que no se les concede el mismo plazo⁷¹, únicamente puede desistir en caso de que el bien no se corresponda con lo contratado. En esos casos puede el consumidor pedir la sustitución o bien la devolución del precio. El consumidor y usuario sólo será responsable de la disminución de valor de los bienes resultante de una manipulación de los mismos distinta a la necesaria para establecer su naturaleza, sus características o su funcionamiento, no siendo responsable de la disminución del valor si el empresario no le ha informado del derecho de desistimiento, artículo 97.1.i).

El artículo 104.4 TRLCU, establece que la carga de la prueba del ejercicio del derecho al desistimiento recaerá en el consumidor y usuario. Por ello es necesario que se ejercite de forma que pueda ser probado, tal como; e-mail, carta con acuse de recibo, etc.

⁷⁰ LASARTE ÁLVAREZ, C. *“Manual sobre protección de consumidores y usuarios”*. Sexta edición. Madrid. Ed. Dykinson, 2015. p.: 179.

⁷¹ A excepción de que hayan sido sometidos a tratamientos como es el envasado, siendo su consumición de larga duración.

➤ Y en cuarto lugar, el derecho de desistimiento tiene asegurada su eficacia gracias a que se trata de un derecho de carácter imperativo, artículo 102.2 TRLCU y 25 DDC, estimando como nulas de pleno derecho aquellas cláusulas que impongan al consumidor una penalización por el ejercicio de su derecho de desistimiento o una renuncia al mismo.

El derecho de desistimiento consiste en una declaración unilateral recepticia. Basta con la declaración de voluntad del consumidor, aunque es imprescindible que lo conozca el comerciante. Y finalmente no se requiere una forma determinada, pudiendo utilizar el consumidor el formulario⁷² de desistimiento que se contempla en la Directiva en su Anexo I, letra B, no pudiendo los Estados miembros añadir ningún requisito formal a este formulario, o bien expresando su voluntad de forma clara e inequívoca.

El ejercicio del derecho a desistir genera una obligación recíproca. Por un lado el comerciante reembolsará el pago que recibió antes de que finalice el plazo de 14 días y por otro lado el consumidor devolverá el bien antes de que se cumpla el plazo de los 14 días; esto es, durante el plazo de ejercicio del derecho.

Si la información que debe prestar el empresario no se produce o es defectuosa, se le impondrá como sanción la ampliación de los plazos para desistir que se conceden al consumidor, como ya se vio.

El consumidor está obligado a devolver el producto objeto del contrato en el estado que en ese momento se encuentre, sin perjuicio de su responsabilidad ante un eventual deterioro⁷³.

Si el consumidor perdiese el bien una vez que ha ejercitado el desistimiento, no tendrá derecho a exigir al empresario la restitución de las prestaciones, pudiendo únicamente tener derecho a una indemnización por daños y perjuicios⁷⁴.

⁷² BERMÚDEZ BALLESTEROS, S. “El derecho de desistimiento en la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre derechos de los consumidores”. RevistaCESCO, nº 1/2012. P.:63.

⁷³ DÍAZ ALABART, S. / ÁLVAREZ MORENO, T. “Contratos a distancia y contratos fuera del establecimiento mercantil. Comentario a la Directiva 2011/83 (Adaptado a la Ley 3/2014, de modificación de TRLCU)” Madrid. Ed. Reus. S.A, 2014. P.: 281.

Si se trata del plazo de desistimiento ordinario, el consumidor no podrá restituir la prestación, debiendo entregar el valor correspondiente al bien. En estos casos es el empresario el que sale beneficiado de la actuación, aunque cabe la posibilidad de que las partes no estén de acuerdo en el valor que se impone, pudiendo éstos acudir a los tribunales para que el juez fije el valor del bien.

En cambio, si se tratase de un plazo de desistimiento causal, artículo 14.2 DDC, el consumidor no será en ningún caso responsable de la disminución del valor de los bienes.

En conclusión, atendiendo al artículo 75 TRLCU, si se da el caso de que el empresario o comerciante no suministra la correspondiente información de desistimiento al consumidor⁷⁵, éste sólo responderá en caso de que se produzca la pérdida de la cosa si ello ocurrió por negligencia.

Un caso distinto es que el empresario o comerciante omita la información que no sea la regulada como esencial, lo que supondrá al comerciante la sanción de asunción de los costes de devolución del producto, artículo 6.1.i) DDC.

Otro caso diferente, es el que se da en aquellos contratos en los que el comerciante o empresario debe informar al consumidor si no le asiste el derecho al desistimiento o por alguna circunstancia se ha extinguido dicho derecho, artículo 6.1.k) DDC. En esta situación en las que se omite dicha información, no se plantean sanciones para el comerciante⁷⁶.

⁷⁴ “Resulta dudoso según que no se contempla la extinción o pérdida del derecho de desistimiento, artículo 75 TRLCU y 14.3 DCC, suponiendo un caso que el consumidor puede ejercitar el derecho de desistimiento incluso cuando no exista el objeto”.

⁷⁵ BERMÚDEZ BALLESTEROS, S. “El derecho de desistimiento en la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre derechos de los consumidores”. Revista CESCO, nº 1/2012. P.: 63.

⁷⁶ DÍAZ ALABART, S. / ÁLVAREZ MORENO, T. “Contratos a distancia y contratos fuera del establecimiento mercantil. Comentario a la Directiva 2011/83 (Adaptado a la Ley 3/2014, de modificación de TRLCU)” Madrid. Ed. Reus. S.A, 2014. P.: 283. “Se acercan a posibles soluciones ante tal desprotección del consumidor, pudiendo los Estados imponer una sanción administrativa artículo 49.2.b) TRLCU, y en caso de que esta opción no la contemplen los estados, al consumidor siempre le quedará el ejercicio de la reclamación de indemnización por daños y perjuicios.”

4.2.3 Supuestos excluidos del derecho a desistir

El artículo 103 TRLCU, enumera aquellos contratos en los que no será de aplicación el derecho de desistimiento⁷⁷ porque se considera aconsejable excluir dicho derecho de determinadas prestaciones que una vez contratadas puede suponer grandes problemas⁷⁸ su devolución al comerciante, dando así lugar a una sobreprotección injustificada al consumidor. Lo que provocaría, por tanto, un desequilibrio en las prestaciones de las partes.

Éstos son⁷⁹, los contratos referidos a la prestación de servicios, cuando el servicio hubiera sido ejecutado, pues de forma expresa se entiende que el consumidor ha perdido⁸⁰ el derecho a desistir. El suministro de bienes o la prestación de servicios cuyo precio dependa de fluctuaciones del mercado financiero que el empresario no pueda controlar y que se produzcan durante el periodo del desistimiento. Recuérdese que el artículo 1256 del Código Civil, impide que pueda dejarse la validez y el cumplimiento de un contrato al arbitrio de una de las partes. El suministro de bienes confeccionados conforme a las especificaciones del consumidor o usuario claramente personalizados⁸¹. El suministro de bienes que puedan deteriorarse o caducar con rapidez. El suministro de bienes precintados que no se puedan devolver por cuestiones de salud o higiene cuando han sido des-precintados, (a diferencia de otros bienes que si no son des-precintados es imposible valorar el producto, en estos casos está justificado la supresión del derecho de desistir siempre que se trate de cuestiones de salud). El suministro de bienes que se hayan mezclado con otros bienes de forma insoluble⁸². El suministro de bebidas alcohólicas que su precio dependa de fluctuaciones del mercado que el empresario no

⁷⁷ LASARTE ÁLVAREZ, C. “Manual sobre protección de consumidores y usuarios”. Sexta edición. Madrid. Ed. Dykinson, 2015. p.: 180.

⁷⁸ Como son aquellos bienes que se adaptan a los deseos del consumidor o los que caducan con rapidez.

⁷⁹ MARÍN LÓPEZ, M. J., “La Directiva 2011/83/UE: Esquema general, ámbito de aplicación, nivel de armonización y papel de los estados miembros”. Revista CESCO, nº 1/2012. P.: 13.

⁸⁰ El derecho a desistir no se pierde, pasa el consumidor a tener la obligación de pagar la parte ejecutada.

⁸¹ De nuevo, aquellos bienes que se adaptan a unas necesidades o deseos personales del consumidor y que posibles compradores posteriores no aceptarían. Por ejemplo, un mueble hecho a medida, o ropa confeccionada para una persona con unas características determinadas.

⁸² Como puede ser el caso de la gasolina, que una vez suministrado es difícil separarlo de otros componentes.

pueda controlar, además de que se cumpla el requisito de que no se entregue antes de 30 días. Los contratos en los que el consumidor y usuario hayan solicitado al empresario servicios adicionales; en estos casos solo se aplicara el desistimiento a dichos servicios o bienes adicionales. Los contratos de grabaciones sonoras o de vídeo precintados y que hayan sido des-precintados por el consumidor o usuario, argumentándolo en base a la posible copia fraudulenta del producto⁸³. El suministro de prensa diaria⁸⁴, publicaciones periódicas o revistas, exceptuando los contratos de suscripción. Los contratos celebrados mediante subasta pública, (las subastas realizadas en internet se registrarán por lo dispuesto en la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y comercio electrónico). El suministro de servicios varios relacionados con actividades de esparcimiento con una fecha o periodo de ejecución previstos. (v.gr. compra de entradas de cine, para una actuación musical, para un museo en una fecha determinada, etc.) El suministro de contenido digital. (v.gr. descargas de programas informáticos, de una película o videojuego, etc.), que no se preste en un soporte material, cuando la ejecución haya comenzado con el consentimiento expreso del consumidor y sabiendo que así pierde el derecho a desistir. En estos últimos casos, no se tiene derecho a desistir porque en ocasiones se puede producir un perjuicio para el empresario injustificado, como puede ser el caso de que se compren unas entradas de fútbol⁸⁵ para un futuro partido, pero que el equipo que nos gusta no llega a ese partido y ya no se quiere ir.

4.2.4 Plazo para ejercitar el desistimiento

Anteriormente⁸⁶ a la Ley 3/2014, el TRLCU, en sus artículos. 71.1 y 110, establecían el plazo mínimo de 7 días hábiles para los contratos celebrados a distancia y de 7 días naturales para los celebrados fuera del establecimiento mercantil. Pero esto no

⁸³ Por ejemplo, un CD, DVD, VHS o un libro.

