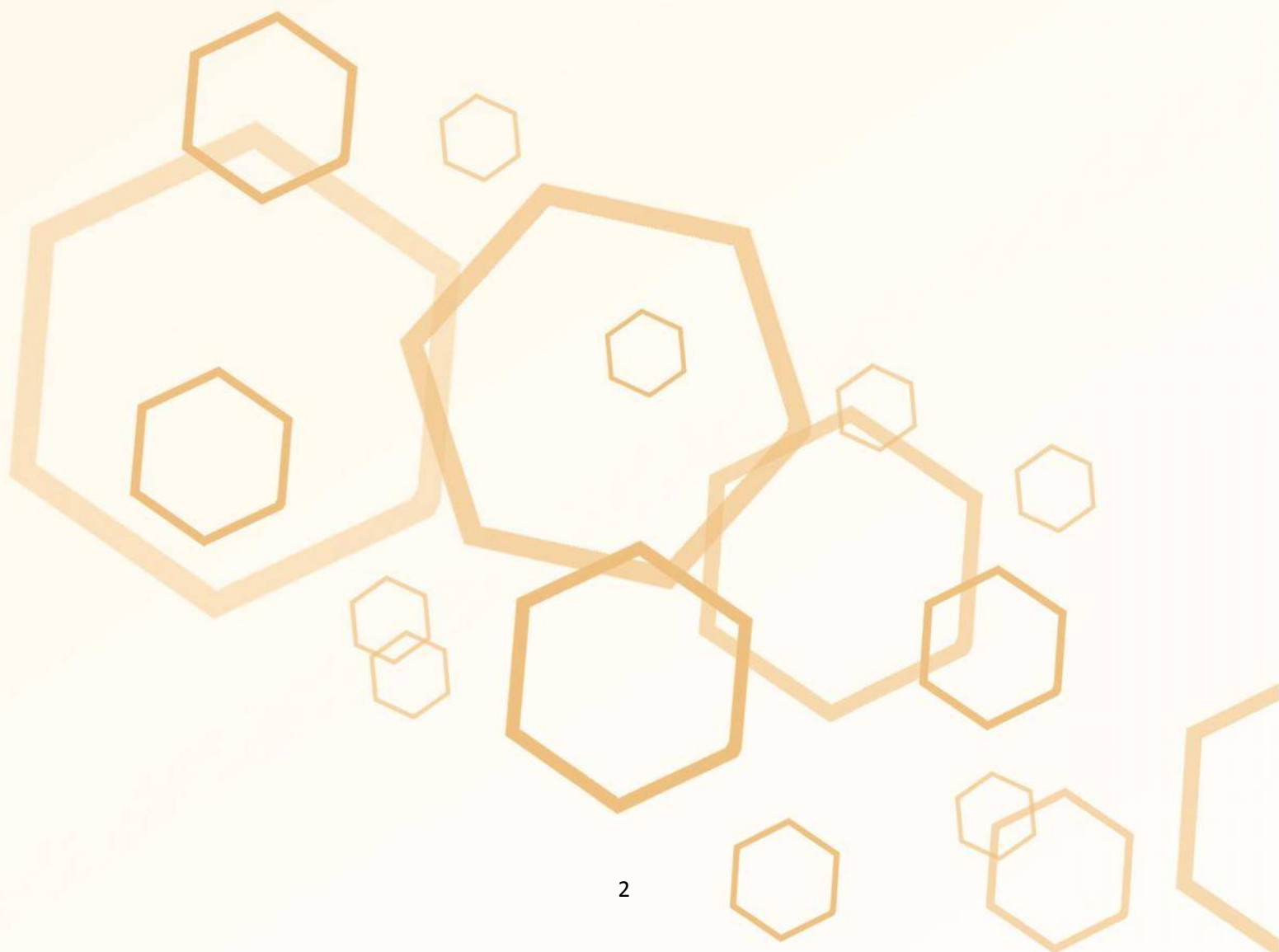


Análisis de la normativa vigente

TUS NUEVOS DERECHOS CON LA REFORMA DE LA LEY DE CONSUMIDORES



Consumidores en Acción



Sumario

1. Introducción	4
2. Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011 sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo	5
2.1 Objeto de la Directiva	5
2.1.1 Capítulo I, definiciones	6
2.1.2 Capítulo II, requisitos de información	9
2.1.3 Capítulo III, contratos a distancia y derecho de desistimiento	10
2.1.4 Capítulo IV, otros derechos	14
3. 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	16
3.1 Principales aportaciones al Texto Refundido de la Ley General de Consumidores y Usuarios (Trlgdcu)	18
3.1.1 Medios de pago	18
3.1.2 Entrega de bienes y transmisión del riesgo	19
3.1.3 Normas de Derecho Internacional Privado	21
3.1.4 Derecho de desistimiento	22
3.1.5 Cláusulas abusivas	24
3.1.6 Contratos celebrados a distancia y contratos celebrados fuera de establecimiento mercantil	26
4. Valoración sobre la transposición española de la Directiva 2011/83/UE	32
5. Bibliografía	35

1. Introducción

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, supone una de las transformaciones más significativas del contenido del Texto Refundido desde su creación por el Real Decreto Legislativo 1/2007 pues, aunque no se modifica un gran número de artículos, se efectúan cambios sobre aspectos que hoy por hoy son fundamentales en la interacción de todo consumidor con los diferentes agentes que intervienen en el mercado.

