

LECCIONES SOBRE CONTRATACIÓN CON CONSUMIDORES (PARTE GENERAL) PARA ALUMNOS DEL GRADO EN DERECHO

Curso 2023-2024

María José Vaquero Pinto

- 1. MARCO NORMATIVO PARA LA PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES. CONCEPTO DE CONSUMIDOR Y DE EMPRESARIO**
- 2. REGLAS GENERALES EN LA CONTRATACIÓN CON CONSUMIDORES**
- 3. CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN Y CLÁUSULAS ABUSIVAS**
- 4. CONTRATACIÓN A DISTANCIA Y FUERA DE ESTABLECIMIENTO MERCANTIL**

LECCIÓN 1. MARCO NORMATIVO PARA LA PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES. CONCEPTO DE CONSUMIDOR Y DE EMPRESARIO.

María José Vaquero Pinto

Lección 1. Marco normativo para la protección de los consumidores. Concepto de consumidor y empresario. 1. Cuestiones introductorias. A) Derecho de consumo. B) Derecho privado de consumo como Derecho Civil. C) Diversidad de fuentes normativas. a) El Derecho de la Unión Europea. b) El Derecho estatal y el Derecho de las Comunidades Autónomas: distribución de competencias en materia de consumo. 2. Marco normativo básico del Derecho privado de consumo. A) La protección de los consumidores como principio informador del ordenamiento jurídico (art. 51 CE). B) El Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias (TRLUCU). a) Antecedentes. b) Contenidos del TRLUCU que interesan especialmente a la asignatura. c) Modificaciones del TRLUCU y actividad legislativa al margen del mismo. 3. Derechos básicos de los consumidores y carácter irrenunciable de los mismos. 4. Concepto de consumidor y de empresario. A) Dimensiones del concepto de consumidor. B) Concepto legal de consumidor y empresario en el TRLUCU. C) Casos dudosos del consumidor persona física. D) El problema de los actos con fines mixtos. E) El consumidor persona jurídica. F) La protección de las pequeñas empresas como parte débil, con independencia de su ámbito de actuación y del ánimo de lucro. 5. La persona consumidora vulnerable. 6. Resolución extrajudicial de conflictos.

1. CUESTIONES INTRODUCTORIAS

A) Derecho de consumo

El origen del Derecho de consumo puede situarse después de la Segunda Guerra Mundial cuando se implanta el estado del bienestar en los países industrializados, caracterizado por el aumento del poder adquisitivo y de la producción de bienes (diseñados, en muchos casos intencionadamente, con escasa vida útil). Este modelo de consumo masivo que pasó a denominarse “sociedad de consumo” gira en torno a dos elementos fundamentales. Por un lado, la publicidad (técnicas agresivas de marketing) y, por otro, la posibilidad de adquirir los bienes en forma financiada. La producción masiva impide las formas de contratación tradicionales basadas en la negociación individual y se impone el uso de las condiciones generales que las grandes empresas imponen a sus clientes que deben aceptarlas para acceder a los productos o servicios ofertados. En este contexto de clara desigualdad, el llamado “Derecho de consumo” persigue cierta intervención en la contratación privada para resguardar el interés privado del consumidor (usuario final de bienes o servicios) que sufre importantes abusos en las economías de mercado caracterizadas por el individualismo y la no intervención del Estado.

El germen del “derecho de consumo” se encuentra en los Estados Unidos. El 15 de marzo de 1962, el presidente John F. Kennedy en su discurso ante el Congreso, por

primera vez, estableció principios de protección al consumidor de manera formal: “Por definición, el término consumidores, nos incluye a todos (...) Ellos son el grupo económico más amplio que afecta y es afectado por casi cada decisión económica pública o privada. No obstante, es el único grupo importante (...) cuyas opiniones a menudo no son escuchadas”. Tales afirmaciones constituyeron el punto de partida de las posteriores legislaciones sobre los derechos del consumidor, tales como, el derecho a la seguridad, a la información, a la existencia de competencia de precios y a ser escuchados para la formulación de políticas de consumo, con el fin de que su situación de inferioridad respecto de las empresas estuviera protegida y mejorara su calidad de vida.

A su vez, los antecedentes del Derecho comunitario para la protección de los consumidores suelen situarse en la cumbre de París de 1972, en la que se constató la necesidad de desarrollar una política de protección e información de los consumidores y el desarrollo de unos programas de acción que comenzaron con el preliminar (1975) que recoge los derechos fundamentales de los consumidores: derecho a la salud, a la seguridad, a la tutela de los intereses económicos, a la reparación de los daños, a la información y educación en materia de consumo y a la representación. A partir del segundo programa de 1981 (período 1981-1986) comenzaron los primeros frutos, en forma de Directivas, dirigidas a proteger a los consumidores.

El objetivo de proteger a los consumidores y usuarios ha dado lugar a numerosas normas de carácter tuitivo en distintos niveles (Unión Europea, Legislador estatal y legisladores autonómicos). Tales normas evidencian que, en la protección del consumidor, están implicadas distintas ramas del ordenamiento jurídico, tanto del Derecho privado (Derecho civil, Derecho mercantil), como del Derecho público (Derecho administrativo, Derecho penal).

Las expresiones “Derecho de consumo” o “Derecho de los consumidores” se emplean para referirse a ese conjunto normativo heterogéneo y multidisciplinar, y se encuentra abierto un debate sobre si nos encontramos ante un nuevo Derecho especial o, simplemente, ante una agrupación, con fines didácticos de una serie de normas que tienen como elemento común el propósito de proteger a los consumidores y usuarios. Lo que parece indudable es que existe un principio jurídico que postula la necesidad de proteger al consumidor o usuario (principio *pro consumatore*), determinante de la promulgación un sinnúmero de normas de muy diversa naturaleza y rango, de carácter sectorial (la protección de los consumidores y usuarios), asentadas en el principio reseñado.

B) Derecho privado de consumo como Derecho Civil

La asignatura que es objeto de estudio se centra en la “contratación con consumidores” desde el punto de vista del Derecho privado. Conviene determinar si las normas reguladoras de la contratación entre empresarios y consumidores (de carácter privado) son de naturaleza civil o mercantil. Tradicionalmente, se ha discutido mucho sobre la naturaleza de los denominados “actos mercantiles mixtos” (empresarios/consumidores), cuestión esencialmente conectada al asunto del carácter mercantil o civil de la reventa al consumidor.

Un sector de la doctrina mercantil considera que el Derecho mercantil como Derecho del tráfico profesional incluye, no solo las relaciones entre comerciantes, sino, también las relaciones con terceros (consumidores o usuarios). Sin embargo, la compraventa mercantil es una compra de cosas muebles para revender “*con ánimo de lucrarse en la reventa*” (art. 325 CCo) y, por esa razón, debe considerarse que la compraventa entre empresarios y consumidores se regula en el Código civil. Es más, afirma expresamente el art. 326 CCo: “*No se reputarán mercantiles: 1º Las compras de efectos destinados al consumo del comprador o de la persona por cuyo encargo se adquirieren (...)*”.

En consecuencia, cabe concluir que, esencialmente, las normas relativas a la contratación entre empresarios y consumidores forman parte del Derecho civil. No obstante, como ya hemos advertido, el Derecho de los consumidores es interdisciplinar y existen cuestiones (y regulaciones) que confluyen en esta materia de naturaleza mercantil (que es también Derecho Privado), como las que afectan al Derecho de la libre competencia, la competencia desleal o la publicidad, que inciden en la regulación del mercado cuya corrección beneficia a los consumidores y usuarios. En este sentido, suele hablarse de una protección directa del consumidor que se lleva a efecto mediante medidas que le atribuyen facultades o beneficios directos, y de una protección indirecta que comprendería el conjunto de medidas adoptadas por los poderes públicos que puedan arrojar cualquier consecuencia positiva para el consumidor (ordenación del mercado interior, libertad de la competencia etc.).

Ha de tenerse en cuenta que las normas contractuales de protección del consumidor aparecen por la incapacidad del Derecho codificado de obligaciones y contratos para abordar la necesidad de protección de los consumidores, pues parten del presupuesto de la esencial igualdad de las partes en la negociación, presupuesto que quiebra en el ámbito de las relaciones de consumo. Por esa razón, el Derecho de consumo se aparta, en muchas ocasiones, de las reglas generales de las obligaciones y los contratos. Sin

embargo, se produce un fenómeno llamativo pues, con ocasión del desarrollo de las normas protectoras de los consumidores y usuarios se alcanzan a veces soluciones más armónicas desde el punto de vista de la técnica jurídica que, muy probablemente, acaben integrando el Derecho común de las obligaciones y los contratos (p. ejemplo, mejor solución en la articulación de remedios frente al incumplimiento).

C) Diversidad de fuentes normativas

a) El Derecho de la Unión Europea

En el Tratado de Roma (1957) no se menciona expresamente la política de consumo, aunque existan algunas referencias implícitas a lo largo de su articulado a los consumidores. Una alusión expresa a la “*protección de los consumidores*” basada en “*un nivel de protección adecuado*” aparece por primera vez en el Acta Única Europea de 1986 que reforma el Tratado de Roma. La consolidación de una “política” para los consumidores para conseguir una elevada protección de los mismos se produce con el Tratado de Maastricht.

El Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) proporciona distintas normas de interés:

i) La Unión Europea y los Estados miembros tienen competencia compartida en materia de consumo:

Art. 4 TFUE: “La Unión dispondrá de competencia compartida con los Estados miembros (...) Las competencias compartidas entre la Unión y los Estados miembros se aplicarán a los siguientes ámbitos principales: (...) f) la protección de los consumidores”.

ii) Hay que garantizar los derechos básicos de los consumidores:

Art. 169.1 TFUE: “Para promover los intereses de los consumidores y garantizarles un alto nivel de protección, la Unión contribuirá a proteger la salud, la seguridad y los intereses económicos de los consumidores, así como a promover su derecho a la información, a la educación y a organizarse para salvaguardar sus intereses”.

iii) Los Estados miembros pueden ofrecer un mayor grado de protección a los consumidores que el impuesto por la misma:

Art. 169.4 TFUE: “Las medidas que se adopten (...) no obstarán para que cada uno de los Estados miembros mantenga y adopte medidas de mayor protección. Dichas medidas deberán ser compatibles con los Tratados (...)”.

Los distintos planes europeos de acción dirigidos a conseguir el alto nivel de protección de los consumidores, y el reconocimiento de sus derechos, han dado lugar a la publicación de numerosas directivas que, con el tiempo, se han ido modificando o sustituyendo por otras (también a algunos reglamentos).

La incorporación de las directivas a los distintos ordenamientos de los Estados miembros ha contribuido de manera notable a la armonización del Derecho europeo,

favoreciendo el mercado transfronterizo. En muchas ocasiones las directivas han sido de mínimos, imponiendo a los Estados miembros un mínimo nivel de protección, quedando a su criterio el establecimiento de un nivel adicional de protección. Sin embargo, otras veces se han publicado normas de armonización máxima que impiden a los Estados miembros establecer una situación más o menos beneficiosa que la impuesta por la Directiva (así, por ejemplo, la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2011 sobre los derechos de los consumidores). Se persigue en estos casos una completa armonización de los ordenamientos (en algunos asuntos) que también se obtiene cuando se regula por vía de Reglamento (directamente aplicable), al que recurre de modo cada vez más frecuente el legislador europeo. Debe tenerse en cuenta que, en la interpretación del Derecho comunitario cumple un papel fundamental el Tribunal de Justicia de la Unión Europea de cuyas decisiones están permanente pendientes los tribunales de los Estados miembros.

Actualmente, se encuentra en marcha la Nueva Agenda del Consumidor (2020-2025), aprobada por la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, de 13 de noviembre de 2020, que tiene como finalidad abordar las necesidades inmediatas de los consumidores ante la pandemia de COVID-19 y aumentar su resiliencia.

La Agenda cubre cinco ámbitos prioritarios principales:

- a) La transición ecológica,
- b) La transformación digital;
- c) La tutela y el respeto de los derechos de los consumidores,
- d) Las necesidades específicas de determinados grupos de consumidores y
- e) La cooperación internacional.

En el marco de esta agenda, las principales normas (y propuestas legislativas) a destacar son las siguientes:

i) La Directiva 2020/1828 del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de noviembre de 2020 relativa a las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores, y por la que se deroga la Directiva 2009/22/CE relativa a las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores (pendiente de transposición).

La norma exige a los Estados miembros que dispongan en su derecho procesal de un mecanismo de acción colectiva mediante el que, de forma acumulada a una medida de cesación (acción de cesación) o de forma separada, pero como continuación de aquella, ciertas entidades especialmente habilitadas para ello puedan reclamar judicialmente un remedio resarcitorio, en

interés de consumidores afectados por la conducta de un empresario infractora de la normativa de protección de consumidores y usuarios.

Para la transposición de la misma se ha elaborado el Anteproyecto de Ley de acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores, que traspone la Directiva 2020/1828 del Parlamento Europeo y del Consejo de Europa, de 25 de noviembre de 2020.

ii) Hay dos normas muy relacionadas entre sí: El RUE 2022/2065, de 19 de octubre de 2022, relativo a un mercado único de servicios digitales que, (con algunas excepciones, pues ciertas normas se aplican desde el 16 de noviembre de 2022 [arts. 92 y 93 RUE 2022/2065]) será aplicable a partir del 17 de febrero de 2024 (ley de servicios digitales). Y el RUE 2022/1925, de 14 de septiembre de 2022, sobre mercados disputables y equitativos en el sector digital, que se aplica (con algunas excepciones) a partir del 2 de mayo de 2023 (Ley de mercados digitales).

Ambas propuestas tienen un claro objetivo que es actualizar la regulación sobre el uso de internet, garantizando la seguridad de las transacciones mediante el reforzamiento de los derechos fundamentales de los usuarios y estableciendo reglas que fomentan la competitividad entre las plataformas. Así, la Ley de Servicios Digitales se concibe para potenciar el mercado interior y tiene por objetivo principal favorecer la innovación, el crecimiento y la competitividad imponiendo **mecanismos eficaces contra la desinformación y los contenidos ilegales**. Para conseguir sus fines facilita la expansión de las plataformas más pequeñas, las pymes y las empresas emergentes, con el compromiso de establecer un equilibrio de responsabilidades entre las Administraciones, las plataformas y los usuarios, basado en los valores europeos y, esencialmente, en la protección de los ciudadanos. El Reglamento introduce responsabilidades y un sistema de rendición de cuentas y transparencia para los proveedores de servicios intermediarios, tales como: proveedores de acceso a internet; servicios de alojamiento como los servicios de computación en nube o de alojamiento web; registradores de nombres de dominio; mercados en línea; tiendas de aplicaciones; plataformas de economía colaborativa; redes sociales; plataformas de intercambio de contenidos; plataformas en línea de viajes y hospedaje. Incorpora, además, algunas normas para plataformas en línea y motores de búsqueda de gran tamaño.

Por su parte, la Ley de Mercados Digitales se dirige fundamentalmente a la regulación de las grandes plataformas a las que denomina “guardianes de acceso”, como son Apple, Google, Facebook, Amazon o Microsoft. El objeto de esta norma, como se indica en su Exposición de Motivos, es “contribuir al buen funcionamiento del mercado único de servicios digitales garantizando que los mercados en toda la Unión en los que haya presencia de guardianes de acceso sean disputables y equitativos. Esto debería promover la innovación, la alta calidad de los productos y servicios digitales, precios justos y competitivos, y la libertad de elección para los usuarios del sector digital”.

iii) Cabe destacar también el RUE 2023/988, de 10 de mayo de 2023 relativo a la seguridad general de los productos, por el que se modifican el RUE 1025/2012 y se derogan la Directiva 2001/95/CE y la Directiva 87/357/CEE. También la propuesta de Reglamento relativo a los requisitos horizontales de ciberseguridad para los productos con elementos digitales y por el que se modifica el RUE 2019/1020 de 15 de septiembre de 2022.

iv) En el ámbito de la inteligencia artificial existe una propuesta de Reglamento por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial (Ley de inteligencia artificial) de 21 de abril de 2021 (tardará en aplicarse dos años desde su

entrada en vigor). Además, hay otras dos propuestas sobre la mesa. Por un lado, la Propuesta de Directiva sobre responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos, de 28 de septiembre de 2022; y, por otro, la Propuesta de Directiva relativa a la adaptación de las normas de responsabilidad civil extracontractual a la inteligencia artificial, de 28 de septiembre de 2022.

v) La Directiva 2023/2225, de 10 de octubre de 2023, relativa a los contratos de crédito al consumo y por la que se deroga la Directiva 2008/48/CE.

vi) La propuesta de Directiva que modifica las Directivas 2005/29 y 2011/83, en lo que respecta al empoderamiento de los consumidores para la transición ecológica, mediante una mejor protección contra las prácticas desleales y una mejor información, de 30 de marzo de 2022. La propuesta pretende contribuir a una economía de la UE circular, limpia y ecológica, al hacer posible que los consumidores tomen decisiones de compra con conocimiento de causa y contribuyan así a un consumo más sostenible.

vii) En la misma línea se encuentra la propuesta de Directiva por la que se establecen normas comunes para promover la reparación de bienes y se modifican el RUE 2017/2394 y las Directivas 2019/771 y 2020/1828

viii) La Directiva 2023/2673, de 22 de noviembre de 2023, por la que se modifica la Directiva 2011/83/UE en lo relativo a los contratos de servicios financieros celebrados a distancia y se deroga la Directiva 2002/65/CE

Cabe destacar que, en muchas ocasiones, la interpretación de las normas de la Unión Europea plantea relevantes dudas interpretativas, y algunas se han resuelto directamente por la Comisión (DOUE 29.12.2021):

i) Comunicación de la Comisión de Directrices sobre la interpretación y la aplicación de la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre los derechos de los consumidores

ii) Comunicación de la Comisión portadora de la Guía sobre la interpretación y la aplicación de la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior

iii) Comunicación de la Comisión de Directrices sobre la interpretación y la aplicación del artículo 6 bis de la Directiva 98/6/CE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la protección de los consumidores en materia de indicación de los precios de los productos ofrecidos a los consumidores (dicha Directiva fue modificada por la Directiva 2019/2161).

ix) RUE 2023/2854, de 13 de diciembre de 2023 sobre normas armonizadas para un acceso justo a los datos y su utilización, y por el que se modifican el RUE 2017/2394 y la Directiva 2020/1828 (Reglamento de Datos) que establece una lista de cláusulas abusivas (tardará en comenzar a aplicarse).

b) El Derecho estatal y el Derecho de las Comunidades Autónomas: distribución de competencias en materia de consumo

La mayoría de las normas relevantes sobre protección de los consumidores dictadas por el legislador estatal son consecuencia de la incorporación al Derecho interno de las directivas sobre el asunto.

En la práctica, como sucede en otros ámbitos, el legislador estatal se enfrenta a la dificultad de delimitar su competencia respecto de las que corresponden a las Comunidades Autónomas. La CE no hace referencia, al tiempo de delimitar las competencias de uno y otras al “consumo” o “la protección de los consumidores”. Sin embargo, los estatutos de autonomía se han atribuido competencias de “consumo y comercio”, lo que ha provocado algunos conflictos. El Tribunal Constitucional ha proporcionado una serie de criterios sobre este asunto (SSTC 71/1982 y 88/1982):

1) En el Derecho de consumo concurren disposiciones de Derecho público y de Derecho privado. Donde las Comunidades Autónomas tienen reconocidas competencias es en las normas jurídico-públicas (administrativas). Tales normas administrativas incluyen las relativas al régimen del comercio interior.

2) El Estado tiene competencia exclusiva sobre una diversidad de títulos referentes al comercio, el Derecho de los contratos y la responsabilidad civil contractual y extracontractual.

- i) Aseguramiento de la unidad de mercado (arts. 139.2, 149.1. 1ª y 6ª CE).
- ii) Legislación civil, con la salvedad de los territorios con Derecho foral (art. 149.1. 8ª CE).
- iii) Legislación mercantil (art. 149.1. 6ª CE).
- iv) Regulación de las bases de las obligaciones contractuales (art. 149.1. 8ª CE).
- v) Específicamente, se ha manifestado el TC sobre la competencia estatal en materia de responsabilidad contractual y extracontractual, regulación de las condiciones generales de los contratos y modalidades contractuales (STC 71/1982).

En consecuencia, las Comunidades Autónomas deben limitarse a regular los aspectos administrativos de las relaciones de consumo (sanciones, controles administrativos etc.). La mayoría de las Comunidades Autónomas disponen de normas de protección de los consumidores, dictadas con rango de ley.

Además, las Comunidades Autónomas generan instituciones paralelas a las del Estado. Así, en el ámbito estatal se encuentra la Dirección General de Consumo (Real Decreto 495/2020, de 28 de abril, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Consumo), a quien corresponde la propuesta de regulación, en el ámbito de las competencias estatales, que incida en la protección y la promoción de los derechos de los consumidores y usuarios, el establecimiento e impulso de

procedimientos eficaces para la protección de los mismos, la cooperación institucional interterritorial en la materia, el fomento de las asociaciones de consumidores y usuarios y el apoyo al Consejo de Consumidores y Usuarios. De forma paralela, las Comunidades Autónomas tienen su correspondiente organismo de consumo (Dirección General).

En el ámbito estatal, cabe destacar la importancia del Consejo de Consumidores y Usuarios (art. 38 TRLCU) como órgano nacional de consulta y representación institucional de los consumidores y usuarios a través de sus organizaciones.

Actualmente, a nivel estatal, cabe destacar la existencia de algunas propuestas legislativas de interés. Además del Anteproyecto de Ley de Acciones de Representación para la Protección de los Intereses Colectivos de los Consumidores (ya reseñado), el Proyecto de Ley sobre servicios de atención a la clientela, de 24 de abril de 2023; Proyecto de Ley por la que se crea la Autoridad Administrativa Independiente de Defensa del Cliente Financiero para la resolución extrajudicial de conflictos entre las entidades financieras y sus clientes, de 18 de mayo de 2023.

Parecía haber quedado en el olvido un anteproyecto de Ley de 2021 (impulsado por el ministro Garzón) sobre control del carácter abusivo de las cláusulas en contratos celebrados con consumidores (para extenderlo a los elementos esenciales del contrato). Sin embargo, se ha presentado una enmienda al texto del Proyecto de Ley de defensa de la clientela que pretende modificar en ese sentido el TRLCU.

2. MARCO NORMATIVO BÁSICO DEL DERECHO PRIVADO DE CONSUMO

A) La protección de los consumidores como principio informador del ordenamiento jurídico (art. 51 CE)

Dispone el art. 51 CE:

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

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

3. En el marco de lo dispuesto por los apartados anteriores, la ley regulará el comercio interior y el régimen de autorización de productos comerciales”.

El mandato constitucional de protección de los consumidores y usuarios fue el punto de arranque de la política de protección del consumidor y se configura como principio informador del ordenamiento jurídico.

Art. 53.3. CE: *“El reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo tercero informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen”.*

Algunos mercantilistas, aun reconociendo la importancia del principio, inciden en que debe cohonestarse con principios y derechos constitucionales de mayor rango (libertad de empresa, propiedad privada, autonomía privada) reduciendo la protección de los consumidores y usuarios a una idea programática. Sin embargo, según otros autores, el sistema económico diseñado por la Constitución, asentado en la iniciativa privada económica, no impide que pueda considerarse la protección de los consumidores como un principio general del Derecho, en terminología tradicional, o un principio informador de todo el ordenamiento jurídico, expresión empleada por el art. 1 TRLCU.

B) El Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias

a) Antecedentes

Aunque existía antes en nuestro ordenamiento alguna norma favorecedora del consumidor, la primera de carácter general en nuestro ordenamiento, dictada en desarrollo del art. 51 CE es la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (LCU). La Ley fue elaborada muy rápidamente por la sensibilidad que había provocado entonces el caso de envenenamiento alimentario por aceite de colza. Era una norma breve, comparada con la actual (TRLCU) que no incidía directamente en las normas contractuales y que no fue objeto de alegación frecuente por parte de los abogados (se afirmaba que era fundamentalmente Derecho administrativo). Al margen de la Ley 26/1984, se publicaron otras especiales dedicadas a la regulación de diversos asuntos, a impulso de las directivas comunitarias (contratos celebrados fuera de establecimiento mercantil, responsabilidad por daños causados por productos defectuosos, crédito al consumo, viajes combinados, etc.).

La Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios, habilitó al Gobierno para que, en el plazo de doce meses, refundiera en un texto único, la LCU y las leyes de transposición de las directivas comunitarias dictadas en materia de protección de consumidores y usuarios, que incidían en aspectos regulados en ella, regularizando, aclarando, y armonizando los textos legales que debían ser refundidos. Surge, así, el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (TRLCU). Si bien es cierto, distintas leyes de interés se integraron en el mismo, otras se mantuvieron en textos independientes (como las relativas a sociedad de la información y comercio electrónico, aprovechamiento por turno de bienes inmuebles o crédito al consumo). La

Disposición derogatoria única del TRLCU deroga la LCU y las normas cuyo contenido pasa a integrarse en el nuevo texto:

- i) Ley 26/1991, de 21 de noviembre, sobre contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles.
- ii) Ley 22/1994, de 6 de julio, de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos.
- iii) Ley 21/1995, de 6 de julio, reguladora de los viajes combinados
- iv) Ley 23/2003, de 10 de julio, de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo (donde se regulaba, por primera vez el asunto de la conformidad en las ventas de bienes de consumo).

b) Contenidos del TRLCU que interesan especialmente a la asignatura

Del contenido del TRLCU, norma fundamental en materia de protección de consumidores, integrada por normas de Derecho público y de Derecho privado, existen varios contenidos fundamentales para nuestra asignatura, de los que daremos noticia brevemente, pues se desarrollarán en los lugares correspondientes:

- i) **Libro I. Disposiciones generales:** Título I. Ámbito de aplicación y derechos básicos de los consumidores y usuarios.
- ii) **LIBRO II. Contratos y garantías:**
 - Título I. Contratos con consumidores y usuarios.
 - Título II: Condiciones generales y cláusulas abusivas.
 - Título III. Contratos celebrados a distancia y contratos celebrados fuera de establecimiento mercantil.
 - Título IV. Garantías y servicios posventa.
- iii) **LIBRO III. Responsabilidad por bienes o servicios defectuosos.**
- ii) **LIBRO IV. Viajes combinados y servicios de viaje vinculados.**

c) Modificaciones del TRLCU y actividad legislativa al margen del mismo

A impulso de las directivas de la Unión Europea, el TRLCU ha experimentado numerosas modificaciones llevadas a cabo a través de las siguientes normas:

- Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio
- Ley 29/2009, de 30 de diciembre, por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios
- 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.
- Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones (arts. 46-55) que regula los derechos de los usuarios finales de comunicaciones electrónicas (en proceso de renovación). La norma fue sustituida recientemente por la Ley 11/2022, General de Telecomunicaciones, de 28 de junio de 2022.
- Real Decreto 899/2009, de 22 de mayo, por el que se aprueba la carta de derechos del usuario de los servicios de comunicaciones electrónicas (en vigor en cuanto no se oponga a la anterior y no se desarrolle la misma).
- Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria
- Real Decreto-ley 9/2017, de 26 de mayo, por el que se transponen directivas de la Unión Europea en los ámbitos financiero, mercantil y sanitario, y sobre el desplazamiento de trabajadores
- Ley 7/2017, de 2 de noviembre, por la que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 2013/11/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo.

Ley 4/2018, de 11 de junio, 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 Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre.

Real Decreto-ley 23/2018, de 21 de diciembre, de transposición de directivas en materia de marcas, transporte ferroviario y viajes combinados y servicios de viaje vinculados.

Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario.

Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19.

Real Decreto-ley 37/2020, de 22 de diciembre, de medidas urgentes para hacer frente a las situaciones de vulnerabilidad social y económica en el ámbito de la vivienda y en materia de transportes.

Real Decreto-ley 1/2021, de 19 de enero, de protección de los consumidores y usuarios frente a situaciones de vulnerabilidad social y económica.

Real Decreto-ley 7/2021, de 27 de abril, de transposición de directivas de la Unión Europea en las materias de competencia, prevención del blanqueo de capitales, entidades de crédito, telecomunicaciones, medidas tributarias, prevención y reparación de daños medioambientales, desplazamiento de trabajadores en la prestación de servicios transnacionales y defensa de los consumidores.

Real Decreto-ley 24/2021, de 2 de noviembre, de transposición de directivas de la Unión Europea en las materias de bonos garantizados, distribución transfronteriza de organismos de inversión colectiva, datos abiertos y reutilización de la información del sector público, ejercicio de derechos de autor y derechos afines aplicables a determinadas transmisiones en línea y a las retransmisiones de programas de radio y televisión, exenciones temporales a determinadas importaciones y suministros, de personas consumidoras y para la promoción de vehículos de transporte por carretera limpios y energéticamente eficientes (modificación en vigor desde el 28 de mayo de 2022).

Ley 4/2022, de 25 de febrero, de protección de los consumidores y usuarios frente a situaciones de vulnerabilidad social y económica (deroga implícitamente el Real Decreto-ley 1/2021, de 19 de enero, de protección de los consumidores y usuarios frente a situaciones de vulnerabilidad social y económica).

Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación.

Ley 23/2022, de 2 de noviembre, por la que se modifica la Ley 13/2011, de 27 de mayo, de regulación del juego.

Real Decreto-ley 5/2023, de 28 de junio, por el que se adoptan y prorrogan determinadas medidas de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la Guerra de Ucrania, de apoyo a la reconstrucción de la isla de La Palma y a otras situaciones de vulnerabilidad; de transposición de Directivas de la Unión Europea en materia de modificaciones estructurales de sociedades mercantiles y conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores; y de ejecución y cumplimiento del Derecho de la Unión Europea, que modifica la Disposición adicional única para incorporar el derecho al olvido oncológico.

Finalmente, ha de tenerse en cuenta que al margen del TRLCU existen normas de indudable importancia, con incidencia directa o indirecta en la contratación con consumidores. Así, sin ánimo exhaustivo:

Real Decreto 1457/1986, de 10 de enero, por el que se regulan la actividad industrial y la prestación de servicios en los talleres de reparación de vehículos automóviles de sus equipos y componentes

Real Decreto 58/1988, de 29 de enero, sobre protección de los derechos del consumidor en el servicio de reparación de aparatos de uso doméstico.

Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad.

Real Decreto 515/1989, de 21 de abril, sobre protección de los consumidores en cuanto a la información a suministrar en la compraventa y arrendamiento de viviendas.

Real Decreto 825/1990, de 22 de junio, sobre el derecho de representación, consulta y participación de los consumidores y usuarios a través de sus Asociaciones.

Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal.

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

Ley 28/1998, de 13 de julio, de Venta a Plazos de Bienes Muebles

Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación.

Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación.

Real Decreto 1828/1999, de 3 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento del Registro de Condiciones Generales de la Contratación.

Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico.

Ley 40/2002, de 14 de noviembre, reguladora del contrato de aparcamiento de vehículos.

RUE de 11 de febrero de 2004, por el que se establecen normas comunes sobre compensación y asistencia a los pasajeros aéreos en caso de denegación de embarque y de cancelación o gran retraso de los vuelos, y se deroga el Reglamento (CEE) no 295/91.

Orden ECO/734/2004, de 11 de marzo, sobre los departamentos y servicios de atención al cliente y el defensor del cliente de las entidades financiera.

RUE de 5 de julio de 2006 sobre los derechos de las personas con discapacidad o movilidad reducida en el transporte aéreo

Ley 22/2007, de 11 de julio, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores.

Ley 43/2007, de 13 de diciembre, de protección de los consumidores en la contratación de bienes con oferta de restitución del precio.

Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo.

RUE de 24 de septiembre de 2008, sobre normas comunes para la explotación de servicios aéreos en la Comunidad.

Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito.

Real Decreto 899/2009, de 22 de mayo, por el que se aprueba la carta de derechos del usuario de los servicios de comunicaciones electrónicas.

Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio.

RUE, de 24 de noviembre de 2010, sobre los derechos de los pasajeros que viajan por mar y por vías navegables y por el que se modifica el Reglamento (CE) 2006/2004.

Real Decreto 106/2011, de 28 de enero, por el que se crea y regula el Registro estatal de empresas previsto en la Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito, y se fija el importe mínimo del seguro de responsabilidad o aval bancario para el ejercicio de estas actividades.

RUE de 16 de febrero de 2011, sobre los derechos de los viajeros de autobús y autocar y por el que se modifica el Reglamento (CE) 2006/2004.

Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo.

RUE 1169/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre la información alimentaria facilitada al consumidor.

Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios.

Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos.

Circular 5/2012, de 27 de junio, del Banco de España, a entidades de crédito y proveedores de servicios de pago, sobre transparencia de los servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de préstamos.

Ley 4/2012, de 6 de julio, de contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio y normas tributarias.

Orden ECC/2502/2012, de 16 de noviembre, por la que se regula el procedimiento de presentación de reclamaciones ante los servicios de reclamaciones del Banco de España, la Comisión Nacional del Mercado de Valores y la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones.

Real Decreto 1619/2012, de 30 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento por el que se regulan las obligaciones de facturación

Real Decreto-ley 6/2013, de 22 de marzo, de protección a los titulares de determinados productos de ahorro e inversión y otras medidas de carácter financiero.

Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social.

Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social.

Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social.

Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado.

Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito.

Real Decreto 84/2015, de 13 de febrero, por el que se desarrolla la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito.

Real Decreto 126/2015, de 27 de febrero, por el que se aprueba la norma general relativa a la información alimentaria de los alimentos que se presenten sin envasar para la venta al consumidor final y a las

colectividades, de los envasados en los lugares de venta a petición del comprador, y de los envasados por los titulares del comercio al por menor.

Orden ECC/2316/2015, de 4 de noviembre, relativa a las obligaciones de información y clasificación de productos financieros.

Real Decreto-ley 1/2017, de 20 de enero, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo.

Ley 7/2017, de 2 de noviembre, por la que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 2013/11/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo.

Real Decreto-ley 19/2017, de 24 de noviembre, de cuentas de pago básicas, traslado de cuentas de pago y comparabilidad de comisiones.

Real Decreto-ley 19/2018, de 23 de noviembre, de servicios de pago y otras medidas urgentes en materia financiera.

Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, que viene a adaptar el ordenamiento jurídico español al RUE 2016/679 del Parlamento Europeo y el Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de sus datos personales y a la libre circulación de estos datos.

Real Decreto-ley 7/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler.

Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario.

Real Decreto 164/2019, de 22 de marzo, por el que se establece un régimen gratuito de cuentas de pago básicas en beneficio de personas en situación de vulnerabilidad o con riesgo de exclusión financiera.

Circular 2/2019, de 29 de marzo, del Banco de España, sobre los requisitos del Documento Informativo de las Comisiones y del Estado de Comisiones, y los sitios web de comparación de cuentas de pago, y que modifica la Circular 5/2012, de 27 de junio, a entidades de crédito y proveedores de servicios de pago, sobre transparencia de los servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de préstamos.