⁸⁴ GONZÁLEZ CARRASCO, C., “Incidencias en el derecho contractual de la Directiva 2011/83/UE sobre los derechos de los consumidores”. Revista CESCO, nº 1/2012. P.: 32.

⁸⁵ DÍAZ ALABART, S. / ÁLVAREZ MORENO, T. “Contratos a distancia y contratos fuera del establecimiento mercantil. Comentario a la Directiva 2011/83 (Adaptado a la Ley 3/2014, de modificación de TRLCU) Madrid. Ed. Reus. S.A, 2014. Pp.: 424.

⁸⁶ DÍAZ ALABART, S. / ÁLVAREZ MORENO, T. “Contratos a distancia y contratos fuera del establecimiento mercantil. Comentario a la Directiva 2011/83 (Adaptado a la Ley 3/2014, de modificación de TRLCU) Madrid. Ed. Reus. S.A, 2014. Pp.: 249.

era generalizado y uniforme en Europa ya que los Estados de la Unión disponían plazos muy distintos en sus legislaciones nacionales, generando así una gran inseguridad jurídica.

A día de hoy, tras la Directiva 2011/83 y de su transposición al Derecho interno por medio de la Ley 3/2014, se contempla ahora un único plazo para todos los estados miembros de la UE, que de acuerdo, con el artículo 71.1 TRLCU, es de 14 días naturales, ofreciendo esa seguridad jurídica de la que se carecía en el ámbito europeo, ya que en los contratos a distancia es más fácil que se realicen contratos transnacionales.

Antes de la modificación del TRLCU por la Ley 3/2014, el artículo 71.1 y 2 establecía un *dies a quo*⁸⁷ que era distinto para los contratos a distancia y para los contratos fuera de establecimiento. Para los primeros, el plazo había de computarse a partir de la recepción del bien o de la celebración del mismo si se trataba de una prestación de servicios. En cambio, para los contratos celebrados fuera de establecimiento mercantil el *dies a quo* se iniciaba con la recepción del documento de desistimiento. En la actualidad se ha unificado el cómputo para ambos contratos en el artículo 9.2 DDC. Si se trata de contratos de prestación de servicios, el momento de inicio del cómputo de los 14 días naturales comienza a partir del día de la celebración del contrato. Por el contrario en los contratos de adquisición de bienes, el plazo comienza a contar desde que se adquiere el bien, para que tenga el consumidor la posibilidad de haber reflexionado suficientemente sobre dicho producto.

4.2.5 Nulidad de cláusulas

Se entienden como nulas de pleno derecho⁸⁸ las cláusulas que impongan al consumidor y usuario una penalización por ejercitar el derecho de desistimiento. También serán nulas las cláusulas de renuncia al derecho que ostenta el consumidor, pues como ya se dijo, éstas son normas de carácter imperativo irrenunciables, tal y

⁸⁷ DÍAZ ALABART, S. / ÁLVAREZ MORENO, T. “Contratos a distancia y contratos fuera del establecimiento mercantil. Comentario a la Directiva 2011/83 (Adaptado a la Ley 3/2014, de modificación de TRLCU) Madrid. Ed. Reus. S.A, 2014. p.: 249.

⁸⁸ DÍAZ ALABART, S. / ÁLVAREZ MORENO, T. “Contratos a distancia y contratos fuera del establecimiento mercantil. Comentario a la Directiva 2011/83 (Adaptado a la Ley 3/2014, de modificación de TRLCU)” Madrid. Ed. Reus. S.A, 2014. Pp.: 251-256.

como se deduce de la reforma del TRLCU en su artículo 104 que transpone el artículo 9.2 DDC.

Por otro lado, el artículo 9.3 DDC da cierto poder a los Estados miembros⁸⁹ diciendo que: *“Los Estados miembros no prohibirán a las partes contratantes que cumplan sus obligaciones contractuales durante el período de desistimiento. No obstante, en los contratos celebrados fuera del establecimiento, los Estados miembros podrán mantener la legislación nacional vigente que prohíba al comerciante percibir el pago del consumidor durante un período determinado tras la celebración del contrato.”* Autonomía de la que no ha hecho uso nuestro legislador al transponer este instrumento jurídico comunitario a través de la Ley 3/2014.

4.2.6 El deber de información sobre el derecho de desistimiento y la sanción a su contravención.

El deber de información precontractual⁹⁰ cumple una labor muy importante respecto de la futura celebración entre las partes de un contrato⁹¹; sobre todo para poder ejercitar su derecho de desistimiento correctamente, ya sea en los contratos celebrados a distancia o en los que se celebra fuera del establecimiento mercantil, artículo 6.1 DDC.

Este deber conlleva por parte del comerciante el deber de informar sobre la existencia de este derecho del consumidor, los plazos pertinentes, el procedimiento que se debe seguir para que sea efectivo; incluso la puesta a disposición del consumidor del formulario pertinente, artículo 6.1.h) DDC.

Cuando el contrato tiene por objeto bienes, en estos casos, el comerciante debe a mayores informar al consumidor sobre los posibles gastos referentes a su devolución.

⁸⁹ DÍAZ ALABART, S. / ÁLVAREZ MORENO, T. “Contratos a distancia y contratos fuera del establecimiento mercantil. Comentario a la Directiva 2011/83 (Adaptado a la Ley 3/2014, de modificación de TRLCU)” Madrid. Ed. Reus. S.A, 2014. p.: 256.

⁹⁰ MARÍN LÓPEZ, M. J., “La Directiva 2011/83/UE: Esquema general, ámbito de aplicación, nivel de armonización y papel de los estados miembros”. Revista CESCO, nº 1/2012. P.: 21.

⁹¹ DÍAZ ALABART, S. / ÁLVAREZ MORENO, T. “Contratos a distancia y contratos fuera del establecimiento mercantil. Comentario a la Directiva 2011/83 (Adaptado a la Ley 3/2014, de modificación de TRLCU)” Madrid. Ed. Reus. S.A, 2014. Pp.: 260-275.

Si se trata de servicios, el comerciante deberá informar⁹² al consumidor de los gastos a los que va a tener que hacer frente tras la ejecución de la prestación del servicio hasta que se produce el desistimiento. Destacar, que aunque no se contenga en las leyes de forma expresa, el consumidor deberá hacer frente a los gastos ocasionados por el alta y la desactivación o baja en los contratos de suministros.

En todos los casos explicados, el consumidor únicamente realizará el pago de aquéllos que se entiendan como razonables, nunca ha de hacerse cargo de gastos desproporcionados que el empresario pretenda que pague sin motivo alguno.

Es labor del empresario o comerciante, aunque no exista ninguna sanción en caso de que no lo haga, de informar al consumidor de las situaciones o momentos en los que puede perder el derecho a desistir, artículo 6.1.k) DDC.

Mencionar la sanción que se recoge el artículo 10 DCC en la que se le impondrá al empresario o comerciante en caso de que incumpla su deber de informar al consumidor respecto de su derecho a desistir, los plazos que ostenta para ejercitarlo y el procedimiento correspondiente, siendo tal sanción la de ampliar el plazo que tendrá el consumidor para desistir. Aunque no se trata de una sanción como tal lo expuesto en el artículo 10 DDC, muchos autores la interpretan así, pero en realidad supone la ampliación del plazo para desistir que caducaría a los tres meses. Esta ampliación del plazo no garantiza su incumplimiento, dando como posible remedio la posibilidad al consumidor de pedir la nulidad del contrato, tratándose de una medida un poco desproporcionada, por ello se ha permitido a los Estados miembros para una mayor seguridad jurídica que puedan determinar ellos el régimen de sanciones.

Del artículo 10 DDC se derivan dos clases de incumplimiento, el primero denominado como absoluto; *“Si el comerciante no ha facilitado al consumidor la información sobre el derecho de desistimiento, tal como se establece en el artículo 6.1.h) DCC, el periodo de desistimiento expirará doce meses después de la fecha de expiración del periodo de desistimiento inicial determinado de conformidad con el artículo 9.2 DCC”*, todo ello se refiere únicamente a la información esencial del

⁹² LLORENTE SAN SEGUNDO, I., “La adaptación de la normativa reguladora del derecho de desistimiento a las exigencias de la Directiva 2011/83/UE sobre derechos de los consumidores”. Revista UCEM, Vol. 5, nº 2/2013. P.: 390.

desistimiento que debe dar el empresario. El segundo se refiere a cumplimiento realizado fuera de plazo, “*Si el comerciante ha facilitado al consumidor la información contemplada en el apartado 1 en el plazo de 12 meses a partir de la fecha contemplada en el artículo 9.2 DCC, el plazo de desistimiento expirará a los 14 días de la fecha en que el consumidor reciba la información*”. Es el día del retraso el *dies a quo* en este caso, para el cómputo de los plazos.

En ambos casos, se da la ampliación del plazo para que el consumidor pueda desistir y por otro lado, este tiempo a mayores que se da hace que el producto pierda valor, pero en ninguno de los casos será el consumidor el que deba hacer frente a esos costes, ni el que deba pechar con responsabilidad por el deterioro, sino el comerciante.

El plazo máximo para desistir está fijado en 12 meses y 14 días desde el comienzo del plazo para desistir⁹³. Existe un gran periodo de tiempo para que el empresario o comerciante subsane un error tan importante como su obligación de aportar la información precontractual. También se le da un plazo amplio al consumidor de catorce días desde que éste conoce que puede desistir, estos catorce días comienzan a contar desde que el comerciante facilita dicha información o un formulario para que el consumidor desista en los primeros catorce días mencionados, su cómputo comienza no el día del cumplimiento, sino al día siguiente que el comerciante pone la información a su disposición o el formulario⁹⁴ de desistimiento. No comienza el plazo para desistir del consumidor hasta que el empresario no informa de que tiene ese derecho.

Con anterioridad, en Europa se concedía un plazo de 3 meses⁹⁵ para los casos en los que se diese el incumplimiento de la obligación de la información, que seguía también la Propuesta de DDC de 2008 que preveía dicha ampliación, y en España en el artículo 71.3 TRLCU fijaba el mismo plazo. Pero todo esto cambia con la Directiva 2008/122/CE de 14 de enero de 2009, relativa a la protección de los consumidores respecto a los contratos de aprovechamiento por turnos de bienes inmuebles de uso

⁹³ El artículo 10.2 que remite al 9.2, reconoce que el plazo que el plazo de doce meses comienza cuando transcurren los catorce días establecidos en el periodo inicial que se otorga para desistir.