Esta nueva norma resultado es directo de la transposición en nuestro ordenamiento nacional de la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre la que la Comisión de las Comunidades Europeas ya indicó, mientras aún se encontraba en fase de proyecto, que *“[E]l problema de la fragmentación jurídica no puede ser resuelto de forma individual por los Estados miembros, ya que dicho problema se debe a la diferente implementación de las cláusulas de armonización mínima previstas en las Directivas vigentes por parte de los Estados miembros. Además, el hecho de responder de forma descoordinada a la evolución del mercado, así como a las lagunas y contradicciones entre las distintas legislaciones comunitarias de protección de los consumidores, genera una mayor fragmentación y agrava el problema. Solo una intervención comunitaria coordinada puede contribuir a la realización del mercado interior solucionando este problema”*¹.

Y es precisamente el origen de la Ley 3/2014 lo que ha condicionado que hayamos optado por estructurar el presente trabajo en tres apartados. A saber, un primero dirigido al estudio de la Directiva 2011/83/UE con el propósito de conocer las posibles modificaciones que pueden afectar de forma directa al consumidor en las legislaciones nacionales de los diferentes Estados miembro; un segundo apartado donde intentaremos analizar las principales novedades que se han efectuado sobre nuestro Texto Refundido, y un tercero en el que valoraremos la transposición de la Directiva 2011/83/UE realizada sobre el Derecho español, todo ello con el propósito de obtener una visión global del nuevo articulado de la principal norma del Derecho de consumo español.

¹ Propuesta de la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre Derechos de los Consumidores, punto 321 del contexto de la propuesta (<http://eur-lex.europa.eu/>).

2. Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011 sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo

2.1. Objeto de la Directiva

La Directiva 2011/83/UE establece en sus considerandos primero y segundo que *“(1) [L]a Directiva 85/577/CEE del Consejo, de 20 de diciembre de 1985, referente a la protección de los consumidores en el caso de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales, y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 1997, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia, otorgan diversos derechos contractuales a los consumidores. (2) Dichas Directivas han sido reexaminadas a la luz de la experiencia adquirida, a fin de simplificar y actualizar las normas aplicables y eliminar las incoherencias y lagunas no deseadas. Este reexamen ha mostrado que conviene sustituir las dos Directivas citadas por la presente Directiva”*.

Es decir, la presente Directiva realiza una reexaminación sobre las anteriores Directivas 85/577/CEE y 97/7/CE, estructurando estos cambios en seis capítulos:

- Capítulo I: Definiciones comunes en el ámbito del Derecho de consumo.
- Capítulo II: Información que debe ser otorgada por el empresario de forma previa a la constitución del contrato.
- Capítulo III: Regulación de contratos a distancia y del derecho de desistimiento.
- Capítulo IV: Otros derechos de los consumidores.
- Capítulo V: Normas técnicas relativas, principalmente, a la transposición de la Directiva.
- Capítulo VI: Disposiciones finales del texto.

De todos los capítulos que conforman el contenido de la Directiva 2011/83/UE, hemos considerado necesario entrar a valorar el contenido principal de los cuatro primeros por ser éstos los que afectan directamente al articulado de nuestro Texto Refundido y, consecuentemente, a la interacción diaria del consumidor con el mercado español y europeo².

² ARROYO APARICIO, A. (2013), “El impacto de la Directiva sobre Derechos de los Consumidores en el ordenamiento español”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, num.867/2013 (www.westlaw.es), pp. 1 y 2, “[L]os referidos supuestos a los que la Directiva se contrae

2.1.1 Capítulo I, definiciones

Uno de los artículos más relevantes de este capítulo es el artículo 2, donde se recoge una lista de quince conceptos con sus correspondientes definiciones³.

Entre dichas definiciones, una de las primeras que podemos resaltar es la de consumidor, contemplándose que debe considerarse así a *“[t]oda persona física que, en contratos regulados por la presente Directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresa, oficio o profesión”*.

Aunque en un principio puede sorprender que en esta Directiva se recoja una definición de un concepto tan básico como es el de consumidor, pues recordemos que esta Directiva no constituye el primer instrumento de armonización de Derecho de consumo realizado a nivel europeo, esta cuestión no es baladí, ya que toda ampliación y especificación sobre lo que debe entenderse por consumidor siempre supondrá una mayor garantía cuando, como es el caso, la definición se realiza

principalmente son los contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles (*door to door sales*) y los contratos a distancia. De tal manera que las directivas que regulan estas materias - 85/577/CEE y 97/7/CE, respectivamente- quedan derogadas y son sustituidas por la nueva regulación prevista en la Dir. 2011/83/UE. Originariamente se pretendía además que otras dos Directivas fueran sustituidas y derogadas; se trataba de la referida a las cláusulas abusivas - 93/13/CEE - y la referida a la venta y las garantías de bienes de consumo - 1999/44/CE -, si bien finalmente se optó por no llevar tal pretensión a cabo y únicamente se decidió que se vieran afectadas en algunos aspectos que quedan modificados por la DDC. La finalidad última de la DDC es la de proporcionar a los consumidores una protección uniforme cuando, por ejemplo, adquieran bienes en una tienda online a cualquier vendedor europeo. De ahí que se persiga garantizar que los consumidores reciban una información clara sobre el precio y cualquier otro cargo adicional antes de celebrar un contrato. También se unifica la regulación de los plazos de derecho de desistimiento, pues se había advertido que éstos eran absolutamente dispares en los distintos países de la UE (en unos países los plazos generales mínimos eran de 7 días -es el caso de Reino Unido o España- y en otros de 14 -el caso de Alemania-). Esta armonización de la regulación en cuanto a las garantías, las devoluciones o la entrega en plazo producirá sin duda una eliminación de los obstáculos que existen en las transacciones transfronterizas”.