Real Decreto 309/2019, de 26 de abril, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario y se adoptan otras medidas en materia financiera.

RUE 2019/1150 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de junio de 2019 sobre el fomento de la equidad y la transparencia para los usuarios profesionales de servicios de intermediación en línea.

Orden ECE/1263/2019, de 26 de diciembre, sobre transparencia de las condiciones y requisitos de información aplicables a los servicios de pago y por la que se modifica la Orden ECO/734/2004, de 11 de marzo, sobre los departamentos y servicios de atención al cliente y el defensor del cliente de las entidades financieras, y la Orden EHA/ 2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios.

Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19.

Ley 6/2020, de 11 de noviembre, reguladora de determinados aspectos de los servicios electrónicos de confianza, que viene a complementar el RUE 910/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de julio de 2014, relativo a la identificación electrónica y los servicios de confianza para las transacciones electrónicas en el mercado interior.

Real Decreto-ley 26/2020, de 7 de julio, de medidas de reactivación económica para hacer frente al impacto del COVID-19 en los ámbitos de transportes y vivienda.

Real Decreto-ley 37/2020, de 22 de diciembre, de medidas urgentes para hacer frente a las situaciones de vulnerabilidad social y económica en el ámbito de la vivienda y en materia de transportes.

RUE de 29 de abril de 2021, sobre los derechos y las obligaciones de los viajeros de ferrocarril.

Real Decreto 390/2021, de 1 de junio, por el que se aprueba el procedimiento básico para la certificación de la eficiencia energética de los edificios.

Real Decreto 401/2021, de 8 de junio, por el que se aprueban las medidas necesarias para que las comunidades autónomas puedan utilizar los recursos del Plan Estatal de Vivienda 2018-2021, a fin de hacer frente a las compensaciones que procedan, y por el que se establece el procedimiento para el reconocimiento de la compensación a los propietarios y arrendadores a que se refieren los artículos 1 y 1 bis del Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19.

Real Decreto 184/2022, de 8 de marzo, por el que se regula la actividad de prestación de servicios de recarga energética de vehículos eléctricos.

Real Decreto-ley 6/2022, de 29 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en el marco del Plan Nacional de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la guerra en Ucrania.

Ley 11/2022, General de Telecomunicaciones, de 28 de junio de 2022.

Ley 13/2022, de 7 de julio, general de comunicación audiovisual que regula la figura de los influencers a los que denomina usuarios de especial relevancia que empleen servicios de intercambio de vídeos a través de plataforma (art. 94).

Ley 7/2022, de 8 de abril, de residuos y suelos contaminados, para una economía circular.

Real Decreto-ley 11/2022, de 25 de junio, por el que se adoptan y se prorrogan determinadas medidas para responder a las consecuencias económicas y sociales de la guerra en Ucrania, para hacer frente a situaciones de vulnerabilidad social y económica, y para la recuperación económica y social de la isla de La Palma.

Real Decreto-ley 19/2022, de 22 de noviembre, por el que se establece un código de buenas prácticas para aliviar la subida de los intereses en hipotecarios sobre vivienda habitual, se modifica el Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas de protección de deudores hipotecarios sin recursos, y se adoptan otras medidas estructurales para la mejora del mercado de préstamos hipotecarios.

Real Decreto-ley 20/2022, de 27 de diciembre, de medidas de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la Guerra de Ucrania y de apoyo a la reconstrucción de la isla de La Palma y a otras situaciones de vulnerabilidad.

Real Decreto 1055/2022, de 27 de diciembre, de envases y residuos de envases.

Real Decreto 193/2023, de 21 de marzo, por el que se regulan las condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación de las personas con discapacidad para el acceso y utilización de los bienes y servicios a disposición del público.

Ley 11/2023, de 8 de mayo, de trasposición de Directivas de la Unión Europea en materia de accesibilidad de determinados productos y servicios, migración de personas altamente cualificadas, tributaria y digitalización de actuaciones notariales y registrales; y por la que se modifica la Ley 12/2011, de 27 de mayo, sobre responsabilidad civil por daños nucleares o producidos por materiales radiactivos (entrada en vigor 28 de junio de 2025 en la parte que nos afecta).

Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda.

Real Decreto 448/2023, de 13 de junio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Estatal de Asociaciones de Consumidores y Usuarios (deroga el RD 825/1990, de 2 de junio).

3. DERECHOS BÁSICOS DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS Y CARÁCTER IRRENUNCIABLE DE LOS MISMOS

La regulación de derechos básicos de los consumidores y usuarios no ha experimentado demasiadas modificaciones, salvo la incorporación del número 2 al art. 8 TRLCU, una vez que el Real Decreto-ley 1/2021, de 19 de enero, de protección de los consumidores y usuarios frente a situaciones de vulnerabilidad social y económica, incorpora el concepto de persona consumidora vulnerable, al que nos referiremos más tarde y la más amplia redacción del derecho

a la información que proporciona la Ley 4/2022, de 25 de febrero, de protección de los consumidores y usuarios frente a situaciones de vulnerabilidad social y económica.

Dispone el art. 8.1 TRLCU:

“Son derechos básicos de los consumidores y usuarios y de las personas consumidoras vulnerables:

- a) La protección contra los riesgos que puedan afectar su salud o seguridad.*
- b) La protección de sus legítimos intereses económicos y sociales; en particular frente a las prácticas comerciales desleales y la inclusión de cláusulas abusivas en los contratos.*
- c) La indemnización de los daños y la reparación de los perjuicios sufridos.*
- d) La información correcta sobre los diferentes bienes o servicios en formatos que garanticen su accesibilidad y la educación y divulgación para facilitar el conocimiento sobre su adecuado uso, consumo o disfrute, así como la toma de decisiones óptimas para sus intereses.*
- e) La audiencia en consulta, la participación en el procedimiento de elaboración de las disposiciones generales que les afectan directamente y la representación de sus intereses, a través de las asociaciones, agrupaciones, federaciones o confederaciones de consumidores y usuarios legalmente constituidas.*
- f) La protección de sus derechos mediante procedimientos eficaces, en especial en relación con las personas consumidoras vulnerables”.*

Según el art. 9 TRLCU:

“Los poderes públicos protegerán prioritariamente los derechos de los consumidores y usuarios cuando guarden relación directa con bienes o servicios de uso o consumo común, ordinario y generalizado.

Las distintas cuestiones que desarrollaremos a lo largo del curso aparecen normalmente vinculadas a uno o varios de estos derechos básicos. Por otro lado, cabe destacar que la importancia de los derechos del consumidor determina la imposibilidad de renunciar a los mismos, (la renuncia es nula), pues la regulación referida a los mismos está integrada por normas de carácter imperativo.

Conforme al art. 10 TRLCU:

“La renuncia previa a los derechos que esta norma reconoce a los consumidores y usuarios es nula, siendo, asimismo, nulos los actos realizados en fraude de ley de conformidad con lo previsto en el artículo 6 del Código Civil”.

4. CONCEPTO DE CONSUMIDOR Y DE EMPRESARIO

A) Dimensiones del concepto de consumidor

La concreta delimitación de lo que haya de entenderse por consumidor o por empresario es fundamental. De ello depende que el consumidor o usuario pueda beneficiarse de los derechos y facultades que se le atribuyen, pues, según el art. 2 TRLCU: *“Está norma será de aplicación a las relaciones entre consumidores o usuarios y empresarios”*, y, conforme al art. 59.1 TRLCU: *“Son contratos con consumidores y usuarios los realizados entre un consumidor o un usuario y un empresario”*.

El término “consumidor” es inicialmente económico y se refiere al sujeto del mercado que adquiere bienes o servicios para destinarlos a su propio uso o satisfacer sus necesidades familiares o personales (adquirente de bienes de consumo). El consumidor se limita a participar en la última fase del proceso económico, sin integrarlo en una actividad productiva. El empresario, a diferencia del consumidor, adquiere el bien para incorporarlo a un proceso de producción o distribución, a fin de recuperar lo invertido y adquirir alguna ganancia. En suma, el consumidor es el destinatario final de los bienes o servicios dentro del tráfico económico y los adquiere para fines privados.

El concepto jurídico de consumidor es reciente (S. XX), aunque antes de su reconocimiento legal han existido algunas regulaciones sensibles a la condición de inferioridad de algunas personas (p. ej., Derecho laboral). La necesidad de proteger no solo a los adquirentes de bienes de consumo, sino, también, a quienes reciben algún servicio, suele explicarse como razón para el empleo de la expresión “consumidores y usuarios”, aunque un sector de la doctrina entiende que la expresión es redundante y es más que suficiente hablar de “consumidores”.

Suele distinguir la doctrina una noción abstracta y una noción concreta de consumidor. La primera abarca la necesidad de proteger al consumidor y su nivel de vida y es la adecuada para elaborar programas generales de atención de los ciudadanos como consumidores. La noción concreta se refiere a la establecida por el legislador y sirve como presupuesto para la atribución de derechos individuales.

Establecer un concepto legal implica la ventaja de poder atribuir la protección a quien se encuentre comprendido en el mismo, sin necesidad de valorar individualmente caso por caso, pero no existe necesariamente una noción legal única. Así, por ejemplo, la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993 sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, define el consumidor como: *“toda persona física que, en los contratos regulados por la presente Directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional”*; también define el consumidor, exclusivamente como persona física (entre otras), la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2011 sobre los derechos de los consumidores.

Sin embargo, conforme al TRLCU (norma general en materia de consumo) pueden ser consumidores las personas físicas y las jurídicas, a efectos de su aplicación. No obstante, dentro del Derecho interno encontramos el caso de la Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo (LCCC) que protege exclusivamente al consumidor persona física.

Desde otro punto de vista, cabe distinguir el consumidor jurídico que contrata con el empresario y el consumidor material que usa la cosa o servicio (sin haberlo contratado). El consumidor material puede coincidir o no con el consumidor jurídico y la protección de uno y otro puede tener un alcance diverso. Así, por ejemplo, en el régimen de responsabilidad por productos o servicios defectuosos del TRLCU se protegen los perjudicados (no necesariamente adquirentes frente al empresario, ex art. 128 TRLCU). Sin embargo, solo el consumidor en sentido jurídico puede plantear frente al vendedor los remedios en caso de falta de conformidad (incumplimiento), aunque últimamente parece extenderse una postura diversa.

B) Concepto legal de consumidor y empresario en el TRLCU

El art. 1 LCU/1984 proporcionó un concepto de consumidor y empresario apegado al sentido económico del término (destinatario final) en su artículo primero:

“2. A los efectos de esta Ley, son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales, bienes muebles o inmuebles, productos, servicios, actividades o funciones, cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva de quienes los producen, facilitan, suministran o expiden.

3. No tendrán la consideración de consumidores o usuarios quienes, sin constituirse en destinatarios finales, adquieran, almacenen, utilicen o consuman bienes o servicios, con el fin de integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros”.

El TRLCU en su redacción inicial contempló un concepto menos estricto (consumidor destinatario final), basado en el ámbito de actuación de los sujetos.

Art. 3 TRLCU (versión original): *“A efectos de esta norma y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional”.*

Art. 4 TRLCU (versión original): *“A efectos de lo dispuesto en esta norma, se considera empresario a toda persona física o jurídica que actúa en el marco de su actividad empresarial o profesional, ya sea pública o privada”.*

Según la exposición de motivos del TRLCU el consumidor y usuario, definido en la ley, es la persona física o jurídica que actúa en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional. Esto es, que interviene en las relaciones de consumo con fines privados, contratando bienes y servicios como destinatario final, sin incorporarlos, ni directa, ni indirectamente, en procesos de producción, comercialización o prestación a terceros. Téngase en cuenta que, **en sentido contrario, el empresario es no solo quien incorpora directamente bienes y servicios en su actividad esencial, sino, también, quien los incorpora indirectamente** (p. ejemplo, se dedica a vender vehículos, pero adquiere los ordenadores necesarios para su actividad).

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, llevó a cabo una modificación del concepto legal de consumidor y de empresario.

Art. 3 TRLCU (versión vigente): “A efectos de esta norma y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, son consumidores o usuarios las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión.

Son también consumidores a efectos de esta norma las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial”.

Art. 4 TRLCU (versión vigente): “A efectos de lo dispuesto en esta norma, se considera empresario a toda persona física o jurídica, ya sea privada o pública, que actúe directamente o a través de otra persona en su nombre o siguiendo sus instrucciones, con un propósito relacionado con su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión”.

Una **novedad reseñable** es la incorporación al concepto de consumidor de algunos entes sin personalidad jurídica, como las comunidades de propietarios, y la exclusión de las personas jurídicas y entes sin personalidad que se constituyen ya con un claro ánimo de lucro, como las sociedades mercantiles o las comunidades de bienes constituidas por varios sujetos para operar en el mercado.

Las personas jurídicas ya se mencionaban, pero ahora deben actuar sin ánimo de lucro para ser consideradas consumidoras.

La ausencia de ánimo de lucro es un presupuesto necesario para la consideración de “consumidor” de una persona jurídica o un ente sin personalidad, pero no para una persona física. La persona física que actúa al margen de una actividad empresarial es consumidora, aunque tenga ánimo de lucro (p. ej. el particular que recibe un préstamo para suscribir acciones cotizables en bolsa, con evidente ánimo de lucro).

Como el consumidor (persona física) debe actuar con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión, no pueden considerarse consumidores las personas físicas que contratan bienes o servicios para incorporar a los procesos de producción (Bienes de equipo, productos para transformar, energías o electricidad), y en procesos de comercialización (servicios de publicidad o productos adquiridos para la reventa) o quienes realicen actos para garantizar una mejor organización empresarial o profesional (contratación de servicios financieros, de seguros, o servicios de consultoría para mejorar el rendimiento empresarial).

El consumidor persona física ha de actuar con fines privados, para satisfacer sus necesidades personales y familiares, y se considera como tal cuando adquiere para su

ámbito familiar, pero también cuando hace una transmisión a un tercero, al margen de una actividad profesional o empresarial (p. ejemplo, adquiere un regalo para alguien que no forma parte de su círculo familiar), pues el consumidor no tiene que ser necesariamente el destinatario final.

Con relación al concepto legal de empresario, puede serlo una persona física o jurídica que puede tener naturaleza pública o privada y debe desarrollar una actividad empresarial en cuyo ámbito celebra el contrato con el consumidor. El consumidor contrata con el empresario, tanto si lo hace directamente con él, como se relaciona con sus asistentes o colaboradores, dependientes o no desde el punto de vista laboral, pues lo importante es que lo sean desde un punto de vista funcional. En el concepto de empresario se entienden comprendidos otros que maneja el TRLCU, y así, el de productor (art. 5 TRLCU) y el de proveedor (art. 7 TRLCU).

C) Casos dudosos del consumidor persona física

a) Garante de empresa mercantil o profesional

Un caso muy discutido es el del fiador de empresa mercantil o profesional. Así, padres que afianzan a su hijo en asuntos relacionados con su empresa (ATJUE 19.11.2015) o que hipotecan su vivienda para garantizar las deudas del hijo (STS 3.5.2016). La jurisprudencia concluye que son consumidores si no tienen vínculos funcionales con la empresa correspondiente.

b) El profesional que contrata como consumidor

Se trata de profesionales que actúan como consumidores, pero tienen un grado elevado de conocimientos o competencias. Así, por ejemplo, profesionales del Derecho que recurren al crédito no vinculado a su actividad profesional y alegan después la normativa sobre cláusulas abusivas, a pesar de sus conocimientos jurídicos. La jurisprudencia concluye que si el profesional adquiere para su uso personal o familiar debe ser protegido, aunque sea perito en la materia, pues no puede presumirse que no sea una parte débil. La situación de inferioridad se refiere, no solo al nivel de información, sino, también, al poder de negociación de las condiciones contractuales (STJUE 3.9.2015).

c) Los consumidores que actúan con ánimo de lucro

Se ha planteado, por ejemplo, si son consumidores las personas que, en un ámbito ajeno a la actuación empresarial, realizan negocios de inversión con ánimo de lucro, como actos de inversión y ahorro. La jurisprudencia señala que el ánimo de lucro no excluye necesariamente la condición de consumidor de la persona física (STS 16.1.2017). La condición de consumidor no es incompatible con la intención de ganar dinero con la

venta de acciones (SAP La Rioja, 60372) o con un derecho de aprovechamiento por turnos de bienes inmuebles (STS 12.1.2018) o con la petición de un préstamo para rehabilitar un piso que se quiere alquilar (SAP León 20.7.2015) o con la adquisición de un inmueble para la reventa (SAP Pontevedra 9.7.2015), cuando la persona no se dedica habitualmente a tales actividades. Ahora bien, existe un límite, pues la regularidad en la realización de actos de tal naturaleza podría considerarse como el desarrollo de una actividad empresarial o profesional (SSAP La Rioja 12.2.2013, 20.2.2013; STS 16.1.2016).

d) Contratos que tienen por objeto el ejercicio de una actividad profesional futura

Es frecuente que se recurra a financiación para poner en marcha una actividad empresarial o profesional. Según la jurisprudencia, no se puede considerar consumidor a quien celebra estos contratos (SSTJUE 3.7.1997 y 25.1.2018). Así, por ejemplo, no se aplica la normativa de protección del consumidor a quien solicita un préstamo hipotecario para iniciar un negocio de hostelería, aunque el préstamo no se relaciona con la actividad como traductora de quien solicita la financiación, porque tampoco tiene como finalidad satisfacer sus necesidades de consumo privado, sino el ejercicio de una actividad profesional en un momento posterior. El carácter futuro de una actividad no afecta a su naturaleza profesional (STS 11.4.2019).

e) El que contrata con apariencia de profesional o empresario

Apunta un sector doctrinal que no es consumidor quien adquiere un producto presentándose como empresario, aunque luego lo dedique a un uso personal porque la apariencia es importante y protegible, salvo que haya indicios claros de prueba para neutralizar la propia actuación del profesional o empresario.

D) El problema de los actos con fines mixtos

Una de las cuestiones tradicionalmente discutida es si cabe considerar consumidor a quien destina el bien o servicio a fines mixtos, es decir, a satisfacer necesidades personales y también a actividades comerciales o profesionales. Por ejemplo, quien adquiere un ordenador portátil para destinarlo durante los días laborables a su empresa, y los fines de semana a su uso personal. El art. 3 TRLCU no aborda el asunto. Son posibles en teoría varias soluciones: considerar que el comprador siempre es consumidor (pues a veces lo usa para fines personales), entender que nunca es un consumidor (ya que lo usa para fines profesionales), o atender al uso preponderante o principal. La Directiva 2011/83/UE tampoco aborda expresamente el problema en su articulado, pero aclara en el Considerando nº 17 que, en el caso de los contratos con doble finalidad, si el contrato se celebra con un objeto en parte relacionado y en parte

no relacionado con la actividad comercial de la persona y el objeto comercial es tan limitado que no predomina en el contexto general del contrato, dicha persona deberá ser considerada como consumidor.

Este es el criterio asumido por la jurisprudencia comunitaria (SSTJCE 20.1.2005, 25.1.2018) y por nuestro Tribunal Supremo (STS 5.4.2017). Se acoge así una noción restrictiva: es consumidor si el destino comercial es marginal en comparación con el destino privado. Por lo tanto, no basta con que se actúe principalmente en un ámbito ajeno a la actividad comercial, sino que es preciso que el uso o destino profesional sea mínimo.

E) El consumidor persona jurídica

Las personas jurídicas pueden ser consumidoras en el ordenamiento español. Esto no constituye infracción de las Directivas comunitarias que solo consideran consumidores a las personas físicas, pues se trata de un asunto no armonizado sobre el que los Estados miembros pueden legislar libremente. La persona jurídica será consumidora si concurren dos requisitos:

i) Actuación en un ámbito ajeno a la actividad comercial o profesional:

Debe ser una persona jurídica que no comercialice bienes o servicios en el mercado, es decir, que no preste bienes o servicios a título oneroso o a título gratuito, con fines de promoción u otros propios de la actividad empresarial. Solo es consumidora la persona jurídica que contrate un bien o servicio al margen de su actividad empresarial o profesional, y que no incorpore dicho bien o servicio, ni directa, ni indirectamente, en procesos de producción, comercialización o prestación de servicios a terceros (STS 1.6.2016, SAP Barcelona 28.1.2013).

Según la jurisprudencia, las sociedades mercantiles no son consumidores, pues los bienes o servicios que adquieren se dedican a su actividad comercial, al margen de si el bien adquirido se relaciona de manera directa, o indirecta, al núcleo de su actividad. El carácter mercantil de una sociedad determina, indudablemente, su condición de empresario, y no de consumidor (SSTS 3.6.2019 y 20.1.2020).

Las asociaciones actúan al margen de una actividad empresarial cuando los bienes o servicios adquiridos revierten directa o indirectamente en sus socios. Así, por ejemplo, es consumidora la asociación de personas con trastorno del espectro autista (TEA) que compra un ordenador para que los logopedas de la asociación trabajen con los niños afectados; o la impresora o los folios o impresora que compra, para que el logopeda haga un informe.

Según MARÍN LÓPEZ, La solución es distinta cuando la asociación lleva a cabo actos que benefician a terceros. Por ejemplo, la asociación de vecinos que compra un jamón para la rifa gratuita de las fiestas populares del barrio, o que contrata a un grupo de música para que toque en la plaza del barrio.

ii) Ausencia de ánimo de lucro:

No explica el TRLCU qué es el ánimo de lucro, pero puede considerarse como el ánimo de adquirir y repartir beneficios (art. 1665 CC). Lo decisivo no es tanto obtener un beneficio, como repartirlo entre los socios. La falta de ánimo de lucro se produce, indudablemente, en determinadas personas jurídicas o entes sin personalidad (asociaciones para la protección de enfermos o necesidades sociales), aunque puedan organizar actividades para obtener beneficios que no serán repartidos, sino usados con fines asociativos. Así, es consumidora la asociación de personas con autismo que vende papeletas para un sorteo, cuyo premio es un estupendo jamón serrano. En la compra de ese jamón actúa como consumidora, aunque pretende obtener beneficios con la rifa, pues éstos no van a ser repartidos entre los socios, sino usados en la consecución de los fines asociativos (MARÍN LÓPEZ).

Son consumidores las entidades sin personalidad jurídica que actúan sin ánimo de lucro. Así, son consumidores las comunidades de propietarios que contratan un seguro de daños, un administrador de fincas, un constructor etc. También son consumidores las comunidades de bienes cuando no se dedican a una actividad empresarial.

F) La protección de las pequeñas empresas como parte débil, con independencia de su ámbito de actuación y del ánimo de lucro

Desde hace tiempo se debate sobre la conveniencia de ampliar el concepto de consumidor para otorgar protección a los pequeños empresarios que se encuentran en situación de inferioridad respecto de otros en el mercado. En el ordenamiento español el empresario puede beneficiarse de la aplicación de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación, y hay alguna norma especial que protege al empresario frente a cláusulas abusivas, como es el caso de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales que incorpora un control en su ámbito de aplicación (morosidad). Sin embargo, en muchos casos, los abusos que puede sufrir el pequeño empresario solo pueden ser sorteados mediante el recurso a las normas generales del Derecho de obligaciones y contratos.

Ahora bien, cabe destacar que el Código de consumo de Cataluña (Ley 22/2010, de 20 de julio) extiende el concepto de consumidor a los empresarios autónomos y microempresas (en los términos de la Recomendación 2003/361(CE, de 6 de mayo) en

sus relaciones con las empresas prestadoras de servicios básicos o de servicios de trato continuado (art. 111-1.2 CCC).

En el ámbito del Derecho europeo, aunque se identifique el consumidor con la persona física, existen normas dirigidas a evitar algunos desequilibrios entre empresarios.

Así, el RUE 2019/1150 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre el fomento de la equidad y la transparencia para los usuarios profesionales de servicios de intermediación en línea, aplicable en toda la Unión Europea desde el 12 de julio de 2020, establece un conjunto de obligaciones de transparencia en la relación que mantienen los proveedores de servicios de intermediación en línea (como, por ejemplo, Amazon) y los proveedores de motores de búsqueda (por ejemplo, Google) con las empresas y profesionales que ofrecen sus bienes y servicios a través de tales plataformas.

La Comisión Europea ha suministrado unas directrices para facilitar la interpretación de la norma: Comunicación de la Comisión Directrices sobre la transparencia de la clasificación con arreglo al Reglamento (UE) 2019/1150 del Parlamento Europeo y del Consejo (2020).

El RUE 2019/1150 dio lugar a la modificación de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico (LSSICE), para adaptarla a la nueva normativa sobre plataformas digitales. La modificación se llevó a cabo a través de la Ley 6/2020, de 11 de noviembre, reguladora de determinados aspectos de los servicios electrónicos de confianza. También se dirige a resolver los desequilibrios entre empresarios el Reglamento de mercados digitales del que ya hemos hablado.

5. LA PERSONA CONSUMIDORA VULNERABLE

El RD-ley 1/2021, de 19 de enero, de protección de los consumidores y usuarios frente a situaciones de vulnerabilidad social y económica, modificó el TRLCU para prestar atención a las personas afectadas por una especial situación de indefensión (persona consumidora vulnerable) y en la misma línea se ha manifestado la Ley 4/2022, de 25 de febrero, de protección de los consumidores y usuarios frente a situaciones de vulnerabilidad social y económica (que deroga el anterior, de forma implícita).

La figura del consumidor o usuario vulnerable ya había sido objeto de consideración en distintas normas sectoriales que atienden, fundamentalmente, a situaciones de carácter económico (bonos sociales en los sectores energético y de telecomunicaciones, deudores hipotecarios sin recursos), algunas dictadas con motivo de la crisis generada por el COVID-19 que han permitido suspender o prorrogar ciertos pagos y otras adoptadas para paliar los efectos de la crisis derivada de la guerra en Ucrania.

En el ámbito de la regulación de las prácticas comerciales desleales en el que se forma inicialmente el concepto de “consumidor medio” y el de “consumidor vulnerable”. La noción de “consumidor medio”, como referencia del que podía verse inducido a error por la publicidad engañosa o la comparativa, o por la información proporcionada en el etiquetado de los productos, se conformó en un primer momento por la jurisprudencia comunitaria, considerando como tal el normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz (entre otras muchas, SSTJCE 4.4.2020 17.12.2020). En nuestro ordenamiento, tras la Ley 29/2009, de 30 de diciembre, que incorpora la Directiva 2005/29 CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal distingue el consumidor medio general y el consumidor medio de un grupo especialmente vulnerable (art. 4.2 y 3 LCD).

En nuestro Derecho se contemplaba ya un concepto general de consumidor vulnerable, basado en el modelo del “consumidor medio” en las regulaciones autonómicas sobre consumo. Tras el RD-ley 1/2021 se incorpora el concepto de consumidor vulnerable a la norma estatal que parece atender no solo a las particularidades del consumidor en una dimensión colectiva, como integrante de un grupo vulnerable, sino también a una dimensión puramente individual, y el concepto se acoge igualmente en la Ley 4/2022, de 25 de febrero, de protección de los consumidores y usuarios frente a situaciones de vulnerabilidad social y económica.

Conforme al art. 3.2 TRLCU (Redacción Ley 4/2022):

“Asimismo, a los efectos de esta ley y sin perjuicio de la normativa sectorial que en cada caso resulte de aplicación, tienen la consideración de personas consumidoras vulnerables respecto de relaciones concretas de consumo, aquellas personas físicas que, de forma individual o colectiva, por sus características, necesidades o circunstancias personales, económicas, educativas o sociales, se encuentran, aunque sea territorial, sectorial o temporalmente, en una especial situación de subordinación, indefensión o desprotección que les impide el ejercicio de sus derechos como personas consumidoras en condiciones de igualdad”.

Cabe destacar que, según la exposición de motivos del RD-ley 1/2021 y de la Ley 4/2022, los estudios académicos conciben la vulnerabilidad en el ámbito del consumo como un concepto dinámico, en el sentido de que no define a las personas o a los colectivos como vulnerables de una forma estructural ni permanente y la condición de vulnerabilidad podrá variar a lo largo del tiempo. En definitiva, cualquier persona puede ser vulnerable en algún momento de su vida respecto de alguna relación de consumo específica. Así, y sin ánimo exhaustivo, puede ser necesario proteger a las personas que sufren algún tipo de alergia alimentaria, a las personas discapaces, a las personas mayores, a los niños y adolescentes o a las personas sin formación cultural.

En realidad, la auténtica novedad RD-ley 1/2021 (y de la Ley 4/2022) es la delimitación del concepto (art. 3.2 TRLCU), pues ya venía refiriéndose el art. 43.c) TRLCU a “colectivos especialmente vulnerables”, a los efectos de específicas actuaciones de control de calidad, y el art. 8.c) TRLCU a la especial protección de los derechos de los consumidores “ante situaciones de inferioridad, subordinación e indefensión”, aunque

no se proporcionase un concepto preciso de tales situaciones. Tras la reforma, se sustituyen las expresiones anteriores por la de “personas consumidoras vulnerables”.

Por otro lado, tras enumerar el art. TRLCU los derechos básicos de los consumidores (los que ya se venía regulando), se incorpora un nuevo apartado por el RD-ley 1/2021:

Art. 8.2 TRLCU:

“Los derechos de las personas consumidoras vulnerables gozarán de una especial atención, que será recogida reglamentariamente y por la normativa sectorial que resulte de aplicación en cada caso. Los poderes públicos promocionarán políticas y actuaciones tendentes a garantizar sus derechos en condiciones de igualdad, con arreglo a la concreta situación de vulnerabilidad en la que se encuentren, tratando de evitar, en cualquier caso, trámites que puedan dificultar el ejercicio de los mismos”.

El RD-ley 1/2021, de 19 de enero, modifica otros preceptos del TRLCU (cuya redacción retoca la Ley 4/2022) para incidir en la especial protección de los consumidores vulnerables. Así, al regular el derecho a la información, formación y educación de los consumidores, se prevé la necesidad de prestar especial atención a los sectores que cuenten con mayor proporción de personas consumidoras vulnerables entre sus clientes (art. 17.3 TRLCU). También se modifica la norma sobre etiquetado y presentación de los bienes para considerar especialmente las necesidades de las personas consumidoras vulnerables, procurando que puedan obtener de forma clara y comprensible, información veraz, eficaz y suficiente sobre sus características esenciales en formatos que garanticen su accesibilidad (art. 18.2 TRLCU). Igualmente, se modifica la regulación de la información necesaria en la oferta comercial de bienes y servicios, para ordenar que la misma se facilite a los consumidores, principalmente cuando se trate de personas consumidoras vulnerables, en términos claros, comprensibles, veraces y en un formato fácilmente accesible, de forma que aseguren su adecuada comprensión y permitan la toma de decisiones óptimas para sus intereses (art. 20.2 TRLCU). Finalmente, una previsión muy similar se incorpora respecto de la información que debe proporcionarse antes de la celebración del contrato (art. 60.1 TRLCU).

La Ley 4/2022, de 25 de febrero, contiene algunas disposiciones inclusivas de interés. Así, la Disposición Adicional primera prevé el desarrollo reglamentario, en el plazo de un año, de un etiquetado en alfabeto braille, así como en otros formatos que garanticen la accesibilidad universal de bienes y productos de consumo de especial relevancia para la protección de la seguridad, integridad y calidad de vida, especialmente de las personas ciegas y con discapacidad (etiquetado inclusivo). La Disposición Adicional segunda se refiere a la promoción por el Gobierno, en un plazo de tres meses, de las modificaciones legislativas necesarias para garantizar la atención personalizada en los servicios de pagos a los consumidores y usuarios en situación de vulnerabilidad que lo demanden, sin discriminación motivada por “brecha digital”. Finalmente, la Disposición Adicional tercera, alude a un Plan de Medidas para favorecer la inclusión de las personas más vulnerables, y especialmente aquéllas de mayor edad.

Las medidas comprenderán, entre otras, las siguientes:

- a) Que el cierre de las oficinas bancarias no lleve emparejado el cierre de sus cajeros automáticos externos.
- b) El incremento del personal de apoyo para ayudar a las personas con menores capacidades digitales a realizar las operativas necesarias.

- c) La instalación de señales e indicaciones de prioridad en el uso de los cajeros automáticos por parte de personas vulnerables.
- d) Promover la reserva de cajeros para uso exclusivo de personas vulnerables.
- e) Tecnologías de acceso a la banca sencillas, comprensibles, inclusivas y seguras.
- f) Máxima seguridad, para proteger a los usuarios bancarios de robos, engaños y estafas *on line*.
- g) Cuantas medidas se consideren necesarias para garantizar la atención presencial a las personas de mayor edad, y a todos aquellos colectivos para los que el acceso a los servicios financieros a través de las nuevas tecnologías constituya un motivo de exclusión financiera.
- h) Cuantas medidas se consideren oportunas para acercar los servicios financieros a todas las personas, especialmente en el medio rural, hacerlos más accesibles, teniendo especialmente en cuenta las necesidades de las personas con discapacidad y las personas mayores.

Asimismo, el Gobierno continuará impulsando entre las líneas de actuación estratégica de la sociedad estatal Correos y Telégrafos, S.A., iniciativas para evitar la exclusión financiera de los consumidores en situación de vulnerabilidad, como la instalación en sus oficinas de cajeros automáticos en pequeños núcleos de población sin este tipo de servicios o la firma de acuerdos de colaboración con las entidades bancarias para la realización de operaciones de ingreso y retirada de efectivo.

En el ámbito de la protección del consumidor vulnerable adquiere especial importancia el asunto de la discapacidad, como forma de vulnerabilidad. En este sentido cabe destacar la atención prestada al principio de “accesibilidad universal” al que se refiere la Ley 6/2022, de 31 de marzo, de modificación del Texto Refundido de la Ley general de derechos de personas con discapacidad (RD legislativo 1/2013, de 29 de noviembre) que define la “accesibilidad universal”:

Art. 2.k) RD legislativo 1/2013: “accesibilidad universal: es la condición que deben cumplir los entornos, procesos, bienes, productos y servicios, así como los objetos, instrumentos, herramientas y dispositivos para ser comprensibles, utilizables y practicables por todas las personas en condiciones de seguridad y comodidad y de la forma más autónoma y natural posible. En la accesibilidad universal está incluida la accesibilidad cognitiva para permitir la fácil comprensión, la comunicación e interacción a todas las personas. La accesibilidad cognitiva se despliega y hace efectiva a través de la lectura fácil, sistemas alternativos y aumentativos de comunicación, pictogramas y otros medios humanos y tecnológicos disponibles para tal fin. Presupone la estrategia de “diseño universal o diseño para todas las personas”, y se entiende sin perjuicio de los ajustes razonables que deban adoptarse”.

El principio de accesibilidad universal inspira la Directiva 2019/882, sobre los requisitos de accesibilidad de los productos y servicios. Dicha Directiva y otras que inciden en el mismo tema en distintos ámbitos fueron incorporadas al ordenamiento interno a través de la Ley 11/2023, de 8 de mayo, de trasposición de Directivas de la Unión Europea en materia de accesibilidad de determinados productos y servicios, y otros asuntos.