⁹⁴ Establece el mismo cómputo de plazo que el artículo 5 CC y el recogido en el artículo 3.1 párrafo 2º Reglamento, CEE, nº 1182/71, del Consejo de 3 de junio de 1971, que determina como deben exponerse los plazos, fechas y términos.

⁹⁵ Establecido por las derogadas Directiva de aprovechamiento por turnos de bienes inmuebles, artículo 5.1 Directiva 1994/47 de 26 de octubre y la Directiva 1997/7 sobre contratos a distancia.

turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración de reventa y de intercambio vacacional. En este caso el consumidor dispondrá de dos plazos, uno ya mencionado de doce meses y catorce días si no se le ha entregado el formulario de desistimiento y otro plazo de tres meses y catorce días cuando no haya el empresario o comerciante facilitado la información por escrito o en soporte duradero. Todo esto recogido en la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la compraventa europea en su normativa de 11 de octubre de 2011⁹⁶.

Puede darse el caso de que el comerciante o empresario decida no suministrar la información correspondiente y el plazo de doce meses concluya. Si se diese este caso, el consumidor verá vulnerado el derecho a información que posee, y careciendo de su derecho a desistir, siendo la única solución que el Estado imponga una sanción administrativa, que sea proporcional y disuasoria a quien no proporcionó la información. La información que se proporcione al consumidor debe ser clara y precisa además de completa, en otro caso su utilidad carecerá de sentido y se entenderá como que no se ha informado.⁹⁷

4.2.7 Plazos

4.2.7.1 Cómputo de los plazos

Aunque no lo indique de forma expresa, la doctrina considera que el plazo del artículo 10 TRLCU es un plazo de caducidad y no de prescripción⁹⁸, pues como pone de manifiesto ÁLVAREZ LATA⁹⁹, cualquier otro entendimiento ocasionaría una sobreprotección del consumidor.

Existe una regulación única para todos los Estados respecto de la aplicación de los plazos, es decir, las normas aplicables a los plazos establecidos en la Directiva serán las

⁹⁶ En adelante CESL, al que se conoce por sus siglas: *Common European Sales Law*.

⁹⁷ Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en la Sentencia de 10 de abril de 2008 (Hamilton, C-412-06), sobre un caso de información defectuosa o incorrecta, donde equipara ambas situaciones.

⁹⁸ Algún autor defiende que debe aplicarse literalmente el texto, considerando que son plazos de prescripción. Vid. BERMÚDEZ BALLESTEROS, .S.: “El derecho de desistimiento en la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre derechos de los consumidores”, CESCO n° 1/2012, pp. 61-79, especialmente Pp.: 63y 69.

⁹⁹ ÁLVAREZ LATA, N., “*Reclamaciones de Consumo. Derecho de Consumo desde la perspectiva del consumidor*”, 3ª ed. Coordinado por J.M. Busto Lago, Aranzadi-Thomson, 2010, Pp.: 267, 268.

establecidas en el Reglamento CEE nº 1182/71 del Consejo de 3 de junio de 1971, que dice que en los plazos se comprenderán: *“Los días de feria, domingos y sábados, excepto si quedan expresamente excluidos, o si se expresan en días hábiles”*. Así lo establece el artículo 3.3 del Reglamento. En cambio el artículo 3.4 del Reglamento establece que: *“Si el último día de un plazo expresado en cualquier modo, excepto en horas, es un día feriado, domingo o sábado, el plazo finalizará la última hora del día siguiente.”* Aclarando que se refiere a las veinticuatro horas siguientes del día siguiente si era festivo o domingo y por otro lado, se refiere a las veinticuatro horas del lunes siguiente si fue sábado.¹⁰⁰

Como se trata de contratos a distancia o fuera del establecimiento mercantil, podría darse el caso de que las horas del consumidor y del empresario no fueran las mismas, sobre todo si se trata de países distintos, por lo que se tiene como referencia el último día de la hora local del lugar de residencia del consumidor o usuario, que puede o no coincidir con la del empresario pudiendo haber terminado el plazo para éste mucho antes.

Para realizar el cómputo de los plazos si se trata de meses deben ser computados desde el primer día en la primera hora en que comienza el plazo hasta la última hora del último día en que se pone fin al plazo.

Con anterioridad a la Directiva 2011/83/UE los plazos de desistimiento en los contratos a distancia se computaban en días hábiles, mientras que los que se realizaban fuera del establecimiento mercantil se computaban en días naturales, aunque ambos tenían establecida la misma duración.

4.2.7.2 Responsabilidad del comerciante de informar sobre el derecho a desistir

La carga de la prueba del deber de informar sobre el derecho de desistimiento recae sobre el comerciante o empresario¹⁰¹, que es quien debe probar en todo caso que

¹⁰⁰ DÍAZ ALABART, S. / ÁLVAREZ MORENO, T. “Contratos a distancia y contratos fuera del establecimiento mercantil. Comentario a la Directiva 2011/83 (Adaptado a la Ley 3/2014, de modificación de TRLCU)” Madrid. Ed. Reus. S.A, 2014. p.:277.

¹⁰¹ BERMÚDEZ BALLESTEROS, S. “El derecho de desistimiento en la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre derechos de los consumidores”. Revista CESCO, nº 1/2012. P.: 69.

informó al consumidor de su derecho de desistimiento¹⁰². Debe demostrar que entregó el documento que se recoge el Anexo I de la Directiva. Pero a través de cualquier otro medio, podrá probar, si la información se realizó de forma verbal o de forma distinta que no quedó incorporada a un soporte duradero, que el consumidor conocía la información, por ejemplo, si el consumidor formuló una queja¹⁰³ ante una administración de consumo que le informó de dicho derecho para desistir.

4.2.8 Cómo se desiste en la actualidad

Para poder ejercitar el derecho de desistimiento lo más importante es que el consumidor lo realice dentro del plazo que se otorga, bien sea antes de que expire el plazo ordinario de 14 días naturales, artículo 9.1 DDC, o en el plazo extraordinario si el comerciante omitió la información esencial al consumidor en cuyo caso éste dispondrá de 12 meses a computar a partir de que expiran los 14 días del plazo ordinario. Además es necesario que se acompañe de la declaración inequívoca de la voluntad, no siendo preciso ningún tipo de formalismos, pues no se exige una forma concreta ni ésta ha de implicar gastos para quien ejercita este derecho.

El consumidor podrá ejercitar este derecho bien desde que se produce el perfeccionamiento del contrato o incluso antes de que se dé comienzo al plazo para desistir.

En los casos en los que se quiera ejercitar este derecho, puede hacerse a partir de los 14 días desde la entrega del bien, no siendo necesario que del hecho de no querer un bien o servicio contratado haya que dar explicaciones, razones o alegaciones del por qué se realiza este acto.

El desistimiento se produce sólo en los casos en que se ejercite dentro del plazo de 14 días, aunque llegue al comerciante días después, excepto si se dan casos como que se

¹⁰² DÍAZ ALABART, S. / ÁLVAREZ MORENO, T. “Contratos a distancia y contratos fuera del establecimiento mercantil. Comentario a la Directiva 2011/83 (Adaptado a la Ley 3/2014, de modificación de TRLCU)” Madrid. Ed. Reus. S.A, 2014. p.: 278.

¹⁰³ LLORENTE SAN SEGUNDO, I., “La adaptación de la normativa reguladora del derecho de desistimiento a las exigencias de la Directiva 2011/83/UE sobre derechos de los consumidores”. Revista UCEM, Vol. 5, nº 2/2013. P.: 392.

remita la declaración de desistimiento por el consumidor el día 13 y llega al comerciante el día 16. En estos casos el retraso es imputable al consumidor y al conocer de ello el comerciante fuera del plazo se entenderá que no se ha ejercitado el derecho al desistimiento dentro del plazo, no produciendo efectos, ya que es obligación del consumidor ejercitar correctamente el desistimiento.

4.2.9 La forma necesaria para desistir

El legislador comunitario ha tratado que no existan formalidades a la hora de desistir, reconociéndolo en el artículo 11 DDC, estableciendo que existen tres formas¹⁰⁴ que puede usar el consumidor para hacer uso de éste derecho.

Puede hacerlo el consumidor usando el formulario de desistimiento, Anexo I letra B de la Directiva¹⁰⁵, que el comerciante está obligado a facilitar al consumidor, artículo 6.1.h) DDC. Pudiendo el consumidor desistir de forma que él estime, siempre y cuando conserve la notificación de que realizó dicho envío, ya que se contemplan formas sobre todo a distancia en las que es difícil probarlo. En el formulario no se expresa que el consumidor deba hacerse cargo de los gastos que acarrea la devolución. Por supuesto, dentro del plazo de los 14 días se incluyen los festivos para la entrega del formulario y finalmente en caso de devolución, el reembolso se ejecutará mediante el mismo medio de pago que empleó el consumidor a la hora de adquirir el bien o servicio.

Se estipula que los Estados miembros de la UE tengan un formulario en común, no pudiendo éstos introducir ningún requisito formal respecto del desistimiento, aunque se les da cierta autonomía para que puedan añadir información lingüística, poner a disposición del consumidor el formulario en varios idiomas para que este lo comprenda de una forma más sencilla.

También puede el consumidor usar un tipo de declaración distinta que exprese su decisión de forma inequívoca de desistir, a través de internet o por páginas *web*.

¹⁰⁴ DÍAZ ALABART, S. / ÁLVAREZ MORENO, T. “Contratos a distancia y contratos fuera del establecimiento mercantil. Comentario a la Directiva 2011/83 (Adaptado a la Ley 3/2014, de modificación de TRLCU)” Madrid. Ed. Reus. S.A, 2014. Pp.: 290-300.

¹⁰⁵ Para ver dicho anexo, ver anexo I de este trabajo.