³ Resaltando la importancia del elenco de definiciones recogido en el artículo 2, encontramos a RALUCA STROIE, I. (2012), “La Directiva 2011/83/UE, sobre los derechos de los consumidores, desde sus orígenes hasta la publicación en el diario oficial de la unión europea”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, N° 1/2012, pp. 3 y 4, “[E]n el objeto coinciden los dos textos, al referirse a la mejora del funcionamiento del mercado interior, pero en el artículo dedicado a las definiciones se puede constatar alguna diferencia, como por ejemplo las exclusiones del texto final de términos como “diligencia profesional”, “subasta”, “productor”, “intermediario” o modificaciones como en el caso de los “bienes” en el que la Propuesta excluye la electricidad, mientras que la Directiva establece que se considerará como tal, junto al agua y el gas, “en el sentido de la presente Directiva cuando estén envasados para la venta en un volumen delimitado o en cantidades determinadas”, del “contrato celebrado fuera del establecimiento mercantil” al que le añade el apartado d), que se refiere al “celebrado durante una excursión organizada por el comerciante con el fin de promocionar y vender productos o servicios al consumidor”, del “establecimiento mercantil” en el que restringe su ámbito al excluir las instalaciones de venta al por menor estacionales y los puestos de mercado y los “stands” de ferias, para que culmine con el ámbito de aplicación y sobre todo con el nivel de armonización que deja de estar totalmente garantizado al admitirse la aplicación de disposiciones más estrictas por parte de los Estados miembros en el ámbito normativo de las cláusulas abusivas y sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo, conforme a los artículos 32 y 33 de la Directiva”.

en un sentido extensivo⁴, aunque en lo que respecta al antiguo artículo 3 de nuestro Texto Refundido no parece aportar aspectos significativos⁵.

⁴ La definición de consumidor recogida en la Directiva 2011/83/UE fue criticada por el Comité Económico y Social Europeo cuando este Texto se encontraba aún en la fase de proyecto en el dictamen presentado en pleno los días 15 y 16 de julio de 2009 (2009/C 317/09) (<http://eur-lex.europa.eu/>), afirmando que “[E]l CESE considera que la Comisión deberá aclarar en el texto de la propuesta si las definiciones que contiene admiten, o no, un desarrollo complementario por los Estados miembros. La definición propuesta, estando en línea con la mayoría de los textos comunitarios, omite posicionarse en cuanto a la posible extensión del concepto cuando la persona física actúa con fines mixtos, reconocida en muchos de los Estados miembros, o a ciertas personas colectivas. Esta estricta definición de consumidor, interpretada de acuerdo con la jurisprudencia del TCE y de la Directiva 2005/29/CE relativa a las prácticas comerciales desleales, conjugada con la norma del art. 4 –que prohíbe disposiciones más rigurosas que tengan por objeto garantizar un nivel diferente de defensa de los consumidores– impide la protección de los consumidores vulnerables, categoría ésta que es permeable con los contratos cubiertos en la propuesta. Se debe señalar que la propia Directiva 2005/29/CE reconoce (art. 5, apartado 3) la existencia de consumidores vulnerables que también sería fundamental excepcionar aquí”.

⁵ En ese sentido, DE LA IGLESIA PRADOS, E. (2013), “Capítulo vigésimo segundo. La directiva 2011/83/UE de protección de los consumidores y su incidencia en el ordenamiento español”, en SUÁREZ LÓPEZ, J. M. (coordinador), *Derecho y consumo. Aspectos penales, civiles y administrativos*, Dykinson S.L., Madrid, pp. 751 y 752, “[E]l punto de partida para la precisión del ámbito de aplicación del contenido de la Directiva será, como no podía ser de otra forma, las relaciones celebradas entre un consumidor y un comerciante o empresario y, para precisar que ha de entenderse como tales, la Directiva procede a definir estas nociones, lo que lleva a cabo sin aportar grandes novedades ni alterar la situación preexistente. El consumidor será, recogiendo un concepto tradicional, toda persona física que, en los contratos regulados por la presente Directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresa, oficio o profesión, si bien el contenido de la noción expuesta ha de precisarse, toda vez que se le dota en la Directiva al consumidor de un contenido más extenso del tradicional a estos efectos, pues además del anterior se permite en algunos supuestos integrar dentro del mismo al sujeto parte en los contratos con doble finalidad, al entenderse que si el contrato se celebra con un objeto en parte relacionado y en parte no relacionado con la actividad comercial de la persona que lo lleva a cabo y el objeto comercial es tan limitado que no predomina en el contexto general del contrato, se ha de calificar a dicha persona como consumidor. De todos modos, en lo que no es innovadora la presente Directiva, como no puede serlo por la propia esencia de las causas que justifican la regulación, es en la exclusión de la noción de consumidor, en todo caso, de las personas jurídicas. La otra parte de la relación igualmente requiere la necesaria precisión de su concepto, debiéndose advertir que, a diferencia del tradicional empleo del término empresario, en la Directiva 2011/83/UE se le denomina comerciante, matiz terminológico que no altera sustancialmente su posición, procediéndose a definir como toda persona, con independencia de su condición de física o jurídica y de su naturaleza jurídica privada o pública que actúe, incluso a través de otra persona en su nombre o siguiendo sus instrucciones, con un propósito relacionado con su actividad comercial, empresa, oficio o profesión en relación con contratos objeto de regulación por la Directiva, contenido que, al igual que en el caso anterior, no altera la previsión interna española”.