De especial interés es igualmente el Real Decreto 193/2023, de 21 de marzo, por el que se regulan las condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación de las personas con discapacidad para el acceso y utilización de los bienes y servicios a disposición del público (no cabe negar derecho de admisión, se prevé atención preferente personal y promover la utilización de perros de asistencia).

La accesibilidad es importante también en el ámbito del sector público, así es destacable, por ejemplo, el Real Decreto 1112/2018, de 7 de septiembre, sobre accesibilidad de los sitios web y aplicaciones para dispositivos móviles del sector público.

6. RESOLUCIÓN EXTRAJUDICIAL DE CONFLICTOS

En el ámbito de las reclamaciones de consumo adquieren especial importancia los medios alternativos de resolución de conflictos, pues los asuntos son de escasa cuantía y los tribunales están sobrecargados de trabajo. En nuestro ordenamiento es de interés el Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo, pero también la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles (hasta la modificación operada por la Ley 7/2017, no era posible la mediación en asuntos de consumo).

Además, la Directiva 2013/11/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo (ADR), que es de armonización mínima, obliga a los Estados miembros a garantizar a los consumidores residentes en la Unión Europea la posibilidad de resolver sus litigios con empresarios establecidos en cualquier Estado miembro mediante la intervención de entidades de resolución alternativa (Directiva incorporada por la Ley 7/2017, de 2 de noviembre).

También es de interés el RUE 524/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, sobre resolución de litigios en línea en materia de consumo. A través del mismo, la Comisión Europea puso en marcha una plataforma ODR (*Online Dispute Resolution*) única y gratuita para ayudar a los consumidores y a las empresas a resolver litigios relativos a operaciones y contratos realizados en Internet. Dicha [plataforma](#) permite a los consumidores y a los comerciantes de la Unión Europea presentar reclamaciones rellenando un formulario electrónico disponible en todas las lenguas oficiales, con opción de adjuntar los documentos que sean pertinentes.

LECCIÓN 2. REGLAS GENERALES EN LA CONTRATACIÓN CON CONSUMIDORES

María José Vaquero Pinto

Lección 2. Reglas generales de los contratos con consumidores y usuarios. 1. Introducción: Derecho general de la contratación con consumidores. 2. Ámbito de aplicación de las normas de contratación con los consumidores y definiciones en el TRLCU. A) Ámbito de aplicación. B) Definiciones. 3. El derecho a la información del consumidor. A) El derecho a la información como derecho básico del consumidor y su conexión con la protección de la salud y la seguridad (arts. 17 y 18 TRLCU). B) Los deberes de información del empresario en la oferta comercial de bienes y servicios (art. 20 TRLCU). C) Los deberes precontractuales de información del empresario en sentido estricto (art. 60 TRLCU). 4. Integración del contrato celebrado con consumidores. 5. Reglas sobre la formación del contrato y su contenido. A) Consentimiento inequívoco, pagos adicionales y envíos y suministros no solicitados. B) Contenidos prohibidos. C) Forma. a) Confirmación documental de la operación. b) Forma esencial. c) Gastos derivados de la formalización del contrato. d) Derecho a recibir la factura en papel. 6. Reglas sobre la ejecución del contrato. A) Obligación de entrega. B) Transmisión del riesgo. C) Pago: cargos por la utilización de medios de pago. D) Compromisos de permanencia y cláusula penal. 7. Régimen general del desistimiento en los contratos celebrados con consumidores. 8. Servicios de atención al cliente.

1. INTRODUCCIÓN. DERECHO GENERAL DE LA CONTRATACIÓN CON CONSUMIDORES

Como ya indicamos en la lección anterior, el origen del Derecho de consumo, ligado a la sociedad de consumo, se produce cuando comienza la producción en masa de productos. El consumidor es inducido a la adquisición de bienes a través de diversas técnicas como publicidad o el crédito al consumo (que facilita al consumidor recursos para la adquisición). En este contexto cuaja, además, el instrumento de las condiciones generales de los contratos, medio a través del cual es posible celebrar un gran número de contratos cuyo contenido es predispuesto por una sola de las partes, de forma que cabe distinguir una parte que redacta el contrato (el empresario) y otra que se limita a firmarlo (el consumidor). Estas circunstancias unidas a la condición no profesional del consumidor provocan para el mismo una situación de inferioridad que da lugar en muchas ocasiones a un desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes.

El sistema del Código civil fundado sobre los principios de igualdad de los contratantes y de libertad de regulación de los propios intereses (arts. 1091 y 1255 CC) se muestra insuficiente y las normas dirigidas a la protección del consumidor que se van desarrollando relativizan el valor de la voluntad contractual. Las reglas aplicables a la contratación de los empresarios con consumidores modifican o se apartan, en buena medida, del Derecho de contratos contenido en el Código civil.

De forma muy resumida pueden destacarse los siguientes aspectos de la “nueva” contratación con consumidores:

- i) La aplicación del principio *pro consumatore* que inspira toda la regulación y que adquiere especial relevancia en la interpretación e integración del contrato (cfr. arts. 61.3, 65, 80.2 TRLCU; art. 5 Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación [LCGC]), en la atribución al empresario de la carga de probar del cumplimiento de las diversas obligaciones que se le imponen (cfr. arts. 60.5, 60 bis.2, 60 ter.2, 66 bis.5 y 82.2.II, 97.8 y 98.9 TRLCU) y de la obligación de asumir los gastos derivados del ejercicio de los derechos que corresponden al consumidor (cfr. arts. 60.4, 63.2, 66 quater.2, 73, 76, 96.4, 118.4.a) TRLCU).
- ii) La superación de la norma tradicional de integración contractual (art. 1258 CC), al considerarse como parte del contenido contractual la oferta, la promoción y la publicidad del empresario (arts. 61.1 y 2, 65, 79.I TRLCU).
- iii) La importancia de los deberes de información precontractual a cargo del empresario para que el consumidor adopte decisiones con conocimiento de causa que se regulan en el TRLCU (cfr. arts. 12, 17, 18, 20 y 60 TRLCU) y en otras muchas normas, al margen del mismo.
- iv) La articulación de otros mecanismos para reforzar la libertad del consumidor en la prestación del consentimiento. Así, exigiendo que sea expreso o inequívoco (arts. 60 bis, 62.1, 66 quater TRLCU) o regulando un derecho de desistimiento en favor del consumidor (para casos concretos) sin necesidad de justificación alguna (cfr. arts. 1091, 1258 y 1256 CC), que no implica gastos para el consumidor (cfr. arts. 68.1 y 73 TRLCU), con el propósito de evitar las consecuencias de una posible captación de voluntad del consumidor.
- v) Frente al principio de libertad de forma del Derecho general de los contratos (arts. 1258 y 1278 CC), se aprecia un cierto retorno al formalismo. Así, por ejemplo, la forma es esencial en algunos casos y, en todos, es necesaria la confirmación documental de la contratación realizada (cfr. arts. 63 y 64 TRLCU).
- vi) Se produce un extraordinario desarrollo del principio de la buena fe para controlar el contenido del contrato que contiene cláusulas abusivas para el consumidor, ordenando su nulidad (arts. 80-91 TRLCU), aunque también se protege al adherente (empresario o consumidor) en los contratos celebrados con condiciones generales de la contratación a través de la LCGC, disponiendo la “no incorporación” o la “nulidad” de las que no se ajusten a los requisitos impuestos por el legislador, dirigidos, fundamentalmente, a garantizar el conocimiento de las condiciones por el adherente.
- vii) Se establecen diversas disposiciones de carácter imperativo, tanto de carácter general, como con relación a determinados contratos o sectores de la contratación, en torno a asuntos relacionados con el contenido contractual (imponiendo determinados contenidos o prohibiendo otros [cfr. arts. 62.2, 3 y 4 TRLCU]), o relacionados con la ejecución del contrato (art. 60 ter TRLCU).
- viii) Se abordan, con esquemas diferentes al Derecho general de contratos, y con mejor técnica jurídica, asuntos como la obligación de entrega de bienes y suministro de contenidos o servicios digitales que no se prestan en soporte material (art. 66 bis TRLCU), la transmisión del riesgo cuando los bienes se pierden fortuitamente (art. 66 ter TRLCU) o la moderación de la cláusula penal cuando se pacta un compromiso de permanencia (art. 62.5 TRLCU).

ix) Se regulan de manera especial (y también con mejor técnica que en el Código civil) los remedios frente al incumplimiento bajo la rúbrica “*Garantías*” en los contratos de compraventa (u obra) de bienes muebles y de suministro de contenidos o servicios digitales (arts. 114-125 TRLCU). También se proporcionan normas sobre la eventual modificación (y consecuencias) de los contenidos o servicios digitales (arts. 126-127 TRLCU), las garantías comerciales (art. 127 TRLCU) y los servicios posventa (art. 127 bis TRLCU).

x) Se manifiesta una preferencia por la anulabilidad en supuestos que, conforme al Derecho general de contratos, serían de nulidad absoluta (contravención de forma esencial) o, a pesar de prever como consecuencia de la infracción de las normas de protección de consumidores, la nulidad absoluta, se limita la legitimación en favor del adherente o consumidor (arts. 8 y 9 LCGC), en lugar de atribuirla a cualquier interesado (regla general en casos de nulidad absoluta).

xi) Se regulan algunas de las cuestiones apuntadas (y otras adicionales), con sus propias particularidades, en los contratos celebrados a distancia y los contratos celebrados fuera de establecimiento mercantil en los que la formación del consentimiento plantea algunos conflictos, bien porque puede faltar la actitud reflexiva del consumidor, bien porque no tiene el mismo la posibilidad de comprobar *in situ* el bien que adquiere, al tiempo que se imponen algunos límites a las comunicaciones comerciales a distancia (arts. 92-113 TRLCU). Lo mismo ocurre con los viajes combinados (arts. 150-170 TRLCU). En ocasiones, se establecen regulaciones contractuales al margen del TRLCU (por ejemplo, Ley 4/2012, de 6 de julio, de contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio y normas tributarias [LCATBI]); y se articulan ciertas regulaciones sectoriales, (por ejemplo, la relativa a los servicios de comunicaciones electrónicas).

xii) Se regulan con detalle ciertos supuestos de vinculación contractual, es decir, contratos celebrados con distintos empresarios por el consumidor, pero destinados a una única finalidad económica, para que, en beneficio del consumidor, los contratos sigan la misma suerte (cfr. arts. 76 bis [contratos complementarios] y 77 TRLCU [contratos de financiación vinculados]). La norma que establece más consecuencias para contratos vinculados es la Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo, que permite que el contrato de financiación tenga el mismo destino que el contrato de consumo y articula, incluso, la posibilidad de que el consumidor pueda ejercer acciones derivadas del contrato de consumo frente al financiador, alterándose así la regla de la relatividad del contrato (art. 1257 CC).

Atendidas las particularidades de la contratación con consumidores y usuarios, cabe plantear la existencia de una teoría general de la contratación con consumidores y usuarios, a imagen y semejanza de la teoría general de los contratos que contempla el Código civil, y que estaría principalmente (no exclusivamente) formulada en el Capítulo I (“*Disposiciones generales*”) del Título I (“*Contratos y garantías*”) del Libro II del TRLCU. Si bien es cierto, tomaremos como primera (no única) referencia ese capítulo en esta lección, es difícil hablar de una teoría general autónoma, pues cabe aventurar, si tenemos en cuenta lo que ocurre en otros ordenamientos y las propuestas de regulación europea y españolas de los contratos, que buena parte de esa pretendida “teoría

general” acabará integrándose en el Derecho general de las obligaciones y los contratos del Código civil (remedios frente al incumplimiento, deberes precontractuales de información etc.).

2. ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LAS NORMAS DE CONTRATACIÓN CON LOS CONSUMIDORES Y DEFINICIONES EN EL TRLCU

A) Ámbito de aplicación

El art. 59 TRLCU se refiere al ámbito de aplicación del Libro II del TRLCU (“Contratos y garantías”), aunque en realidad regula también a otros asuntos.

i) Son contratos con consumidores y usuarios los realizados entre un consumidor o un usuario y un empresario (art. 59.1 TRLCU).

ii) La norma declara aplicable, en defecto de lo previsto para la contratación con consumidores, el Derecho común de los contratos (art. 59.2.I TRLCU).

iii) Se declara la aplicación preferente de las normas sectoriales (contempladas al margen del TRLCU) que traigan causa del Derecho de la Unión Europea. En otro caso, las normas sectoriales deben respetar el nivel de protección previsto en el TRLCU (art. 59.2.II TRLCU), aunque pueden elevar el nivel de protección, respecto del TRLCU, siempre que se respeten las disposiciones del Derecho de la Unión Europea (art. 59.2.III TRLCU).

iv) El TRLCU contiene una remisión a la LCGC que será de aplicación (junto con el TRLCU) cuando los contratos incorporen condiciones generales de la contratación (art. 59.3 TRLCU).

v) Tras la modificación operada por el Real Decreto-ley 7/2021, de 27 de abril (en vigor desde el 1 de enero de 2022), se amplía el ámbito de aplicación de las disposiciones del Libro II TRLCU (“*Contratos y garantías*”), incorporando el art. 59.4 TRLCU que se refiere a los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales a cambio de los datos personales facilitados por los consumidores.

El Real Decreto-ley 7/2021, de 27 de abril, incorpora la Directiva 2019/770, relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales y la Directiva 2019/771, relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa de bienes, derogando la Directiva 1999/44/CE, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo.

El TRLCU contempla los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales (consideró los contenidos digitales por primera vez la Ley 3/2014, de 27 de marzo, al regular los deberes precontractuales de información y el desistimiento en la contratación

a distancia) y, en ocasiones, los mismos se prestan aparentemente en forma gratuita, a cambio de la cesión de datos personales que, en realidad, actúan a modo de retribución, en cuyo caso, los contratos se someten al Libro II del TRLCU (“*Contratos y garantías*”). No será este el caso cuando los datos se ceden solamente a los efectos de que el empresario pueda suministrar los contenidos o servicios digitales o de cumplir con los requisitos legales.

Art. 59.4 TRLCU: *“El ámbito de aplicación de este Libro también abarcará los contratos en virtud de los cuales el empresario suministra o se compromete a suministrar contenidos o servicios digitales al consumidor o usuario y este facilita o se compromete a facilitar datos personales, salvo cuando los datos personales facilitados por el consumidor o usuario sean tratados exclusivamente por el empresario con el fin de suministrar los contenidos o servicios digitales objeto de un contrato de compraventa o de servicios o para permitir que el empresario cumpla los requisitos legales a los que está sujeto, y el empresario no trate esos datos para ningún otro fin”.*

Las situaciones en que el empresario se limita a cumplir requisitos legales pueden incluir, por ejemplo, casos en los que las normas aplicables exijan el registro del consumidor por motivos de seguridad e identificación (Considerandos 24 Directiva 2019/770 y 34 Directiva 2019/2161).

B) Definiciones

El art. 59 bis.1 TRLCU (incorporado por la Ley 3/2014) contempla una serie de definiciones, necesarias para la correcta comprensión del Libro II del TRLCU, a las que es necesario acudir cuando exista alguna duda sobre el significado de un término. Tales definiciones fueron ampliadas por el Real Decreto-ley 7/2021, de 27 de abril y, posteriormente, por el Real Decreto-ley 24/2021, de 2 de noviembre.

El Real Decreto-ley 24/2021, de 2 de noviembre que incorpora la Directiva 2019/2161, por la que se modifican distintas Directivas, en lo que atañe a la mejora de la aplicación y la modernización de las normas de protección de los consumidores de la Unión y aborda distintas cuestiones relativas a los mercados en línea (en los que se contrata a distancia). Las modificaciones llevadas a cabo por este último entraron en vigor el 28 de mayo de 2022.

Art. 59 bis.1 TRLCU:

“A los efectos de este libro se entenderá por:

a) *“Bienes con elementos digitales”:* todo objeto mueble tangible que incorpore contenidos o servicios digitales o esté interconectado con ellos de tal modo que la ausencia de dichos contenidos o servicios digitales impediría que los bienes realizasen sus funciones.

b) *“Bienes elaborados conforme a las especificaciones del consumidor y usuario”:* todo bien no prefabricado para cuya elaboración sea determinante una elección o decisión individual por parte del consumidor y usuario.

c) *“Compatibilidad”:* la capacidad de los bienes de funcionar con los aparatos (hardware) o programas (software) con los cuales se utilizan normalmente los bienes del mismo tipo, sin necesidad de convertir los bienes, aparatos (hardware) o programas (software), así como la capacidad de los contenidos o servicios digitales de funcionar con los aparatos (hardware) o programas (software) con los cuales se utilizan normalmente los contenidos o servicios digitales del mismo tipo, sin necesidad de convertir los contenidos o servicios digitales.

d) *“Contenido digital”:* los datos producidos y suministrados en formato digital.

e) *“Contrato complementario”:* un contrato por el cual el consumidor y usuario adquiere bienes o servicios sobre la base de otro contrato celebrado con un empresario, incluidos los contratos a

distancia o celebrados fuera del establecimiento, y dichos bienes o servicios son proporcionados por el empresario o un tercero sobre la base de un acuerdo entre dicho tercero y el empresario.

f) “Contrato de compraventa o venta”: todo contrato celebrado, en el ámbito de una relación de consumo, en virtud del cual el empresario transmite o se compromete a transmitir la propiedad de bienes al consumidor o usuario pudiendo llevar incluido la prestación de servicios.

g) “Contrato de servicios”: todo contrato, con excepción del contrato de venta o compraventa, celebrado en el ámbito de una relación de consumo, en virtud del cual el empresario presta o se compromete a prestar un servicio al consumidor o usuario, incluido aquel de carácter digital.

h) “Datos personales”: toda información sobre una persona física identificada o identificable, considerándose así toda persona cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, en particular mediante un identificador, como por ejemplo un nombre, un número de identificación, datos de localización, un identificador en línea o uno o varios elementos propios de la identidad física, fisiológica, genética, psíquica, económica, cultural o social de dicha persona.

i) “Durabilidad”: la capacidad de los bienes de mantener sus funciones y rendimiento requeridos en condiciones normales de utilización durante el tiempo que sea razonable en función del tipo de bien.

j) “Entorno digital”: el aparato (hardware), programa (software) y cualquier conexión a la red que el consumidor y usuario utilice para acceder a los contenidos o servicios digitales o para hacer uso de ellos.

k) “Establecimiento mercantil”: toda instalación inmueble de venta al por menor en la que el empresario ejerce su actividad de forma permanente; o toda instalación móvil de venta al por menor en la que el empresario ejerce su actividad de forma habitual.

l) “Funcionalidad”: la capacidad de los contenidos o servicios digitales de realizar sus funciones teniendo en cuenta su finalidad.

m) “Garantía comercial”: todo compromiso asumido por un empresario o un productor (el “garante”) frente al consumidor o usuario, además de sus obligaciones legales con respecto a la garantía de conformidad, de reembolsar el precio pagado o de sustituir, reparar o prestar un servicio de mantenimiento relacionado con el bien o el contenido o servicio digital, en caso de que no se cumplan las especificaciones o cualquier otro requisito no relacionado con la conformidad del bien o del contenido o servicio digital con el contrato, enunciados en la declaración de garantía o en la publicidad, disponible en el momento o antes de la celebración del contrato.

n) “Integración”: la conexión e incorporación de los contenidos o servicios digitales con los componentes del entorno digital del consumidor o usuario para que los contenidos o servicios digitales se utilicen con arreglo a los requisitos de conformidad previstos en el título IV de este libro.

ñ) “Interoperabilidad”: la capacidad de los bienes o de los contenidos o servicios digitales de funcionar con aparatos (hardware) o programas (software) distintos de aquellos con los cuales se utilizan normalmente los bienes o los contenidos o servicios digitales del mismo tipo.

o) “Servicio digital”: un servicio que permite al consumidor o usuario crear, tratar, almacenar o consultar datos en formato digital, o un servicio que permite compartir datos en formato digital cargados o creados por el consumidor u otros usuarios de ese servicio, o interactuar de cualquier otra forma con dichos datos.

p) “Servicio financiero”: todo servicio en el ámbito bancario, de crédito, de seguros, de pensión privada, de inversión o de pago.

q) “Soporte duradero”: todo instrumento que permita al consumidor o usuario y al empresario almacenar información que se le haya dirigido personalmente de forma que en el futuro pueda consultarla durante un período de tiempo acorde con los fines de dicha información y que permita su fiel reproducción. Entre otros, tiene la consideración de soporte duradero, el papel, las memorias USB, los CD-ROM, los DVD, las tarjetas de memoria o los discos duros de ordenador, los correos electrónicos, así como los mensajes SMS.

r) “Subasta pública”: método de venta en el que el empresario ofrece bienes o servicios a los consumidores o usuarios, que asisten o se les da la posibilidad de asistir a la subasta en persona, aunque sea por medios telemáticos, mediante un procedimiento de puja transparente y competitivo, dirigido por un subastador y en el que el adjudicatario esté obligado a comprar los bienes o servicios”.

Cabe destacar que el concepto de compraventa es muy amplio y diferente al que proporciona el art. 1445 CC (contrato por el que se transmite la propiedad que puede incluir la prestación de servicios).

El art. 59 bis TRLCU proporciona también conceptos funcionales muy importantes, pues permiten delimitar el ámbito de aplicación de algunas de sus disposiciones:

i) En la regulación de la obligación de entrega y de la transmisión del riesgo (arts. 66 bis y 66 ter TRLCU), y en la regulación de los contratos a distancia y contratos celebrados fuera de establecimiento mercantil (arts. 92-113 TRLCU), así como en la regulación de las garantías y servicios posventa (arts. 114-127 bis TRLCU), se consideran **“bienes”** las **cosas muebles corporales**. El agua, el gas y la electricidad se consideran “bienes” cuando estén envasados para su comercialización en un volumen delimitado o en cantidades determinadas (art. 59.bis.2 TRLCU).

Téngase en cuenta, por otro lado, que los “productos” a que se refiere en ocasiones el TRLCU son los bienes muebles (art. 6 TRLCU).

ii) A los efectos de la regulación sobre la información necesaria en la oferta comercial de bienes y servicios (art. 20 TRLCU), y de la aplicación del Libro II del TRLCU (*“Contratos y garantías”*) son importantes algunos conceptos del art. 59 bis.3 TRLCU:

“mercado en línea”: *“un servicio que emplea programas (software), incluidos un sitio web, parte de un sitio web o una aplicación, operado por el empresario o por cuenta de éste, que permite a los consumidores o usuarios celebrar contratos a distancia con otros empresarios o consumidores”.*

“proveedor de un mercado en línea”: *“todo empresario que pone a disposición de los consumidores o usuarios un mercado en línea.”*

“clasificación”, *“la preeminencia relativa atribuida a los bienes y servicios, en su presentación, organización o comunicación por parte del empresario, independientemente de los medios tecnológicos empleados para dicha presentación, organización o comunicación”.*

3. EL DERECHO A LA INFORMACIÓN DEL CONSUMIDOR

A) El derecho a la información como derecho básico del consumidor y su conexión con la protección de la salud y la seguridad (arts. 17 y 18 TRLCU)

La información se configura como un derecho básico del consumidor (arts. 51 CE y 8.1d) TRLCU) que le permite adoptar decisiones informadas y responsables. Desde la perspectiva del empresario, la adecuada información del consumidor se manifiesta a través de la imposición de ciertos deberes al mismo.

En cualquier caso, existe una indudable conexión entre el derecho a la información del consumidor y la protección de su salud y seguridad (art. 8.1.a) TRLCU), de modo que existe el deber de poner en el mercado bienes o servicios seguros (art. 11.1 TRLCU) y es necesario procurar a los consumidores la información sobre los riesgos de los bienes o servicios (art. 12 TRLCU), aunque la información que debe suministrarse puede

contribuir a la protección de otros intereses dignos de protección (protección del medio ambiente, intereses económicos etc.).

El deber de información es exigible desde que los bienes se integran en la cadena de distribución comercial o se ofrecen en el mercado y deben tenerse en cuenta especialmente las necesidades de las personas consumidoras vulnerables, a quienes ha de proporcionarse la información de manera que sea comprensible para las mismas (arts. 17.3 y 18.2 TRLCU).

El etiquetado, la presentación y la publicidad son formas en las que el consumidor puede acceder a la información sobre los bienes o servicios y es objeto de regulaciones sectoriales muy importantes (art. 14.1 d) TRLCU). El etiquetado está integrado por las indicaciones o menciones de todo tipo que acompañen individualmente al bien (o servicio) en cualquier forma o en algún elemento que lo acompaña, mientras que la presentación puede identificarse con la manera concreta en la que se expone el bien o el servicio frente al consumidor.

La regla general sobre etiquetado y presentación se contempla en el art. 18 TRLCU (redacción actual: Ley 4/2022), siendo destacable la necesidad de que la información no induzca a error al consumidor y de que sea de fácil acceso y comprensión. Además, debe proporcionarse información veraz, eficaz y suficiente sobre las características esenciales de los bienes y servicios.

Art. 18 TRLCU:

“1. El etiquetado y presentación de los bienes y servicios y las modalidades de realizarlo deberán ser de tal naturaleza que no induzca a error al consumidor y usuario, especialmente:

a) Sobre las características del bien o servicio y, en particular, sobre su naturaleza, identidad, cualidades, composición, cantidad, duración, origen o procedencia y modo de fabricación o de obtención.

b) Prohibiendo ambigüedades sobre su contenido, y en especial respecto a los alérgenos alimentarios, debiendo ser el etiquetado claro y riguroso en la información exacta del contenido.

c) Atribuyendo al bien o servicio efectos o propiedades que no posea.

d) Sugiriendo que el bien o servicio posee características particulares, cuando todos los bienes o servicios similares posean estas mismas características.

2. Sin perjuicio de las exigencias concretas que se establezcan reglamentariamente y de la normativa sectorial que en cada caso resulte de aplicación, que prestarán especial atención a las personas consumidoras vulnerables, todos los bienes y servicios puestos a disposición de los consumidores y usuarios deberán ser de fácil acceso y comprensión, ofrecidos en formatos que garanticen su accesibilidad y, en todo caso, incorporar, acompañar o, en último caso, permitir obtener, de forma clara y comprensible, información veraz, eficaz, suficiente y accesible sobre sus características esenciales, en particular sobre las siguientes:

a) Nombre y dirección completa del productor.

b) Naturaleza, composición y finalidad.

c) Calidad, cantidad, categoría o denominación usual o comercial, si la tienen.

d) Fecha de producción o suministro y lote, cuando sea exigible reglamentariamente, plazo recomendado para el uso o consumo o fecha de caducidad.

e) Instrucciones o indicaciones para su correcto uso o consumo, así como la correcta gestión sostenible de sus residuos, advertencias y riesgos previsibles.

f) Información sobre los servicios de información y atención al cliente, así como los procedimientos de interposición de quejas y reclamaciones.

3. Sin perjuicio de las excepciones previstas legal o reglamentariamente, las indicaciones obligatorias del etiquetado y presentación de los bienes o servicios comercializados en España deberán figurar, al menos, en castellano, lengua española oficial del Estado”.

El incumplimiento de esta norma puede dar lugar, además de las sanciones administrativas correspondientes, a las consecuencias propias de la competencia desleal (cfr. arts. 4, 5, 7, 8, 19 y ss. de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal [LCD]), a la aplicación del régimen de responsabilidad por bienes o servicios defectuosos (art. 137.1 TRLCU), o a la puesta en marcha del régimen de garantías o remedios frente a la falta de conformidad (art. 115 ter 1.d) TRLCU).

B) Los deberes de información del empresario en la oferta comercial de bienes y servicios (art. 20 TRLCU)

El art. 20.1 TRLCU se refiere a la oferta comercial de bienes y servicios, es decir, a las actividades promocionales de los empresarios. La norma impone un contenido mínimo sobre la información relativa a los bienes o servicios que debe acompañar a las prácticas comerciales que puede incidir en las decisiones del consumidor, aunque, en su caso, habrá que estar a las regulaciones específicas.

Algunas de esas regulaciones específicas se contemplan en el TRLCU que se refiere a las comunicaciones comerciales a distancia (art. 96 TRLCU). En este caso debe completarse la regulación con las normas de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico (LSSICE), aplicable con independencia de que intervenga o no un consumidor. La misma dispone que las comunicaciones comerciales realizadas por vía electrónica deberán ser claramente identificables como tales, y la persona física o jurídica en nombre de la cual se realizan también deberá ser claramente identificable, quedando prohibido el envío de comunicaciones comerciales en las que se disimule o se oculte la identidad del remitente (art. 20 LSSICE). Además, se prohíbe el envío de comunicaciones publicitarias o promocionales por correo electrónico u otro medio de comunicación electrónica equivalente que previamente no hubieran sido solicitadas o expresamente autorizadas por los destinatarios (siendo revocable el consentimiento), con algunas excepciones (como cuando existe una relación contractual previa) y, en todo caso, el prestador debe ofrecer al destinatario la posibilidad de oponerse al tratamiento de sus datos con fines promocionales mediante un procedimiento sencillo y gratuito (arts. 21 y 22 LSSICE). Además, se aborda el tratamiento de las Cookies (información almacenada en el navegador del usuario). Conforme al art. 22.2 LSSICE, los prestadores de servicios podrán utilizar dispositivos de almacenamiento y recuperación de datos en equipos terminales de los destinatarios, a condición de que los mismos hayan dado su consentimiento después de que se les haya facilitado información clara y completa sobre su utilización, en particular, sobre los fines del tratamiento de los datos. Ello no impide el posible almacenamiento o acceso de índole técnica

al solo fin de la prestación de un servicio de la sociedad de la información expresamente solicitado por el destinatario.

También se contemplan regulaciones particulares al margen del TRLCU. Así, por ejemplo, el art. 6 LCCI regula la información básica que debe figurar en la publicidad de los créditos inmobiliarios, y el art. 9 LCCC la información básica que debe figurar en la publicidad del crédito al consumo.

Cabe destacar que, tras el Real Decreto-ley 24/2021, de 2 de noviembre, se incorpora entre la información que debe proporcionarse, para el caso de bienes o servicios ofrecidos en mercados en línea, el dato de si el tercero que ofrece el bien o servicio tiene la condición de empresario o no, con arreglo a su declaración al proveedor del mercado en línea (cfr. arts. 20.1.f) TRLCU). Esta información es relevante, a los efectos de que el que recurre a la contratación en línea sepa de antemano si serán de aplicación (o no) las normas de protección del consumidor.

Como hemos dicho, el Real Decreto-ley 24/2021, de 2 de noviembre, incorpora la Directiva 2019/2161 sobre modernización de las normas de protección de los consumidores que insiste en este asunto en sus Considerandos (24-29): “Cuando los productos se ofrecen a los consumidores en mercados en línea, tanto estos como los terceros suministradores intervienen a la hora de proporcionar la información precontractual (...) Como resultado, puede que los consumidores que utilizan el mercado en línea no entiendan claramente quiénes son sus contrapartes contractuales y cómo se ven afectados sus derechos y obligaciones. Los proveedores de mercados en línea deben informar a los consumidores de si el tercero que ofrece bienes, servicios o contenido digital es un comerciante o un no comerciante, con arreglo a la declaración que dicho tercero les haya hecho. Cuando el tercero que ofrece los bienes, servicios o contenido digital declare su condición de no comerciante, los proveedores de mercados en línea deben hacer una breve declaración indicando que los derechos del consumidor derivados de la legislación de protección de los consumidores de la Unión no se aplican al contrato celebrado. Asimismo, debe informarse a los consumidores acerca de cómo las obligaciones relacionadas con el contrato se reparten entre el tercero que ofrece los bienes, servicios o contenido digital y el proveedor del mercado en línea”.

Art. 20.1 TRLCU (redacción; ley 4/2022):

“Las prácticas comerciales que, de un modo adecuado al medio de comunicación utilizado, incluyan información sobre las características del bien o servicio y su precio, posibilitando que el consumidor o usuario tome una decisión sobre la contratación, y siempre que no pueda desprenderse claramente del contexto, deberán contener, al menos, la siguiente información:

a) Nombre, razón social y domicilio completo del empresario responsable de la oferta comercial y, en su caso, nombre, razón social y dirección completa del empresario por cuya cuenta actúa.

b) Las características esenciales del bien o servicio de una forma adecuada a su naturaleza y al medio de comunicación utilizado.

c) El precio final completo, incluidos los impuestos, desglosando, en su caso, el importe de los incrementos o descuentos que sean de aplicación a la oferta y los gastos adicionales que se repercutan al consumidor o usuario.

En el resto de los casos en que, debido a la naturaleza del bien o servicio, no pueda fijarse con exactitud el precio en la oferta comercial, deberá informarse sobre la base de cálculo que permita al consumidor o usuario comprobar el precio. Igualmente, cuando los gastos adicionales que se repercutan al consumidor o usuario no puedan ser calculados de antemano por razones objetivas, debe informarse del hecho de que existen dichos gastos adicionales y, si se conoce, su importe estimado.

d) Los procedimientos de pago y los plazos de entrega y ejecución del contrato, cuando se aparten de las exigencias de la diligencia profesional, entendiéndose por tal el nivel de competencia y cuidados especiales que cabe esperar de un empresario conforme a las prácticas honestas del mercado.

e) En su caso, existencia del derecho de desistimiento.

f) En el caso de bienes y servicios ofrecidos en mercados en línea, si el tercero que ofrece el bien o servicio tiene la condición de empresario o no, con arreglo a su declaración al proveedor del mercado en línea”.

El precepto impone que la información se proporcione en términos claros, comprensibles y veraces, y en formatos adecuados, accesibles y comprensibles (especialmente cuando se trate de personas vulnerables), para que los consumidores puedan adoptar decisiones óptimas para sus intereses (art. 20.2 TRLCU).

Por otro lado, tras el Real Decreto-ley 24/2021, de 2 de noviembre y la Ley 23/2022, de 2 de noviembre, por la que se modifica la Ley 13/2011, de 27 de mayo, de regulación del juego, se regulan determinados límites a las prácticas comerciales en línea, para evitar que las mismas induzcan a error al consumidor:

i) Según el art. 20.3 TRLCU, las prácticas comerciales consistentes en ofrecer a los consumidores y usuarios la posibilidad de buscar bienes y servicios ofertados por distintos empresarios o consumidores y usuarios sobre la base de una consulta en forma de palabra clave, expresión u otro tipo de dato introducido, independientemente de dónde se realicen las transacciones en último término (p. ej. Amazon), deberán contener, en una sección específica de la interfaz en línea que sea fácil y directamente accesible desde la página en la que se presenten los resultados de la búsqueda, información general relativa a los principales parámetros que determinan la clasificación de los bienes y servicios presentados al consumidor y usuario como resultado de la búsqueda, y la importancia relativa de dichos parámetros frente a otros (cfr. art. 26.2 LCD).