Así, el consumidor puede prestar su declaración de desistir de forma verbal. También puede realizar la declaración a través de otra persona, un tercero que le represente. Ambas formas de prestar declaración pueden suponer un problema a efectos probatorios de que tal declaración se realizó. Otra forma de prestar declaración y que ya se presenta de forma duradera es a través de correo electrónico incorporando el formulario de desistimiento, o realizar la devolución acompañada de una declaración clara mediante un medio que deje constancia del envío realizado.

La otra manera de expresar la declaración es de forma tácita, devolver el producto en el momento en que llega a la posesión del consumidor, es decir, el consumidor envía el bien al comerciante sin necesidad de realizar ninguna declaración; siendo esta forma válida, siempre y cuando se realice dentro del plazo que se otorga para desistir.

Puede el consumidor rellenar el formulario de desistimiento en forma electrónica; la forma más fácil, eficaz y casi sin costes, en la que el consumidor a través del soporte digital puede manifestar la declaración con la fecha y la hora en que se realiza, pudiendo a continuación almacenarse en algún soporte físico como puede ser el USB, el CD o incluso imprimirse en papel. Es en definitiva el consumidor el que tiene la carga de la prueba y debe en todo momento justificar que ha ejercitado su derecho a desistir de una forma correcta y en tiempo.

4.2.10 Efectos del desistimiento

El ejercicio del derecho de desistimiento provoca la ineficacia del contrato realizado¹⁰⁶ además de la restitución de las prestaciones objeto del negocio. En los contratos a distancia, estas consecuencias jurídicas se regula en los arts. 13, 14 y 15 DDC y 118 TRLCU.

Cuando se habla de desistimiento no se hace referencia a la nulidad o anulabilidad del contrato, puesto que no se contempla defecto o vicio por el que se debe poner fin a

¹⁰⁶ DÍAZ ALABART S, ÁLVAREZ MORENO, T. “Contratos a distancia y contratos fuera del establecimiento mercantil. Comentario a la Directiva 2011/83 (Adaptado a la Ley 3/2014, de modificación de TRLCU)” Madrid. Ed. Reus. S.A, 2014. Pp.: 301-305.

éste¹⁰⁷. Tampoco debe hablarse de rescisión, que aunque permite que una parte extinga el contrato porque así lo establece la ley, la rescisión tiene una duración de 4 años y es subsidiaria, no encajando tampoco con el derecho de desistimiento recogido en el artículo 12 DDC. En todo caso el desistimiento se podrá encajar con la resolución, pues aunque el legislador hable de rescisión y resolución de manera confusa no son éstas instituciones idénticas. La resolución extingue el contrato por voluntad de una de las partes cuando se produce un incumplimiento de una obligación esencial del contrato. El desistimiento provoca la ineficacia del contrato cuando una parte sin ninguna causa más que su libre voluntad, decide extinguirlo *ad nutum*¹⁰⁸.

1. Efectos si se entregan bienes

A diferencia de los contratos que se realizan entre presentes, en los contratos que se celebran a distancia o fuera del establecimiento mercantil, el desistimiento se produce una vez que el consumidor tiene el bien en su poder y, desiste una vez que ha examinado el bien, por lo que el comerciante habrá ejercitado su obligación de entrega, iniciándose así el plazo para poder desistir¹⁰⁹. Por otro lado, el consumidor habrá abonado ya el pago del precio. Por tanto, sólo en los casos en los que el consumidor desista antes de que le sea entregado el bien se puede decir que se ha extinguido la obligación de ejecutar la prestación que tenía el comerciante.

En caso de que sean varios bienes y el consumidor decida desistir, si faltasen bienes por ser enviados, el comerciante quedará liberado de la obligación de enviar los bienes que faltaban.

¹⁰⁷ DÍAZ ALABART S, ÁLVAREZ MORENO, T. “Contratos a distancia y contratos fuera del establecimiento mercantil. Comentario a la Directiva 2011/83 (Adaptado a la Ley 3/2014, de modificación de TRLCU)” Madrid. Ed. Reus. S.A, 2014. p.: 304.

¹⁰⁸ ARROYO AMAYUELAS, E.; EBERS, M. “Heiniger y las sanciones del deber de información sobre el derecho de desistimiento *ad nutum* (Sentencia TJCE de 13 de diciembre de 2001, Asunto C-481/99)”. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada. 2006, nº 9, Pp.: 410-430.

¹⁰⁹ DÍAZ ALABART, S. / ÁLVAREZ MORENO, T. “Contratos a distancia y contratos fuera del establecimiento mercantil. Comentario a la Directiva 2011/83 (Adaptado a la Ley 3/2014, de modificación de TRLCU)” Madrid. Ed. Reus. S.A, 2014. p.: 305. Vid. también, MENDOZA LOSADA, A., “Los contratos a distancia celebrado fuera del establecimiento mercantil tras la Directiva 2011/83/UE. Relación con la Directiva de Comercio Electrónico y la Dirección de Servicios”. Revista CESCO, nº 1/2012.

Es frecuente que el consumidor haya cumplido con su obligación de pagar. En estos casos, su obligación se habrá cumplido. Por el contrario si no realizó aún el pago quedará liberado.

Por lo tanto, los verdaderos efectos que se derivan en caso de bienes son la restitución de las prestaciones efectuadas.

2. Efectos en los contratos de servicios

En aquellos contratos celebrados de suministro o de prestación de servicios el plazo establecido para desistir se computa al día siguiente en que se ha celebrado el contrato. Puede resultar que ninguna de las partes haya ejecutado ninguna de las prestaciones a las que se obligaron, quedando así extinguido, aunque esto no es lo habitual. Generalmente las prestaciones de servicios se suelen realizar y al no poderse restituir por parte del consumidor la Directiva establece para estos casos que el consumidor deba pagar el precio proporcional que se deriva de la prestación de servicios¹¹⁰, si ha sido total o parcial, artículo 14.3 DDC. Extinguiéndose la obligación de seguir prestando servicios y de pago.

4.2.11 El deber de reembolso

Este llamado deber de reembolso es una de las consecuencias que provoca el ejercicio del derecho de desistimiento. Es el consumidor el que devuelve el bien adquirido y el comerciante devuelve a su vez el pago que realizó el consumidor sin demora y antes de los 14 días naturales que se dan como plazo desde que se notificó que el consumidor quería desistir. El derecho de reembolso se da o se refiere a todo pago recibido por el comerciante¹¹¹, aunque la Directiva contiene algún gasto que realiza el consumidor que no se puede englobar dentro del concepto de pago, y que por tanto se consideran dudoso si conlleva este deber de reembolso, y son los referidos a los gastos de alta y servicio de instalación o los gastos denominados de tramitación y gestión.

¹¹⁰ DÍAZ ALABART, S. / ÁLVAREZ MORENO, T. “Contratos a distancia y contratos fuera del establecimiento mercantil. Comentario a la Directiva 2011/83 (Adaptado a la Ley 3/2014, de modificación de TRLCU)” Madrid. Ed. Reus. S.A, 2014. p.: 307.

¹¹¹ DÍAZ ALABART, S. / ÁLVAREZ MORENO, T. “Contratos a distancia y contratos fuera del establecimiento mercantil. Comentario a la Directiva 2011/83 (Adaptado a la Ley 3/2014, de modificación de TRLCU)” Madrid. Ed. Reus. S.A, 2014. p.: 314- 330.

Es imprescindible que el desistimiento se ejercite de forma correcta para que se pueda dar ese derecho que tiene el consumidor al reembolso, pues si no es así, no se podrá dar el reembolso, en cuanto es muy importante la determinación del momento en que el consumidor desiste y el momento en que el comerciante recibe dicha comunicación. En el reembolso los gastos que conlleva la devolución corresponderán siempre al consumidor, excepto en los casos en los que en la oferta que realiza el comerciante se exponga de forma clara que él se hace cargo de dichos gastos.

Una vez que se ha producido el desistimiento en plazo y en forma correcta, el consumidor tiene el derecho al reembolso del precio a través del mismo medio de pago que se empleó a la hora de contratar entre las partes, salvo que éstas de forma expresa hayan acordado otra forma de reembolso distinta.

En la versión en castellano de la Directiva se puede deducir que la forma de realizar el deber de reembolso por regla general, es la forma de pago que se empleó desde un primer momento, pero en la Directiva se contempla que es el comerciante el que puede modificar de forma unilateral la forma en que se realizará el reembolso. En cambio esto si se acude a las traducciones de la Directiva en otras lenguas, como por ejemplo en la versión del francés, se dice que para que se realice el reembolso en otra forma distinta a la inicial, ésta debe ser acordada por ambas partes y no sólo por una como en la versión española. Son problemas que muchas veces se derivan de algunas malas traducciones y que son de carácter fundamental. Aun así aunque el reembolso se realice de otra forma distinta a la realizada inicialmente, no puede en ningún caso suponer gasto alguno para el consumidor, ni siquiera en caso de que las partes así lo hubieran pactado de forma expresa, pues ese pacto sería en todo caso ineficaz. El TRLCU transpone¹¹² el artículo 13 DCC en el artículo 107 TRLCU con el nombre de <<Obligaciones y derechos del empresario en caso de desistimiento>>, dando solución al problema del pago, pues aunque se diga que desaparece la exigencia de que la devolución se realice en el mismo medio con el que se efectuó el pago, no significa que dicha regla no se aplique, pues se recoge como contenido en el Anexo A del TRLCU y porque la DCC es de armonización plena.

¹¹² DÍAZ ALABART, S. / ÁLVAREZ MORENO, T. *“Contratos a distancia y contratos fuera del establecimiento mercantil. Comentario a la Directiva 2011/83 (Adaptado a la Ley 3/2014, de modificación de TRLCU)”* Madrid. Ed. Reus. S.A, 2014. Pp.:326 y 327.

Mencionar que, aunque ninguna norma lo contemple, el reembolso no debe efectuarse con bonos, salvo que el consumidor lo acepte expresamente. Es poco frecuente pero puede suceder que en el momento de desistimiento por el consumidor de un bien no se le reembolse por parte del comerciante el dinero correspondiente, sino que se le entregue un bono para que pueda gastar en ese mismo establecimiento, algo que es muy beneficioso para el comerciante y no tanto para el consumidor, no pudiendo éste volver a la situación anterior a la celebración del contrato. En lo referente a los contratos a distancia y fuera del establecimiento mercantil estos métodos suelen ser casi inexistentes, pues la entrega del bono es muy dificultosa y se prefiere la regla general.