En el mismo sentido, MARÍN LÓPEZ, M. J. (2014), “El “nuevo” concepto de consumidor y empresario tras la Ley 3/2014, de reforma del Trlgdcu”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, N° 9/2014, pp. 10 y 11, “[C]omparándolo con la redacción del art. 3 Trlgdcu anterior a la reforma, en una primera aproximación se advierten tres diferencias. En primer lugar, mientras éste se refiere a que el consumidor actúa “en un ámbito ajeno” a una actividad empresarial, la nueva norma requiere que el consumidor actúe “con un propósito ajeno” a la misma. Esta diferente redacción carece de consecuencia alguna. Pues ambas definiciones se basan en un criterio negativo. Lo relevante es que el consumidor actúe con un propósito ajeno, con unos fines ajenos, o en un ámbito ajeno a su actividad empresarial. La referencia al “propósito” (o a los “fines”, que es la expresión utilizada en el concepto de consumidor en la Directiva 2013/11/UE, de 21 de mayo de 2013, sobre resolución alternativa de litigios en materia de consumo) remite a un parámetro subjetivo. Pero la utilización del término “actuar” hace referencia a un criterio objetivo, que se aproxima al “acto de consumo”, según el cual lo decisivo no es el propósito o finalidad perseguida por el acreditado, que le llevó a la obtención de ese crédito, sino el destino efectivamente dado al bien o servicio recibido. Una segunda diferencia tiene que ver con la “actividad comercial, empresarial, oficio o profesión” como finalidad o propósito al que no puede ir destinada la actuación del consumidor. En el viejo art. 3 Trlgdcu el consumidor debía actuar en un ámbito ajeno a una “actividad empresarial o profesional”. Tampoco este cambio de redacción tiene consecuencias jurídicas. Los comentaristas del art. 3 Trlgdcu, en su anterior redacción, han destacado que la alusión a la actividad

Seguidamente, el artículo 2 desarrolla lo que debe entenderse por comerciante, indicando que será “[t]oda persona física o jurídica, ya sea privada o pública, que actúe, incluso a través de otra persona en su nombre o siguiendo sus instrucciones, con un propósito relacionado con su actividad comercial, empresa, oficio o profesión en relación con contratos regulados por la presente Directiva”.

A parte de la evidente divergencia entre el ámbito de actuación de un empresario y un consumidor, la principal diferencia entre ambos conceptos estriba, a nuestro entender, en que el consumidor siempre será persona física (siendo de esta forma el concepto de consumidor más restrictivo en la Directiva que en nuestro Derecho interno, como veremos más adelante)⁶, mientras que el empresario o comerciante puede ser tanto persona física como jurídica, así como persona jurídica pública o privada, lo que se encuentra en consonancia con nuestra legislación interna pues no olvidemos que la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común ya recogía la posibilidad de que nuestras Administraciones puedan actuar como sujetos de derecho privado.

En cuanto a los bienes, el artículo 2 contempla que debe considerarse como bien “[t]odo bien mueble tangible, excepto los bienes vendidos por la autoridad judicial tras un embargo u otro procedimiento. El agua, el gas y la electricidad se considerarán “bienes” en el sentido de la presente Directiva cuando estén envasados para la venta en un volumen delimitado o en cantidades determinadas”.

“empresarial o profesional” es redundante, y que hubiera bastado con referirse únicamente a la actividad empresarial. Pues dentro de la actividad empresarial está comprendida, sin duda, la actividad profesional. Lo mismo puede decirse en relación con las nuevas alusiones a la actividad comercial y al oficio. Son igualmente menciones innecesarias. Que se trata de conceptos intercambiables se infiere también del nuevo art. 3.II, que sólo se refiere a la actividad comercial o empresarial. En consecuencia, no hubiera sido necesaria una modificación legal”.

⁶ Con anterioridad a la Directiva analizada, el concepto de consumidor siempre ha sido interpretado de forma restrictiva por los diferentes organismos europeos, pudiéndose citar como ejemplo el Pronunciamiento de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Quinta) de 17 de marzo de 1998 (asunto C-45/96), donde se establece que “[E]l primer guión del artículo 2 de la Directiva 85/577/CEE, de 20 de diciembre de 1985, referente a la protección de los consumidores en el caso de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales debe interpretarse en el sentido de que un contrato de fianza celebrado por una persona física que no actúe en el marco de una actividad profesional está excluido del ámbito de aplicación de la Directiva cuando garantiza el reembolso de una deuda contraída por otra persona que actúe en el marco de su actividad profesional”.