Esta previsión no se aplica a los proveedores de motores de búsqueda definidos en el art. 2.6 RUE 2019/1150, sobre el fomento de la equidad y la transparencia para los usuarios profesionales de servicios de intermediación en línea (p. ej., Google) porque dichos motores están ya sujetos a obligaciones similares en dicho Reglamento.

ii) Conforme al art. 20.4 TRLCU, las prácticas comerciales en las que un empresario facilite el acceso a las reseñas de los consumidores y usuarios sobre bienes y servicios deberán contener información sobre el hecho de que el empresario garantice o no que dichas reseñas publicadas han sido efectuadas por consumidores y usuarios que han utilizado o adquirido realmente el bien o servicio. A tales efectos, el empresario deberá facilitar información clara a los consumidores y usuarios sobre la manera en que se procesan las reseñas (cfr. art. 27.7 y 8 LCD).

Esta previsión es importante, pues hace tiempo que las decisiones de los consumidores se ven, influidas por las reseñas que encontramos en la red, muchas veces falsas (se encargan o se

manipulan eliminando las negativas). Según algún estudio, cerca del 90% de las personas antes de comprar algo se basa en la opinión de otros usuarios.

La carga de la prueba del cumplimiento de los requisitos de información corresponde al empresario (art. 20.5 TRLCU) y el incumplimiento de cualquiera de los requisitos de la norma se considera práctica desleal por engañosa, en el sentido del art. 7 LCD (cfr. arts. 19 y 20.6 TRLCU). En cualquier caso, al igual que ocurre con el etiquetado y la presentación, al margen de las sanciones administrativas correspondientes, el incumplimiento de la norma puede dar lugar, cuando el contrato llegue a celebrarse, a la aplicación del régimen de responsabilidad por bienes o servicios defectuosos (art. 137.1 TRLCU), o del relativo a las garantías o remedios frente a la falta de conformidad (art. 115 ter 1.d) TRLCU).

C) Los deberes precontractuales de información del empresario en sentido estricto (art. 60 TRLCU)

Mientras que los arts. 18 y 20 TRLCU parecen articular deberes de información respecto de la ciudadanía en general, sin necesidad de que exista una concreta operación comercial (aunque haya consecuencias si se celebra la misma sin cumplir las exigencias normativas), el art. 60 TRLCU (modificado por Ley 4/2022) se refiere a la información que debe proporcionar el empresario a un consumidor con un interés contractual determinado, antes de la celebración del contrato.

Téngase en cuenta que existen también normas más específicas en el TRLCU sobre este deber. En particular, para los contratos a distancia y contratos celebrados fuera de establecimiento mercantil (arts. 97-97 bis TRLCU) y para los contratos de viajes combinados (art. 153 TRLCU). Cabe destacar que el art. 97 bis sobre requisitos específicos (de información) para contratos celebrados en mercados en línea fue incorporado por el Real Decreto-ley 24/2021, de 2 de noviembre (lo veremos en su momento). Debe destacarse que, cuando la contratación a distancia es contratación electrónica, se habrá de proporcionar, además la información prevista en el art. 27 LSSICE. Al margen del TRLCU también se desarrolla el deber precontractual de información para determinados contratos o sectores. Así, sin ánimo exhaustivo, para la compraventa o arrendamiento de vivienda (Real Decreto 515/1989, de 21 de abril), aprovechamiento por turnos de bienes de uso turístico (Ley 4/2012, de 6 de julio), servicios financieros contratados a distancia (Ley 22/2007, de 11 de julio), contratos de crédito al consumo (Ley 16/2011, de 24 de junio) o contratos de crédito inmobiliario sobre bienes inmuebles de uso residencial (Ley 5/2019, de 15 de marzo). Son reseñables, finalmente, los deberes precontractuales de información aplicables a los prestadores de servicios (esencialmente profesiones liberales) a las que se refiere el art. 22 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio (la aplicación de la norma no requiere que el destinatario sea un consumidor).

El legislador parte de la premisa del desequilibrio informativo entre las partes (asimetría informativa), pues el empresario posee más información y el consumidor carece de

experiencia negocial. Mientras que el Derecho común de los contratos cada parte debe procurarse diligentemente la información necesaria antes de la celebración del contrato, en la contratación con consumidores se imponen estos específicos deberes precontractuales de información al empresario, para posibilitar que contrate en forma responsable, con conocimiento de causa. Para ello, es necesario que la información se le facilite antes de la celebración del contrato, con la antelación suficiente para que pueda asimilar la misma (STS 7.7.2020).

i) Debe facilitarse de forma clara y comprensible la información relevante, veraz y suficiente sobre las características principales del contrato, en particular sobre sus condiciones jurídicas o económicas, y se facilitará en formatos accesibles, garantizando en su caso la asistencia necesaria para que puedan tomarse decisiones óptimas, prestando especial atención a las personas consumidoras vulnerables, atendiendo a sus condiciones particulares, siendo aplicable, en su caso, la normativa sectorial. La norma aclara, por si hubiera alguna duda, que esta previsión será aplicable, incluso, a los contratos para el suministro de agua, gas o electricidad -no envasados- calefacción mediante sistemas urbanos y contenido digital que no se preste en un soporte material (art. 60.1 y 3 TRLCU).

ii) El art. 60.2 TRLCU se refiere al contenido de la información que se ha de proporcionar, aunque deberán aplicarse, en su caso, las normas especiales que regulen el deber precontractual de información.

Art. 60.2 TRLCU:

“Serán relevantes las obligaciones de información sobre los bienes o servicios establecidas en esta norma y cualesquiera otras que resulten de aplicación y, además:

a) Las características principales de los bienes o servicios, en la medida adecuada al soporte utilizado y a los bienes o servicios.

b) La identidad del empresario, incluidos los datos correspondientes a la razón social, el nombre comercial, su dirección completa y su número de teléfono y, en su caso, del empresario por cuya cuenta actúe.

c) El precio total, incluidos todos los impuestos y tasas. Si por la naturaleza de los bienes o servicios el precio no puede calcularse razonablemente de antemano o está sujeto a la elaboración de un presupuesto, la forma en que se determina el precio, así como todos los gastos adicionales de transporte, entrega o postales o, si dichos gastos no pueden ser calculados razonablemente de antemano, el hecho de que puede ser necesario abonar dichos gastos adicionales.

En toda información al consumidor y usuario sobre el precio de los bienes o servicios, incluida la publicidad, se informará del precio total, desglosando, en su caso, el importe de los incrementos o descuentos que sean de aplicación, de los gastos que se repercutan al consumidor y usuario y de los gastos adicionales por servicios accesorios, financiación, utilización de distintos medios de pago u otras condiciones de pagos similares.

d) Los procedimientos de pago, entrega y ejecución, la fecha en que el empresario se compromete a entregar los bienes o a ejecutar la prestación del servicio.

e) Además del recordatorio de la existencia de una garantía legal de conformidad para los bienes, el contenido digital y los servicios digitales, la existencia y las condiciones de los servicios posventa y las garantías comerciales.

f) La duración del contrato, o, si el contrato es de duración indeterminada o se prolonga de forma automática, las condiciones de resolución. Además, de manera expresa, deberá indicarse la existencia de compromisos de permanencia o vinculación de uso exclusivo de los servicios de un determinado prestador, así como las penalizaciones en caso de baja en la prestación del servicio.

g) La lengua o lenguas en las que podrá formalizarse el contrato, cuando no sea aquella en la que se le ha ofrecido la información previa a la contratación.

h) La existencia del derecho de desistimiento que pueda corresponder al consumidor y usuario, el plazo y la forma de ejercitarlo.

i) La funcionalidad de los bienes con elementos digitales, el contenido digital y los servicios digitales, incluidas las medidas técnicas de protección aplicables, como son, entre otras, la protección a través de la gestión de los derechos digitales o la codificación regional.

j) Toda compatibilidad e interoperabilidad relevante de los bienes con elementos digitales, el contenido digital y los servicios digitales conocidos por el empresario o que quepa esperar razonablemente que conozca, como son, entre otros, el sistema operativo, la versión necesaria o determinados elementos de los soportes físicos.

k) El procedimiento para atender las reclamaciones de los consumidores y usuarios, así como, en su caso, la información sobre el sistema extrajudicial de resolución de conflictos prevista en el artículo 21.4”.

iii) La información precontractual debe suministrarse al consumidor en forma gratuita y al menos en castellano, aunque a petición de cualquiera de las partes, deberá redactarse también en cualquiera de las otras lenguas oficiales en el lugar de celebración del contrato (art. 60.4 TRLCU). La expresión “en castellano” suscita dudas sobre la necesidad de que la información precontractual deba constar por escrito. En cualquier caso, las normas especiales o sectoriales exigen habitualmente que se facilite la información precontractual en soporte duradero y suelen proporcionar formularios de información normalizados.

Con relación a la gratuidad, téngase en cuenta que existe alguna norma que permite repercutir al consumidor el coste del presupuesto. En particular, el art. 3.5 Real Decreto 58/1988, de 29 de enero, sobre protección de los derechos del consumidor en el servicio de reparación de aparatos de uso doméstico, prevé que deberá abonarse el presupuesto cuando no fuere aceptado.

iv) La carga de la prueba del cumplimiento de los requisitos de información incumbe al empresario (art. 60.5 TRLCU).

v) En cuanto a las consecuencias del incumplimiento de la obligación, al margen de posibles sanciones administrativas, pueden ser diversas en el ámbito del Derecho civil, aunque no se refiera al asunto el art. 60 TRLCU. Así, la anulabilidad del contrato por vicio del consentimiento (error del consumidor ex arts. 1265 y 1266 CC; dolo del empresario por silencio ex arts. 1265 y 1270.I CC), la resolución del contrato por incumplimiento cuando la información no se corresponde con la realidad (arts. 1124 CC, 119 ter TRLCU), o la indemnización de daños y perjuicios (arts. 1270.II y 1902 CC).

En ocasiones, algunas normas especiales se preocupan por establecer específicas consecuencias para el caso de incumplimiento del deber. Así, por ejemplo, la anulabilidad en los contratos de crédito al consumo (art. 7 LCCC), la nulidad en la comercialización a distancia de servicios financieros (art. 9 LCDSF) o la

resolución en los contratos de aprovechamiento por turnos de bienes inmuebles de uso turístico si no se ha proporcionado la información exigible en soporte duradero (art. 8 LCATBI).

Además, ha de tenerse en cuenta, para el caso de que los contratos con déficit de información no sean anulados o resueltos que, según el art. 65 TRLCU, los contratos con los consumidores y usuarios se integrarán, en beneficio del consumidor, conforme al principio de buena fe objetiva, también en los supuestos de omisión de información precontractual relevante.

A veces, las normas realizan directamente la integración del contrato en beneficio del consumidor al que se coloca en una situación ventajosa. Así, por ejemplo, prevé el TRLCU para los contratos celebrados a distancia y fuera de establecimiento mercantil que el empresario asuma los costes cuando no informe al consumidor sobre la obligación del mismo de asumir los gastos de la devolución en ciertos casos (art. 97.6 TRLCU). Lo mismo sucederá cuando en los viajes combinados el empresario no informe sobre comisiones, recargos u otros costes adicionales (art. 154.2 TRLCU). Cabe hacer referencia a otros ejemplos relevantes. Así, entre otras varias reglas de integración, dispone el art. 31.2 LCCC que, en caso de haberse omitido la mención a la tasa anual equivalente, la obligación del consumidor se reducirá a abonar el interés legal en los plazos convenidos. Se trata de una técnica (integración legal) que ya introdujo en su momento la Ley 28/1998, de 13 de julio, de Venta a Plazos de Bienes Muebles (cfr. art. 8 LVPBM), norma que si bien no se aplica a la compra de bienes destinados a la reventa al público sí se aplica a otras compras realizadas por empresarios (p. ejemplo, bienes de equipo), de modo que su ámbito de aplicación comprende tanto a los consumidores, como a los empresarios en ciertos casos. La norma (LVPBM) se aplica con carácter supletorio a los casos en que resulta aplicable la LCCC (esta última solo se aplica al consumidor persona física).

Últimamente, viene apuntando la doctrina que, a pesar de los esfuerzos del legislador, los consumidores celebran los contratos sin leer la información que se les ha facilitado por diversas razones (dificultad para entender la información falta de tiempo etc.) y, en muchas ocasiones (por su especial complejidad) las informaciones solo benefician a quienes cuentan con asesores legales. Por esa razón, se reflexiona en torno a la conveniencia de abreviar las informaciones o proporcionarlas con más antelación, simplificar los formatos para suministrarlas etc. Probablemente sea una buena opción, en los casos más acuciantes, el asesoramiento individual y personalizado del consumidor (especialmente del vulnerable), solución que ya se contempla en diversas normas (arts. 11 LCCC y arts. 14 y 15 LCCI).

D) La información durante la ejecución del contrato

El deber de información del empresario no se agota en la fase de formación del contrato, sino que existe a la fase de ejecución del mismo, conforme a la buena fe. El consumidor tiene derecho a la información necesaria para el correcto uso o consumo (art. 8. d) TRLCU), y las instrucciones necesarias al efecto pueden sufrir variaciones. El TRLCU

contempla, además, numerosas normas que articulan deberes de información durante la ejecución del contrato.

Así, por ejemplo, obligación de informar sobre las modificaciones unilaterales que son admitidas en el caso de servicios financieros (art. 85.3.II y III TRLCU), de informar cuando se trata de un contrato a distancia de que no puede ejecutarse por no hallarse disponible el bien o servicio contratado (art. 110 TRLCU) o de informar, en el mismo caso, de que puede ser suministrado otro bien o servicio de características similares a los solicitados, sin aumento de precio (art. 111 TRLCU) etc. También se establecen en normas al margen del TRLCU específicos deberes de información durante la ejecución del contrato, adecuados a determinadas modalidades contractuales.

4) INTEGRACIÓN DEL CONTRATO CELEBRADO CON CONSUMIDORES

En el Derecho de contratos del Código civil, la integración del contrato, cuando las estipulaciones de las partes son insuficientes, se consigue mediante el recurso a las normas dispositivas, al uso y a la buena fe (art. 1258 CC). Con fundamento en la buena fe, se resolvieron, en su momento, conflictos planteados por no aparecer reflejado en el contrato lo que había indicado el empresario en la publicidad. Actualmente, en las normas sobre contratación con consumidores, se proporcionan reglas de integración del contrato atribuyendo gran importancia a la misma (art. 61 TRLCU):

Art. 61 TRLCU:

“1. La oferta, promoción y publicidad de los bienes o servicios se ajustarán a su naturaleza, características, utilidad o finalidad y a las condiciones jurídicas o económicas de la contratación.

2. El contenido de la oferta, promoción o publicidad, las prestaciones propias de cada bien o servicio, las condiciones jurídicas o económicas y garantías ofrecidas serán exigibles por los consumidores y usuarios, aun cuando no figuren expresamente en el contrato celebrado o en el documento o comprobante recibido y deberán tenerse en cuenta en la determinación del principio de conformidad con el contrato.

3. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, si el contrato celebrado contuviese cláusulas más beneficiosas, estas prevalecerán sobre el contenido de la oferta, promoción o publicidad”.

En realidad, el art. 61 TRLCU proporciona varias reglas:

i) En primer término, viene a reforzar la idea de que el empresario debe proporcionar una información veraz, clara y suficiente, el principio de veracidad, al exigirle que la oferta, promoción o publicidad de sus productos se ajuste a las características esenciales de los mismos, y a su utilidad o finalidad (art. 61.1 TRLCU).

ii) En segundo lugar, establece que será exigible por el consumidor el contenido de la oferta, promoción o publicidad, aunque no figure expresamente en el contrato (art. 61.2 TRLCU). Se favorecen así los legítimos intereses de los consumidores que pueden exigir las declaraciones que influyeron en su decisión de contratar, en tanto que pasan a formar parte del contenido negocial. Como

esto es así, el consumidor podrá plantear, en su caso, todas las acciones derivadas del incumplimiento en contratos bilaterales (acción de cumplimiento, excepción de contrato no cumplido, resolución o de indemnización de daños).

Ha de tenerse en cuenta el régimen de la oferta hecha al público en general de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista (LOCM), considerando como oferta exigible por el comprador la exposición de artículos en establecimientos comerciales, salvo que se advierta expresamente que no se encuentran a la venta o que, claramente, formen parte de la instalación o el decorado.

Art. 9 LOCM:

1. La oferta pública de venta o la exposición de artículos en establecimientos comerciales constituye a su titular en la obligación de proceder a su venta a favor de los demandantes que cumplan las condiciones de adquisición, atendiendo, en el segundo caso, al orden temporal de las solicitudes. Quedan exceptuados de esta obligación los objetos sobre los que se advierta, expresamente, que no se encuentran a la venta o que, claramente, formen parte de la instalación o decorado.

2. Los comerciantes no podrán limitar la cantidad de artículos que pueden ser adquiridos por cada comprador ni establecer precios más elevados o suprimir reducciones o incentivos para las compras que superen un determinado volumen. En el caso de que, en un establecimiento abierto al público, no se dispusiera de existencias suficientes para cubrir la demanda, se atenderá a la prioridad temporal en la solicitud.

3. Excepcionalmente, cuando existan circunstancias extraordinarias o de fuerza mayor que lo justifiquen, los establecimientos comerciales podrán suspender con carácter temporal la prohibición prevista en el apartado 2 de limitar la cantidad de artículos que puedan ser adquiridos por cada comprador. Estas medidas deberán estar justificadas y se adoptarán de manera proporcionada cuando sea necesario para impedir el desabastecimiento y garantizar el acceso de los consumidores en condiciones equitativas.

(el apartado 3 fue añadido por el Real Decreto-ley 6/2022, de 29 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en el marco del Plan Nacional de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la guerra en Ucrania.

iii) El contrato se integra no solo con las declaraciones del empresario sino, también, con las prestaciones propias de cada bien o servicio, aunque no figuren en el contrato o en el contrato o justificante recibido, ni en la oferta, promoción o publicidad (art. 61.2 TRLCU). Esas prestaciones son las expectativas que puede esperar cualquier consumidor medio. Así, por ejemplo, quien adquiere un vehículo puede legítimamente esperar que cumple todos los requisitos legales para circular (cfr. art. 115 ter 1.a) y d) TRLCU).

iv) Prevalecerá el contenido el contrato, si contiene condiciones más beneficiosas para el consumidor que la oferta, la promoción o la publicidad, conforme al principio *pro consumatore* (art. 61.3 TRLCU).

Además del art. 61 TRLCU, se refiere también a la integración del contrato el art. 65 TRLCU, al que ya nos hemos referido. La integración del contrato se realizará también

en beneficio del consumidor en caso de omisión de información precontractual relevante.

Puede considerarse como información relevante la relativa a la “*naturaleza, características, utilidad o finalidad de los bienes*”, es decir, a los extremos a los que se refiere el art. 61.1 TRLCU (cfr. art. 115 ter 1.a) y d) TRLCU). Como ya hemos indicado, en ocasiones las normas sectoriales especifican la forma en que se llevará a cabo la integración en beneficio del consumidor.

5. REGLAS GENERALES SOBRE LA FORMACIÓN DEL CONTRATO Y SU CONTENIDO

A) consentimiento inequívoco, pagos adicionales y envíos y suministros no solicitados

En el Derecho común de los contratos la aceptación de la oferta contractual puede hacerse en forma tácita y, en determinadas circunstancias, puede equiparse el silencio del destinatario de la oferta con la aceptación si, conforme a la buena fe, tenía la obligación de contestar expresamente (p.ej., relaciones comerciales continuadas). En la contratación con consumidores existe un especial riesgo de captación de la voluntad de los mismos por su consustancial inferioridad frente al empresario. Por esa razón se exige que, tanto la voluntad para contratar, como la voluntad para poner término al contrato sea inequívoca.

Art. 62.1 TRLCU:

“En la contratación con consumidores y usuarios debe constar de forma inequívoca su voluntad de contratar o, en su caso, de poner fin al contrato”.

El legislador insiste en esta idea cuando al regular los contratos celebrados a distancia o fuera de establecimiento mercantil afirma que *“en ningún caso la falta de respuesta a la oferta de contratación podrá considerarse como aceptación de ésta”* (art. 101 TRLCU).

Que el consentimiento (aceptación) sea inequívoco no significa necesariamente que deba ser formal (puede deducirse de actos concluyentes: meto el coche en un aparcamiento, meto la moneda en la máquina del café etc.). Ahora bien, en muchos casos se exige una cierta forma para plasmar el consentimiento para la celebración de determinados contratos (como veremos al hablar de la forma), o para los contratos celebrados en determinadas condiciones, como cuando es el empresario quien se pone en contacto con el consumidor por teléfono, caso en el que este último debe aceptar la oferta por escrito (art. 98.6 TRLCU).

La necesidad de que el consentimiento sea inequívoco explica la regla sobre **pagos adicionales** del art. 60 bis TRLCU que impone al empresario la obligación de obtener consentimiento expreso del consumidor para cualquier pago adicional a la remuneración acordada (incumbiéndole la carga de la prueba), no siendo posible que deduzca el consentimiento a partir de la práctica de pedir al consumidor que, para rechazar el pago

adicional, deba rechazar una determinada opción. Si el consentimiento no es inequívoco, el consumidor tendrá derecho al reembolso. No especifica la norma el plazo de que dispone el empresario para proceder al mismo, pero puede aplicarse analógicamente el de 14 días previsto para los casos de falta de conformidad y de desistimiento (arts. 76 y 119 quater TRLCU).

Art. 60 bis TRLCU:

“1. Antes de que el consumidor y usuario quede vinculado por cualquier contrato u oferta, el empresario deberá obtener su consentimiento expreso para todo pago adicional a la remuneración acordada para la obligación contractual principal del empresario. Estos suplementos opcionales se comunicarán de una manera clara y comprensible y su aceptación por el consumidor y usuario se realizará sobre una base de opción de inclusión. Si el empresario no ha obtenido el consentimiento expreso del consumidor y usuario, pero lo ha deducido utilizando opciones por defecto que éste debe rechazar para evitar el pago adicional, el consumidor y usuario tendrá derecho al reembolso de dicho pago.

2. Corresponde al empresario probar el cumplimiento de las obligaciones a que este artículo se refiere”.

El requisito del consentimiento inequívoco explica igualmente la previsión de la norma sobre **prohibición de envíos y suministros no solicitados** del art. 66 quater TRLCU, aplicable, incluso, en los contratos celebrados a distancia o fuera de establecimiento mercantil cuando falta la respuesta a la oferta de contratación (art. 101.2 TRLCU). En realidad, se establecen diversas reglas sobre este tema, claramente beneficiosas para el consumidor:

- i) Quedan prohibidos los envíos y suministros al consumidor que no hayan sido solicitados por el mismo si incluyen una pretensión de pago de cualquier naturaleza (cfr. art. 31.2 LCD), y la falta de respuesta del consumidor al envío no puede considerarse consentimiento (art. 66 quater.1. I y II *in fine* TRLCU).
- ii) Si el empresario vulnera la prohibición (realiza el envío o suministro), el consumidor no estará obligado a la devolución ni a la custodia de lo recibido, ni podrá reclamársele pago alguno (art. 66 quater.1. II TRLCU), y en caso habrá un acto de competencia desleal (art. 31.2 LCD).
- iii) Si el consumidor decide devolver los bienes no responderá por los daños o deméritos sufridos y tendrá derecho a ser indemnizado por los gastos y por los daños y perjuicios si se le hubieren causado (art. 66 quater.2 TRLCU).
- iv) Cuando se trata de suministros de agua, gas, electricidad o calefacción y el consumidor decide continuar con el anterior suministrador, este último podrá cobrar los suministros a la empresa que procedió a suministrar sin solicitud del consumidor (art. 66 quater.1.III TRLCU).

Art. 66 quater TRLCU:

“1. Queda prohibido el envío y el suministro al consumidor y usuario de bienes, de agua, gas o electricidad, de calefacción mediante sistemas urbanos, de contenido digital o de prestación de servicios no solicitados por él, cuando dichos envíos y suministros incluyan una pretensión de pago de cualquier naturaleza.

En caso de que así se haga, y sin perjuicio de la infracción que ello suponga, el consumidor y usuario receptor no estará obligado a su devolución o custodia, ni podrá reclamársele pago alguno por parte del empresario que envió el bien o suministró el servicio no solicitado. En tal caso, la falta de respuesta del consumidor y usuario a dicho envío, suministro o prestación de servicios no solicitados no se considerará consentimiento.

En caso de contratos para el suministro de agua, gas, electricidad –cuando no estén envasados para la venta en un volumen delimitado o en cantidades determinadas–, o calefacción mediante sistemas urbanos, en los que el suministro ya se estuviera prestando previamente al suministro no solicitado al nuevo suministrador, se entenderá el interés del consumidor en continuar con el suministro del servicio con su suministrador anterior, volviendo a ser suministrado por éste quién tendrá derecho a cobrar los suministros a la empresa que suministró indebidamente.

2. Si el consumidor y usuario decide devolver los bienes recibidos no responderá por los daños o deméritos sufridos, y tendrá derecho a ser indemnizado por los gastos y por los daños y perjuicios que se le hubieran causado”.

Cabe destacar que, tras el Real Decreto-ley 24/2021, de 2 de noviembre, se autoriza a la Administración Pública competente para restringir determinadas formas y aspectos de las visitas no solicitadas efectuadas por el empresario en el domicilio del consumidor o las excursiones organizadas por el mismo con el objetivo o efecto de promocionar o vender bienes o servicios (art. 19.7 TRLCU).

B) Contenido del contrato y ejercicio de los derechos del consumidor

El art. 62 TRLCU establece algunas normas (imperativas) sobre el contenido del contrato celebrado con un consumidor con el propósito de facilitar el ejercicio de los derechos que corresponden al mismo:

i) A modo de regla general, se prohíben las cláusulas que impongan obstáculos onerosos o desproporcionados para el ejercicio de los derechos reconocidos al consumidor en el contrato (art. 62.2 TRLCU). De nada sirve que se atribuyan ciertos derechos al consumidor si luego se obstaculiza su ejercicio a través de cláusulas incorporadas al contrato.

ii) En los contratos de prestación de servicios o suministro de productos de tracto sucesivo o continuado se prohíben las cláusulas que establezcan plazos de duración excesiva o limitaciones que excluyan u obstaculicen el derecho del consumidor a poner fin al contrato (art. 62.3. I TRLCU). Esta norma trae causa de los conflictos planteados en el tráfico jurídico por contratos con duraciones excesivas impuestas por el empresario.

En el Derecho común de los contratos se reconoce el derecho de desistimiento a cualquiera de las partes cuando los contratos son de duración indefinida, pues implican una vinculación excesiva (cfr. art. 1583 CC). Para evitar el desistimiento del consumidor la práctica era celebrar contratos de duración determinada, pero excesiva.

iii) La norma plantea algún problema de interpretación cuando dispone, con relación a esos contratos, que el consumidor podrá ejercer su derecho a poner fin al contrato en la misma forma en que lo celebró, sin ningún tipo de sanción o de cargas onerosas o desproporcionadas, tales como la pérdida de las cantidades abonadas por adelantado, el abono de cantidades por servicios no prestados efectivamente, la ejecución unilateral de las cláusulas penales que se hubieran fijado contractualmente o la fijación de indemnizaciones que no se correspondan con los daños efectivamente causados (art. 62.3. II TRLCU).

Se ha planteado en alguna ocasión que en este tipo de contratos se está atribuyendo un derecho a poner fin al contrato (desistimiento). También cabe interpretar, simplemente, que una duración excesiva se identifica con una cláusula abusiva, y por tanto nula, y los obstáculos que se pongan al consumidor para poner fin al contrato en estos casos son igualmente nulas por abusivas, y así resulta del art. 87.6 TRLCU que es más claro.

iv) Los contratos de prestación de servicios o suministro de productos de tracto sucesivo o continuado deberán contemplar expresamente el procedimiento a través del cual el consumidor y usuario puede ejercer su derecho a poner fin al contrato (art. 62.4 TRLCU).

v) Finalmente, cabe destacar que los obstáculos no contractuales para poner fin al contrato constituyen una práctica desleal por agresiva (art. 8.2.d) LCD).

C) Forma

a) Confirmación documental de la operación

En la contratación con consumidores se observa un formalismo que no se encuentra presente en el Derecho común de los contratos basado en el principio espiritualista (arts. 1258 y 1278 CC). La regla general es la obligación del empresario de documentar la operación realizada.

Según el art. 63.1 TRLCU:

“En los contratos con consumidores y usuarios se entregará recibo justificante, copia o documento acreditativo con las condiciones esenciales de la operación, incluidas las condiciones generales de la contratación, aceptadas y firmadas por el consumidor y usuario, cuando éstas sean utilizadas en la contratación”.

El precepto se refiere a la forma del contrato con diversas expresiones, pero una cosa es el recibo (o factura) que se asimila a la carta de pago (arts. 1172.II y 1229 CC) y otra distinta el documento acreditativo de las condiciones de la operación que sigue realizando el derecho de información del consumidor. Como regla general, ese

documento que, en esencia, integra el contenido principal del contrato, cumple una función probatoria (“*documento acreditativo*”).

b) Forma esencial

Además de esa norma general, se preocupa el legislador por imponer la forma escrita (en cualquier soporte duradero) para la celebración del contrato o para el cumplimiento de ciertos deberes, como los de información precontractual y, en algunos casos, se impone una forma determinada para la oferta contractual que será vinculante para el empresario durante unos días (arts. 8 LCCC y 14.a) LCCI).

A veces, resulta claro que la forma exigida es esencial, constituyendo requisito necesario para la validez del contrato, aunque, a diferencia de los que ocurre en el Derecho común de contratos, en el que la infracción de forma esencial da lugar a la nulidad absoluta (p. ejemplo, arts. 633 y 1327 CC), se opta por la anulabilidad como consecuencia, para que el ejercicio de la acción corresponda exclusivamente al consumidor. Un supuesto muy claro es el del crédito al consumo. El art. 16 LCC impone la forma escrita en papel o soporte duradero y el art. 21 LCC establece como consecuencia de la inobservancia de la forma, la anulabilidad del contrato.

Lo mismo sucede con los contratos celebrados a distancia y fuera de establecimiento mercantil. Con relación a los primeros, exige el art. 98.7 TRLCU que el empresario facilite al consumidor la confirmación del contrato en un soporte duradero, a más tardar en el momento de la entrega de los bienes o antes del inicio de la ejecución del servicio. Para los segundos, dispone el art. 99.2 TRLCU que el empresario debe facilitar al consumidor una copia del contrato firmado o la confirmación del mismo en papel o en otro soporte duradero si el consumidor está de acuerdo. Para ambos supuestos dispone el art. 100.1 TRLCU que si el empresario no facilita la copia del contrato o la confirmación del mismo el contrato podrá ser anulado por el consumidor.

También hay algún supuesto en que la inobservancia de forma lleva aparejada la nulidad del contrato (no la anulabilidad). Según el art. 98.6 TRLCU, cuando el empresario se pone en contacto telefónicamente con el consumidor para celebrar un contrato a distancia, el consumidor sólo queda vinculado una vez que haya aceptado la oferta mediante su firma o mediante el envío de su acuerdo por escrito (a través de papel, correo electrónico etc.).

Finalmente, se manejan otras consecuencias. Así, si el empresario no informa por escrito al consumidor de su derecho de desistimiento (en caso de que le corresponda) o no le entrega el documento de desistimiento, se amplía el plazo para el ejercicio del derecho de desistir (art. 71.3 TRLCU); deben constar por escrito los contratos regulados por la LATBI, formando parte del mismo la información precontractual (art. 11 LATBI) y, en caso contrario, el consumidor podrá resolver el contrato (art. 8 LATBI); y se proporciona la solución de no incorporar al contrato las condiciones

generales de la contratación que no cumplen los requisitos de forma exigidos por la ley (arts. 5 y 7 LCGC).

c) Gastos derivados de la formalización del contrato

Los gastos derivados de la formalización del contrato debe asumirlos el empresario, salvo que sea necesario otorgar escritura pública (p. ejemplo, art. 22 LCCI), supuesto en el que se estará a las reglas generales (arts. 1455 y 1555 CC). En cualquier caso, el derecho a elegir Notario es un derecho esencial del consumidor (arts. 3, 26 y 27 Reglamento del Notariado; art. 89.8 TRLCU)

Art. 63.2 TRLCU:

“Salvo lo previsto legalmente en relación con los contratos que, por prescripción legal, deban formalizarse en escritura pública, la formalización del contrato será gratuita para el consumidor, cuando legal o reglamentariamente deba documentarse éste por escrito o en cualquier otro soporte de naturaleza duradera” (cfr. art. 89.3 TRLCU).

d) Derecho a recibir la factura en papel

El consumidor tiene siempre derecho a recibir la factura en papel sin pagar por ello contraprestación alguna. Para que la factura se extienda en formato electrónico es preciso el consentimiento expreso del consumidor que, en cualquier caso, podrá ser revocado.

Art. 63.3 TRLCU:

“En los contratos con consumidores y usuarios, estos tendrán derecho a recibir la factura en papel. En su caso, la expedición de la factura electrónica estará condicionada a que el empresario haya obtenido previamente el consentimiento expreso del consumidor. La solicitud del consentimiento deberá precisar la forma en la que se procederá a recibir la factura electrónica, así como la posibilidad de que el destinatario que haya dado su consentimiento pueda revocarlo y la forma en la que podrá realizarse dicha revocación.

El derecho del consumidor y usuario a recibir la factura en papel no podrá quedar condicionado al pago de cantidad económica alguna”.

6. REGLAS SOBRE LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO

A) Obligación de entrega

El art. 66 bis TRLCU regula la obligación de entrega de bienes y suministro de contenidos o servicios digitales que no se presten en soporte material, teniendo en cuenta que, en este contexto, los bienes son exclusivamente las cosas muebles corporales y el agua, el gas y la electricidad cuando estén envasados para su comercialización (art. 59 bis.2 TRLCU).

Antes del Real Decreto-ley 7/2021, de 27 de abril, el precepto solo hacía referencia a los bienes comprados mediante un contrato de venta. Ahora ha desaparecido la mención al contrato del que

deriva la obligación de entrega de bienes, pero probablemente el legislador siga teniendo en mente el contrato de compraventa.

En cualquier caso, el art. 66 bis TRLCU no será aplicable a los supuestos excluidos del ámbito de aplicación del Título sobre Garantías y servicios posventa (cfr. arts. 66 bis.6 y 114.2 TRLCU) como, por ejemplo, los servicios relacionados con la salud o los servicios financieros (sí será de aplicación a los animales vivos, aunque no se aplique a los mismos el régimen de garantías).

i) Salvo pacto en contrario, el empresario debe entregar los bienes al consumidor mediante la transmisión de su posesión material o control, sin ninguna demora indebida y en un plazo máximo de 30 días naturales a partir de la celebración del contrato. También deberá suministrar los contenidos o servicios digitales sin demora indebida tras la celebración del contrato y, en este caso, se entenderá cumplida la obligación cuando el servicio, contenido digital o el medio para descargarlo sea puesto a disposición del consumidor o sea accesible para él (art. 66 bis.1 TRLCU).

ii) Si el empresario no cumple su obligación, el consumidor puede emplazar al empresario para que entregue el bien en un plazo adicional, adecuado a las circunstancias o para realice el suministro sin demora indebida o en el tiempo acordado por las partes. Si el empresario continúa sin cumplir, el consumidor podrá resolver el contrato (art. 66 bis.2 TRLCU). Según algún autor, el plazo adicional será adecuado si el empresario no se opone al mismo, sin demora indebida.