Cuando el consumidor desiste y decide ejercer su derecho¹¹³ ha de devolver el bien que adquirió enviándolo por algún medio al comerciante. En estos casos el consumidor queda obligado a asumir aquellos costes directos que se deriven de dicho envío, incluso en aquellos casos en que el comerciante no informase al consumidor éste quedará obligado a soportar los gastos directos, artículo 14.6.i) DDC, quedando por otro lado exento de los que corresponden a los gastos indirectos como puede ser la cancelación de la factura, la comprobación del bien si se encuentra en buen estado o no, el estado del embalaje, etc. Siendo el comerciante el único responsable de estos gastos indirectos.

Esto siempre que el consumidor devuelva el bien, pues en caso de que no se entregue el bien el comerciante retendrá el pago hasta que el consumidor finalmente devuelva el bien ejercitando su derecho de desistimiento correctamente. En estos casos no se aplican las normas contenidas en los artículos 1303 y 1308 del Código Civil, siendo el artículo 13 DDC que lo regula mucho más severo con el consumidor de lo que prevén los anteriores preceptos.

En la práctica se acata sólo parcialmente lo contenido en las leyes, ya que puede suceder que el comerciante no realice de forma inmediata el reembolso una vez que recibió el bien. Así, puede esto acontecer porque el bien que se le devolvió se entregó en condiciones distintas a las pactadas, habiendo sido manipulado, de lo que se deriva una disminución del valor del bien, o si se trata de bienes que no se pueden manipular por el

¹¹³ DÍAZ ALABART, S. / ÁLVAREZ MORENO, T. *“Contratos a distancia y contratos fuera del establecimiento mercantil. Comentario a la Directiva 2011/83 (Adaptado a la Ley 3/2014, de modificación de TRLCU)”* Madrid. Ed. Reus. S.A, 2014. Pp.:308-312.

precinto de calidad y éste aparece roto. En tales casos, puede el comerciante, bien no realizar el reembolso inmediatamente o realizarlo pero por una cuantía menor a la inicial.

Como ya se dijo, estas acciones que ejercitan los comerciantes están reñidas con la interpretación literal de los artículos que se refieren al deber de reembolso, pues estos preceptos señalan que, con la simple recepción del bien, tiene que ejercitarse el reembolso. En ningún caso cabe esperar a dicha comprobación del bien por parte del comerciante. Otra diferencia apreciable es que si el comerciante espera a efectuar el reembolso hasta la comprobación de los bienes pudiendo éste devolver o reembolsar una cuantía inferior ya no se trataría de un reembolso gratuito, principal característica de este deber, dando lugar a que el comerciante acuda a la vía judicial o extrajudicial.

4.2.12 Las obligaciones del consumidor

El consumidor tiene que poder ejercer el desistimiento de una forma fácil, sino supondría que en la teoría tuviera mucho sentido dicho derecho, pero en la práctica deviniera inútil. El desistimiento por lo general es gratuito, pero esto no quiere decir que siempre sea así¹¹⁴; depende de la información que el comerciante proporcione antes de la celebración del contrato al consumidor, artículo 6.1.i) y h) DDC.

Cuando se habla de las obligaciones que tiene el consumidor es necesario separar entre aquéllas que se derivan de los contratos que se refieren a bienes o las de los contratos de servicios, porque dependiendo de uno o de otro las obligaciones para el consumidor cambian, de forma que si se trata de bienes, el consumidor está obligado a realizar la entrega del bien en buen estado al comerciante, incluyendo los gastos razonables que esta entrega conlleve. En cambio si se trata de servicios las obligaciones ya no son las mismas, ya que existe también ese derecho de restitución pero la forma en la que se ejerce es distinta que si se trata de bienes, que por sus particularidades, se exponen a continuación.

4.2.13 Devolución del bien

¹¹⁴ DÍAZ ALABART, S. / ÁLVAREZ MORENO, T. *“Contratos a distancia y contratos fuera del establecimiento mercantil. Comentario a la Directiva 2011/83 (Adaptado a la Ley 3/2014, de modificación de TRLCU)”* Madrid. Ed. Reus. S.A, 2014. Pp.:333-334.

El consumidor una vez que expresa su voluntad para desistir queda obligado a la preparación del bien para dicha devolución, como es el embalaje, etc. Que deberá realizar en los 14 días naturales que se le conceden de plazo¹¹⁵. El consumidor obligado a devolver el bien no debe encargarse de expedirlo o enviarlo si el comerciante se obligó en su momento a hacerlo. Esto en muchas ocasiones supone un problema relacionado con el plazo, pues no se regula de forma expresa, pero DÍAZ ALABART y ÁLVAREZ MORENO intentan ponerle solución estableciendo que el plazo es de 14 días naturales desde que se comunicó el desistimiento y lo argumentan con dos motivos; el primero es que a partir de que el consumidor envía el bien al comerciante, éste puede ejercer su derecho de reembolso¹¹⁶ y en segundo lugar, respecto del plazo, si se tarda en realizar la recogida del bien la responsabilidad del consumidor se alargará en el tiempo hasta que finalmente se ejecute.

Es el artículo 14 DDC el que regula las obligaciones del consumidor de forma paralela al artículo 13 DDC que regula el deber de reembolso del comerciante. Este precepto establece que la devolución debe hacerse sin demora y debe realizarse al comerciante o a un tercero autorizado por él, siempre de buena fe.

Esta redacción del artículo 14.1 DCC dispone, que es obligación del consumidor entregarlo personalmente o expedir el bien a la dirección que el comerciante haya facilitado, a través del correo oficial del Estado o empresa de transporte correspondiente, eligiendo el consumidor el que medio mejor le parezca.

En caso de que a través de uno de esos medios de transporte, público o privado, el bien objeto de devolución se pierda, será responsable el transportista, artículo 20 DCC.

Otra solución es que use el mismo transportista que ofrece el comerciante siendo responsable el consumidor si elige otro distinto.

De acuerdo con el artículo 13.3 DCC el consumidor ha de presentar una prueba efectiva de que se ha realizado el envío, para así eximirse de los riesgos de la pérdida.

¹¹⁵ DÍAZ ALABART, S. / ÁLVAREZ MORENO, T. *“Contratos a distancia y contratos fuera del establecimiento mercantil. Comentario a la Directiva 2011/83 (Adaptado a la Ley 3/2014, de modificación de TRLCU)”* Madrid. Ed. Reus. S.A, 2014. Pp.: 335-340.

¹¹⁶ BERMÚDEZ BALLESTEROS, S. *“El derecho de desistimiento en la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre derechos de los consumidores”*. Revista CESCO, nº 1/2012. P.: 66.

Con la modificación del párrafo 1 del artículo 76 TRLCU, el plazo para la restitución del precio por parte del comerciante se reduce de 30 a 14 días desde que desiste el consumidor. También el artículo 107.1 párrafo 2º TRLCU y 76 bis.2 TRLCU se refieren a los contratos a distancia y los contratos complementarios cuando se desiste del principal.

4.2.14 La disminución del valor del bien

A) CONSUMIDOR

Cuando llega el producto al consumidor se le da un plazo entre que lo recibe y desiste en el que puede examinar el bien. Este examen incluye la normal manipulación como si en un establecimiento se tratase, extrayéndolo de su embalaje¹¹⁷ y haciendo las manipulaciones necesarias; no suponiendo pérdida de su valor. Pero puede suceder que, en algunos casos, tal y como prevé el artículo 14.2 DCC se impute responsabilidad al consumidor¹¹⁸. Solo será responsable si realiza una manipulación de los bienes distinta a la necesaria para comprobar la naturaleza, características o el funcionamiento del producto. La manipulación se reputa adecuada si ésta resulta conforme a la naturaleza del producto de acuerdo con las previsiones del artículo 47 DCC. En otro caso, será reputada excesiva¹¹⁹.

En estos casos es el comerciante quien debe probar que ha habido una manipulación excesiva.

B) COMERCIANTE

En el artículo 14.2 DCC se contemplan las consecuencias de la omisión de la información debida por el comerciante. Si este no informó del derecho a desistir, el

¹¹⁷ Algunas empresas imponen que para su devolución correcta el producto no se extraiga del embalaje original, vulnerando el derecho que tiene el consumidor para apreciar y examinar los bienes, pues si no puede observarlo es difícil saber si quiere ejercer su derecho de desistir.

¹¹⁸ DÍAZ ALABART, S. / ÁLVAREZ MORENO, T. “Contratos a distancia y contratos fuera del establecimiento mercantil. Comentario a la Directiva 2011/83 (Adaptado a la Ley 3/2014, de modificación de TRLCU)” Madrid. Ed. Reus. S.A, 2014. Pp.: 344-357.

¹¹⁹ Los zapatos una vez comprados se prueban por casa, si se usan para caminar por la calle se entiende como uso inadecuado, pues se pueden ver las características en casa.

consumidor no será responsable de la disminución del valor de los bienes¹²⁰. La Directiva nada dice si debido al incumplimiento del deber de información el consumidor manipula en exceso el bien, aplicándose también el artículo 14.2 DCC, pero si lo perdiese¹²¹, no cabría contemplarlo en este precepto, pues se considera excesivo si por ejemplo, se produjo por culpa o dolo del consumidor.

4.2.15 Responsabilidad del consumidor por disminución del valor del bien

El artículo 14.5 DCC “*Con excepción a lo dispuesto en el artículo 13.2 y en el presente artículo, el consumidor no incurrirá en ninguna responsabilidad como consecuencia del ejercicio del derecho de desistimiento*¹²²”, la redacción de este artículo pretende evitar que el ejercicio desistimiento no sea complejo para el consumidor, lo que no supone que no pueda generar algún gasto o una responsabilidad razonable, fijando la Directiva cuáles son estos gastos y esas responsabilidades que se puedan producir para el consumidor. Supone así una contradicción que se resuelve en el siguiente epígrafe.

4.2.16 Contradicciones normativas

En el TRLCU se ha transpuesto en el artículo 108 esta normativa. El artículo 108.2 establece que el consumidor es responsable de la disminución del valor por manipulación excesiva, mientras que el artículo 74 TRLCU, que no se ha modificado¹²³ contiene la impunidad del consumidor en el uso exclusivo para comprobar la naturaleza, funciones o características del bien. De esto se deriva que se puede realizar un uso adecuado del bien para comprobar sus características esenciales, pero en el momento en

¹²⁰ GONZÁLEZ CARRASCO, C., “Incidencias en el derecho contractual de la Directiva 2011/83/UE sobre los derechos de los consumidores”. Revista CESCO, nº 1/2012. P.: 41.