En el mismo sentido, el Punto 15 de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Sexta) de 3 de julio de 1997 (asunto C-269/95), recoge que “[P]or lo que se refiere al concepto de consumidor, el párrafo primero del artículo 13 del Convenio define a éste como una persona que actúa “para un uso que pudiere considerarse ajeno a su actividad profesional”. Según jurisprudencia reiterada, del tenor y de la función de esta disposición resulta que ésta sólo se refiere al consumidor final privado que no participe en actividades comerciales o profesionales (sentencia Shearson Lehman Hutton, antes citada, apartados 20 y 22)”.

Consideramos que lo más llamativo de esta definición es la inclusión de los servicios de agua, gas y electricidad en el concepto bienes, lo que permite que la presente Directiva pueda ser aplicada en los contratos que conciernen a estos suministros⁷, tal y como se recoge en el artículo 3.

Sin embargo, entendemos que habría sido necesario incluir dentro de la definición de bien a los bienes inmuebles, pues que la definición citada se centre únicamente en “todo bien mueble tangible” puede llevar a concluir que los contratos de consumo que tengan como objeto bienes inmuebles se encuentren excluidos del articulado de esta norma.

2.1.2 Capítulo II, requisitos de información

Este capítulo se encuentra formado únicamente por el contenido del artículo 5, donde se reflejan los requisitos de información sobre aquellos contratos que no hayan sido celebrados a distancia o fuera de establecimiento mercantil.

De esta forma, el comerciante deberá facilitar de forma clara y comprensible al consumidor la siguiente información (salvo que la misma sea evidente por el contexto):

- a) Las características principales de aquellos bienes y servicios objeto del contrato.
- b) La identidad del comerciante (denominación social, dirección, etc.).
- c) El precio total de los bienes o servicios, incluidos los impuestos, requisito éste que en un pasado muy reciente, como es sabido, no era cumplido por determinados sectores comerciales, como por ejemplo el de las telecomunicaciones.
- d) Los procedimientos de pago, entrega, funcionamiento así como la fecha en la que el comerciante entrega el bien o ejecuta la prestación del servicio.
- e) Información relativa a la existencia de servicios postventa y garantías comerciales.
- f) La duración del contrato.

⁷ De esta forma, MARÍN LÓPEZ, M. J. (2012), “La directiva 2011/83/UE: esquema general, ámbito de aplicación, nivel de armonización y papel de los estados miembros”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, N° 1/2012, pp. 12 y 13, “[L]a Directiva se aplica también a los contratos de suministro de agua, gas, electricidad y calefacción mediante sistemas urbanos, incluso por parte de proveedores públicos, en la medida en que esas mercancías se suministren sobre una base contractual (art. 3.1). La calefacción mediante sistemas urbanos consiste en el suministro de calor, por ejemplo en forma de vapor o agua caliente, a partir de una fuente central de producción a través de un sistema de transmisión y distribución a múltiples edificios, a efectos de calefacción. A efectos de esta Directiva, estos contratos no deben ser clasificados como contratos de venta ni como contratos de servicios (Considerando n° 19). Este matiz es importante, pues supone la inaplicación a estos contratos de las reglas del Capítulo IV (arts. 17 a 22), que sólo entran en juego para los contratos de venta o/y de servicios”.

- g) Cuando proceda, la funcionalidad de los contenidos digitales.
- h) Cuando proceda, la interoperatividad del contenido digital.

En resumen, se establece la obligación de que el comerciante o empresario facilite al consumidor toda aquella información que podríamos calificar como básica de forma previa a la celebración del contrato.

2.1.3 Capítulo III, contratos a distancia y derecho de desistimiento

Este capítulo abarca los requisitos formales y de información de aquellos contratos excluidos del capítulo anterior, es decir, los contratos a distancia y celebrados fuera del establecimiento comercial.

Sin duda, el simple hecho de que se destine en la Directiva un capítulo completo a estos contratos muestra el interés del legislador comunitario en reforzar y armonizar las medidas de protección y las reglas de interacción entre consumidor y comerciante a nivel europeo⁸.

Y dentro de esta armonización que ha pretendido realizar el legislador europeo, consideramos que podemos resaltar dos aspectos, a nuestro entender, fundamentales. Por un lado, los requisitos de información previa a la realización de estos contratos y, por otro lado, la regulación del derecho de desistimiento.

Sobre el primer punto, los requisitos de información, podemos indicar que el artículo 6 establece que antes de que el consumidor quede vinculado por cualquier contrato a distancia o celebrado fuera de establecimiento mercantil le será facilitada la siguiente información:

- a) Las características principales de los bienes o servicios

⁸ MIRANDA SERRANO, L. M. (2012), "La Directiva 2011/83/UE sobre los derechos de los consumidores: una nueva regulación para Europa de los contratos celebrados a distancia y extramuros de los establecimientos mercantiles", *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, Nº 11, Sección Artículos, Segundo semestre de 2012, Editorial LA LEY (www.laley.es), pp. 5 y 6, "[L]a comparación de la definición de contrato a distancia de la Directiva 97/7/CE con la que ofrece la nueva Directiva 2011/83/UE permite constatar que se trata de nociones similares aunque no coincidentes. En particular, la Directiva 97/7/CE entiende por contrato a distancia el "celebrado en el marco de un sistema de ventas o de prestación de servicios a distancia organizado por el proveedor que, para dicho contrato, utiliza una o más técnicas de comunicación a distancia hasta la celebración del contrato, incluida la celebración del propio contrato" (art. 2.1). Por su parte, la Directiva 2011/83/UE define el contrato a distancia como el "celebrado en el marco de un sistema organizado de venta o prestación de servicios a distancia, sin la presencia física simultánea del comerciante y del consumidor, y en el que se han utilizado exclusivamente una o más técnicas de comunicación a distancia hasta el momento en que se celebra el contrato y en la propia celebración del mismo" [art. 2, 7)]. A la vista de esta última definición, dos son los elementos de naturaleza material u objetiva que caracterizan al contrato a distancia en la Directiva 2011/83/UE: 1.º) el enmarcarse dentro de un sistema de venta o de prestación de servicios a distancia, y 2.º) el celebrarse sin la presencia física simultánea de los contratantes, a través de técnicas de comunicación a distancia de cualquier naturaleza".