Con esta regla se resuelve el problema de los retrasos en el cumplimiento que, en principio, no constituyen causa de resolución en el Derecho común de los contratos, salvo que se trate de retrasos muy cualificados que frustren el interés del acreedor de la entrega o que el término sea esencial.

iii) En cualquier caso, el consumidor podrá resolver el contrato si se tiene constancia de que el empresario no entregará el bien o no realizará el suministro, o resulta claramente del acuerdo o de las circunstancias que el término es esencial (art. 66 bis.3 TRLCU).

iv) Cuando el consumidor resuelva el contrato de suministro de contenidos o servicios digitales entrarán en juego las reglas especiales previstas para los supuestos de falta de conformidad (art. 66 bis.4 TRLCU). Entre las mismas, cabe destacar la necesidad de que el empresario reembolse el precio sin demora indebida y, en todo caso, en el plazo de 14 días contados desde que sea informado de la decisión del consumidor, utilizándose el mismo medio de pago empleado por el consumidor (art. 119 quater TRLCU). A pesar del silencio de la norma que, en este caso no hace ninguna remisión normativa (art. 66 bis TRLCU), cuando se trate de bienes, el plazo será también de 14

días a contar desde la restitución de los mismos (art. 119 quater.1. II TRLCU) y también habrá de emplearse el mismo medio de pago empleado por el consumidor.

v) El empresario tiene la carga de probar que ha cumplido las obligaciones que le corresponden.

Art. 66 bis TRLCU:

“1. Salvo que las partes acuerden otra cosa, el empresario entregará los bienes mediante la transmisión de su posesión material o control al consumidor o usuario, sin ninguna demora indebida y en un plazo máximo de 30 días naturales a partir de la celebración del contrato y suministrará los contenidos o servicios digitales sin demora indebida tras la celebración del contrato.

La obligación de suministro por parte del empresario se entenderá cumplida cuando:

a) El contenido digital o cualquier medio adecuado para acceder al contenido digital o descargarlo sea puesto a disposición del consumidor o usuario o sea accesible para él o para la instalación física o virtual elegida por el consumidor y usuario para ese fin.

b) El servicio digital sea accesible para el consumidor o usuario o para la instalación física o virtual elegida por el consumidor o usuario a tal fin.

2. Si el empresario no cumple su obligación de entrega, el consumidor o usuario lo emplazará para que cumpla en un plazo adicional adecuado a las circunstancias.

En el caso de que el empresario no cumpla su obligación de suministro, el consumidor o usuario podrá solicitar que le sean suministrados los contenidos o servicios digitales sin demora indebida o en un período de tiempo adicional acordado expresamente por las partes.

Si el empresario continúa sin cumplir con la entrega o suministro, el consumidor o usuario tendrá derecho a resolver el contrato.

3. No obstante lo anterior, el consumidor o usuario tendrá derecho a resolver el contrato en el momento en el que se dé alguna de las siguientes situaciones:

a) El empresario haya rechazado entregar los bienes o haya declarado, o así se desprenda claramente de las circunstancias, que no suministrará los contenidos o servicios digitales.

b) Las partes hayan acordado o así se desprenda claramente de las circunstancias que concurran en la celebración del contrato, que para el consumidor o usuario es esencial que la entrega o el suministro se produzca en una fecha determinada o anterior a esta. En el supuesto de tratarse de bienes, dicho acuerdo deberá haberse producido antes de la celebración del contrato.

4. Cuando el consumidor o usuario resuelva el contrato de suministro de contenidos o servicios digitales con arreglo al presente artículo, se aplicarán en consecuencia los artículos 119 ter y 119 quater.

5. Recaerá en el empresario la carga de la prueba sobre el cumplimiento de las obligaciones que le corresponden en virtud de este artículo.

6. Este artículo no será aplicable a los contratos excluidos del ámbito del Título IV de este Libro que aparecen relacionados en el apartado 2 del artículo 114, a excepción de los señalados en su apartado a).”

B) Transmisión del riesgo

i) En el Derecho común de los contratos mucho se ha discutido sobre el problema de los riesgos que se plantea cuando, después de perfeccionado el contrato y antes de ser entregada la cosa específica o determinada, se pierde o deteriora por caso fortuito, fuerza mayor o como consecuencia de la actuación de un tercero. Se plantea ¿quién debe soportar la pérdida? Si se entiende que el riesgo es del comprador, ello supone que el comprador debe pagar el precio. Si se entiende que el riesgo lo soporta el

vendedor, la consecuencia es que el comprador quedará liberado de la obligación de pago.

Tradicionalmente, se han distinguido dos modelos, el sistema romano, que atribuye los riesgos al comprador (*res perit emptori*) y el sistema germánico que atribuye los riesgos al vendedor (*res perit venditori*).

ii) Se aborda el tema en el art. 1452 CC (sobre compraventa) que ha dado lugar a confusas y diversas interpretaciones. Según la doctrina mayoritaria, el riesgo corresponde al vendedor si la cosa es genérica, pero si las cosas son determinadas, se atribuye al comprador. No obstante, esta última afirmación resulta en la práctica corregida mediante el recurso a diversos expedientes, entre los que cabe destacar la posibilidad de que el comprador resuelva el contrato, al haberse producido la imposibilidad sobrevenida que frustra su interés (art. 1124 CC) o la aplicación analógica de la Convención de Viena sobre compraventas internacionales de mercancías, conforme a la cual, el riesgo lo asume el vendedor y sólo se traslada al comprador cuando las cosas se han puesto a su disposición.

iii) En las relaciones de consumo se articula una regla (art. 66 ter TRLCU) incorporada por la Ley 3/2014, de 27 de marzo aplicable a los bienes adquiridos mediante contrato de venta. Según la norma, cuando el empresario debe enviar los bienes al consumidor, el riesgo (por pérdida o deterioros) se transmite cuando adquiere la posesión material el consumidor o un tercero designado por él, distinto del transportista. Sin embargo, si el consumidor encarga él mismo el transporte a un transportista distinto de los propuestos por el empresario, el riesgo se transmite al consumidor desde que se entregan los bienes al transportista, sin perjuicio de las acciones que le puedan asistir contra el mismo.

Téngase en cuenta, que la cosa que debe entregarse será específica desde que sea entregada a un transportista, de manera que, de no existir el art. 66 ter TRLCU, el riesgo sería del comprador (obligado a pagar el precio, a pesar de la pérdida o deterioro).

Art. 66 ter TRLCU:

“Cuando el empresario envíe al consumidor y usuario los bienes comprados, el riesgo de pérdida o deterioro de éstos se transmitirá al consumidor y usuario cuando él o un tercero por él indicado, distinto del transportista, haya adquirido su posesión material. No obstante, en caso de que sea el consumidor y usuario el que encargue el transporte de los bienes o el transportista elegido no estuviera entre los propuestos por el empresario, el riesgo se transmitirá al consumidor y usuario con la entrega de los bienes al transportista, sin perjuicio de sus derechos frente a éste”.

C) Reglas sobre el pago: cargos por la utilización de medios de pago

También contiene el TRLCU algunas reglas sobre el pago.

i) Según el art. 66 TRLCU, en la contratación con consumidores no se podrá hacer obligatoria la comparecencia personal del consumidor y usuario para realizar cobros, pagos o trámites similares, debiendo garantizarse, en todo caso, la constancia del acto realizado.

ii) Por otro lado, conforme al art. 60 ter TRLCU, los empresarios no pueden facturar a los consumidores por el uso de determinados medios de pago, cargos que superen el coste soportado por el empresario por el uso de tales medios, y corresponde al empresario probar que ha cumplido sus obligaciones. La norma acaba con la práctica a la que recurrían los comerciantes minoristas que, por la utilización de tarjetas de débito o crédito, repercutían a los clientes un gasto superior al que imponían los bancos a los minoristas por procesar pagos con tarjeta (también con prácticas similares de las compañías aéreas).

El RUE 2015/751 sobre tasas de intercambio para transacciones de pago con tarjeta, establecido para fomentar el mercado interior y la competencia en los pagos con tarjeta en la Unión Europea, establece límites máximos armonizados para las tasas de intercambio de las tarjetas de los consumidores en el Espacio Económico Europeo, permitiendo niveles más bajos de tasas de intercambio para pagos con tarjetas de crédito y débito nacionales. En particular, el Reglamento limita las tasas de intercambio para las tarjetas de débito al consumidor al 0,2% y las tarjetas de crédito al consumidor al 0,3% del valor de la transacción.

Ya antes de la aprobación del RUE 2015/751, sobre tasas de intercambio para transacciones de pago con tarjeta, el Real Decreto-ley 8/2014, de 4 de julio, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia (Convalidado por Ley 18/2014, de 15 de octubre), se adelantó al mismo, estableciendo límites importantes a las tasas de intercambio aplicables a las operaciones efectuadas con tarjetas de pago, y prohibió que se exija al ordenante el pago de gastos o cuotas adicionales por la utilización de la tarjeta de crédito o débito (art. 12 Ley 18/2014).

Art. 11 Ley 18/2014:

“1. En operaciones efectuadas con tarjetas de débito, la tasa de intercambio por operación no será superior al 0,2% del valor de la operación, con un máximo de 7 céntimos de euro.

En el caso en el que el importe de la operación no exceda de veinte euros la tasa de intercambio por operación no excederá del 0,1% del valor de la operación.

2. En operaciones con tarjeta de crédito, la tasa de intercambio por operación no será superior al 0,3% del valor de la operación.

En el caso en el que el importe de la operación no exceda de veinte euros la tasa de intercambio por operación no excederá del 0,2% del valor de la operación.

3. A efectos de la aplicación de los límites mencionados en los apartados anteriores, cualquier comisión, retribución o compensación neta recibida por un proveedor de servicios de pago emisor de tarjetas de pago con respecto a operaciones de pago o actividades auxiliares a las mismas será considerada parte de la tasa de intercambio”.

Art. 12 Ley 18/2014

“Los beneficiarios de las operaciones de pago en las que las tasas de intercambio han quedado limitadas de conformidad con lo previsto en el artículo anterior, no podrán exigir al ordenante el pago de gastos o cuotas adicionales por la utilización de la tarjeta de débito o de crédito”.

El art. 60 ter TRLCU sigue siendo útil respecto a las tarjetas que no quedan sometidas a los límites señalados, como las tarjetas comerciales emitidas por empresas.

D) Compromisos de permanencia y cláusula penal

Hasta hace poco, se regulaba en la normativa sobre desistimiento el régimen de los compromisos de permanencia (art. 74.4 TRLCU). Tras la el Real Decreto-ley 7/2021, de 27 de abril se proporciona una mejor ubicación en el art. 62 TRLCU.

Art. 62.5 TRLCU:

“En caso de que el usuario incumpla el compromiso de permanencia adquirido con la empresa, la penalización por baja o cese prematuro de la relación contractual, será proporcional al número de días no efectivos del compromiso de permanencia acordado”.

La norma (introducida en su momento por la Ley 3/2014, de 27 de marzo) obedece a la necesidad de acabar con una práctica “abusiva” a la que recurrían frecuentemente las grandes compañías (especialmente de telecomunicaciones) que incorporaban cláusulas penales para el incumplimiento de acuerdos de duración mínima del contrato, sin tener en cuenta que el incumplimiento solo se refería a una parte del tiempo comprometido. Así, por ejemplo, obsequiaban con un terminal al cliente y, a cambio, era necesario mantenerse con la misma operadora durante un cierto tiempo. Ahora se entiende mejor la ubicación, pues el desistimiento no puede implicar gasto de ningún tipo (cuando se tiene derecho al mismo). En realidad, se trata de una regla razonable que, probablemente, acabará incorporándose en el Derecho común de los contratos.

7. RÉGIMEN GENERAL DEL DESISTIMIENTO EN LOS CONTRATOS CELEBRADOS CON CONSUMIDORES

i) Como ya hemos advertido, en la contratación con consumidores se atribuye en diversas ocasiones un derecho de desistimiento al consumidor para que pueda poner término al contrato. Ahora bien, debe tenerse en cuenta que el consumidor por serlo no tiene un derecho de desistimiento, sino que es preciso que se le haya atribuido convencional o legalmente, considerando como atribución convencional la que resulta de la oferta, promoción o publicidad.

Art. 68.2 TRLCU:

“El consumidor tendrá derecho a desistir del contrato en los supuestos previstos legal o reglamentariamente y cuando así se le reconozca en la oferta, promoción publicidad o en el propio contrato”.

El desistimiento implica la facultad del consumidor de dejar sin efecto el contrato celebrado, notificándose así a la otra parte contratante en el plazo establecido para el ejercicio de ese derecho, sin necesidad de justificar su decisión y sin penalización de ninguna clase, no debiendo implicar gasto alguno para el mismo (arts. 68.1 y 73 TRLCU), aunque existan algunas excepciones a la gratuidad (arts. 107.2 y 108 TRLCU). El régimen general del desistimiento se contiene en los arts. 68-79 TRLCU.

La atribución legal del derecho responde a la necesidad de proteger al consumidor frente a un consentimiento que no es libre del todo, atendidas las circunstancias de la contratación. Se contempla el derecho para concretos supuestos dentro del TRLCU (contratos celebrados a distancia o fuera de establecimiento mercantil y los contratos de viajes combinados). Además, al margen del TRLCU, destaca la regulación del desistimiento para los contratos de derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico o productos vacacionales de larga duración (Ley 4/2012, de 6 de julio), los contratos de servicios financieros comercializados a distancia (Ley 22/2007, de 11 de julio) y los contratos de crédito al consumo (Ley 16/2011, de 24 de junio).

En los casos de atribución legal, si existe un régimen especial el régimen general se aplicará de forma supletoria (art. 68.3 TRLCU) y también será el aplicable a falta de previsiones específicas en el desistimiento atribuido contractualmente (art. 79.I TRLCU) que no puede ser penalizado por el empresario (art. 79.III TRLCU).

ii) Cuando la ley atribuye un derecho de desistimiento al consumidor el empresario debe informarle por escrito sobre el mismo de manera clara, y debe entregarle un documento de desistimiento, incumbiendo al empresario la prueba del cumplimiento de tales obligaciones (art. 69 TRLCU). El ejercicio del desistimiento no está sujeto a ninguna formalidad, pero se considera válidamente ejercitado mediante el envío del documento de desistimiento (art. 70 TRLCU).

iii) El plazo mínimo para el ejercicio del desistimiento es de 14 días naturales que se cuenta desde la recepción del objeto o desde la celebración del contrato de servicios, siempre que el empresario haya cumplido su deber de información y documentación (se tiene en cuenta la fecha de expedición de la declaración de desistimiento). Ahora bien, si el empresario incumple esos deberes, el plazo finalizará 12 meses después de la fecha de expiración del plazo de desistimiento inicial. Si durante esos doce meses cumple el empresario sus deberes, el plazo legalmente previsto comenzará a contar desde entonces (art. 71 TRLCU).

iv) Corresponde al consumidor la prueba de que ha ejercitado su derecho de desistimiento. En el caso de las personas consumidoras vulnerables, se facilita la prueba

del ejercicio del derecho de desistimiento bastando una afirmación de la persona en plazo (art. 72 TRLCU: redacción Ley 4/2022).

v) En cuanto a los efectos del desistimiento, procede la restitución de las prestaciones y el consumidor no tendrá que reembolsar cantidad alguna por la disminución del valor del bien que sea consecuencia de su uso conforme a lo pactado o a su naturaleza, o por el uso del servicio. Además, tendrá derecho al reembolso de los gastos necesarios y útiles que hubiera realizado en el bien (arts. 74 y 79.II TRLCU).

vi) El empresario debe devolver las sumas recibidas antes de que hayan transcurrido 14 días naturales desde que ha sido informado de la decisión de desistimiento y, en caso contrario, el consumidor podrá exigir la restitución del doble de lo entregado, sin perjuicio de la indemnización de los daños que acredite, en lo que excedan de esa cantidad (art. 76 TRLCU).

vii) La imposibilidad por parte del consumidor para restituir no le priva de su derecho de desistimiento, pero si le es imputable la imposibilidad, responderá del valor de mercado de la prestación en el momento del desistimiento, salvo que sea superior al precio de adquisición (art. 75 TRLCU).

viii) el ejercicio del desistimiento determina la ineficacia de cualquier contrato complementario (art. 76 bis TRLCU), así como la ineficacia del contrato de financiación vinculado a la operación de consumo (art. 77 TRLCU).

ix) La falta de ejercicio del derecho de desistimiento no es obstáculo para el posterior ejercicio de acciones de nulidad o resolución (art. 78 TRLCU).

8. SERVICIOS DE ATENCIÓN AL CLIENTE

El art. 21 TRLCU contiene un pronunciamiento dirigido a hacer efectivos los derechos de los consumidores al tiempo de plantear cualquier consulta, queja o reclamación, especialmente en caso de defecto o deterioro (art. 21.1 TRLCU). Inmediatamente después, aborda el asunto de las solicitudes de información, quejas o reclamaciones que pueden plantear los consumidores ante el empresario, sin perjuicio de su derecho a interponer acciones judiciales o de recurrir a medios alternativos de resolución de conflictos.

i) Por un lado, se refiere a las oficinas y servicios de información y atención al cliente que las empresas ponen (o pueden poner) a disposición del consumidor que deberán asegurar que éste tenga constancia de sus quejas y reclamaciones, mediante la entrega de una clave identificativa y un justificante por escrito, en papel o en cualquier otro

soporte duradero. Si tales servicios utilizan la atención telefónica o electrónica para llevar a cabo sus funciones deberán garantizar una atención personal directa, más allá de la posibilidad de utilizar complementariamente otros medios técnicos a su alcance. En caso de que el empresario ponga a disposición de los consumidores una línea telefónica a efectos de comunicarse con él, en relación con el contrato celebrado, el uso de tal línea no podrá suponer para el consumidor y usuario un coste superior al coste de una llamada a una línea telefónica fija geográfica o móvil estándar. Además, en los supuestos de servicios de carácter básico de interés general (agua, gas, electricidad, transporte etc.), las empresas deben disponer necesariamente de un teléfono de atención al consumidor gratuito.

ii) De forma obligatoria, todos los empresarios deben poner a disposición de los consumidores información sobre la dirección postal, número de teléfono, fax, cuando proceda, y dirección de correo electrónico en los que el consumidor y usuario, cualquiera que sea su lugar de residencia, pueda interponer sus quejas y reclamaciones o solicitar información sobre los bienes o servicios ofertados o contratados y deberán dar respuesta a las reclamaciones recibidas en el plazo más breve posible y, en todo caso, en el plazo máximo de un mes desde la presentación de la reclamación. Si el empresario no resuelve satisfactoriamente la reclamación del consumidor, éste podrá acudir a una entidad de resolución alternativa. Los empresarios adheridos a una entidad acreditada están obligados a informar a los consumidores sobre la posibilidad de recurrir a dicha entidad (cfr. art. 40 Ley 7/2017, de 2 de noviembre, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo).

Téngase en cuenta que existen regulaciones específicas sobre reclamaciones. Así, en el transporte aéreo son de aplicación el RUE 261/2004, de 11 de febrero de 2004, por el que se establecen normas comunes sobre compensación y asistencia a los pasajeros aéreos en caso de denegación de embarque y de cancelación o gran retraso de los vuelos y el RUE 1107/2006, de 5 de julio de 2006, sobre los derechos de las personas con discapacidad o movilidad reducida en el transporte aéreo. También en el ámbito de prestación de servicios financieros, en el que las entidades de crédito, las entidades aseguradoras y las empresas de servicios de inversión están obligadas a contar con un departamento o servicio de atención al cliente encargado de atender y resolver las quejas y reclamaciones. Además, pueden designar un Defensor del Cliente (entidad o experto independiente) para resolver las reclamaciones que se sometan a su decisión, cuya decisión será vinculante para la entidad (arts. 29 y 30 Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero). En caso de que no prospere la reclamación, se estará a lo dispuesto en la Orden ECC/2502/2012, de 16 de noviembre, por la que se regula el procedimiento de presentación de reclamaciones ante los servicios de reclamaciones del Banco de España, la Comisión Nacional del Mercado de Valores y la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones.

Actualmente se está tramitando el Proyecto de Ley sobre servicios de atención a la clientela, de 24 de abril de 2023, con la finalidad de establecer mayores exigencias para algunas empresas. También el Proyecto de Ley por la que se crea la Autoridad Administrativa Independiente de Defensa del Cliente Financiero para la resolución

extrajudicial de conflictos entre las entidades financieras y sus clientes, de 18 de mayo de 2023.

LECCIÓN 3. CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN Y CLÁUSULAS ABUSIVAS

María José Vaquero Pinto

Lección 3. Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas. 1. La contratación con condiciones generales predispuestas. 2. El marco legal en la contratación con condiciones generales y con cláusulas abusivas. 3. Régimen jurídico de las condiciones generales de la contratación en la Ley 7/1998, de 13 de abril: control de inclusión o incorporación. A) Ámbito de aplicación. B) Requisitos de incorporación de las condiciones generales de la contratación. C) Consecuencias del incumplimiento de los requisitos de incorporación. D) Control de contenido cuando el adherente es un consumidor. E) Interpretación de las condiciones generales de la contratación. F) Información sobre las condiciones generales de la contratación. G) El Registro de las Condiciones Generales de la Contratación. H) Las acciones de defensa frente a las condiciones generales de la contratación. 4. Régimen jurídico de las cláusulas abusivas en el TRLCU: control, de incorporación, control de contenido y control de transparencia. A) Ámbito de aplicación. B) Control de incorporación de las cláusulas no negociadas en la contratación con consumidores. C) Control de contenido de las cláusulas abusivas. a) Concepto de cláusula abusiva. b) Sobre el control de contenido de los elementos esenciales del contrato. c) Listado de cláusulas abusivas. d) Consecuencias del control de contenido. D) Control de transparencia material de las cláusulas abusivas. E) Apreciación judicial de oficio de las cláusulas abusivas.

1. LA CONTRATACIÓN CON CONDICIONES GENERALES PREDISPUESITAS

En la contratación tradicional el clausulado contractual es la consecuencia de la negociación entre las partes a las que el codificador presume en plano de igualdad en el aspecto económico, de modo que sus acuerdos son vinculantes para las partes y tiene fuerza de ley entre las mismas (arts. 1254, 1258, 1091), conforme al principio de libertad contractual, con los límites derivados de las normas imperativas, la moral y el orden público (art. 1255 CC). Sin embargo, cuando surge la contratación en masa, cambia significativamente el escenario.

El empresario o profesional (predisponente), que se dispone a celebrar múltiples contratos evita la fase de negociación y procede a redactar uno o varios contratos tipo para adecuarlos a sus transacciones más comunes. El contenido contractual es similar en todos los casos y aparece constituido por las llamadas “condiciones generales de la contratación”. El consumidor (o empresario más débil) lo único que puede hacer es aceptar el contrato (adherirse) o rechazarlo, pues se trata de un contrato con cláusulas predispuestas. Por esa razón se afirma que el contrato es de adhesión. Esta uniformidad en la contratación implica destacadas ventajas para el empresario, pues supone el ahorro de costes de negociación y redacción del contrato, pero supone claras

desventajas para el adherente que carece de capacidad de negociación, encontrándose en una situación de evidente inferioridad. Frecuentemente, el contrato se integra con condiciones generales, pero se negocia alguna cláusula particular (p. ej., contrato de seguro) y, también es posible que el contrato se integre por condiciones particulares, pensadas para un concreto adherente, en el que tampoco quepa la negociación (hay imposición del contenido contractual), en cuyo caso, seguiremos en presencia de un contrato impuesto, aunque no esté integrado por condiciones generales de la contratación.

Cuando comienza la contratación a base de condiciones generales de la contratación, se plantea el problema del consentimiento del adherente al contrato predispuesto, en tanto que su libertad se limita a contratar o a no hacerlo. En la contratación tradicional, el fundamento de la obligatoriedad del contrato es el consentimiento prestado por las partes y, el mismo, parece muy limitado en los contratos de adhesión, pues el adherente (en muchas ocasiones consumidor) no puede influir en el contenido contractual. Actualmente, la doctrina no plantea obstáculo a la obligatoriedad del contrato siempre que la relación contractual resulte equilibrada para las partes, es decir, cuando las cláusulas contractuales sean claras y no tengan carácter abusivo, de modo que no se haya favorecido la posición contractual del predisponente frente a la del adherente.

En la contratación actual son numerosos los casos de contratos predispuestos a base de condiciones generales (servicios bancarios y financieros, seguros, servicios básicos como la electricidad o la telefonía) que, en ocasiones, ni siquiera se documentan por escrito, dada la escasa trascendencia de las prestaciones (transporte público, parking, alojamiento en hotel, tintorería, cine, al supermercado, etc.) si bien interviene un ticket o resguardo justificativo de la contratación (art. 63 TRLCU).

El ordenamiento jurídico reacciona ante estos contratos de adhesión para intentar corregir los desequilibrios y amparar al adherente/consumidor y, a pesar de la relevante normativa sobre el asunto, es constante la resolución de conflictos antes los tribunales nacionales, siempre pendientes de las pautas marcadas por el TJUE.

2. EL MARCO LEGAL EN LA CONTRATACIÓN CON CONDICIONES GENERALES Y CON CLÁUSULAS ABUSIVAS

El art. 10 de la LGDCU/1984 (modificado en diversas ocasiones) contenía ya en su redacción original algunas reglas genéricas para la protección del consumidor, en la contratación predispuesta, aplicable a las condiciones, cláusulas o estipulaciones

aplicables con carácter general a la promoción, oferta o venta de bienes o servicios (concreción, claridad, sencillez, buena fe y justo equilibrio de las prestaciones etc.) y ordenaba la nulidad de pleno derecho de las condiciones, cláusulas y estipulaciones no ajustadas a tales requisitos.

Definía las cláusulas, condiciones o estipulaciones de carácter general: *“las redactadas, previa y unilateralmente, por una empresa o grupo de empresas para aplicarlas a todos los contratos que aquélla o éste celebren, y cuya aplicación no puede evitar el consumidor o usuario, siempre que quiera obtener el bien o servicio de que se trate”*.

Además, establecía un listado de cláusulas que podían considerarse abusivas, definiendo como tales las que *“perjudiquen de manera desproporcionada o no equitativa al consumidor, o comporten en el contrato una posición de desequilibrio entre los derechos y las obligaciones de las partes en perjuicio de los consumidores o usuarios”* (art. 10.1. 3º LGDCU/1984). En suma, la LGDCU/1984 hacía un tratamiento conjunto de las condiciones generales de la contratación y de las cláusulas abusivas.

La Directiva 1993/13/CEE, de 5 de abril, sobre cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores, estableció una regulación más amplia sobre el asunto y con mejor técnica jurídica. Se trata de una Directiva de mínimos, de manera que los Estados miembros pueden elevar el nivel de protección del consumidor en el Derecho interno (nunca reducirlo). Además, es una Directiva horizontal, es decir, influye en todos los contratos, independientemente de la materia o sector a los que afecten.

La Directiva no se refiere especialmente a los contratos celebrados con condiciones generales, sino que pone el foco de atención en las cláusulas contractuales no negociadas individualmente, independientemente de si se trata de condiciones generales o particulares.

Según el art. 3 de la Directiva 1993/13:

“1. Las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato.

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

Obviamente, el supuesto principal de cláusula no negociada individualmente será el del contrato celebrado con condiciones generales (parece que es a lo que se refiere el art. 3.2 de la Directiva), pero no será el único, pues cabe diseñar un contrato perjudicial para un consumidor en concreto.

El legislador español articuló un escenario normativo complejo, al tiempo de incorporar la Directiva sobre cláusulas abusivas. Por un lado, promulgó la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación (LCGC), aplicable a los contratos celebrados entre un empresario y un adherente (profesional o consumidor). Por otro lado, la Disposición Adicional primera LCGC incorporó el contenido de la Directiva sobre cláusulas abusivas en la LGDCU/1984, que posteriormente, se incorporó al TRLCU (arts. 80-91 TRLCU).

i) En los contratos con condiciones generales si el adherente es un empresario se aplica la LCGC y, en lo no contemplado por la misma, el Código civil.

ii) En los contratos con condiciones generales, si el adherente es un consumidor, se aplican, tanto la LCGC, como el TRLCU. Este último recoge las normas específicas que protegen al consumidor frente a las cláusulas abusivas, sean o no condiciones generales de la contratación.

iii) Si el contrato celebrado con un consumidor contiene condiciones particulares (no negociadas), se aplica el TRLCU y, cuando corresponda, las reglas generales del Código Civil.

3. RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN EN LA LEY 7/1998, DE 13 DE ABRIL: CONTROL DE INCLUSIÓN O INCORPORACIÓN.

A) Ámbito de aplicación

a) Ámbito de aplicación subjetivo

Se aplica a los contratos (con CGC) celebrados entre un empresario (predisponente) y cualquier adherente, sea éste una persona física o jurídica, un consumidor o un empresario. Ahora bien, cuando el adherente sea un consumidor, será aplicable el TRLCU que recoge el control de contenido del contrato cuando haya cláusulas abusivas. La regulación sobre cláusulas abusivas exige que haya una cláusula no negociada que puede ser, tanto una condición general, como una condición particular.

Art. 2 LCGC:

“1. La presente Ley será de aplicación a los contratos que contengan condiciones generales celebrados entre un profesional -predisponente- y cualquier persona física o jurídica -adherente.

2. A los efectos de esta Ley se entiende por profesional a toda persona física o jurídica que actúe dentro del marco de su actividad profesional o empresarial, ya sea pública o privada.

3. El adherente podrá ser también un profesional, sin necesidad de que actúe en el marco de su actividad”.

b) **Ámbito de aplicación objetivo**

i) La definición de CGC se contempla en el art. 1.1 LCGC: *“...las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualquiera otra circunstancia, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos”*.

Por tanto, son presupuestos de las CGC:

a) **Predisposición**: cláusulas redactadas por una de las partes o por encargo suyo.

b) **Imposición**: imposibilidad de negociar el contenido contractual

c) **Generalidad**: redacción de la cláusula con la finalidad de ser incorporada a una pluralidad de contratos

ii) En muchas ocasiones, como ya hemos advertido, se negocian individualmente los elementos esenciales de un contrato, pero las cláusulas negociadas coexisten con las predispuestas. El resto del contrato queda sometido a la LCGC *“si la apreciación global del contrato lleva a la conclusión de que se trata de un verdadero contrato de adhesión”* (art. 1.2 LCGC).

iii) En cualquier caso, cuando exista contradicción entre las condiciones generales y las condiciones particulares (las negociadas) expresamente previstas para un contrato *“prevalecerán éstas sobre aquéllas salvo que las condiciones generales resulten más beneficiosas para el adherente que las condiciones particulares”* (art. 6.1 LCGC).

iv) El art. 4 LCGC excluye una serie de contratos del ámbito objetivo de aplicación de la LCGC.

Art. 4 LCGC:

“La presente Ley no se aplicará a los contratos administrativos, a los contratos de trabajo, a los de constitución de sociedades, a los que regulan relaciones familiares y a los contratos sucesorios.

Tampoco será de aplicación esta Ley a las condiciones generales que reflejen las disposiciones o los principios de los Convenios internacionales en que el Reino de España sea parte, ni las que vengán reguladas específicamente por una disposición legal o administrativa de carácter general y que sean de aplicación obligatoria para los contratantes”.

c) **Ámbito de aplicación territorial**

La LCGC se aplicará a los contratos sometidos a la legislación española.

También se aplica a los contratos sometidos a legislación extranjera si el adherente ha emitido su declaración negocial en territorio español y tiene su residencia habitual en España (art. 3 LCGC).

B) Requisitos de incorporación de las condiciones generales de la contratación

La LCGC contiene un control de inclusión o incorporación (arts. 5 y 7 LCGC; cfr. art. 80.1 TRLCU). Es un control primario que no entra en el fondo o contenido de las cláusulas. Se trata de establecer un filtro previo para garantizar que el adherente tenga un conocimiento efectivo de condiciones generales de la contratación que van a regir su relación contractual, es decir, que se da el consentimiento necesario para fundamentar la obligatoriedad del contrato. El filtro aparece constituido por los llamados “requisitos de inclusión o de incorporación”, identificables con una serie de exigencias formales, necesarias para que las condiciones generales de la contratación pasen a formar parte del contrato. veremos a continuación tales requisitos:

a) Cognoscibilidad y aceptación de las condiciones generales de la contratación

Lo importante realmente es que el adherente pueda aceptar las condiciones generales y, para ello, es necesario que haya podido tener conocimiento de las mismas, pues ese conocimiento es necesario para una correcta expresión del consentimiento.

i) Tratándose de contratos que se formalizan por escrito (por imperativo legal o por voluntad de las partes), esa aceptación se manifiesta con la firma del contrato en el que debe hacerse referencia a las condiciones incorporadas en un lugar que no pase desapercibido para el consumidor. Para que el adherente debe tener la oportunidad de conocer de manera completa las condiciones al tiempo de la celebración del contrato, el predisponente debe informar al adherente de su existencia y facilitarle antes de la celebración del contrato un ejemplar de las condiciones, si no figuran en el mismo contrato. En este caso (no figuran en el contrato), el consumidor debe firmar, tanto el contrato, como el ejemplar con las condiciones (art. 63.1 TRLCU).

Art. 5.1 LCGC:

“Las condiciones generales pasarán a formar parte del contrato cuando se acepte por el adherente su incorporación al mismo y sea firmado por todos los contratantes. Todo contrato deberá hacer referencia a las condiciones generales incorporadas.

No podrá entenderse que ha habido aceptación de la incorporación de las condiciones generales al contrato cuando el predisponente no haya informado expresamente al adherente acerca de su existencia y no le haya facilitado un ejemplar de las mismas”.

ii) Cuando el contrato no se formaliza por escrito, y el empresario se limita a entregar al consumidor un resguardo justificativo de la contraprestación (metro, autobús,

espectáculos públicos, etc.), de acuerdo con la menor trascendencia económica del contrato, será suficiente que el predisponente anuncie las condiciones generales en un lugar visible dentro de aquél en que celebra el negocio, que las inserte en la documentación del contrato que acompaña su celebración o que, de cualquier otra forma, garantice al adherente al posibilidad efectiva de conocer su existencia y contenido en el momento de la celebración (no hay obligación de entregar las condiciones).