¹²¹ DÍAZ ALABART, S. / ÁLVAREZ MORENO, T. “Contratos a distancia y contratos fuera del establecimiento mercantil. Comentario a la Directiva 2011/83 (Adaptado a la Ley 3/2014, de modificación de TRLCU)” Madrid. Ed. Reus. S.A, 2014. Pp.: 349.

¹²² DÍAZ ALABART, S. / ÁLVAREZ MORENO, T. “Contratos a distancia y contratos fuera del establecimiento mercantil. Comentario a la Directiva 2011/83 (Adaptado a la Ley 3/2014, de modificación de TRLCU)” Madrid. Ed. Reus. S.A, 2014. p.:358.

¹²³ DÍAZ ALABART, S. / ÁLVAREZ MORENO, T. “Contratos a distancia y contratos fuera del establecimiento mercantil. Comentario a la Directiva 2011/83 (Adaptado a la Ley 3/2014, de modificación de TRLCU)” Madrid. Ed. Reus. S.A, 2014. Pp.: 359 y 360.

que se sobrepase ese uso adecuado, resultará responsable el consumidor por el minusvalor causado por un uso inadecuado o por una manipulación inapropiada.

4.2.17 El desistimiento en los contratos complementarios o conexos

La ineficacia del contrato principal por efecto del ejercicio del derecho de desistimiento se puede propagar a aquellos otros contratos reputados como contratos conexos, coligados o vinculados

Los contratos vinculados se regulan en la Directiva 2008/48, de 23 de abril de 2008, la Directiva 2008/122, de 14 de enero de 2009 y en la DDC en el artículo 15, que fijan las consecuencias del desistimiento del contrato principal sobre el vinculado. La directiva deja en manos del Estado la regulación detallada de la ineficacia de tales contratos, sobre todo cuando se trata de un contrato de adquisición de bienes y servicios y, el otro, un contrato para la financiación de la adquisición. Son contratos muy complicados¹²⁴ que suelen implicar abusos para el consumidor¹²⁵.

Este tipo de contratos, los define el artículo 15.2 DDC, *“Contrato por el que el consumidor adquiere bienes o servicios relacionados con un contrato a distancia o celebrado fuera del establecimiento mercantil y dichos bienes y servicios son proporcionados por el comerciante o un tercero sobre la base de un acuerdo previo entre ambas partes”*. Por tanto, este precepto, exige que el contrato complementario esté relacionado con otro contrato del mismo ámbito de aplicación y resulta necesario que se determine si existe entre ellos la necesaria unidad comercial objetiva.

Deben ser contratados a distancia o fuera del establecimiento tanto el principal como el complementario.

4.2.18 Conclusión práctica

¹²⁴ BERMÚDEZ BALLESTEROS, S. “El derecho de desistimiento en la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre derechos de los consumidores”. Revista CESCO, nº 1/2012. P.: 73.

¹²⁵ Ejemplo: Niños pagan por clases de inglés, no se las dan y lo reclama la financiera por vía judicial. Al final se puede pagar íntegramente unos cursos que no se dan.

Es necesario hacer referencia cómo en la actualidad existen empresas que incorporan en sus páginas web el contenido de lo dispuesto legalmente en lo relativo al derecho de desistimiento para mayor garantía de los consumidores.

Un caso claro lo encontramos en el Grupo Inditex¹²⁶. Por ejemplo el caso de la tienda de moda Zara. Para la adquisición de un bien te expone el bien y los detalles del mismo, a continuación en otra página pide los datos del consumidor, incluida la tienda en la que se va a recoger, ya que el Grupo Inditex no envía ropa a domicilios particulares, sino a sus propias tiendas; de nuevo otra página nueva indica cómo realizar el pago, incluyendo de nuevo los detalles y el precio final, donde independientemente de la forma de pago, aparece un texto en pequeño una casilla a seleccionar de que “acepta las condiciones y política de privacidad de la empresa”; seleccionando cualquiera de las dos re-direcciona a otra página donde de forma clara, en el lenguaje local y bien redactado se pueden ver las condiciones de uso, etc.

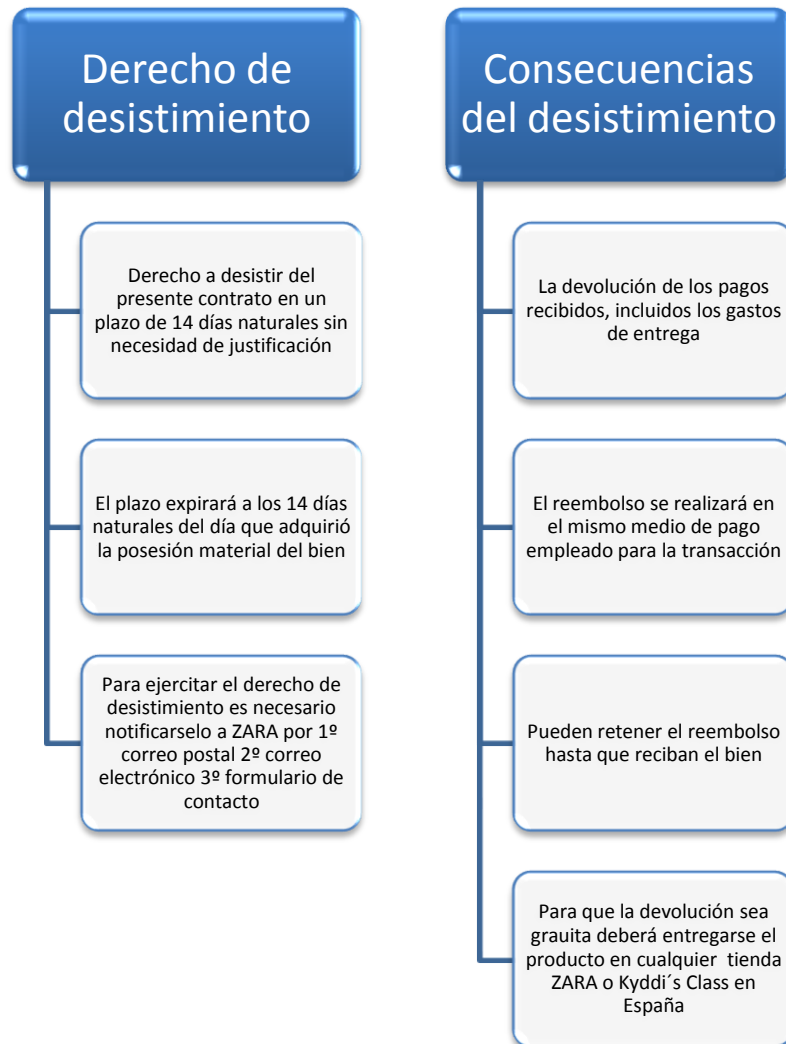
Éste es un caso claro de contratación a distancia en el que se cumplen claramente los cambios introducidos tanto por la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre los derechos de los consumidores, como por la Ley 3/2014, de 27 de marzo. Ni los artículos 7 a 14 DCC, ni los artículos 60 a 108 TRLCU se vulneran o se presentan de forma ambigua que pueda generar ningún tipo de duda o de problema.

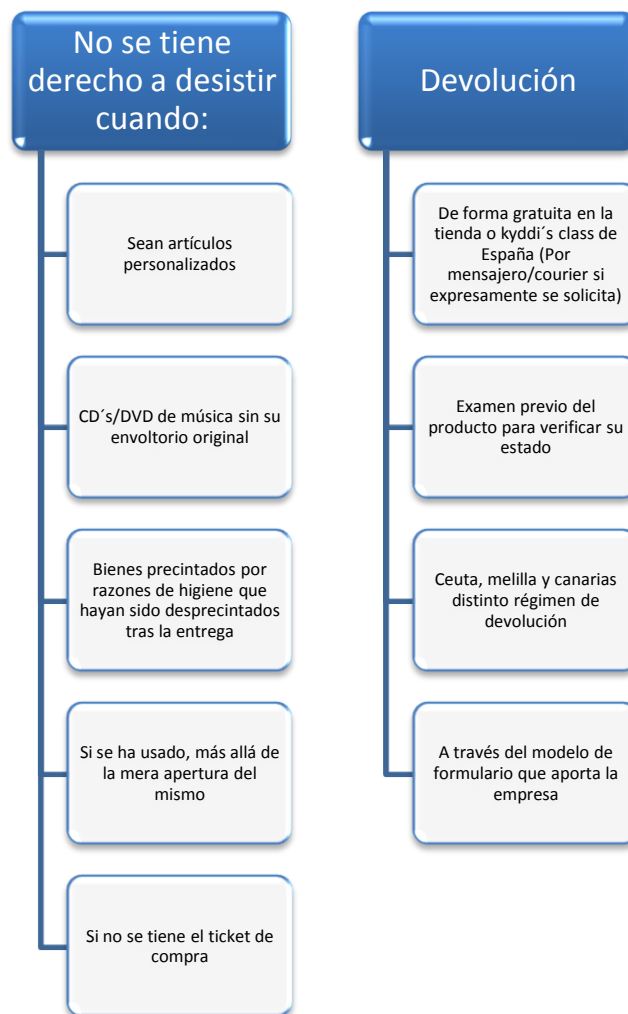
Incluye además información sobre el derecho legal a desistir de la compra, la política de devoluciones, etc. (Ver Anexo II para ver el modelo de formulario que utiliza la empresa).

Así lo recogen también otras empresas como El Corte Inglés, Blanco, Tommy Hilfiger y Tiendanimal, entre otros muchos. Son ejemplos a diferencia de los vistos anteriormente que no vulneran normas, ni se basan en una ambigüedad, porque siguen perfectamente lo contenido en la Directiva y el TRLCU, sin que se pueda confundir al consumidor, ni en lo referente a la información precontractual, ni al bien, ni al precio y pago ni tampoco en lo referente al desistimiento, que viene perfectamente delimitado. Aunque por regla general leer esta información precontractual suele ser poco habitual, ya que no te obligan a leerlas ni siquiera a ver la página o enlace que re-direcciona a las

¹²⁶ En el sitio web disponible en: <http://www.inditex.com/es/home>

condiciones de uso, impone una casilla sobre la que hay que hacer “clic” para continuar con la compra por internet, pero que en ningún caso se cerciora de que esa persona realmente ha leído con detenimiento esa información precontractual, sin la cual el contrato puede llegar a ser ineficaz.