- b) La identidad del comerciante.
- c) Dirección del establecimiento, número de fax y de dirección de correo electrónico.
- d) Si es diferente a la dirección geográfica del establecimiento, la dirección geográfica de la sede del comerciante y, cuando proceda, la dirección geográfica del comerciante por cuya cuenta actúa.
- e) El precio total de los bienes y servicios, incluidos los impuestos.
- f) El coste de la utilización de la comunicación a distancia para la celebración del contrato.
- g) Los procedimientos de pago, entrega y funcionamiento, la fecha en que el comerciante se compromete a entregar los bienes o a ejecutar la prestación de los servicios, así como, cuando proceda, el sistema de tratamiento de las reclamaciones del comerciante.
- h) Las condiciones, el plazo y los procedimientos para ejercitar el derecho de desistimiento.
- i) Cuando proceda, la indicación de que el consumidor tendrá que asumir el coste de la devolución de los bienes en caso de desistimiento y, para los contratos a distancia, cuando los bienes, por su naturaleza, no puedan devolverse normalmente por correo, el coste de la devolución de los mismos.
- j) En aquellos casos en los que el consumidor desee que la prestación de servicios o el suministro de agua, gas, electricidad o calefacción mediante sistemas urbanos dé comienzo durante el plazo de desistimiento, el consumidor abonará al comerciante una parte proporcional a la ya prestada del servicio en el momento en que el consumidor haya informado al comerciante del ejercicio del derecho de desistimiento.
- k) La indicación de que al consumidor no le asiste un derecho de desistimiento o, cuando proceda, las circunstancias en las que el consumidor pierde el derecho de desistimiento.
- l) Un recordatorio de la existencia de una garantía jurídica de conformidad para los bienes.
- m) La existencia de asistencia posventa al consumidor, servicios posventa y garantías comerciales, así como sus condiciones.
- n) La existencia de códigos de conducta pertinentes.
- o) La duración del contrato.
- p) La duración mínima de las obligaciones del consumidor derivadas del contrato.

- q) La existencia y las condiciones de los depósitos u otras garantías financieras que el consumidor tenga que pagar o aportar a solicitud del comerciante.
- r) La funcionalidad de los contenidos digitales.
- s) Toda interoperatividad pertinente del contenido digital.
- t) La posibilidad de recurrir a un mecanismo no judicial de reclamación y recurso al que esté sujeto el comerciante y los métodos para tener acceso al mismo.

Como puede observarse, parte de los requisitos expuestos coinciden con las exigencias de información que la Directiva contempla para el resto de contratos, aunque otros requisitos son sustancialmente diferentes, posiblemente por la naturaleza propia de este tipo de contratos⁹.

Seguidamente, en lo que respecta al derecho de desistimiento, el artículo 9 contempla la novedad de que el consumidor dispondrá de un plazo de 14 días para ejercer dicho derecho, salvo en el supuesto en que el comerciante no hubiera facilitado al consumidor la información necesaria sobre el ejercicio de éste, en cuyo caso el periodo de desistimiento expirará 12 meses después de la fecha de desistimiento inicial que variará en función del contrato ante el que nos encontremos:

- a) Contratos de servicios: El día de la celebración del contrato.
- b) Contratos de venta: El día que el consumidor o un tercero por él indicado, distinto del transportista, adquiera la posesión material de los bienes solicitados.
- c) Contratos de suministro de agua, gas, electricidad o calefacción: El día en que se celebre el contrato.

⁹ A modo de ejemplo, MENDOZA LOSANA, A. I. (2012), "Los contratos a distancia y celebrados fuera de establecimiento mercantil tras la directiva 2011/83/UE. Relación con la directiva de comercio electrónico y la directiva de servicios", *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, N° 1/2012, pp. 48 y 49, "[C]omo corresponde a esta forma de contratación, el soporte papel no se configura como un medio preferente para facilitar la información precontractual o la confirmación del contrato. La prioridad de un soporte u otro depende de su adecuación a la técnica de comunicación a distancia utilizada, si bien siempre que dicha información se facilite en un soporte duradero, tendrá que ser legible (art. 8.1). Para facilitar la información previa, no se requerirá soporte duradero en todo caso. Si el contrato se realiza a través de una página web, la información se facilitará en línea, que no es un soporte duradero (cfr. cdo. 23), aunque ha de permitirse al destinatario archivar las condiciones generales aplicables a la contratación (arts. 10.3 Directiva 2000/31 y 27.4 LSSI5) ; si el contrato es telefónico, la información principal se facilitará en la conversación telefónica, remitiendo al consumidor a otro medio complementario para ampliar la información (web, envío por correo ordinario...) (art. 8.4). Por el contrario, la confirmación del contrato siempre requiere soporte duradero en un "plazo razonable" desde su celebración (según el art. 3 RD 1906/1999, siete días hábiles) y "a más tardar en el momento de entrega de los bienes o antes del inicio de la ejecución del servicio" (art. 8.7). Esta confirmación ha de incluir la información precontractual, si no se hubiera facilitado previamente en soporte duradero (art. 8.7, a) y en su caso, la confirmación del consentimiento del consumidor y de su conocimiento de la pérdida del derecho de desistimiento (art. 8.7, b)".