Art. 5.3 LCGC:

“Cuando el contrato no deba formalizarse por escrito y el predisponente entregue un resguardo justificativo de la contraprestación recibida, bastará con que el predisponente anuncie las condiciones generales en un lugar visible dentro del lugar en el que se celebra el negocio, que las inserte en la documentación del contrato que acompaña su celebración; o que, de cualquier otra forma, garantice al adherente una posibilidad efectiva de conocer su existencia y contenido en el momento de la celebración”.

b) Redacción de las condiciones generales de la contratación

Conforme al art. 5.5 LCGC: *“La redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez (...)”.* Esto implica que un ciudadano medio debe ser capaz de entender su contenido. En realidad, estas exigencias de “comprensibilidad” constituyen garantía del efectivo conocimiento por el adherente del contenido de las condiciones generales.

La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 10 de mayo de 2001, en el litigio iniciado por la Comisión Europea solicitando se verifique si la regulación contenida en el Código civil holandés -limitándose a establecer una obligación del predisponente de posibilitar al adherente conocer el contenido de las condiciones generales- alcanza el resultado perseguido por el art. 5 de la Directiva 93/13, considera que no es suficiente para dar cumplida transposición al deber de redacción clara y comprensible. El TSJUE otorga relevancia al deber de transparencia que no se agota en dar la posibilidad de conocer el contenido de las condiciones generales. Exige una **redacción de las cláusulas visualmente perceptible y materialmente comprensible**, como presupuestos que persiguen el objetivo de hacer notorio al cliente las cláusulas y, con ello, que disponga de las informaciones necesarias para conocer las ventajas y desventajas del contrato y poder decidir con pleno conocimiento de causa.

Cuando el adherente es un consumidor, entran en juego los requisitos de incorporación de las cláusulas no negociadas individualmente contemplados en el TRLCU, aunque algunos son coincidentes. Así, por un lado, se encuentran los requisitos del art. 80.1.a) TRLCU: *“Concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa, sin reenvíos a textos o documentos que no se faciliten previa o simultáneamente a la conclusión del contrato, y a los que, en todo caso, deberá hacerse referencia expresa en el documento contractual”.* El tipo de lenguaje utilizado por el

predisponente debe apartarse, en cuanto sea posible, del uso innecesario de términos o expresiones de carácter técnico o que requieran para su entendimiento de determinados conocimientos específicos sobre la materia en absoluto exigibles a un consumidor medio. La exigencia de claridad en la redacción se refiere tanto a la presentación de todo el contrato como al lenguaje e idioma empleado.

La STS de 13 de noviembre de 1998 se refiere a un contrato de compraventa de libros y vídeos, en el que debajo del texto normal impreso, aparece relleno a mano en letra diminuta dos líneas y media de texto jurídico dentro del cual se halla la frase “me someto para el ejercicio de tales derechos a los Tribunales de Barcelona con renuncia expresa de mis propios fueros”. El Tribunal Supremo recuerda que la LGDCU exige, “entre otras cosas, que **el texto sea legible y comprensible**, es decir, que no esté en letra tan pequeña que sea difícil darse cuenta y que se entienda por persona de tipo medio. Lo cual no ocurre en el presente caso, en que la letra es tan diminuta y el texto tan breve, que el comprador difícilmente puede leerlo y comprenderlo. (¿A qué “derechos” se refiere? ¿A qué “fueros” renuncia?)”.

Por otro lado, destacan los requisitos de accesibilidad o legibilidad del art. 80.1.b) TRLCU: *“Accesibilidad y legibilidad, de forma que permita al consumidor y usuario el conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido. En ningún caso se entenderá cumplido este requisito si el tamaño de la letra del contrato fuese inferior a los 2.5 milímetros, el espacio entre líneas fuese inferior a los 1.15 milímetros o el insuficiente contraste con el fondo hiciese dificultosa la lectura”* (redacción que entró en vigor el 1 de junio de 2022).

Téngase en cuenta que la redacción actual del art. 80.1.b) TRLCU es consecuencia de la modificación incorporada por la Ley 4/2022, de 25 de febrero. Hasta entonces, el tamaño mínimo exigido era de milímetro y medio.

Con estos requisitos (accesibilidad, legibilidad) se impide la incorporación al contrato de cláusulas de tamaño minúsculo, o que se presentan con unos caracteres tipográficos que por su color o configuración no facilita la lectura, o que aparecen en lugares secundarios dentro del documento contractual, o que no fueron resaltadas cuando era necesario.

Así, por ejemplo, la STS 5 de julio de 1997 tiene en cuenta la redacción “en un diminuto tipo de letra, el más pequeño de todo el documento”, lo cual impide el cumplimiento de la Ley, esto es, “que el texto sea legible y comprensible, es decir, que no esté en letra tan pequeña que sea difícil darse cuenta y que se entienda por persona de tipo medio”, lo que ocurre cuando “la letra es tan diminuta y el texto tan breve, que la compradora difícilmente puede leerlo y comprenderlo”. La STS 20 de febrero de 1998 declara abusiva una cláusula de sumisión expresa, entre otras razones, por aparecer en un inciso en letra muy pequeña, y porque “a efectos de mayor inadvertencia del inciso que se comenta éste se sitúa dentro del párrafo “condiciones” y viene precedido de una letra negra

más visible, aunque, también diminuta, que provoca la desviación de la vista hacia ella”. En algunas ocasiones también se ha resaltado que la cláusula anulada aparecía en el reverso del documento y con caracteres más pequeños que las principales del contrato.

C) Consecuencias del incumplimiento de los requisitos de incorporación

Las condiciones que no superen los requisitos de incorporación señalados pueden ser declaradas “no incorporadas al contrato” (art. 7 LCGC).

Art. 7 LCGC:

“No quedarán incorporadas al contrato las siguientes condiciones generales:

a) Las que el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato o cuando no hayan sido firmadas, cuando sea necesario, en los términos resultantes del artículo 5.

b) Las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles, salvo, en cuanto a estas últimas, que hubieren sido expresamente aceptadas por escrito por el adherente y se ajusten a la normativa específica que discipline en su ámbito la necesaria transparencia de las cláusulas contenidas en el contrato”.

Por otro lado, se considera nula la condición que contradiga lo dispuesto en la Ley o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva, salvo que establezca un efecto distinto para el caso de contravención (art. 8 LCGC). Esta última previsión es reiteración de las normas generales (art. 6.3 CC) y puede inducir a confusión al incorporar otra consecuencia (“nulidad”). No queda claro si la no incorporación es una acción diversa a la de nulidad (es probable que el precepto quiera referirse cuando habla de nulidad a la posibilidad de declarar nulas las cláusulas abusivas, cuando intervenga un consumidor, a la que claramente se refiere más tarde (art. 8.2 LCGC).

En cualquier caso, La distinción (no incorporación/nulidad) no tiene demasiada importancia ya que el régimen aplicable a ambas posibilidades es similar (arts. 9 y 10 LCGC).

i) Conforme al art. 9.1 LCGC: *“La declaración judicial de no incorporación al contrato o de nulidad de las cláusulas de condiciones generales podrá ser instada por el adherente de acuerdo con las reglas generales reguladoras de la nulidad contractual”.* Por tanto, es el adherente el único que puede invocar la no incorporación o la nulidad. Se excepciona así la regla del Derecho común de contratos conforma a la cual, en caso de nulidad absoluta, puede plantear la acción cualquier interesado (la regla de legitimación que se contempla es la propia de la anulabilidad: solo puede ejercer la acción la parte protegida por la invalidez).

ii) La declaración judicial de no incorporación o de nulidad no afecta como regla a la validez y eficacia del contrato en su conjunto si éste puede subsistir sin la cláusula, extremo sobre el que deberá pronunciarse la sentencia (art. 10.1 LCGC).

iii) Ahora bien, si la no incorporación o la nulidad de una cláusula afecta a los elementos esenciales del contrato, se producirá siempre la nulidad del mismo en su totalidad (art. 9.2 LCGC).

Art. 9.2 LCGC:

“La sentencia estimatoria, obtenida en un proceso incoado mediante el ejercicio de la acción individual de nulidad o de declaración de no incorporación, decretará la nulidad o no incorporación al contrato de las cláusulas generales afectadas y aclarará la eficacia del contrato de acuerdo con el artículo 10, o declarará la nulidad del propio contrato cuando la nulidad de aquellas o su no incorporación afectara a uno de los elementos esenciales del mismo en los términos del artículo 1261 del Código Civil”.

iv) En el caso de que el contrato sea válido y eficaz la parte afectada por la declaración de no incorporación o de nulidad se integra conforme a las reglas generales del art. 1.258 CC (art. 10.2 LCGC).

D) Control de contenido cuando el adherente es un consumidor

La LCGC se limita a regular los requisitos de incorporación, garantizando que el adherente ha tenido conocimiento de las mismas. Sin embargo, cuando el adherente es un consumidor, será posible realizar un control de contenido para expulsar del contrato las cláusulas abusivas. El art. 8.2 LCGC se remite al TRLCU para cuando se dé el presupuesto apuntado (adherente consumidor).

E) Interpretación de las condiciones generales de la contratación

El art. 6 LCGC proporciona algunas reglas de interpretación:

i) A la primera regla, ya nos hemos referido (prevalece la condición más beneficiosa): en caso de contradicción, prevalecen las condiciones particulares sobre las generales, salvo que las generales resulten más beneficiosas para el consumidor (art. 6.1 TRLCU).

ii) En segundo término, se establece que las dudas en la interpretación de las condiciones generales oscuras se resolverán a favor del adherente (art. 6.2 LCGC). Se contempla aquí la regla *contra proferentem* (o *contra stipulatorem*) que se justifica porque la oscuridad o ambigüedad de una cláusula es imputable a quien la redacta. Conforme al art. 1288 CC las cláusulas oscuras de un contrato debe interpretarse en contra de quien haya producido tal oscuridad. En el ámbito que nos ocupa el legislador formula en positivo la regla en favor del adherente (la regla se repite para el consumidor en el art. 80.2 TRLCU). Ahora bien, en los contratos celebrados con consumidores esta

regla solo será aplicable cuando se ejerciten acciones individuales (arts. 6.2 LCGC y 80.2 TRLCU).

Esta limitación (acciones individuales) se introdujo a raíz de la STJUE 9.9.2004 en la que se condenó al Estado español por no haber adaptado correctamente el Derecho interno al art. 5 de la Directiva sobre cláusulas abusivas que excluye la regla de interpretación más favorable al consumidor en el marco de las acciones de cesación (“procedimiento de control abstracto”). Según el TJUE si se permitiera alegar la regla de interpretación el empresario podría eludir por esa vía las consecuencias de las acciones.

La posibilidad de interpretar las cláusulas oscuras puede resultar aparentemente contradictoria con el requisito de la claridad en la redacción que determina la no incorporación (arts. 7.b) LCGC y 80.1.a) TRLCU). Para resolver la antinomia, explica la doctrina que la no inclusión debe ser reservada para los casos más graves de falta de claridad (cláusulas incomprensibles), mientras que la labor de interpretación se aplica a supuestos de mera ambigüedad.

Puede apuntarse que los requisitos de inclusión atienden básicamente a la forma en que están redactadas las cláusulas, mientras que las reglas de interpretación miran más al contenido o significado jurídico. El problema de interpretación se plantea con mucha frecuencia en los contratos de seguro, en los que no siempre es fácil determinar si el siniestro o supuesto de hecho encaja dentro del riesgo asegurado tal como aparece descrito en la póliza.

iii) Finalmente, se prevé la aplicación supletoria de las normas de interpretación de los contratos (art. 6.3 LCGC).

F) Información sobre las condiciones generales de la contratación

Bajo el epígrafe “información sobre las condiciones generales de la contratación”, regula el art. 23 LCGC la intervención de Notarios y Registradores de la Propiedad y Mercantiles en beneficio de los adherentes.

i) Los Notarios y Registradores de la Propiedad y Mercantiles advertirán en el ámbito de sus respectivas competencias de la aplicabilidad de la LCGC, tanto en sus aspectos generales como en cada caso concreto sometido a su intervención (art. 23.1 LCGC). Además, los Notarios velarán por el cumplimiento de los requisitos de incorporación y advertirán de la obligatoriedad de la inscripción de las condiciones generales en los casos legalmente establecidos (art. 23.2 LCGC). En todo caso, el Notario hará constar en el contrato el carácter de condiciones generales de las cláusulas que tengan esta naturaleza y que figuren previamente inscritas en el Registro de Condiciones Generales de la

Contratación, o la manifestación en contrario de los contratantes (art. 23.3 LCGC).

ii) cabe destacar, igualmente, que conforme al art. 5.2 LCGC, los adherentes pueden exigir al Notario autorizante que no transcriba las condiciones generales de la contratación en las escrituras, y que deje constancia de las mismas en la matriz, incorporándolas como anexo. En este caso el Notario comprobará que los adherentes tienen conocimiento íntegro de su contenido y que las aceptan.

iii) Tratándose de cláusulas no negociadas con consumidores, entran en juego otras previsiones de interés. Así, según el art. 84 TRLCU, Los Notarios y los Registradores de la Propiedad y Mercantiles no autorizarán ni inscribirán aquellos contratos o negocios en los que se pretenda la inclusión de cláusulas declaradas nulas por abusivas en sentencia inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación (cfr. art. 128.2 LH).

iv) Conforme al art. 81.2 TRLCU, Los Notarios y los Registradores de la Propiedad y Mercantiles, en el ejercicio profesional de sus respectivas funciones públicas, informarán a los consumidores y usuarios en los asuntos propios de su especialidad y competencia.

v) Según el art. 81.1 TRLCU, las empresas que celebren contratos con los consumidores y usuarios, a solicitud de la Dirección General de consumo, de los órganos o entidades correspondientes de las Comunidades Autónomas y de las Corporaciones locales competentes en materia de defensa de los consumidores y usuarios, estarán obligadas a remitir las condiciones generales de contratación que integren dichos contratos, en el plazo máximo de un mes desde la recepción de la solicitud, al objeto de facilitar el estudio y valoración del posible carácter abusivo de determinadas cláusulas y, en su caso, ejercitar las competencias que en materia de control y sanción les atribuye esta ley.

vi) Finalmente, las cláusulas, condiciones o estipulaciones que utilicen las empresas públicas o concesionarias de servicios públicos, estarán sometidas a la aprobación y control de las Administraciones públicas competentes, cuando así se disponga como requisito de validez (art. 81.3 TRLCU).

G) El Registro de las Condiciones Generales de la Contratación

El art. 11 LCGC creó el Registro de Condiciones Generales de la Contratación que constituye una Sección del Registro de Bienes Muebles. La LCGC ha sido desarrollada en este aspecto por el RD 1828/1999, de 3 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento del Registro de Condiciones Generales de la Contratación.

i) En el Registro de Condiciones Generales de la Contratación pueden inscribirse las cláusulas contractuales que tengan el carácter de condiciones generales de la contratación, a cuyo efecto se presentarán para su depósito, por duplicado, los ejemplares, tipo o modelos en que se contengan, a instancia de cualquier interesado. Los formularios de los préstamos y créditos hipotecarios comprendidos en el ámbito de aplicación de la Ley 5/2019, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, deben depositarse obligatoriamente antes de comenzar la comercialización

(art. 11.2 LCGC).

Es de interés en este tema la IDGRN de 20 de diciembre de 2019, sobre la actuación notarial y registral ante diversas dudas en la aplicación de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario.

El Gobierno, a propuesta conjunta del Ministerio de Justicia y del Departamento ministerial correspondiente, puede imponer la inscripción obligatoria en determinados sectores específicos de la contratación.

ii) Se anotarán preventivamente las demandas de nulidad o de declaración de no incorporación de cláusulas generales, así como las acciones colectivas de cesación, de retractación y declarativa, así como las resoluciones judiciales que acuerden la suspensión cautelar de la eficacia de una condición general (art. 11.3 LCGC).

iii) Serán objeto de inscripción las sentencias firmes estimatorias de cualquiera de las acciones antes indicadas. Obligatoriamente se remitirán al Registro de Condiciones Generales, por el Letrado de la Administración de Justicia, las sentencias firmes dictadas en acciones colectivas o individuales por las que se declare la nulidad, cesación o retractación en la utilización de condiciones generales abusivas (arts. 11.4 y 22 LCGC; art. 521 LEC).

H) Las acciones de defensa frente a las condiciones generales de la contratación

La experiencia demuestra que, aunque los derechos del consumidor sean amplios y estén claramente establecidos, habitualmente las cláusulas contractuales no son impugnadas por aquél, salvo que el asunto tenga cierta trascendencia económica (p. ej., cuando de la aplicación o no de una cláusula dependa el cobro de la indemnización de un contrato de seguro).

Por esa razón desde la Unión Europea se ha forzado a los Estados a establecer formas de tutela de carácter general-preventivo (son posibles vías administrativas y judiciales). Es importante el control de las condiciones generales con carácter general y previo a su

integración en los contratos. Se habla entonces de un “control abstracto o general” porque lo que se somete a control no es un concreto contrato ya perfeccionado, sino el acto de predisposición en sí (las condiciones generales utilizadas por un profesional o empresario).

Para la defensa del adherente o consumidor el legislador opta, principalmente, por la vía judicial como mecanismo de control de las cláusulas generales, por ser el que ofrece mayores garantías.

Desde luego, el adherente o consumidor puede interponer acciones individuales para solicitar que se declare judicialmente la no incorporación o la nulidad de algunas cláusulas, y la sentencia estimatoria afectará solamente a su contrato. Pero, frente a las acciones individuales, adquieren gran importancia las acciones colectivas (o de representación) dirigidas a proteger los intereses colectivos o difusos de los consumidores, reguladas en el art. 12 LCGC.

i) Contra la utilización o la recomendación de utilización de condiciones generales contrarias a la ley, pueden interponerse acciones de cesación y retractación. La acción de cesación se dirige a obtener una sentencia que condene al demandado a eliminar de sus condiciones generales las que se reputen nulas y a abstenerse de utilizarlas en lo sucesivo, determinando o aclarando, cuando sea necesario, el contenido del contrato que ha de considerarse válido y eficaz.

A la acción de cesación podrá acumularse, como accesoria, la de devolución de cantidades que se hubiesen cobrado en virtud de las condiciones a que afecte la sentencia y la de indemnización de daños y perjuicios que hubiere causado la aplicación de dichas condiciones.

ii) La acción de retractación tiene por objeto obtener una sentencia que declare e imponga al demandado, sea o no el predisponente, el deber de retractarse de la recomendación que haya efectuado de utilizar las cláusulas de condiciones generales que se consideren nulas y de abstenerse de seguir recomendándolas en el futuro.

iii) También se contempla la acción declarativa, dirigida a obtener una sentencia que reconozca una cláusula como condición general de la contratación y ordene su inscripción, cuando ésta proceda.

iv) Las acciones colectivas solo pueden ser ejercitadas por una serie de entidades reconocidas, como las asociaciones de empresarios o consumidores, los colegios profesionales, el Ministerio Fiscal etc. (arts. 16 LCGC; 11, 15, 221 y 519 LEC).

v) La acción declarativa siempre es imprescriptible. Las acciones colectivas de cesación y retractación son, con carácter general, imprescriptibles. Ahora bien, si las condiciones generales se han depositado en el Registro, prescribirán a los cinco años, computados a partir del día del depósito, siempre que las condiciones se hayan utilizado. En cualquier caso, las acciones de cesación y retractación podrán ser ejercitadas durante los cinco años siguientes a la declaración judicial firme de nulidad o no incorporación que pueda dictarse con posterioridad como consecuencia de la acción individual (arts. 19 LCGC y 56 TRLCU).

vi) La acción más importante es la de cesación que produce efectos solo frente al profesional demandado (no frente a otros que empleen cláusulas similares). La importancia de la acción radica en que permite combatir los efectos perjudiciales de las cláusulas antes de que se produzcan. En realidad, la acción de cesación procede ante la vulneración de muy diversas normas de protección del consumidor. Por esa razón, aparece también regulada en el art. 53 TRLCU (cfr. art. 54 TRLCU).

Art. 53 TRLCU:

“La acción de cesación se dirige a obtener una sentencia que condene al demandado a cesar en la conducta y a prohibir su reiteración futura. Asimismo, la acción podrá ejercerse para prohibir la realización de una conducta cuando esta haya finalizado al tiempo de ejercitar la acción, si existen indicios suficientes que hagan temer su reiteración de modo inmediato.

A efectos de lo dispuesto en este capítulo, también se considera conducta contraria a esta norma en materia de cláusulas abusivas la recomendación de utilización de cláusulas abusivas.

A cualquier acción de cesación podrá acumularse siempre que se solicite la de nulidad y anulabilidad, la de incumplimiento de obligaciones, la de resolución o rescisión contractual y la de restitución de cantidades que se hubiesen cobrado en virtud de la realización de las conductas o estipulaciones o condiciones generales declaradas abusivas o no transparentes, así como la de indemnización de daños y perjuicios que hubiere causado la aplicación de tales cláusulas o prácticas. De dicha acción acumulada accesoria conocerá el mismo juzgado encargado de la acción principal, la de cesación por la vía prevista en la ley procesal”.

vii) La STS 8.6.2017 (cláusula suelo) aborda la cuestión de los efectos que debe tener la sentencia estimatoria firme de una acción colectiva en un posterior litigio en que un consumidor ejercita una acción individual sobre nulidad, por falta de transparencia, de la misma cláusula suelo. Se declara que la sentencia que estimó la acción colectiva debe traer como consecuencia que en aquellos litigios pendientes en los que se ejercita una acción individual respecto de esta cláusula suelo, la regla general sea que el juez aprecie el carácter abusivo de la cláusula por las razones expresadas en aquella sentencia, salvo cuando consten en el litigio circunstancias excepcionales, referidas al perfil del cliente o a la información suministrada por el banco predisponente en ese caso concreto, que se aparten significativamente de lo que puede considerarse el estándar medio y justifiquen un fallo diferente.

viii) Como dijimos en otro lugar, se encuentra pendiente de transposición la Directiva 2020/1828, relativa a las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores, y por la que se deroga la Directiva 2009/22 sobre el

mismo asunto (Anteproyecto de Ley de acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores).

La Directiva no aporta novedades en los que se refiere al ejercicio de las acciones colectivas de cesación, más allá de ofrecer a los Estados miembros la posibilidad de introducir en su regulación procesal, como requisito de procedibilidad, la obligación de la entidad legalmente habilitada de consultar previamente al empresario frente a su incumplimiento. Las novedades relevantes se refieren a las acciones colectivas de naturaleza resarcitoria (cfr. art. 11.2 y 3 LEC). Además, regula las acciones colectivas transfronterizas, mediante las que las asociaciones de consumidores pueden interponer una acción colectiva ante los juzgados de otro Estado miembro (cfr. art. 55 TRLCU).

4. RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS EN EL TRLCU: CONTROL DE INCORPORACIÓN, CONTROL DE CONTENIDO Y CONTROL DE TRANSPARENCIA

A) Ámbito de aplicación

El TRLCU establece un régimen de protección específico para los supuestos en que el adherente es un consumidor (arts. 80-91 TRLGCU), incluidos los contratos que promuevan las Administraciones públicas y las entidades y empresas de ellas dependientes (art. 80.1 TRLCU). Se trata de un régimen pensado para las cláusulas no negociadas individualmente, es decir, predispuestas e impuestas. Puede que no se trate de una condición general aplicable a una pluralidad de contratos, aunque suele ser así, en cuyo caso será de también de aplicación la LCGC.

B) Control de incorporación de las cláusulas no negociadas en la contratación con consumidores

Como ya hemos dicho, contempla el TRLCU requisitos de incorporación de las cláusulas no negociadas individualmente, en alguna medida coincidentes con los previstos en la LCGC (art. 80.1.a) y b) TRLCU) Aunque guarda silencio sobre las consecuencias de la vulneración de los mismos, se aplican analógicamente las normas de la LCGC.

C) Control de contenido de las cláusulas abusivas

a) Concepto de cláusula abusiva

A diferencia de la LCGC que solo incorpora un control de incorporación, el TRLC articula un sistema de control del contenido del contrato que permite expulsar del mismo las cláusulas abusivas. El punto de partida de dicho sistema se encuentra en el art. 80.1.c) TRLCU que, al referirse a los requisitos de las cláusulas no negociadas individualmente,

se refiere a la *“buena fe y justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, lo que en todo caso excluye la utilización de cláusulas abusivas”*.

El concepto de cláusula abusiva se recoge en el art. 82.1 TRLCU:

“Se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato”.

La noción de “cláusula abusiva” comprende las siguientes notas:

i) Para que pueda apreciarse la existencia de una cláusula abusiva es necesario que se trate de un contrato celebrado entre un empresario y un consumidor (arts. 2 y 59.1 TRLCU).

ii) Ha de tratarse de “estipulaciones no negociadas individualmente” (debe valorarse si ha existido negociación atendiendo a la fase de preparación del contrato). Ha de tenerse en cuenta que la negociación individual de ciertos elementos de una cláusula o de una cláusula aislada no excluye la aplicación de las normas sobre cláusulas abusivas al resto del contrato. Además, el empresario que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente asume la carga de la prueba de esa circunstancia (art. 82.2 TRLCU).

Art. 82.2 TRLCU:

“El hecho de que ciertos elementos de una cláusula, o que una cláusula aislada, se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación de las normas sobre cláusulas abusivas al resto del contrato.

El empresario que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente, asumirá la carga de la prueba”.

iii) El carácter abusivo puede predicarse, tanto de las cláusulas, como las prácticas no consentidas expresamente (por ejemplo, entorpecer la resolución del contrato cuando el consumidor tuviere derecho a ello).

iv) La cláusula debe ser contraria a la buena fe en sentido objetivo, como un modelo de conducta contractual leal y honesta, en función del tipo de contrato.

Cabe destacar que el empleo de conceptos abiertos como la “buena fe” permite un margen flexible para la apreciación judicial del carácter abusivo de una cláusula. Sin embargo, se produce el inconveniente de que no proporciona pautas fijas al juez y se proporcionan soluciones dispares en la jurisprudencia para casos similares. En todo caso, suele insistirse en que no cumplirán las exigencias impuestas por la buena fe aquellas cláusulas que excedan de lo “razonable”, lo “tolerable”, en el sentido de lo asumible en condiciones normales. Lo “razonable” o lo “normal” hay que buscarlo en el modelo que resulta del Derecho dispositivo, en la ley si es un contrato típico, o

en los usos del tráfico si es atípico. Por ejemplo, para determinar si es abusiva la cláusula que establece que la empresa que gestiona un parking no responde por los robos u otros daños que sufran los vehículos estacionados, el Tribunal Supremo calificó el contrato como depósito para afirmar que la responsabilidad era la propia del depositario (posteriormente, se reguló el asunto en la Ley 40/2002, de 14 de noviembre, reguladora del contrato de aparcamiento de vehículos que delimitó detalladamente las responsabilidades).

v) La cláusula debe causar, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato. La doctrina suele considerar que se trata fundamentalmente de un desequilibrio jurídico.

vi) La valoración del carácter abusivo de una cláusula no debe efectuarse analizándola aisladamente. Debe tenerse en cuenta todo el contenido del contrato, la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato y todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración (art. 82.3 TRCU).

Art. 82.3 TRLCU:

“El carácter abusivo de una cláusula se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato y considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que éste dependa”.

b) Sobre el control de contenido de los elementos esenciales del contrato

Mucho se ha discutido sobre si es posible el control de contenido sobre las cláusulas que se refieran a los elementos esenciales del contrato (cosa o servicio/precio), especialmente para limitar los precios injustos, pero la mayoría de la doctrina excluye tal control, pues implicaría una merma del principio de libertad y de nuestro sistema de economía de mercado.

En el mismo sentido se manifiesta el Tribunal Supremo, que tiene muy en cuenta el art. 4.2 de la Directiva 93/33/CEE sobre cláusulas abusivas en contratos con consumidores: *“La apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible”.*

Por la razón apuntada, las cláusulas sobre intereses remuneratorios o retributivos en los contratos de préstamo no se someten a control de contenido (aunque sí a la Ley de contratos usurarios), mientras que las relativas a intereses moratorios pueden ser declaradas abusivas, al no ser en este caso el interés el precio del contrato.

Parece haber quedado en el olvido un Anteproyecto de ley de 2021 por el que se modificaba el texto refundido de la ley general para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por Real decreto legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, para la concreción del alcance del control del carácter abusivo de las cláusulas (impulsado por el Ministerio de Consumo) que pretendía dar nueva redacción al art. 82.1 TRLCU para definir las cláusulas como abusivas, con independencia del elemento del contrato al que afecten. Una propuesta de esta naturaleza parece incompatible, como ya hemos dicho, con nuestro sistema de economía de mercado, pues implicaría un control de precios de carácter general.

c) Listado de cláusulas abusivas

La fórmula general del art. 82 TRLCU por sí sola ya es suficiente para llevar a cabo una ponderación del carácter abusivo de una determinada cláusula. Sin embargo, con la intención de aumentar la protección de los consumidores, se prevé un listado de cláusulas que deben ser calificadas como abusivas, sin necesidad de mayores valoraciones. El listado de cláusulas contenido en los arts. 85 y ss. TRLCU se podría considerar “lista negra”, al tratarse de cláusulas que son nulas, por abusivas, de manera automática.

Según el art. 82.4 TRLCU:

“(…) en todo caso son abusivas las cláusulas que, conforme a lo dispuesto en los artículos 85 a 90, ambos inclusive:

- a) vinculen el contrato a la voluntad del empresario,*
- b) limiten los derechos del consumidor y usuario,*
- c) determinen la falta de reciprocidad en el contrato,*
- d) impongan al consumidor y usuario garantías desproporcionadas o le impongan indebidamente la carga de la prueba,*
- e) resulten desproporcionadas en relación con el perfeccionamiento y ejecución del contrato, o*
- f) contravengan las reglas sobre competencia y derecho aplicable”.*

Sin embargo, lo cierto es que el listado comprende dos grupos de cláusulas. Por un lado, se encuentran las que, por su propia existencia, manifiestan el desequilibrio entre las partes y por ello no exigen un proceso de valoración judicial. Por otro lado, hay cláusulas en el listado que comprenden algún elemento de carácter indeterminado, que precisa de una valoración judicial.

Por ejemplo, las “Las cláusulas que reserven al empresario que contrata con el consumidor y usuario un plazo excesivamente largo o insuficientemente determinado para aceptar o rechazar una oferta contractual o satisfacer la prestación debida” (art. 85.1 TRLCU); o “Las cláusulas que supongan la imposición de una indemnización desproporcionadamente alta al consumidor que no cumpla sus obligaciones” (art. 85.6 TRLCU); o “La imposición de garantías desproporcionadas al riesgo asumido” (art. 88.1 TRLCU).

El sistema resulta eficaz, pues el listado de cláusulas prohibidas realiza un control preventivo contribuyendo a eliminar muchas cláusulas. En cualquier caso, la

enumeración legal no es cerrada, por lo que podrá someterse a valoración cualquier otra cláusula, ya que existe la cláusula general (art. 82.1 TRLCU).

d) Consecuencias derivadas del control de contenido

Las cláusulas abusivas son nulas de pleno derecho y se tienen por no puestas. El contrato sigue siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, siempre que pueda subsistir sin dichas cláusulas (art. 83 TRLCU). Hasta la modificación incorporada por la Ley 3/2014, el art. 83 TRLCU permitía al juez proceder a la integración del contrato, y se le atribuían facultades moderadoras de los derechos y obligaciones de las partes, salvo que no fuera posible subsanar la situación no equitativa de las partes. Sin embargo, esa posibilidad de integración se suprimió, siguiendo el mandato del TJUE. En consecuencia, no puede el juez libremente proceder a la integración del contrato. No obstante, esa regla (la no integración) parece haberse relajado en la práctica y se buscan diversas soluciones para buscar el equilibrio contractual. Así, por ejemplo, declarado abusivo un interés moratorio, la consecuencia que arbitra nuestro TS no es la de no pagar ningún interés, sino la de abonar el interés remuneratorio. Actualmente, el TJUE admite que, una vez declarada abusiva una cláusula, se integre el contrato con una disposición de Derecho nacional que permita restaurar el equilibrio contractual (SSTJUE 14 marzo 2019 y 2 septiembre 2021).

Art. 83 TRLCU:

“Las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas. A estos efectos, el Juez, previa audiencia de las partes, declarará la nulidad de las cláusulas abusivas incluidas en el contrato, el cual, no obstante, seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, siempre que pueda subsistir sin dichas cláusulas.

Las condiciones incorporadas de modo no transparente en los contratos en perjuicio de los consumidores serán nulas de pleno derecho”.

La acción de nulidad solo podrá interponerla el consumidor, en ningún caso el empresario (art. 9.1 LCGC).

D) Control de transparencia material de las cláusulas abusivas

Como ya hemos advertido, cuando se trata de cláusulas que se refiere al objeto o elementos principales del contrato, no cabe un control de contenido para apreciar su carácter abusivo. Sin embargo, la jurisprudencia permitió desde hace años, además del control de incorporación correspondiente, un control transparencia adicional (o cualificado) que recae sobre tales elementos, del que solo puede beneficiarse el consumidor. El mismo significa que, aun habiendo superado los requisitos de

incorporación, ciertas cláusulas pueden ser declaradas abusivas y resultar ineficaces por falta de transparencia.

En nuestro ordenamiento jurídico abrió el camino la STS de 9 de mayo de 2013, referida a la “cláusula suelo (confirmada por otras posteriores). El denominado doble control de transparencia es un control de fondo sobre la comprensibilidad real del clausulado, que se suma al control de inclusión o incorporación -que sería un control más formal sobre la claridad y legibilidad del clausulado. Este control pretende que el adherente *“conozca o pueda conocer con sencillez la carga económica que realmente supone para él el contrato celebrado”*. El trasfondo es la necesidad de que el consumidor esté correctamente informado para adoptar su decisión con pleno conocimiento de causa.

Afirma el Tribunal Supremo que “el control de transparencia supone que no pueden utilizarse cláusulas que, pese a que gramaticalmente sean comprensibles y estén redactadas en caracteres legibles, impliquen inopinadamente una alteración del objeto del contrato o del equilibrio económico sobre el precio y la prestación, que pueda pasar inadvertida al adherente medio. Es decir, que provocan una alteración, no del equilibrio objetivo entre precio y prestación, que con carácter general no es controlable por el juez, sino del equilibrio subjetivo de precio y prestación, es decir, tal y como se lo pudo representar el consumidor en atención a las circunstancias concurrentes en la contratación. La falta de transparencia se identifica con la sorpresa o el engaño que supone para el cliente la inclusión de la cláusula suelo, de la que no se informó en la fase precontractual y a la que se dio un tratamiento impropiaemente secundario, a pesar de que pudo haber sido decisiva en la decisión de contratar”.