4.2.19 El derecho de desistimiento en la praxis judicial

Es necesario realizar una pequeña mención a las resoluciones judiciales que resuelven algunos de los puntos tratados en el presente trabajo. Pero conviene advertir que, aunque existe un relativo acervo judicial en relación a los contratos celebrados a distancia o electrónicos con anterioridad a la modificación del TRLGDCU por la Ley 3/2014, no acontece así, dada su novedad, con los contratos ahora objeto de nueva regulación. Y ciertamente sorprende que no existan más sentencias dadas las circunstancias de algunas de las páginas web más utilizadas por los usuarios en España.

Para una explicación mejor de lo que se contiene en estas sentencias, hacer referencia a una dictada por la Audiencia Provincial de Asturias¹²⁷, de 23 de marzo de 2012, relativas a una demanda de reclamación del importe de 900 euros, correspondiente a una “manterapia¹²⁸” vendida en el domicilio de la demandada, y que no se pagó, pues la demandada alega que firmó la venta porque se sintió coaccionada por las personas que fueron a su domicilio a vendérselo. A consecuencia de esto, la demandada días después se puso en contacto con la empresa a través del teléfono, manifestando que no deseaba el producto adquirido dentro de los 7 días siguientes a la firma del contrato, dentro del plazo legal que se establecía antes de la modificación por la Ley 3/2014. El demandante alega que al no haber enviado un buro fax con su decisión no había desistido correctamente del producto.

En primera instancia el juez estimó la demanda basándose en los vicios relativos al consentimiento del Código Civil, ya que entonces se regía por el RD Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, donde se establecía la forma pertinente para la ejecución del desistimiento en los términos previstos en el título IV del Libro II, en concreto en el artículo 110, donde se establecía el plazo para ejercitar dicho desistimiento de siete días naturales a contar desde la recepción del producto o del documento del desistimiento si es posterior, para poder ejercerlo.

Se sostenía otra definición de desistimiento, recogido en el artículo 68.1, definiéndolo como *“la facultad del consumidor y usuario de dejar sin efectos el contrato celebrado, notificándose así a la otra parte en el plazo establecido para el ejercicio de este derecho, sin necesidad de justificar su decisión y sin penalización de ninguna clase”*.

Nos encontramos con que el contrato es un contrato celebrado fuera de establecimiento mercantil, en el que expresamente se regula el derecho de desistimiento, se le entregó el documento de desistimiento, que venía reflejado en letra negrita y con el plazo legal para ejercitarlo de 7 días. La demandada confirma que no envió tal

¹²⁷ Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, a 23 de marzo de 2012, Sala de lo Civil, (Sección 5ª), nº 117/2012, nº 43/2012.

¹²⁸ No se sabe muy bien a que se refiere, entendiendo que haya podido haber un error al transcribirlo, refiriéndose a la “imanterapia” que consta de un instrumento para eliminar cualquier tipo de problema en los sistemas orgánicos y mantener el equilibrio en el estado de salud general, para todas las edades.

documento, pero mantiene que lo comunicó por vía telefónica, no siendo probado, y sin que se haya acreditado error alguno en la valoración de la prueba, como tampoco se ha acreditado el empleo de maquinaciones ni de cualquier otro tipo de actuación que viciara el consentimiento de la demandada.

Concluye desestimando el recurso de apelación interpuesto por la adquirente del bien.

Ahora bien, como sentencia que refleje el cambio realizado es la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 23 de abril de 2015¹²⁹, donde se pone de relieve el error en la valoración de la prueba al considerar nulo el contrato por falta de las formalidades exigidas en los contratos de venta a distancia, al no incluirse el pertinente documento de desistimiento para que el demandado pudiera ejercitar dentro del plazo su derecho de desistimiento.

Reclamando una cuantía que asciende a 12.231,06 euros, que corresponden a una compraventa de libros y material audiovisual, la sentencia de instancia considera que existen siete contratos respecto de los cuales la acción de anulabilidad ha caducado, pues ha transcurrido con creces el plazo de cuatro meses desde la compra de los materiales, pues la demanda se ejercitó en mayo de 2012 y la reconvención por parte del demandado se interpuso en fecha de 12 de julio de 2012 cuando el último libro es de fecha de 12 de junio de 2008. En todo caso considera que es clara la caducidad de la acción de anulabilidad conforme al artículo 1.301 del Código Civil respecto de siete de los contratos, que son a los que la parte actora opuso la caducidad de la acción.

En realidad la cuestión no debe resolverse aplicando la caducidad de la acción prevista en el artículo 1.301 del Código Civil, ni tampoco la normativa sobre la confirmación de los contratos, pues según lo preceptuado en los artículos 68 y siguientes de la Ley de Consumidores y Usuarios, aplicable a los contratos a distancia, la cuestión se centra en ejercer el derecho de desistimiento que concede dicho artículo a favor de los consumidores y usuarios, ya que se trata de un elemento esencial de este tipo de contratos, que en caso de incumplimiento se sanciona con la nulidad radical o de pleno derecho, artículo 68. Alegando que al reverso de la hoja se incluye por escrito “derecho de revocación”, informando de ese derecho a desistir.

¹²⁹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sala de lo Civil (sección 14ª), de 23 de abril de 2015, nº 132/2015, nº 434/2015.

Por otro lado, el ejercicio de este derecho tiene unos plazos legales contenidos en el artículo 71 de la ley, que son de 7 días (en la normativa actual son 14 días, pero en el presente caso estaba vigente la redacción anterior a la Ley 3/2014, de 7 de marzo) hábiles para ejercer el derecho de desistimiento, contándose el plazo desde la recepción del bien objeto del contrato o desde la prestación del servicio. El citado artículo 71 amplía este plazo a tres meses (en la regulación actual son 12 meses) si el empresario no hubiera cumplido con el deber de información, contándose el plazo desde que se entregó el bien contratado. Pues bien, si se tiene en cuenta que los contratos se celebraron entre el año 2005 al 2010 es evidente que había transcurrido con creces los plazos para el ejercicio del derecho de desistimiento previstos en el artículo 71 de la LDCU, lo que implica que debía estimarse la reconvención ejercitada, aunque por diferentes razonamientos jurídicos.

Fallando así en la desestimación del recurso de apelación.

Como se aprecia en ambos casos, son anteriores a la Ley 3/2014, aunque la sentencia se dicta una vez que esta nueva modificación estaba ya vigente. Es todavía muy pronto para encontrar sentencias de contratos a distancia en los que se apliquen los nuevos plazos y garantías que se pretenden otorgar a los consumidores y usuarios.

5. CONCLUSIONES

Las conclusiones que se deducen de este trabajo son:

Primera.- En el siglo XXI ha surgido una disparidad de medios de comunicación (chat, correo electrónico, whatsapp, etc.), suponiendo como consecuencia nuevas formas de contratación a distancia entre las personas, que en muchos casos plantean problemas para los derechos y garantías reconocidos hasta el momento. Por ello, el artículo 169, apartado 1 y 2, letra a) del TFUE fija que la Unión contribuya a que se alcance un alto nivel de protección de los consumidores adoptando las medidas necesarias, surgiendo así la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, siendo el legislador español quien la traspone en nuestro ordenamiento jurídico a través de la Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre.

Segunda.- Los cambios más característicos a destacar en la Directiva 2011/83/UE son; el fin de los recargos encubiertos que se reflejaban en las facturas, si no aparecen explícitamente en la página web; el periodo para poder ejercer el derecho de desistimiento por los consumidores pasa de 7 días a 14 días naturales; se prohíbe el establecimiento de las denominadas como “casillas pre-seleccionadas” para los servicios adicionales; se impone la obligación de informar al consumidor de los pasos de la compra en los contratos a distancia y cuando concluye dicha compra; transparencia de posibles depósitos que se puedan exigir al consumidor derivados de la contratación y la información que el comerciante debe facilitar al consumidor debe ser obligatoria y no debe modificarse, salvo que se acuerde expresamente un cambio en el contenido del contrato, por ejemplo en lo relativo a los procedimientos de entrega.

Tercera.- Esta regulación persigue una armonización plena para el reforzamiento de la seguridad jurídica y un marco normativo único y con la consecución de un mercado interior único referente a la contratación a distancia. Es necesario diferenciar entre los contratos celebrados a distancia y los celebrados fuera del establecimiento mercantil, aunque son objeto de una unificación en su regulación, adaptándoles con un nuevo concepto renovado y más acorde a las nuevas tecnologías. Así debe entenderse

por contrato a distancia: “todo contrato celebrado entre un comerciante y un consumidor en el marco de un sistema organizado de venta o prestación de servicios a distancia, sin la presencia física simultánea del comerciante y del consumidor, y en el que se han utilizado exclusivamente una o más técnicas de comunicación a distancia hasta el momento en que se celebra el contrato y en la propia celebración del mismo”.

Cuarta.- Además de los cambios mencionados, también se introducen otros relativos a la información que debe suministrar el comerciante, tan importante a la hora de contratar, la estructura y forma de los contratos a distancia. Pero, en particular, entre los derechos que asisten al consumidor debe destacarse el derecho de desistimiento de los consumidores, que es tan importante en esta forma de contratación, dada su imposibilidad para valorar los productos en el momento, siendo esencial que éste lea y comprenda todos los elementos del contrato antes de realizar el pedido.

Quinta.- Uno de los cambios más importantes que afectan al derecho de desistimiento ad nutum, es el plazo para ejecutarlo, pasando de 7 a 14 días naturales, pudiéndose ampliar a 12 meses en caso de que el empresario o comerciante no informase al consumidor del derecho de desistimiento que le asiste. El desistimiento se ejercitará siempre de forma clara e inequívoca y en soporte duradero, para poder así el consumidor demostrar que ha desistido. Por el contrario, no todos los contratos a distancia pueden ser objeto de desistimiento, recogándose un listado de contratos excluidos en el artículo 103 TRLCU.