Además, esta Directiva pretende facilitar el ejercicio de este derecho a través de la incorporación en el Anexo I de un formulario para ejercer el desistimiento.

Igualmente, no podemos obviar que la Directiva recoge en su artículo 16 un listado de excepciones al derecho de desistimiento que encuentran su justificación principalmente en las características propias del objeto del contrato:

- a) Contratos de servicios: Una vez que el servicio haya sido completamente ejecutado, cuando la ejecución haya comenzado, con previo consentimiento expreso del consumidor y con el reconocimiento por su parte de que es consciente de que una vez que el contrato haya sido completamente ejecutado por el comerciante, habrá perdido su derecho de desistimiento.
- b) El suministro de bienes o la prestación de servicios cuyo precio dependa de fluctuaciones del mercado financiero.
- c) El suministro de bienes confeccionados conforme a especificaciones concretas dadas por el consumidor.
- d) El suministro de bienes que puedan caducar o deteriorarse con rapidez.
- e) El suministro de bienes precintados que no sean aptos para ser devueltos por protección de la salud o higiene.
- f) El suministro de bienes que después de su entrega se hayan mezclado de forma indisoluble con otros bienes.
- g) El suministro de bebidas alcohólicas cuyo precio haya sido acordado en el momento de celebrar el contrato de venta y que no puedan ser entregadas antes de 30 días, y cuyo valor real dependa de fluctuaciones del mercado que el comerciante no pueda controlar.
- h) Los contratos en los que el consumidor haya solicitado específicamente al comerciante que le visite para efectuar operaciones de reparación o mantenimiento urgente.
- i) El suministro de grabaciones sonoras o de vídeo precintadas o de programas informáticos precintados que hayan sido desprecintados por el consumidor después de la entrega.
- j) El suministro de prensa diaria, publicaciones periódicas o revistas, con la excepción de los contratos de suscripción para el suministro de tales publicaciones.

Aunque entendemos que se ha producido un esfuerzo sustancial por el legislador comunitario al pretender armonizar el plazo de desistimiento así como la facilitación de un anexo para ejercer el mismo, sin embargo, la armonización pretendida continúa teniendo algún aspecto mejorable pues, por ejemplo, como sostiene Bermúdez Ballesteros, “[S]e establece un plazo máximo

de 14 días para que el comerciante, en caso de desistimiento, reembolse al consumidor los pagos recibidos. Sin embargo, no contempla la Directiva el derecho del consumidor a reclamar por duplicado el importe adeudado en caso de que el empresario no proceda al reembolso en el plazo estipulado”¹⁰.

2.1.4 Capítulo IV, otros derechos

En lo que se refiere a la entrega de la posesión material del bien adquirido, el artículo 18 de la Directiva recoge como novedad el plazo máximo de 30 días a partir de la celebración del contrato.

Dicho de otra forma, el comerciante deberá poner a disposición del consumidor el bien en un máximo de 30 días desde la formalización de su compra, no siendo este plazo aplicable para los contratos de suministro de electricidad, agua, gas o calefacción¹¹.

Siempre y cuando el plazo de entrega no sea esencial y el comerciante no haya rechazado entregar los bienes, si el comerciante no cumple con el plazo señalado, el consumidor podrá emplazarlo a realizar la entrega del bien en un plazo adicional que se adecúe a las circunstancias del caso concreto.

Si el contrato es finalmente resuelto, el comerciante se verá obligado a reembolsar al consumidor todas las cantidades debidas en virtud del mismo, siendo esta acción compatible con el

¹⁰ BERMÚDEZ BALLESTEROS, M. S. (2012), "El derecho de desistimiento en la directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre derechos de los consumidores", *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, Nº 1/2012, p. 65

¹¹ GONZÁLEZ CARRASCO, M^a. C. (2012), "Incidencia en el derecho contractual de la directiva 2011/83/UE sobre los derechos de los consumidores", *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, Nº 1/2012, pp. 38 y 39, "[L]os artículos 18 y 20 de la Directiva (referidos a la entrega y a la transmisión del riesgo) contienen preceptos aplicables a los contratos de venta. A diferencia de los requisitos de información ya vistos, las reglas contenidas en los mismos no se aplicarán a los contratos para el suministro de agua, gas o electricidad — cuando no estén envasados para la venta en un volumen delimitado o en cantidades determinadas —, de calefacción mediante sistemas urbanos o el suministro de contenido digital que no se proporcione en un soporte material (art. 17). En los arts. 18 y 19, la Directiva 83/2011 se propone aclarar y armonizar las normas nacionales sobre *cuándo* debe producirse la entrega, a fin de unificar el régimen contractual de las entregas tardías y de los defectos existentes en la cosa en el momento de la misma. El lugar y las modalidades de entrega así como las normas relativas a la determinación de las condiciones para la transmisión de la propiedad de los bienes y el momento en que dicha transmisión siguen sometidos a la legislación nacional. En relación con el tiempo en la obligación de entrega, es de subrayar la influencia de las soluciones adoptadas en Convención de Viena de 11 de abril de 1980, sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías (a la que se adhirió España por instrumento de 17 de julio de 1.990), en su mayoría recopiladas como reglas, usos y prácticas del comercio internacional en los Principios sobre los contratos comerciales internacionales por el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT) en la regulación de la entrega. El artículo recoge la mayor aportación de la doctrina alemana al derecho de contratos incorporada a los textos internacionales: la conversión de un mero retraso no esencial en la obligación de entrega en incumplimiento esencial a través de un plazo extrajudicial concedido por el acreedor (*Nachfrist*). Si el comerciante no cumple su obligación de entrega de los bienes en el plazo acordado con el consumidor o en el plazo fijado en el apartado 1 (30 días), el consumidor lo emplazará a proceder a dicha entrega en un plazo adicional adecuado a las circunstancias. Si el comerciante no hace entrega de los bienes en dicho plazo adicional, el consumidor tendrá derecho a resolver el contrato".