La misma idea aparece reflejada en la STJUE de 23 de febrero de 2015: *“La moderna configuración del control de transparencia exige que el consumidor conozca y comprenda las consecuencias jurídicas de aquellas cláusulas que, de acuerdo con el producto o servicio ofertado, afecten a las prestaciones o elementos básicos del contrato en orden a la comprensibilidad, tanto de la carga económica que realmente supone para el consumidor el contrato celebrado, como de la posición jurídica que realmente asume el consumidor en los aspectos básicos que se deriven del objeto y ejecución del mismo”*.

Según la STS 3.6.2016, “el art. 4.2 de la Directiva conecta esta transparencia con el juicio de abusividad, porque la falta de transparencia trae consigo un desequilibrio sustancial en perjuicio del consumidor, consistente en la privación de la posibilidad de comparar entre las diferentes ofertas existentes en el

mercado y de hacerse una representación fiel del impacto económico que le supondrá obtener la prestación objeto del contrato según contrate con una u otra entidad financiera, o una u otra modalidad de préstamo, de entre los varios ofertados”.

Debe tenerse en cuenta que, según el Tribunal Supremo, si se hubiese informado al consumidor antes de la celebración del contrato, de forma que éste hubiera sabido de su existencia y de las consecuencias que pudiera tener ante una bajada previsible del tipo de referencia, la cláusula sería lícita. Pero la STS 9 de mayo de 2013 cifra en unos umbrales ciertamente muy exigentes la obligación de transparencia (para que la cláusula suelo fuera válida se habría requerido proporcionar al consumidor simulaciones de escenarios diversos relacionados con el escenario razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar, “el coste comparativo con otras modalidades de préstamo de la propia entidad e información sobre el comportamiento previsible del índice de referencia cuando menos a corto plazo).

Aunque el doble control de transparencia se construye en torno a la cláusula suelo, se aplica a otros supuestos diversos, especialmente, a la cláusula de intereses retributivos en los contratos de préstamo.

La Ley 5/2019, de 15 de marzo, se refiere al asunto y modifica las normas para incorporar este control de construcción jurisprudencial. Por un lado, dispone ahora en el art. 5 in fine LCGC: *“Las condiciones incorporadas de un modo no transparente en los contratos en perjuicio de los consumidores serán nulas de pleno derecho”*. Por otro lado, añade un apartado segundo al art. 83 TRLCU: *“Las condiciones incorporadas de modo no transparente en los contratos en perjuicio de los consumidores serán nulas de pleno derecho”*.

En cualquier caso, el asunto de la transparencia material ha evolucionado en los últimos años en el sentido de considerarse que la falta de transparencia material no es suficiente para declarar abusiva una cláusula, sino que, dándose el presupuesto de la no transparencia material, deberá analizarse si la cláusula (que afecta al elemento esencial) es abusiva, pues la falta de transparencia no determina de forma automática el carácter abusivo de aquélla.

E) Apreciación judicial de oficio de las cláusulas abusivas

Estamos ante una materia (contratación) que corresponde al orden jurisdiccional civil y, por ende, sometida al principio de la justicia rogada (a la iniciativa de las partes). Sin embargo, la excepcional situación de desprotección en que se encuentra el consumidor justifica que la nulidad de una cláusula abusiva pueda y deba ser apreciada de oficio por el juez. La idea comenzó a expresarla el TJUE desde el año 2000.

Se formula muy claramente, por ejemplo, en la STJUE de 14 de marzo de 2013: *“el Tribunal de Justicia ha subrayado ya en varias ocasiones que el juez nacional deberá*

apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual incluida en el ámbito de aplicación de la Directiva y, de este modo, subsanar el desequilibrio que existe entre el consumidor y el profesional, tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello”.

El sistema de control judicial de oficio sobre todas las cláusulas abusivas, fue adoptándose también por nuestra jurisprudencia. Así, por ejemplo, la STS de 9.5.2013 se refiere al control de las cláusulas abusivas y, teniendo en cuenta que existe una situación de inferioridad del consumidor, determina finalmente que *“la posibilidad de la intervención del juez, incluso de oficio, se revela (...) como una herramienta imprescindible para conseguir el efecto útil de la Directiva”*. Añade que *“el principio de efectividad del Derecho de la Unión no solo exige facultar al juez para intervenir de oficio, sino que impone a este el deber de intervenir”*, y ello en base a que de acuerdo al TJUE *“el juez nacional debe apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual”*, un deber que se infiere del contenido del apartado 1 del art. 6 de la Directiva 93/13/CEE.

Actualmente aparece consolidado legalmente el control de oficio de las cláusulas abusivas en algunas normas. Así, en el procedimiento de ejecución (cfr. arts. 552.1 y 557.1.7ª y 695.1.4ª LEC), o en el procedimiento monitorio (art. 815.3 LEC).

LECCIÓN 4. CONTRATACIÓN A DISTANCIA Y FUERA DE ESTABLECIMIENTO MERCANTIL

María José Vaquero Pinto

Lección 4. Contratación a distancia y fuera de establecimiento mercantil. 1. El marco normativo básico de la contratación a distancia. A) Ley de servicios de la sociedad de la información y del comercio electrónico. a) Ámbito de aplicación. b) Prestadores y destinatarios de servicios de la sociedad de la información. c) Responsabilidad de los prestadores de servicios de intermediación. d) Comercio electrónico y contratación electrónica. e) Comunicaciones comerciales por vía electrónica. B) El Texto Refundido de la Ley General de consumidores y usuarios. C) La nueva economía de plataformas digitales. 2. Regulación conjunta de la contratación a distancia y fuera de establecimiento mercantil en el TRLCU. 3. Delimitación de la contratación a distancia. A) Supuestos incluidos. B) Comunicaciones comerciales a distancia. 4. Delimitación de la contratación fuera de establecimiento mercantil. 5. Supuestos excluidos. 6. Régimen jurídico común de la contratación a distancia y fuera de establecimiento mercantil. A) Contenido de la información precontractual. B) Requisitos formales y consecuencias de la infracción. C) Reglas especiales de ejecución en los contratos a distancia. a) Plazo de entrega del pedido. b) Falta de ejecución del contrato. c) Sustitución del bien o servicio contratado a distancia. d) Pago mediante tarjeta. D) Responsabilidad solidaria en los contratos celebrados fuera de establecimiento mercantil. E) Desistimiento. a) Ejercicio del derecho. b) Efectos del desistimiento.

1. EL MARCO NORMATIVO BÁSICO DE LA CONTRATACIÓN A DISTANCIA

La contratación a distancia entre empresarios y consumidores de la que hablaremos en esta lección aparece fundamentalmente regulada en el TRLCU. Sin embargo, existen otras normas de interés sobre el asunto entre las que destaca, fundamentalmente, la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico (LSSICE) cuyo ámbito de aplicación es diferente al del anterior. De manera sencilla o, a modo de introducción, cabe afirmar que la contratación a distancia entre empresarios y consumidores regulada en el TRLCU es, en algunos supuestos (en la mayoría), contratación electrónica y cuando éste sea el caso, entrará en juego (además), el régimen jurídico de la LSSICE.

A) Ley de servicios de la sociedad de la información y del comercio electrónico

La LSSICE incorporó al ordenamiento español la Directiva 2000/31/CE, relativa a determinados aspectos de los servicios de la sociedad de la información, en particular, el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico).

a) Ámbito de aplicación

Los servicios de la sociedad de la información están constituidos por un amplio abanico de actividades, prestadas por un profesional a título oneroso, que pueden clasificarse en tres grandes grupos:

a) Los servicios de intermediación (p.ej., de acceso a Internet, alojamiento de datos en páginas web, enlaces o motores de búsqueda).

b) Los servicios de prestación de contenidos, ya sean bienes o servicios entregados dentro o fuera de línea.

c) El mero suministro de información por vía telemática.

Art. 1.1. LSSICE:

“El objeto de la Ley es la regulación del régimen jurídico de los servicios de la sociedad de la información y de la contratación por vía electrónica, en lo referente a las obligaciones de los prestadores de servicios incluidos los que actúan como intermediarios en la transmisión de contenidos por las redes de telecomunicaciones, las comunicaciones comerciales por vía electrónica, la información previa y posterior a la celebración de contratos electrónicos, las condiciones relativas a su validez y eficacia y el régimen sancionador aplicable a los prestadores de servicios de la sociedad de la información”.

En el Anexo de la norma se definen los servicios de la sociedad de la información:

“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.

Son servicios de la sociedad de la información, entre otros y siempre que representen una actividad económica, los siguientes:

- 1.º La contratación de bienes o servicios por vía electrónica.*
- 2.º La organización y gestión de subastas por medios electrónicos o de mercados y centros comerciales virtuales.*
- 3.º La gestión de compras en la red por grupos de personas.*
- 4.º El envío de comunicaciones comerciales.*
- 5.º El suministro de información por vía telemática”.*

En el Anexo se recogen también una serie de servicios que no se ajustan a la definición general:

- 1.º Los servicios prestados por medio de telefonía vocal, fax o télex.*
- 2.º 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.*
- 3.º Los servicios de radiodifusión televisiva*
- 4.º Los servicios de radiodifusión sonora, y*
- 5.º El teletexto televisivo y otros servicios equivalentes como las guías electrónicas de programas ofrecidas a través de las plataformas televisivas”.*

Por otro lado, se excluyen del ámbito de aplicación de la Ley los servicios prestados por notarios y registradores de la propiedad y mercantiles en el ejercicio de sus respectivas funciones públicas y los servicios prestados por abogados y procuradores en el ejercicio de sus funciones de representación y defensa en juicio (art. 5 LSSICE).

b) Prestadores y destinatarios de servicios de la sociedad de la información

El prestador de servicios es un sujeto mencionado frecuentemente en la norma y el concepto del mismo se contempla en el Anexo de la LSSICE: Es la persona física o jurídica que proporciona un servicio de la sociedad de la información.

Los prestadores de servicios que proporcionan contenidos (bienes o servicios) son los protagonistas del comercio electrónico mientras que los prestadores de servicios de intermediación no intervienen en la relación contractual que articula ese intercambio de bienes o servicios.

La LSSI es aplicable a los prestadores de servicios de la sociedad de la información establecidos en España (art. 2.1 LSSICE) y, en algunos casos, a los prestadores establecidos fuera de España (y dentro del espacio económico europeo), como cuando se trata de contratos celebrados con consumidores personas físicas (art. 3 LSSICE).

El destinatario del servicio, según el Anexo de la norma es la persona física o jurídica que utiliza, sea o no por motivos profesionales, un servicio de la sociedad de la información. Por tanto, puede ser un profesional o un consumidor.

c) Responsabilidad de los prestadores de servicios de intermediación

Todos los prestadores de servicios de la sociedad de la información están sometidos a algunas obligaciones comunes

Así, al deber general de información que implica la obligación de disponer de los medios que permitan, tanto a los destinatarios del servicio como a los órganos competentes, acceder por medios electrónicos, de forma permanente, fácil, directa y gratuita, a la información señalada en el art. 10 LSSICE (es suficiente que la información figure en la página o sitio de Internet).

Los prestadores de servicios de intermediación son objeto de atención más detallada, pues se les imponen específicos deberes (colaboración con las autoridades competentes, información a los clientes de los medios para aumentar los niveles de seguridad, de transmitir los contenidos facilitados por el usuario al nuevo proveedor, si es técnicamente posible etc.). Además, desde el 17 de febrero de 2024 los prestadores de servicios de intermediación están sometidos a nuevas e importantes obligaciones establecidas por el RUE 2022/2065 de servicios digitales (RSD).

Hasta hace poco la responsabilidad de los prestadores de servicios de intermediación se regulaba en los arts. 14-17 LSSICE. El asunto pasa ahora a estar regulado en los arts. 4-6 RSD. No se incorporan nuevos cambios respecto de la legislación anterior, en cuanto que el punto de partida es una exención de responsabilidad por contenidos ilícitos si la actuación de los prestadores intermediarios es neutra (puerto seguro). La nueva regulación contenida en el RSD es la siguiente:

Artículo 4 Mera transmisión

“1. Cuando se preste un servicio de la sociedad de la información que consista en transmitir, en una red de comunicaciones, información facilitada por el destinatario del servicio o en conceder acceso a una red de comunicaciones, no se podrá considerar responsable al prestador del servicio de la información que se haya transmitido o a la que se haya accedido, a condición de que el prestador del servicio: a) no haya originado él mismo la transmisión; b) no seleccione al receptor de la transmisión, y c) no seleccione ni modifique la información contenida en la transmisión.

2. Las actividades de transmisión y de concesión de acceso a que se refiere el apartado 1 incluirán el almacenamiento automático, provisional y transitorio de la información transmitida, en la medida en que dicho almacenamiento se realice con la única finalidad de ejecutar la transmisión en la red de comunicaciones y que su duración no supere el tiempo razonablemente necesario para dicha transmisión.

3. El presente artículo no afectará a la posibilidad de que una autoridad judicial o administrativa, de conformidad con el ordenamiento jurídico de un Estado miembro, exija al prestador de servicios que ponga fin a una infracción o que la impida”.

Artículo 5 Memoria caché

“1. Cuando se preste un servicio de la sociedad de la información consistente en transmitir por una red de comunicaciones información facilitada por un destinatario del servicio, el prestador del servicio no podrá ser considerado responsable del almacenamiento automático, provisional y temporal de esta información, realizado con la única finalidad de hacer más eficaz o más segura la transmisión ulterior de la información a otros destinatarios del servicio, a petición de estos, a condición de que el prestador de servicios:

a) no modifique la información;

b) cumpla las condiciones de acceso a la información;

c) cumpla las normas relativas a la actualización de la información, especificadas de una manera ampliamente reconocida y utilizada por el sector;

d) no interfiera en la utilización lícita de tecnología, ampliamente reconocida y utilizada por el sector, con el fin de obtener datos sobre la utilización de la información, y

e) actúe con prontitud para retirar la información que haya almacenado, o bloquear el acceso a ella, en cuanto tenga conocimiento efectivo del hecho de que la información contenida en la fuente inicial de la transmisión ha sido retirada de la red, de que se ha bloqueado el acceso a dicha información o de que una autoridad judicial o administrativa ha ordenado retirarla o bloquear el acceso a ella. 2. El presente artículo no afectará a la posibilidad de que una autoridad judicial o administrativa, de conformidad con el ordenamiento jurídico de un Estado miembro, exija al prestador de servicios que ponga fin a una infracción o que la impida”.

Artículo 6 Alojamiento de datos

“1. Cuando se preste un servicio de la sociedad de la información consistente en almacenar información facilitada por un destinatario del servicio, el prestador de servicios no podrá ser considerado responsable de la información almacenada a petición del destinatario, a condición de que el prestador de servicios: a) no tenga conocimiento efectivo de una actividad ilícita o de un contenido ilícito y, en lo que se refiere a solicitudes de indemnización por daños y perjuicios, no sea consciente de hechos o circunstancias que pongan de manifiesto la actividad ilícita o el contenido ilícito, o b) en cuanto tenga conocimiento o sea consciente de ello, el prestador de servicios actúe con prontitud para retirar el contenido ilícito o bloquear el acceso a este.

2. El apartado 1 no se aplicará cuando el destinatario del servicio actúe bajo la autoridad o el control del prestador de servicios.

3. El apartado 1 no se aplicará con respecto a la responsabilidad, en virtud del Derecho en materia de protección de los consumidores, de las plataformas en línea que permitan que los consumidores celebren contratos a distancia con comerciantes, cuando dicha plataforma en línea presente el elemento de información concreto, o haga posible de otro modo la transacción concreta de que se trate, de manera que pueda inducir a un consumidor medio a creer que esa información, o el producto o servicio que sea el objeto de la transacción, se proporcione por la propia plataforma en línea o por un destinatario del servicio que actúe bajo su autoridad o control (lo indicado en azul es lo más novedoso).

4. El presente artículo no afectará a la posibilidad de que una autoridad judicial o administrativa, de conformidad con el ordenamiento jurídico de un Estado miembro, exija al prestador de servicios que ponga fin a una infracción o que la impida”.

Quando se trata de proteger la propiedad intelectual en actuaciones en línea hay una norma específica y, en particular, el Real Decreto-ley 24/2021, de 2 de noviembre que transpone la Directiva 2019/790, de 17 de abril, sobre los derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital. En este caso se hace responsables a los prestadores de servicios que permiten compartir contenidos en línea a sus usuarios, ya que se les

obliga a obtener autorización de los titulares de derechos, entendiendo que los prestadores realizan un acto de comunicación pública.

Según el art. 73.1 Real Decreto-ley 24/2021: “1. Se considerará que los prestadores de servicios para compartir contenidos en línea realizan un acto de comunicación al público o de puesta a disposición del público a efectos de la presente ley, cuando ofrezcan al público el acceso a obras o prestaciones protegidas por derechos de propiedad intelectual que hayan sido cargadas por sus usuarios. En consecuencia, los prestadores de servicios para compartir contenidos en línea deberán obtener previamente la autorización de los titulares de los derechos referidos a los actos de comunicación pública que define el artículo 20 del texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, para llevar a cabo dicho acto de explotación. La negociación de las correspondientes autorizaciones se realizará de acuerdo con los principios de buena fe contractual, diligencia debida, transparencia y respeto a la libre competencia, lo que excluye el ejercicio de posición de dominio”.

d) Comercio electrónico y contratación electrónica

i) Comercio electrónico

Aunque el título de la norma se refiere al comercio electrónico, no se define el mismo, pero consiste básicamente en realizar transacciones comerciales sobre la base de transmisión electrónica de datos (texto, imágenes y vídeos). Comprende actividades muy diversas como comercio electrónico de bienes y servicios, suministro en línea de contenidos o servicios digitales o transferencia electrónica de fondos, pero también actividades accesorias como publicidad, búsqueda de productos, servicios postventa etc. Aunque el comercio electrónico es objeto de diversas clasificaciones, destaca la que diferencia entre comercio electrónico entre empresarios y comercio electrónico entre empresarios y consumidores.

ii) Contratación electrónica

La LSSICE sí define el contrato electrónico en su Anexo: “*todo contrato en el que la oferta y la aceptación se transmiten por medio de equipos electrónicos de tratamiento y almacenamiento de datos, conectados a una red de telecomunicaciones*”.

Por tanto, han de concurrir los siguientes requisitos:

1º) Empleo de equipos electrónicos conectados a una red de telecomunicaciones.

2º) Oferta y aceptación realizados por medios electrónicos. Se excluyen los contratos en que una de las declaraciones no se realiza por medios electrónicos (p. ej., oferta en página web y aceptación por carta).

3º) Los equipos empleados permiten el tratamiento y almacenamiento de datos (ordenadores, teléfonos móviles).

La contratación electrónica admite diversas clasificaciones. Así, por razón de los medios empleados, páginas web interactivas, intercambio de correos electrónicos, etc. Sin embargo, la más relevante es la que atiende a los sujetos que intervienen:

B2C (*business to consumer*): entre empresario y consumidor

B2B (*business to business*): entre empresarios

C2C (*consumer to consumer*): entre consumidores

Cabe destacar que, según el Considerando 18 de la Directiva sobre comercio electrónico: “*el uso del correo electrónico o, por ejemplo, de sistemas equivalentes de comunicación entre individuos, por parte de personas físicas que actúan fuera de su profesión, negocio o actividad profesional, incluso cuando los usan para celebrar contratos entre sí, no constituyen un servicio de la sociedad de la información*” (cfr. en el mismo sentido, Anexo LSSICE).

iii) El diverso alcance de las normas de la LSSICE

La LSSICE contiene normas relativas al comercio electrónico, a los contratos electrónicos y al ámbito en que se solapan ambos.

a) Entre las normas de comercio electrónico que no se refieren a contratos electrónicos se encuentra el art. 10 LSSICE que establece el deber de información general cuya infracción solo da lugar a infracciones administrativas.

b) Los arts. 27 (excepto apartado tercero) y 28 LSSICE, que imponen obligaciones previas y posteriores a la celebración del contrato, se aplican a los contratos electrónicos del comercio electrónico, es decir, aquellos en los que participa un prestador de servicios de la sociedad de la información. No obstante, se trata de normas que no serán de aplicación cuando el contrato se haya celebrado exclusivamente mediante intercambio de correos electrónicos (arts. 27.2.b) y 28.3.a) LSSICE). Es decir, solo regirán cuando el empresario controle tecnológicamente el proceso de contratación (p. ej., desde su sitio web). Por otro lado, se trata de normas imperativas cuando el destinatario es un consumidor, y dispositivas cuando se trata de un empresario (arts. 27.2.a) y 28.3.a) LSSICE). La infracción de tales preceptos da lugar a sanciones administrativas, pero también a consecuencias de Derecho privado (las propias de la infracción de deberes precontractuales de información).

c) Existen preceptos que afectan a todos los contratos electrónicos, incluidos los que quedan fuera del comercio electrónico (contratos entre particulares). Según la Exposición de Motivos de la LSSICE: “Las disposiciones contenidas en esta Ley sobre aspectos generales de la contratación electrónica, como las relativas a la validez y eficacia de los contratos electrónicos o al momento de prestación del consentimiento, serán de aplicación aun cuando ninguna de las partes tenga la condición de prestador o destinatario de servicios de la sociedad de la información”. Se trata del Título IV [Contratación por vía electrónica] excepto los arts. 27 y 28 como acabamos de ver [cfr. Disposición Adicional cuarta LSSICE que modifica los arts. 1262 CC y 54 CCo].

d) La LSSICE incluye algunas reglas específicas para consumidores (normas imperativas ex arts. 27 y 28 LSSICE y lugar de celebración del contrato ex art. 29 LSSICE).

iv) Obligaciones de información previas a la celebración del contrato

El art. 27 LSSICE se refiere a las obligaciones de información precontractual que afectan al prestador de servicios de la sociedad de la información.

i) Sin perjuicio de otras normas que sean de aplicación, el prestador de servicios de la sociedad de la información que realice actividades de contratación electrónica tiene la obligación de poner a disposición del destinatario, antes de iniciar el procedimiento de contratación y mediante técnicas adecuadas al medio de comunicación utilizado, de forma permanente, fácil y gratuita, información clara, comprensible e inequívoca sobre los siguientes extremos:

a) Los distintos trámites que deben seguirse para celebrar el contrato.

b) Si el prestador va a archivar el documento electrónico en que se formalice el contrato y si éste va a ser accesible.

c) Los medios técnicos que pone a su disposición para identificar y corregir errores en la introducción de los datos, y

d) La lengua o lenguas en que podrá formalizarse el contrato.

La obligación de poner a disposición del destinatario la información se da por cumplida si el prestador la incluye en su página o sitio de Internet en las condiciones señaladas en dicho párrafo.

Cuando el prestador diseñe específicamente sus servicios de contratación electrónica para ser accedidos mediante dispositivos que cuenten con pantallas de formato reducido, se entenderá cumplida la obligación establecida en este apartado cuando facilite de manera permanente, fácil, directa y exacta la dirección de Internet en que dicha información es puesta a disposición del destinatario (art. 27.1 LSSICE).

ii) El prestador no tiene la obligación de facilitar la información indicada cuando:

a) Ambos contratantes así lo acuerden y ninguno de ellos tenga la consideración de consumidor, o

b) El contrato se haya celebrado exclusivamente mediante intercambio de correo electrónico u otro tipo de comunicación electrónica equivalente (art. 27.2 LSSICE).

iii) Con carácter previo al inicio del procedimiento de contratación, el prestador de servicios deberá poner a disposición del destinatario las condiciones generales a que, en su caso, deba sujetarse el contrato, de manera que éstas puedan ser almacenadas y reproducidas por el destinatario (art. 27.4 LSSICE).

v) Obligaciones de información tras la celebración del contrato

El art. 28 LSSICE se refiere a las obligaciones de información posteriores al contrato celebrado por el prestador de servicios de la sociedad de la información. Básicamente, el oferente está obligado a confirmar la recepción de la aceptación del destinatario de la oferta.

i) El oferente está obligado a confirmar la recepción de la aceptación al que la hizo por alguno de los siguientes medios:

a) El envío de un acuse de recibo por correo electrónico u otro medio de comunicación electrónica equivalente a la dirección que el aceptante haya señalado, en el plazo de las veinticuatro horas siguientes a la recepción de la aceptación, o

b) La confirmación, por un medio equivalente al utilizado en el procedimiento de contratación, de la aceptación recibida, tan pronto como el aceptante haya completado dicho procedimiento, siempre que la confirmación pueda ser archivada por su destinatario.

En los casos en que la obligación de confirmación corresponda a un destinatario de servicios, el prestador facilitará el cumplimiento de dicha obligación, poniendo a disposición del destinatario alguno de los medios indicados en este apartado. Esta obligación será exigible tanto si la confirmación debiera dirigirse al propio prestador o a otro destinatario (art. 28.1 LSSICE).

ii) Se entenderá que se ha recibido la aceptación y su confirmación cuando las partes a que se dirijan puedan tener constancia de ello.

En el caso de que la recepción de la aceptación se confirme mediante acuse de recibo, se presumirá que su destinatario puede tener la referida constancia desde que aquél haya sido almacenado en el servidor en que esté dada de alta su cuenta de correo electrónico, o en el dispositivo utilizado para la recepción de comunicaciones (art. 28.2 LSSICE).

iii) No será necesario confirmar la recepción de la aceptación de una oferta cuando:

- a) Ambos contratantes así lo acuerden y ninguno de ellos tenga la consideración de consumidor, o
- b) El contrato se haya celebrado exclusivamente mediante intercambio de correo electrónico u otro tipo de comunicación electrónica equivalente, cuando estos medios no sean empleados con el exclusivo propósito de eludir el cumplimiento de tal obligación (art. 28.3 LSSICE).

vi) Normas generales sobre contratación electrónica

i) Duración de la oferta

Sin perjuicio de lo dispuesto en la legislación específica, las ofertas o propuestas de contratación realizadas por vía electrónica son válidas durante el período que fije el oferente o, en su defecto, durante todo el tiempo que permanezcan accesibles a los destinatarios del servicio (art. 27.3 LSSICE).

ii) Validez y eficacia de los contratos celebrados por vía electrónica

La LSSICE incorporó en su momento la equiparación de la forma escrita tradicional con el soporte electrónico. Además, suprimió la necesidad del previo acuerdo entre las partes para contratar por vía electrónica (cfr. art. 51 Código de comercio).

Art. 23 LSSICE:

“1. Los contratos celebrados por vía electrónica producirán todos los efectos previstos por el ordenamiento jurídico, cuando concurren el consentimiento y los demás requisitos necesarios para su validez.

Los contratos electrónicos se regirán por lo dispuesto en este Título, por los Códigos Civil y de Comercio y por las restantes normas civiles o mercantiles sobre contratos, en especial, las normas de protección de los consumidores y usuarios y de ordenación de la actividad comercial.

2. Para que sea válida la celebración de contratos por vía electrónica no será necesario el previo acuerdo de las partes sobre la utilización de medios electrónicos.

3. Siempre que la Ley exija que el contrato o cualquier información relacionada con el mismo conste por escrito, este requisito se entenderá satisfecho si el contrato o la información se contiene en un soporte electrónico.

4. No será de aplicación lo dispuesto en el presente Título a los contratos relativos al Derecho de familia y sucesiones.

Los contratos, negocios o actos jurídicos en los que la Ley determine para su validez o para la producción de determinados efectos la forma documental pública, o que requieran por Ley la intervención de órganos jurisdiccionales, notarios, registradores de la propiedad y mercantiles o autoridades públicas, se regirán por su legislación específica”.

iii) Prueba de los contratos celebrados por vía electrónica

Con relación a la prueba de los contratos, la LSSICE también admitió la eficacia probatoria en juicio del soporte electrónico.

Art. 24 LSSICE:

“1. La prueba de la celebración de un contrato por vía electrónica y la de las obligaciones que tienen su origen en él se sujetará a las reglas generales del ordenamiento jurídico.

Quando los contratos celebrados por vía electrónica estén firmados electrónicamente se estará a lo establecido en el artículo 3 de la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica (ahora la referencia debe entenderse hecha a la regulación vigente sobre firma electrónica).

2. En todo caso, el soporte electrónico en que conste un contrato celebrado por vía electrónica será admisible en juicio como prueba documental".

iii) Lugar de celebración del contrato

Los contratos celebrados por vía electrónica, en los que intervenga como parte un consumidor, se presumirán celebrados en el lugar en que éste tenga su residencia habitual. Los contratos electrónicos entre empresarios o profesionales, en defecto de pacto entre las partes, se presumirán celebrados en el lugar en que esté establecido el prestador de servicios (art. 29 LSSICE).

vii) La perfección sucesiva del contrato en los contratos celebrados a distancia

La perfección del contrato es sucesiva cuando existe un intervalo temporal entre la formulación de la oferta y de la aceptación. Esto sucederá, desde luego, cuando las partes no se encuentren en el mismo lugar (están geográficamente alejadas) y no disponen (o no quieren disponer) de un medio que permita la comunicación simultánea. En este caso, es necesario determinar algunas cuestiones. Como hemos visto, el art. 29 LSSICE determina el lugar en que se entiende perfeccionado (celebrado) el contrato, pero también es importante decidir en qué momento se produce la perfección del mismo.

Doctrinalmente suelen manejarse diversas teorías, pero principalmente las siguientes:

Teoría de la emisión: el contrato se perfecciona desde que el aceptante emite su aceptación.

Teoría de la cognición o conocimiento: se perfecciona cuando la aceptación es conocida por el oferente.

Teoría de la recepción: se perfecciona cuando la aceptación llega al ámbito del oferente.

En nuestro Derecho, hasta el año 2002, el art. 1262 CC recogía la teoría de la cognición, mientras que el art. 54 del Código de comercio se inclinaba por la teoría de la emisión. La LSSICE modificó ambos preceptos estableciendo una solución única: se acepta como regla que el contrato se perfecciona **desde que el oferente conoce la aceptación**, pero **basta la remisión de la aceptación cuando el oferente no puede ignorarla sin faltar a la buena fe**. Por otro lado, tratándose de contratación con **dispositivos automáticos** (máquinas de tabaco, bebidas, contratación a través de páginas web interactivas, etc.), la perfección tiene lugar cuando **se manifiesta la aceptación**.

Los contratos celebrados a través de correo electrónico no se consideran dispositivos automáticos.

Como ya hemos visto, tratándose de contratos electrónicos celebrados por un prestador de servicios de la sociedad de la información, el art. 28 LSSICE, impone, como regla, al oferente la carga de confirmar la recepción de la aceptación.

e) Comunicaciones comerciales por vía electrónica

La LSSICE recoge una amplia regulación sobre las comunicaciones comerciales realizadas por vía electrónica, siendo destacables las siguientes reglas:

i) Las comunicaciones comerciales se regulan, además de por la LSSICE, por las normas generales del ordenamiento, por las propias de la publicidad y las relativas a la protección de datos de carácter personal (art. 19 LSSICE). Además, habrán de tenerse en cuenta las normas sobre consumo dictadas por las Comunidades Autónomas (art. 20.3 LSSICE).

ii) Las comunicaciones comerciales realizadas por vía electrónica deben ser claramente identificables como tales, y la persona física o jurídica en nombre de la cual se realizan también debe ser claramente identificable (art. 20.1 LSSICE). En los supuestos de ofertas promocionales, como las que incluyan descuentos, premios y regalos, y de concursos o juegos promocionales, previa la correspondiente autorización, se debe asegurar que queden claramente identificados como tales y que las condiciones de acceso y, en su caso, de participación sean fácilmente accesibles y se expresen de forma clara e inequívoca (art. 20.2 LSSICE).

iii) En todo caso, queda prohibido el envío de comunicaciones comerciales en las que se disimule o se oculte la identidad del remitente por cuenta de quien se efectúa la comunicación, así como aquéllas en las que se incite a los destinatarios a visitar páginas de Internet que contravengan las reglas antedichas (art. 20.4 LSSICE).

iv) **Queda prohibido el envío de comunicaciones publicitarias o promocionales por correo electrónico u otro medio de comunicación electrónica equivalente que previamente no hubieran sido solicitadas o expresamente autorizadas por los destinatarios de las mismas** (art. 21.1. LSSICE). Con relación a las llamadas comerciales, recientemente entró en vigor la previsión de la Ley General de Telecomunicaciones (2022) que impide realizarlas sin el previo consentimiento del usuario (art. 65 LGT).

v) **Se exceptúa el caso en que exista una relación contractual previa**, siempre que el prestador hubiera obtenido de forma lícita los datos de contacto del destinatario y los empleara para el envío de comunicaciones comerciales referentes a productos o

servicios de su propia empresa que sean similares a los que inicialmente fueron objeto de contratación con el cliente.

En todo caso, el prestador deberá ofrecer al destinatario la posibilidad de oponerse al tratamiento de sus datos con fines promocionales mediante un procedimiento sencillo y gratuito, tanto en el momento de recogida de los datos como en cada una de las comunicaciones comerciales que le dirija. Cuando las comunicaciones hubieran sido remitidas por correo electrónico, dicho medio deberá consistir necesariamente en la inclusión de una dirección de correo electrónico u otra dirección electrónica válida donde pueda ejercitarse este derecho, quedando prohibido el envío de comunicaciones que no incluyan dicha dirección (art. 21.2 LSSICE).

vi) El destinatario podrá revocar en cualquier momento el consentimiento prestado a la recepción de comunicaciones comerciales con la simple notificación de su voluntad al remitente.

A tal efecto, los prestadores de servicios deberán habilitar procedimientos sencillos y gratuitos para que los destinatarios de servicios puedan revocar el consentimiento que hubieran prestado. Cuando las comunicaciones hubieran sido remitidas por correo electrónico dicho medio deberá consistir necesariamente en la inclusión de una dirección de correo electrónico u otra dirección electrónica válida donde pueda ejercitarse este derecho quedando prohibido el envío de comunicaciones que no incluyan dicha dirección. Asimismo, deberán facilitar información accesible por medios electrónicos sobre dichos procedimientos (art. 22.1 LSSICE).

VII) Los prestadores de servicios podrán utilizar dispositivos de almacenamiento y recuperación de datos en equipos terminales de los destinatarios (Cookies), a condición de que los mismos hayan dado su consentimiento después de que se les haya facilitado información clara y completa sobre su utilización, en particular, sobre los fines del tratamiento de los datos. Cuando sea técnicamente posible y eficaz, el consentimiento del destinatario para aceptar el tratamiento de los datos podrá facilitarse mediante el uso de los parámetros adecuados del navegador o de otras aplicaciones. Lo anterior no impedirá el posible almacenamiento o acceso de índole técnica al solo fin de efectuar la transmisión de una comunicación por una red de comunicaciones electrónicas o, en la medida que resulte estrictamente necesario, para la prestación de un servicio de la sociedad de la información expresamente solicitado por el destinatario (art. 22.2 LSSICE).