Sexta.- Se beneficiará el consumidor del derecho de desistimiento tanto si el contrato tiene por objeto bienes como si tiene por objeto servicios, teniendo las partes como consecuencia de su ejercicio que restituirse las prestaciones, extinguiéndose las obligaciones del contrato, y en caso de que no se puedan restituir el consiguiente valor del bien o la indemnización correspondiente. El ejercicio del derecho de desistimiento genera el deber de reembolso para el comerciante y la obligación de devolución del bien adquirido para el consumidor, la devolución del precio se hará en la misma forma en la que se celebró en un primer momento.

Séptima.- Actualmente, las páginas web a través de la que se celebran los contratos a distancia brindan al consumidor un sinnúmero de oportunidades a la hora de adquirir bienes y servicios, de una forma cómoda desde el hogar y con rapidez. Ante estas ventajas que nos proponen, también es necesario el análisis de aquellos derechos y

garantías del consumidor que se infringen, pues aunque en el día a día realicemos compras *on line*, en la mayoría de los casos se aceptan condiciones de uso y políticas de privacidad que vulneran los derechos de los consumidores, no respetando por lo general el deber de información imprescindible en estos contratos, utilizándose en gran parte de las ocasiones; un lenguaje escaso, ambiguo y en ocasiones, en una lengua distinta a la local para describir los bienes y servicios, además de plazos incorrectos para poder ejercer estos derechos. Y sobre todo, la desinformación del derecho a poder desistir del contrato, que tan poco interesa suministrar al comerciante o empresario por los gastos e inconvenientes que le producen. La Directiva como modelo armonizado introduce un formulario de desistimiento para que los consumidores lo utilicen a la hora de desistir de forma sencilla, no obstante el consumidor debe seguir siendo libre para desistir del contrato empleando sus propios términos, siempre que la declaración dirigida al comerciante sea inequívoca.

Octava.- Los Tribunales españoles, poco dicen hasta el momento en materia de contratos a distancia, debido a su reciente regulación, a pesar de que ya existen sentencias que recogen los nuevos cambios establecidos, aunque más que en los contratos a distancia, en los contratos celebrados fuera del establecimiento mercantil, donde el consumidor sufre una presión mayor por parte de quienes pretenden vender un producto. Otro motivo por el que no se dictan gran variedad de sentencias al respecto, es porque los contratos que se celebran a distancia en general no suponen un gran desembolso de dinero, no reclamando el consumidor en muchas ocasiones la cuantía que puede ser de unos cuantos euros. Estos motivos hacen que se conozcan poco las vulneraciones y abusos que sufren los consumidores en esta materia, ya que, aunque se conociesen las sanciones que se establecen para empresario o consumidor que las infringe es de ínfima importancia en muchas ocasiones, acarreado la restitución de las prestaciones o el pago de gastos adicionales.

6. BIBLIOGRAFÍA

1. Referencias bibliográficas

ÁLVAREZ LATA, N., “Reclamaciones de consumo. Derecho de consumo desde la perspectiva del consumidor”, 3ª ed. Coordinado por J.M. Busto Lago, Thomson Aranzadi, 2010.

ÁLVAREZ MORENO, T., “Contratos a distancia fuera del establecimiento mercantil. Comentario a la Directiva 2011/83 (Adaptado a la Ley 3/2014, de modificación de la TRLCU)”, Madrid. Ed. Reus. S.A, 2014.

ARROYO AMAYUELAS, E.; EBERS, M. “Heiniger y las sanciones del deber de información sobre el derecho de desistimiento ad nutum (Sentencia TJCE de 13 de diciembre de 2001, Asunto C-481/99)”. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada. 2006.

BALDERAS BLANCO, S., “La eficiencia de la información precontractual sobre el derecho de desistimiento en contratos a distancia”. En revista Diario La Ley, 8 de octubre de 2014, ef. La Ley 6584/2014.

BERMUDEZ BALLESTEROS, S. “El derecho de desistimiento en la Directiva 2011/83/ UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre derechos de los consumidores”. En revista CESCO de derecho de consumo, nº 9/2014.

DÍAZ ALABART, S., “Contratos a distancia fuera del establecimiento mercantil. Comentario a la Directiva 2011/83 (Adaptado a la Ley 3/2014, de modificación de la TRLCU)”, Madrid. Ed. Reus. S.A, 2014.

DÍEZ GARCÍA, H., “Contratos a distancia fuera del establecimiento mercantil. Comentario a la Directiva 2011/83 (Adaptado a la Ley 3/2014, de modificación de la TRLCU)”, Madrid. Ed. Reus. S.A, 2014.

GÁLVEZ CRIADO, A. “El derecho de desistimiento en los contratos indefinidos y en los contratos con consumidores en la Propuesta de Modernización del Código Civil”. En

ALBIEZ DOHRMANN, K.J. (Dir.). “Derecho privado europeo y modernización del Derecho contractual en España”. Barcelona: Ed. Atelier, 2011.

GONZÁLEZ CARRASCO, C., “Incidencias en el derecho contractual de la Directiva 2011/83/UE sobre los derechos de los consumidores”. En revista CESCO de derecho de consumo. nº 1/2012.

GONZÁLEZ DE ALAIZA CARDONA, J.J., “Contratación con consumidores, contratos de adhesión y contratación electrónica, contratos con finalidad traslativa de dominio, contratos de cesión temporal de uso y disfrute”. Tomo II. Madrid: Ed. Tirant lo Blanch, 2009.

GUILLÉN CATALÁN, R. “La Directiva sobre los derechos de los consumidores: un paso hacia delante, pero incompleto”. En revista Diario La Ley, 20 de febrero de 2012, nº 7801, ef. La Ley 812/2012.

KLEIN, M., “El desistimiento unilateral del contrato”. Madrid. Ed. Civitas, 1997.

LASARTE ÁLVAREZ, C., “Manual sobre protección de consumidores y usuarios”. Sexta edición. Madrid. Ed. Dykinson, 2015. p.:165.

LLORENTE SAN SEGUNDO, I., “La adaptación de la normativa reguladora del derecho de desistimiento a las exigencias de la Directiva 2011/83/UE sobre derechos de los consumidores”. En revista Ucem, Vol. 5, nº 2/2013.

MARÍN LÓPEZ, J., “La Directiva 2011/83/UE: Esquema general, ámbito de aplicación, nivel de armonización y papel de los estados miembros”. En revista CESCO de derecho de consumo, nº 1/2012.

MENDOZA LOSADA, A., “Los contratos a distancia y celebrado fuera de establecimiento mercantil tras la Directiva 2011/83/UE. Relación con la Directiva de Comercio Electrónico y la Dirección de Servicios”. En revista CESCO de derecho de consumo, nº 1/2012.

OLIVER CUELLO, R., “Fiscalidad internacional y comercio electrónico”. En: Revista de internet. Vol. 1, nº 9, 2009.

PINO ABAD, M.; SERRANO CAÑAS, J., “La incorporación de la Directiva 2011/83/UE al Derecho español y su incidencia en la regulación de los Contratos Celebrados Fuera de los Establecimientos Mercantiles”. En revista Diario La Ley, nº 8424, 2014.

PIÑAR MAÑAS, J.L.; BELTRÁN SÁNCHEZ, E., (Dirs.) “Comentarios a la Ley de Ordenación del Comercio Minorista y a la Ley Orgánica complementaria”. Madrid: Ed. Civitas, 1997.

RALUCA STROIE, I., “La Directiva 2011/83/UE, sobre los derechos de los consumidores, desde sus orígenes hasta la publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea”. En revista CESCO de derecho de consumo, nº1/2012.

2. Páginas web

GOICOECHEA, E. “M-commerce: El futuro del comercio electrónico”. En el sitio web de Innoquant Blog. Disponible en: <http://blog.innoquant.com/2013/12/m-commerce-el-futuro-del-comercio-electronico/>.

Aliexpress, http://es.aliexpress.com/es_home.htm?src=google&albch=google&acnt=3044109721&isdl=y&aff_short_key=UneMJZVf&albcpl=54095668&albag=1746916948slnk=&trgt=kwd19374970972&plac=&crea=67298336668&netw=g&device=c&mtctp=b&gclid=CIad_rbNo8cCFUI_Gwod9Q4IWg.

Blanco, <https://www.suiteblanco.com/>(última consulta, 7 de septiembre de 2015)

Ebay, <http://www.ebay.es/>(última consulta, 7 de septiembre de 2015)

Grupo Inditex, <http://www.inditex.com/es/home>(última consulta, 7 de septiembre de 2015)

Tommy Hilfiger, <http://es.tommy.com/>(última consulta, 7 de septiembre de 2015)

El Corte Inglés, <https://www.elcorteingles.es/>(última consulta, 7 de septiembre de 2015)

Segundamano, <http://www.segundamano.es/>(última consulta, 7 de septiembre de 2015)

Tiendanimal, <http://www.tiendanimal.es/>(última consulta, 7 de septiembre de 2015)

7. ANEXOS de formularios de páginas web para desistir.

7.1 ANEXO I

Modelo de formulario de desistimiento

(Solo debe cumplimentar y enviar el presente formulario si desea desistir del contrato)

— A la atención de [aquí el comerciante deberá insertar el nombre del comerciante, su dirección geográfica y, si dispone de ellos, su número de fax y su dirección de correo electrónico]:

— Por la presente le comunico/comunicamos (*) que desisto de mi/desistimos de nuestro (*) contrato de venta del siguiente bien/prestación del siguiente servicio (*)

— Pedido el/recibido el (*)

— Nombre del consumidor o de los consumidores

— Dirección del consumidor o de los consumidores

— Firma del consumidor o de los consumidores (solo si el presente formulario se presenta en papel)

— Fecha

7.2 ANEXO II

Modelo de formulario de desistimiento

(Sólo debe cumplimentar y enviar el presente formulario si desea desistir del contrato)

A la atención de Fashion Retail, S.A actuando bajo el nombre comercial de ZARA.

Por la presente le comunico que desisto de mi contrato de venta del siguiente bien:

Pedido el/recibido el (*)

Nombre del consumidor:

Dirección del consumidor:

Firma del consumidor: (sólo si el presente formulario se presenta en papel)

Fecha

(*) Táchese lo que no proceda