B) El Texto Refundido de la Ley General de consumidores y usuarios

El TRLCU regula los contratos a distancia en los arts. 92 y siguientes. En muchos casos (no siempre), esa contratación a distancia entre empresarios y consumidores será contratación electrónica y deberán aplicarse los dos cuerpos normativos (LSSICE y TRLCU). Cuando se produzca un posible solapamiento, debe ser resuelto mediante los principios de especialidad y complementariedad relativa. En cuanto al principio de

especialidad, dispone el art. 94.2 TRLCU que será de aplicación preferente la LSSICE (en cuanto a comunicaciones comerciales y contratación electrónica). En cuanto al principio de **complementariedad**, se hace referencia con esta expresión a la aplicación conjunta de ambas normas siempre que no haya contradicción entre dos normas concretas. Así, el art. 94.1 TRLCU remite a la aplicación de la LSSICE en las comunicaciones comerciales y contratación a distancia por medios electrónicos. Por su parte, el art. 94.2 TRLCU se remite al art. 97.7 TRLCU que declara acumulables los requisitos de información de la LSSICE a los requisitos de información exigidos por el TRLCU y a los contemplados por la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso de actividades y servicios y su ejercicio. También se hace referencia en este precepto (art. 97.7 TRLCU) a la aplicación preferente, en su caso, de disposiciones sectoriales que traigan causa de disposiciones de la Unión Europea.

C) La nueva economía de plataformas digitales

En los últimos años la contratación se realiza en muchas ocasiones a través de plataformas digitales (p. ejemplo, Amazon Google o Facebook) que, aparentemente, actúan como meros intermediarios en las operaciones concertadas entre empresarios o entre empresarios y consumidores o entre consumidores. Sin embargo, la mayoría de las normas de consumo están pensados para modelos de negocio tradicionales con dos sujetos protagonistas (empresario-consumidor) y se muestran insuficientes para tratar la nueva realidad. En principio, las plataformas digitales son prestadores de servicios de la sociedad de la información y, si actúan como meros intermediarios (prestadores de alojamiento de datos), no asumen responsabilidad por los contratos celebrados. Sin embargo, desde dichas plataformas se producen abusos, tanto respecto de los empresarios (usuarios profesionales), como respecto de los consumidores. Con relación a los primeros, se ha proporcionado una norma de protección a través del RUE 2019/1150, sobre el fomento de la equidad y la transparencia para los usuarios profesionales de servicios de intermediación en línea.

Respecto de los consumidores, las plataformas digitales que intermedian se desentienden habitualmente de cualquier responsabilidad frente a los mismos, alegando su condición de meros intermediarios, aunque en ocasiones asumen un papel bastante activo (fijan las condiciones contractuales, ofrecen un servicio de pago etc.). El asunto se complica en el ámbito del consumo colaborativo en el que la contratación se lleva a cabo entre personas no empresarias que deciden recurrir a las plataformas digitales para sacar rendimiento de sus bienes (ropa, vehículos, apartamentos etc.), o abaratar costes en las transacciones. Además, existen plataformas en las que participan tanto profesionales, como no profesionales para vender sus bienes (p. ej. Wallapop).

El consumo colaborativo, en sentido estricto, se refiere a la colaboración entre particulares, pero, se recurre también a la expresión para hacer referencia a un fenómeno más amplio. Así, se habla de economía colaborativa para englobar aquellos modelos de producción, consumo o financiación que se basan en la intermediación entre la oferta y la demanda generada en relaciones entre iguales, o bien de particular a profesional, a través de **plataformas digitales que no prestan el servicio subyacente**, generando un mayor aprovechamiento de los bienes y recursos existentes pero infrutilizados. De esta manera, la “economía colaborativa” permite utilizar, compartir, intercambiar o invertir recursos o bienes, pudiendo existir o no una contraprestación monetaria entre los usuarios.

En 2016 la Comisión Europea publicó unas directrices sobre la “economía colaborativa” con el objetivo principal de ayudar a entender cuando una plataforma es un proveedor de servicios y cuando es sólo un intermediario. **La plataforma será un proveedor de servicios** cuando fija el precio de manera obligatoria, cuando fija otras condiciones contractuales clave o cuando posee los activos necesarios para proporcionar el servicio (la STJUE 20.12.2017 considera que UBER es una empresa de transporte).

Por otro lado, puede ser muy difícil **diferenciar quién actúa como profesional o como proveedor ocasional** (no empresario), aunque la Comisión propone criterios como la frecuencia de la actividad en la plataforma por parte del proveedor, el volumen de negocio generado y el ánimo de lucro en la actividad. Por ejemplo, quien alquila su casa todo el tiempo a través de Airbnb sería claramente un profesional, pero no lo sería un conductor Blablacar.

Como hemos visto en su momento, la Directiva 2019/2161, por la que se modifican distintas Directivas, en lo que atañe a la mejora de la aplicación y la modernización de las normas de protección de los consumidores de la Unión (incorporada por El Real Decreto-ley 24/2021, de 2 de noviembre que modifica el TRLCU), aborda distintas cuestiones relativas a los mercados en línea para mejorar la posición de los consumidores y usuarios. Sin embargo, no está clara la responsabilidad que deben asumir las plataformas digitales con relación a los contratos celebrados con consumidores (intermediarios/proveedores de servicios). Como sabemos, ya es aplicable el RSD. Dicho reglamento define la “**plataforma en línea**” de la siguiente forma: *“un prestador de un servicio de alojamiento de datos que, a petición de un destinatario del servicio, almacena y difunde al público información, salvo que esa actividad sea una característica menor y puramente auxiliar de otro servicio y, por razones objetivas y técnicas, no pueda utilizarse sin ese otro servicio, y la integración*

de la característica en el otro servicio no sea un medio para eludir la aplicabilidad del presente Reglamento” (art. 3.i).

2. REGULACIÓN CONJUNTA DE LA CONTRATACIÓN A DISTANCIA Y FUERA DE ESTABLECIMIENTO MERCANTIL EN EL TRLCU

Durante mucho tiempo, la contratación a distancia y la contratación fuera de establecimiento del empresario contaron con una regulación diferenciada en nuestro ordenamiento. Sin embargo, tras la Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el TRLCU, que incorpora la Directiva sobre los derechos de los consumidores, de 25 de octubre de 2011 (de armonización plena, en líneas generales), el TRLCU establece una regulación común a ambas modalidades contractuales, aunque se conserven algunas particularidades aisladas, reforzando especialmente los requisitos de información precontractual. Además, el Real Decreto-ley 24/2021, de 2 de noviembre (en vigor desde el 28 de mayo de 2022), modificó sustancialmente parte de esta regulación, al incorporar la Directiva 2019/2161 de 27 de noviembre de 2019, incorporando algunas previsiones sobre los mercados en línea, que pasan a ser definidos por el art. 59 bis.3 TRLCU.

El título dedicado a estas modalidades contractuales es muy detallado, pero según el art. 92.3 TRLCU, serán válidas las cláusulas contractuales que sean más beneficiosas para el consumidor y usuario.

El art. 101 TRLCU insiste en la “necesidad de consentimiento expreso”:

“1. En ningún caso la falta de respuesta a la oferta de contratación podrá considerarse como aceptación de ésta.

2. Si el empresario, sin aceptación explícita del consumidor y usuario destinatario de la oferta, le suministrase el bien o servicio ofertado, se aplicará lo dispuesto en el artículo 66 quáter”.

3. DELIMITACIÓN DE LA CONTRATACIÓN A DISTANCIA

A) Supuestos incluidos

Con ocasión de la delimitación del ámbito de aplicación del Título del TRLCU sobre contratación a distancia y fuera de establecimiento mercantil, se definen ambas figuras.

Según el art. 92.1 TRLCU:

“Se regirán por lo dispuesto en este título los contratos celebrados a distancia con los consumidores y usuarios en el marco de un sistema organizado de venta o prestación de servicios a distancia, sin la presencia física simultánea del empresario y del consumidor y usuario, y en el que se hayan utilizado exclusivamente una o más técnicas de comunicación a distancia hasta el momento de la celebración del contrato y en la propia celebración del mismo.

Entre otras, tienen la consideración de técnicas de comunicación a distancia: el correo postal, Internet, el teléfono o el fax”.

Como se señala en la Exposición de motivos de la Ley 3/2014: “Se incorpora al texto refundido una nueva definición de contrato a distancia que abarca todos los casos en que los contratos se celebran entre el empresario y el consumidor y usuario en el marco de un sistema organizado de venta o prestación de servicios a distancia, exclusivamente mediante el uso de una o varias técnicas de comunicación, como pueden ser la venta por correo, Internet, teléfono o fax, hasta el momento en que se celebra el contrato y con inclusión de ese momento. Dicha definición abarca también las situaciones en las que el consumidor y usuario únicamente visita el establecimiento mercantil de la empresa con el propósito de recabar información sobre los bienes o los servicios y la negociación y celebración subsiguiente del contrato tienen lugar a distancia. El concepto de sistema organizado de prestación de servicios o de venta a distancia incluye los sistemas ofrecidos por un tercero distinto del empresario, pero utilizado por éste, como una plataforma en línea. No obstante, no cubre los casos en los que las páginas web ofrecen información solamente sobre el empresario, sus bienes o servicios y sus datos de contacto”.

Los contratos a distancia se caracterizan porque se desarrollan en tres fases:

- 1) El consumidor recibe una oferta de un producto o de un servicio a través de una descripción escrita, visual u oral, con indicación del precio y las condiciones de la oferta contractual.
- 2) Sobre esa base el consumidor efectúa su pedido.
- 3) Recibirá el producto o servicio en la dirección suministrada al empresario.

Los contratos a distancia cuentan con una regulación que trata de proteger al consumidor concediéndole el derecho de privar de eficacia el contrato mediante el desistimiento, no porque no haya tenido tiempo de reflexionar antes de efectuar el contrato, sino por el riesgo de que el producto recibido no se corresponda exactamente con sus deseos y expectativas, con la oferta o la publicidad que acompaña la oferta, para que pueda examinar con tranquilidad el producto comprado o conocer todas las características del servicio contratado.

Como supuestos principales se encuentran los siguientes:

- a) Contratos por correo en los que el mensaje impreso es el soporte principal para ofrecer productos o servicios a la clientela. Así, venta por catálogo, publicidad postal que puede incluir una orden de pedido o un sobre respuesta, anuncios en prensa etc.
- b) Contratos por teléfono, en los que todas las fases del proceso de contratación tienen lugar a través del mismo.
- c) Contratos “por televisión”, o “por radio”, cuando la oferta de contrato se realiza a través de estos medios.
- d) Contratos por internet u “online”. En este supuesto se incluyen los mercados en línea (art. 59 bis.3 LGDCU).

B) Comunicaciones comerciales a distancia

El art. 96 TRLCU contiene una serie de previsiones sobre las comunicaciones comerciales a distancia. Así, por ejemplo, en el caso de comunicaciones telefónicas debe precisarse claramente al principio de cada conversación la identidad del empresario y la finalidad comercial; la llamada con un sistema automatizado precisa del consentimiento expreso y previo del consumidor; la oferta por teléfono debe realizarse a través de un número identificable; y el consumidor puede oponerse a recibir llamadas comerciales por teléfono u otros medios equivalentes (art. 96 TRLCU).

Art. 96 TRLCU:

“1. En todas las comunicaciones comerciales a distancia deberá constar inequívocamente su carácter comercial.

2. En el caso de comunicaciones telefónicas, deberá precisarse explícita y claramente, al inicio de cualquier conversación con el consumidor y usuario, la identidad del empresario, o si procede, la identidad de la persona por cuenta de la cual efectúa la llamada, así como indicar la finalidad comercial de la misma. En ningún caso, las llamadas telefónicas se efectuarán antes de las 9 horas ni más tarde de las 21 horas ni festivos o fines de semana.

3. La utilización por parte del empresario de técnicas de comunicación que consistan en un sistema automatizado de llamadas sin intervención humana o el telefax necesitará el consentimiento expreso previo del consumidor y usuario.

El consumidor y usuario tendrá derecho a no recibir, sin su consentimiento, llamadas con fines de comunicación comercial que se efectúen mediante sistemas distintos de los referidos en el apartado anterior, cuando hubiera decidido no figurar en las guías de comunicaciones electrónicas disponibles al público, ejercido el derecho a que los datos que aparecen en ellas no sean utilizados con fines de publicidad o prospección comercial, o solicitado la incorporación a los ficheros comunes de exclusión de envío de comunicaciones comerciales regulados en la normativa de protección de datos personales.

4. El consumidor y usuario tendrá derecho a oponerse a recibir ofertas comerciales no deseadas, por teléfono, fax u otros medios de comunicación equivalente.

En el marco de una relación preexistente, el consumidor y usuario tendrá asimismo derecho a oponerse a recibir comunicaciones comerciales por correo electrónico u otro medio de comunicación electrónica equivalente. Debe ser informado en cada una de las comunicaciones comerciales de los medios sencillos y gratuitos para oponerse a recibirlas.

5. En aquellos casos en que una oferta comercial no deseada se realice por teléfono, las llamadas deberán llevarse a cabo desde un número de teléfono identificable. Cuando el usuario reciba la primera oferta comercial del emisor, deberá ser informado tanto de su derecho a manifestar su oposición a recibir nuevas ofertas como a obtener el número de referencia de dicha oposición. A solicitud del consumidor y usuario, el empresario estará obligado a facilitarle un justificante de haber manifestado su oposición que deberá remitirle en el plazo más breve posible y en todo caso en el plazo máximo de un mes.

El emisor estará obligado a conservar durante al menos un año los datos relativos a los usuarios que hayan ejercido su derecho a oponerse a recibir ofertas comerciales, junto con el número de referencia otorgado a cada uno de ellos, y deberá ponerlos a disposición de las autoridades competentes (...).”

4. DELIMITACIÓN DE LA CONTRATACIÓN FUERA DE ESTABLECIMIENTO MERCANTIL

A diferencia de las ventas tradicionales en las que el consumidor es quien acude a un establecimiento con la finalidad de adquirir determinados bienes o servicios, en esta modalidad de contratación el orden de actuación de los sujetos se invierte, siendo el

vendedor quien intenta atraer la atención del consumidor para que compre en situaciones inesperadas o ajenas inicialmente a dicha voluntad por realizarse fuera de un contexto buscado por el consumidor. El concepto de contrato celebrado fuera de establecimiento mercantil se recoge en el art. 92.2 TRLCU:

“Las disposiciones de este título serán también de aplicación a los siguientes contratos celebrados con consumidores y usuarios fuera del establecimiento mercantil:

a) Contratos celebrados con la presencia física simultánea del empresario y del consumidor y usuario, en un lugar distinto al establecimiento mercantil del empresario.

b) Contratos en los que el consumidor y usuario ha realizado una oferta en las mismas circunstancias que las que se contemplan en la letra a).

c) Contratos celebrados en el establecimiento mercantil del empresario o mediante el uso de cualquier medio de comunicación a distancia inmediatamente después de que haya existido contacto personal e individual con el consumidor y usuario en un lugar que no sea el establecimiento mercantil del empresario, con la presencia física simultánea del empresario y el consumidor y usuario.

d) Contratos celebrados durante una excursión organizada por el empresario con el fin de promocionar y vender productos o servicios al consumidor y usuario”.

La finalidad primordial por la que se regula esta modalidad dotándola de unos mecanismos específicos de protección es para reforzar que el consentimiento del consumidor que contrata ante determinadas técnicas de venta agresivas. En esta modalidad contractual el problema que se plantea (y por el que se concede un derecho de desistimiento al consumidor) es que carece de tiempo para reflexionar. Por esa razón se concede al consumidor un derecho de desistimiento.

Según la Exposición de Motivos de la Ley 3/2014: “el concepto de establecimiento mercantil, comprende todo tipo de instalaciones (como tiendas, puestos o camiones) que sirvan al empresario como local de negocios permanente o habitual. Si cumplen esta condición, los puestos de mercados y los stands de ferias se consideran también como establecimientos mercantiles. Asimismo, se considera un establecimiento mercantil la instalación de venta al por menor en la que el empresario ejerce su actividad de forma estacional, por ejemplo, durante la temporada turística en una estación de esquí o en una zona de playa, puesto que el empresario ejerce allí su actividad de forma habitual. Sin embargo, los espacios accesibles al público, como calles, centros comerciales, playas, instalaciones deportivas y transportes públicos, que el empresario utilice de forma excepcional para su actividad empresarial, así como los domicilios privados o lugares de trabajo, no se consideran establecimientos mercantiles”.

5. SUPUESTOS EXCLUIDOS

Los supuestos excluidos se contemplan en el art. 93 TRLGDCU. Así, por ejemplo, contratos de servicios sociales, servicios relacionados con la salud, servicios financieros, contratos sobre bienes inmuebles, contratos que deban celebrarse ante fedatario público etc.

6. RÉGIMEN JURÍDICO COMÚN DE LA CONTRATACIÓN A DISTANCIA Y FUERA DE ESTABLECIMIENTO MERCANTIL

A) Contenido de la información precontractual

i) El art. 97 TRCLU regula de forma muy detallada la información precontractual que debe proporcionarse en los contratos celebrados a distancia y fuera de establecimiento mercantil (características de los bienes, condiciones del derecho de desistimiento etc.). El Real Decreto-ley 24/2021 ha añadido algunas exigencias de información, como cuando el precio haya sido “personalizado sobre la base de una toma de decisiones automatizada” (art. 97.1.f).

ii) También insiste en que la total información requerida forma parte integrante del contrato y no se alterará a menos que las partes dispongan expresamente lo contrario (art. 97.5 TRLCU).

iii) Por otro lado, señala la norma que, si no se cumple la información sobre gastos adicionales, o sobre los costes de devolución que deba sumir el consumidor que desiste en los contratos a distancia, el consumidor no tendrá la obligación de abonar dichos gastos o costes (art. 97.6 TRLCU).

iv) Téngase en cuenta que el Real Decreto-ley 24/2021 ha añadido un art. 97 bis al TRLCU para incorporar requisitos específicos de información respecto de los contratos celebrados en mercados en línea:

a) Información general, facilitada en una sección específica de la interfaz en línea que sea fácil y directamente accesible desde la página en la que se presenten las ofertas, relativa a los principales parámetros que determinan la clasificación de las ofertas presentadas al consumidor o usuario como resultado de la búsqueda y la importancia relativa de dichos parámetros frente a otros.

b) Si el tercero que ofrece los bienes, servicios o contenido digital tiene la condición de empresario o no, con arreglo a su declaración al proveedor del mercado en línea.

c) Cuando el tercero que ofrece los bienes, servicios o contenido digital no sea un empresario, la mención expresa de que la normativa en materia de protección de los consumidores y usuarios no es de aplicación al contrato.

d) Cuando proceda, cómo se reparten las obligaciones relacionadas con el contrato entre el tercero que ofrece los bienes, servicios o contenido digital y el proveedor del mercado en línea, entendiéndose esta información sin perjuicio de cualquier responsabilidad que el proveedor del mercado en línea o el tercero empresario tenga en relación con el contrato en virtud de otra normativa de la Unión Europea o nacional.

e) En su caso, las garantías y seguros ofrecidos por el proveedor del mercado en línea.

f) Los métodos de resolución de conflictos y, en su caso, el papel desempeñado por el proveedor del mercado en línea en la solución de controversias.

B) Requisitos formales y consecuencias de la infracción

Los arts. 98 (para contratos a distancia) y 99 (para contratos celebrados fuera de establecimiento mercantil) TRLCU regulan la forma en que ha de proporcionarse la

información y el modo en que ha de proporcionarse al consumidor la prueba de la celebración del contrato.

i) Contratos a distancia

i) Cabe destacar que la información se pondrá a disposición del consumidor y usuario de forma acorde con las técnicas de comunicación a distancia, en términos claros y comprensibles (art. 98.1 TRLCU).

ii) La norma regula especialmente el caso en que el espacio o tiempo para proporcionar la información son limitados (p.ej., teléfono móvil, anuncios de ventas televisivos), supuesto en el que permite que solo parte de la información se proporcione en el soporte específico, proporcionándose el resto de información de otra forma (art. 98.4 TRLCU), como un número de teléfono gratuito o un enlace a una página web del empresario.

iii) Cuando el empresario se pone en contacto telefónicamente con un consumidor y usuario para llevar a cabo la celebración de un contrato a distancia, deberá confirmar la oferta al consumidor y usuario por escrito, o salvo oposición del mismo, en cualquier soporte de naturaleza duradera. El consumidor y usuario sólo quedará vinculado una vez que haya aceptado la oferta mediante su firma o mediante el envío de su acuerdo por escrito, que, entre otros medios, podrá llevarse a cabo mediante papel, correo electrónico, fax o sms (art. 98.6 TRLCU). Se trata de un modo especial de perfección de los contratos telefónicos.

iv) El empresario deberá facilitar al consumidor y usuario la confirmación del contrato celebrado en un soporte duradero y en un plazo razonable después de la celebración del contrato a distancia, a más tardar en el momento de entrega de los bienes o antes del inicio de la ejecución del servicio. Tal confirmación incluirá toda la información precontractual requerida, salvo que ya se haya facilitado en soporte duradero y, cuando proceda, la confirmación del previo consentimiento expreso del consumidor y usuario y del conocimiento por su parte de la pérdida del derecho de desistimiento de conformidad con el artículo 103.m) TRLCU (art. 98.7 TRLCU).

v) En caso de que un consumidor o usuario desee que la prestación de servicios o el suministro de agua, gas o electricidad (no envasados) o de calefacción mediante sistemas urbanos, dé comienzo durante el plazo de desistimiento previsto en el artículo 104 TRLCU, y el contrato imponga al consumidor o usuario una obligación de pago, el empresario le exigirá que presente una solicitud expresa solicitando el comienzo del contrato, así como una declaración de que, una vez que el empresario haya ejecutado íntegramente el contrato, habrá perdido su derecho de desistimiento (art. 98.8 TRLCU).

ii) Contratos fuera de establecimiento mercantil

I) El empresario facilitará al consumidor y usuario la información exigida en papel o, si este está de acuerdo, en otro soporte duradero. Dicha información deberá ser legible y estar redactada al menos en castellano y en su caso, a petición de cualquiera de las partes, deberá redactarse también en cualquiera de las otras lenguas oficiales en el lugar de celebración del contrato y en términos claros y comprensibles (art. 99.1 TRLCU).

II) El empresario deberá facilitar al consumidor y usuario una copia del contrato firmado o la confirmación del mismo en papel o, si éste está de acuerdo, en un soporte duradero diferente, incluida, cuando proceda, la confirmación del previo consentimiento expreso del consumidor y usuario y del conocimiento por su parte

de la pérdida del derecho de desistimiento a que se refiere el artículo 103.m) TRLCU (arts. 99.2 TRLCU).

iii) En caso de que un consumidor o usuario desee que la prestación de servicios o el suministro de agua, gas, electricidad (no envasados) o de calefacción mediante sistemas urbanos, dé comienzo durante el plazo de desistimiento previsto en el artículo 104 TRLCU, y el contrato imponga al consumidor o usuario una obligación de pago, el empresario le exigirá que presente en un soporte duradero una solicitud expresa solicitando el comienzo del contrato, así como una declaración de que, una vez que el empresario haya ejecutado íntegramente el contrato, habrá perdido su derecho de desistimiento (art. 99.3 TRLCU).

iii) Consecuencias de la infracción

En caso de incumplimiento de la obligación de entregar la confirmación o la copia del contrato al consumidor, la consecuencia será que el consumidor podrá anular el contrato.

Art. 100 TRLCU:

“1. El contrato celebrado sin que se haya facilitado al consumidor y usuario la copia del contrato celebrado o la confirmación del mismo, de acuerdo con los artículos 98.7 y 99.2, podrá ser anulado a instancia del consumidor y usuario por vía de acción o excepción.

2. En ningún caso podrá ser invocada la causa de nulidad por el empresario, salvo que el incumplimiento sea exclusivo del consumidor y usuario (..)”.

C) Reglas especiales de ejecución en los contratos a distancia

a) Plazo de entrega del pedido

Salvo que las partes hayan acordado otra cosa, el empresario deberá ejecutar el pedido sin ninguna demora indebida y a más tardar en el plazo de 30 días naturales a partir de la celebración del contrato (art. 109 TRLCU).

b) Falta de ejecución del contrato

En caso de no ejecución del contrato por parte del empresario por no encontrarse disponible el bien o servicio contratado, el consumidor y usuario deberá ser informado de esta falta de disponibilidad y deberá poder recuperar sin ninguna demora indebida las sumas que haya abonado en virtud del mismo.

En caso de retraso injustificado por parte del empresario respecto a la devolución de las sumas abonadas, el consumidor y usuario podrá reclamar que se le pague el doble del importe adeudado, sin perjuicio a su derecho de ser indemnizado por los daños y perjuicios sufridos en lo que excedan de dicha cantidad (art. 110 TRLCU).

c) Sustitución del bien o servicio contratado a distancia

De no hallarse disponible el bien o servicio contratado, cuando el consumidor y usuario hubiera sido informado expresamente de tal posibilidad, el empresario podrá suministrar sin aumento de precio un bien o servicio de características similares que tenga la misma o superior calidad.

En este caso, el consumidor y usuario podrá ejercer sus derechos de desistimiento y resolución en los mismos términos que si se tratara del bien o servicio inicialmente requerido (art. 111 TRLCU).

d) Pago mediante tarjeta

Cuando el importe de una compra o de un servicio hubiese sido cargado fraudulentamente o indebidamente utilizando el número de una tarjeta de pago, el consumidor y usuario titular de ella podrá exigir la inmediata anulación del cargo. En tal caso, las correspondientes anotaciones de adeudo y reabono en las cuentas del empresario y del consumidor y usuario titular de la tarjeta se efectuarán a la mayor brevedad (art. 112.1 TRLCU).

Sin embargo, si la compra hubiese sido efectivamente realizada por el consumidor y usuario titular de la tarjeta y la exigencia de devolución no fuera consecuencia de haberse ejercido el derecho de desistimiento o de resolución, aquél quedará obligado frente al empresario al resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados como consecuencia de dicha anulación (art. 112.2 TRLCU).

D) Responsabilidad solidaria en los contratos celebrados fuera de establecimiento

En caso de contrato celebrado fuera de establecimiento mercantil, del cumplimiento de las obligaciones impuestas al empresario responderán solidariamente el empresario por cuya cuenta se actúe y el mandatario, comisionista o agente que hayan actuado en nombre propio (art. 113 TRLCU).

E) Desistimiento

a) Ejercicio del derecho

i) El régimen general del derecho de desistimiento se contiene en los arts. 68-79 TRLCU, se aplicará de manera supletoria al articulado específicamente para la contratación a distancia y fuera de establecimiento mercantil (art. 68.3 TRLCU). El desistimiento es la principal medida protectora de los consumidores frente a los riesgos y frustraciones que pueden generar esas modalidades contractuales y no puede ser renunciado por el consumidor. Según el art. 102.2 TRLCU: “Serán nulas de pleno

derecho las cláusulas que impongan al consumidor y usuario una penalización por el ejercicio de su derecho de desistimiento o la renuncia al mismo”.

ii) Como excepción, se excluye el derecho de desistimiento en los supuestos previstos en el art 103 TRLCU, en los cuales no es razonable que el consumidor pueda desistir del contrato: contratos de prestación de servicios que ya hayan sido completamente ejecutados; suministro de bienes o la prestación de servicios cuyo precio dependa de fluctuaciones del mercado financiero que el empresario no pueda controlar y que puedan producirse durante el período de desistimiento; suministro de bienes confeccionados conforme a las especificaciones del consumidor y usuario o claramente personalizados; suministro de bienes que puedan deteriorarse o caducar con rapidez; suministro de bienes precintados que no sean aptos para ser devueltos por razones de protección de la salud o de higiene y que hayan sido desprecintados tras la entrega; suministro de grabaciones sonoras o de vídeo precintadas o de programas informáticos precintados que hayan sido desprecintados por el consumidor y usuario después de la entrega; suministro de contenido digital que no se preste en un soporte material cuando la ejecución haya comenzado, etc.

iii) El consumidor puede desistir sin necesidad de alegar motivo alguno y sin incurrir ningún coste distinto de los previstos en los arts. 107.2 y 108.II TRLCU (art. 102.1 TRLCU).

iv) Conforme al art. 102.1 TRLCU el consumidor dispone, en general, de 14 días naturales para desistir. Sin embargo, en el caso de los contratos celebrados en el contexto de visitas no solicitadas efectuadas por el empresario en el domicilio del consumidor o usuario o de excursiones organizadas por el empresario con el objetivo o efecto de promocionar o vender bienes o servicios, el plazo de desistimiento se amplía a treinta días naturales (art. 102.2 TRLCU).

v) Según el art. 104 TRLCU, el plazo (14 o 30 días) se contará a partir de:

a) El día de la celebración del contrato en el caso de los contratos de servicios.

b) En el caso de los contratos de venta de bienes, el día que el consumidor y usuario o un tercero por él indicado, distinto del transportista, adquiera la posesión material de los bienes solicitados. Si se trata de la entrega de múltiples bienes o múltiples componentes, comienza cuando se ha recibido el último. Si se trata de contrato para la entrega periódica de bienes, a partir de adquirir la posesión material del primero de los bienes.

c) En el caso de los contratos para el suministro de agua, gas o electricidad (no envasados) o de calefacción mediante sistemas urbanos o de contenido digital que no se preste en un soporte material, el día en que se celebre el contrato.

vi) En caso de que el empresario omita la información que debe proporcionar sobre el derecho de desistimiento (arts. 97.1.j) y 97.4 TRLCU), el periodo de desistimiento

finalizará 12 meses después de la fecha de expiración del periodo de desistimiento inicial (art. 105.1 TRLCU). No obstante, si durante esos doce meses facilita la información, el plazo del desistimiento será el normal, a contar desde que se recibe la información (art. 105.2 TRLCU).

vii) En cuanto al ejercicio del desistimiento, el consumidor ha de comunicar al empresario su decisión de desistir del contrato dentro del plazo. Para ello podrá utilizar el modelo de formulario de desistimiento que figura en el anexo B de la Ley, o por medio de otro tipo de declaración inequívoca en la que conste su decisión de desistir del contrato (art. 106.1 TRLCU). Se considera ejercitado su derecho de desistimiento cuando haya enviado la comunicación antes de terminar el plazo, por tanto, se tendrá en cuenta la fecha de expedición de la declaración de desistimiento (art. 106.2 TRLCU). El empresario podrá ofrecer la opción de cumplimentar y enviar electrónicamente el modelo de formulario u otra declaración inequívoca a través de su sitio web, debiendo entonces proporcionar acuse de recibo del desistimiento en soporte duradero (art. 106.3 TRLCU).

En caso de contratos para el suministro de agua, gas, electricidad (no envasados) o calefacción mediante sistemas urbanos, en los que el suministro ya se estuviera realizando previamente a la contratación del servicio, salvo que expresamente se indique lo contrario, se entenderá el interés del consumidor en continuar con el suministro del servicio, volviendo a ser suministrado por su suministrador anterior. Por el contrario, si previamente a la contratación del servicio no se estuviera realizando el suministro, la solicitud de desistimiento supondrá la baja del servicio (art. 106.6 TRLCU).

viii) La carga de la prueba del ejercicio del desistimiento recaerá en el consumidor (art. 106.4 TRLCU). Por ello, es aconsejable utilizar un medio que permita probar que ha utilizado tal derecho en plazo (email, carta con acuse de recibo, reenvío de mercancía con acuse de recibo, etc.).

b) Efectos del desistimiento

i) Obligaciones y derechos del empresario

i) Según el art. 106.5 TRLCU: *“El ejercicio del derecho de desistimiento extinguirá las obligaciones de las partes de ejecutar el contrato a distancia o celebrado fuera del establecimiento, o de celebrar el contrato, cuando el consumidor y usuario haya realizado una oferta”.*

ii) El empresario reembolsará todo pago recibido del consumidor y usuario, incluidos, en su caso, los costes de entrega, sin demoras indebidas y, en cualquier caso, antes de que hayan transcurrido 14 días naturales desde la fecha en que haya sido informado de la decisión de desistimiento del contrato del consumidor y usuario (art. 107.1 TRLCU).

iii) No obstante lo anterior, **en caso de que el consumidor y usuario haya seleccionado expresamente una modalidad de entrega diferente a la modalidad**

menos costosa de entrega ordinaria, el empresario no estará obligado a reembolsar los costes adicionales que de ello se deriven (art. 107.2 TRLCU).

iv) Salvo en caso de que el empresario se haya ofrecido a recoger él mismo los bienes, en los contratos de venta, el empresario podrá retener el reembolso hasta haber recibido los bienes, o hasta que el consumidor y usuario haya presentado una prueba de la devolución de los bienes, según qué condición se cumpla primero (art. 107.3 TRLCU)

v) El Real Decreto-ley 24/2021 añade que el empresario deberá cumplir la normativa sobre datos personales del consumidor (art. 107.4 TRLCU), y se abstendrá de utilizar los contenidos creados por el consumidor al utilizar contenidos o servicios digitales (art. 107.5 TRLCU). Además, el consumidor o usuario podrá recuperar esos contenidos, sin cargo alguno, en un plazo razonable y en formato habitual legible (art. 107.6 y 7 TRLCU). Por su parte, el empresario podrá impedir cualquier uso posterior al desistimiento de los contenidos o servicios digitales (art. 107.8 TRLCU).

ii) Obligaciones y responsabilidades del consumidor o usuario

i) El consumidor o usuario deberá devolver los bienes o entregarlos al empresario (salvo que aquél se haya obligado a recogerlos), sin demora indebida, y a más tardar en el plazo de 14 días desde que comunique el desistimiento al empresario (art. 108.1 TRLCU). En su caso, se abstendrá de utilizar el contenido o servicio digital y de ponerlo a disposición de terceros (art. 108.3 TRLCU).

ii) **El consumidor o usuario soportará los costes directos de devolución** (sólo estos), salvo si el empresario ha aceptado asumirlos o no le ha informado de que le corresponde asumir esos costes (art. 108.1.II TRLCU).

iii) 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, el empresario recogerá a su propio cargo los bienes cuando, por la naturaleza de los mismos, no puedan devolverse por correo** (art. 108.1.III TRLCU).

iv) 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. **En ningún caso será responsable de la disminución de valor de los bienes si el empresario no le ha informado de su derecho de desistimiento con arreglo al artículo 97.1.i) TRLCU** (art. 108.2 TRLCU).

v) Cuando un consumidor y usuario ejerza el derecho de desistimiento tras haber realizado una solicitud de conformidad con lo dispuesto en los arts. 98.8 o 99.3 TRLCU (que comience la prestación de servicios durante el plazo de desistimiento, declarando que una vez ejecutado el contrato íntegramente perderá el derecho de desistimiento),

abonará al empresario un importe proporcional a la parte ya prestada del servicio (art. 108.4 TRLCU).

vi) El art. 108.5 TRLCU establece algunos supuestos en los que el consumidor no asumirá ningún coste tras ejercitar el derecho de desistimiento. Así, por ejemplo, cuando el consumidor no haya solicitado que se realice la prestación del servicio durante el plazo de desistimiento.

vii) Con excepción de lo dispuesto en los arts. 107.2 y 108 TRLCU, el consumidor y usuario no incurrirá en ninguna responsabilidad como consecuencia del ejercicio del derecho de desistimiento.