resto de acciones que recoja la legislación nacional del Estado miembro aplicable al caso concreto, como por ejemplo, una indemnización por daños y perjuicios (en el caso español, artículos 1101 y siguientes del Código Civil)¹².

Seguidamente, el artículo 19 prohíbe cargar a los consumidores por el uso de determinados medios de pago tasas que superen el coste asumido por el comerciante por el empleo de tales medios, lo que se encuentra complementado con el artículo 22 donde se recoge que el comerciante deberá buscar el consentimiento expreso del consumidor para todo pago adicional a la remuneración acordada¹³.

Aunque estas limitaciones pueden calificarse como positivas, sin embargo, en lo que respecta al artículo 19, debemos señalar que el legislador europeo ha obviado la dificultad que puede conllevar para el consumidor probar el coste que asume el empresario por el empleo de un medio de pago y, por lo tanto, la dificultad que supondría la aplicación de este artículo.

Tras regular este capítulo, el plazo de entrega, que FACUA considera excesivo, y la no asunción de costes adicionales por el uso de determinados medios de pago, el artículo 20 establece que el riesgo de pérdida o deterioro de los bienes será transmitido al consumidor cuando él o un tercero por él indicado, distinto del transportista, hubiera adquirido la posesión material de los bienes. Además, el riesgo será transmitido al consumidor con la entrega al transportista cuando éste hubiera sido elegido por el consumidor sin haber sido propuesto previamente por el comerciante.

Por último, no podemos finalizar este apartado sin antes mencionar que el artículo 21 establece la novedad de que los Estados miembro vigilarán que el consumidor no esté obligado a pagar más de la tarifa básica para poder comunicarse telefónicamente con el comerciante, lo que supone un límite a los costes que el consumidor europeo pueda verse obligado a afrontar al contactar con el servicio de atención al cliente de una empresa.

¹² FENOY PICÓN, N. (2013), "La compraventa del Texto Refundido de consumidores de 2007 tras la Directiva 2011/83/UE sobre los derechos de los consumidores", *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXVI, fasc. II, p. 808, "«[P]edir daños y perjuicios». Es claro que el Considerando (53) de la Directiva 2011/83/UE alude al remedio de la indemnización de daños y perjuicios. El Código civil lo regula con carácter general en los artículos 1101 y ss. CC".

¹³ El Punto 16 de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 19 de julio de 2012, caso Verbraucherzentrale Bundesverband eV. (TJCE 2012/213), indica que "[A]demás, dicha exigencia corresponde a la prevista, de manera general, por lo que se refiere a los derechos de los consumidores, en materia de pagos adicionales, en el artículo 22 de la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (DO L 304, p. 64). En efecto, con arreglo a esta disposición, antes de que el consumidor quede vinculado por una oferta, el comerciante deberá buscar el consentimiento expreso del consumidor para todo pago adicional a la remuneración acordada para la obligación contractual principal, ya que ese consentimiento no puede deducirse por éste utilizando opciones por defecto que el consumidor debe rechazar para evitar ese pago adicional".

No obstante, FACUA entiende que se ha desaprovechado la oportunidad por el legislador europeo de establecer la gratuidad total de las comunicaciones de los consumidores con los servicios de atención al cliente de las diferentes empresas que actúen en el territorio comunitario.

De esta forma, este artículo ha sido transpuesto en el apartado 2 del artículo 21 Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, sin recogerse la gratuidad de los servicios telefónicos de atención al cliente, ni definiéndose con claridad que debe entenderse por tarifa básica, permitiéndose el uso que algunas empresas y Administraciones realizan de los servicios 901 y 902 o similares que suponen un mayor coste para el consumidor que una llamada ordinaria.

3. 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

La propia Ley 3/2014 recoge en su preámbulo que “[l]a directiva amplía la armonización de los ordenamientos internos de los Estados bajo un enfoque de armonización plena, con excepciones puntuales, e introduce modificaciones sustanciales en la vigente normativa europea en materia de contratos con los consumidores y usuarios, recogida en nuestro derecho interno a través del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias. En consecuencia, mediante esta ley se procede a modificar el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias, a fin de transponer al Derecho interno la Directiva 2011/83/UE”.

Dicho de otro modo, la nueva Directiva ha implicado que el legislador español haya tenido que realizar modificaciones sustanciales en el Texto Refundido de la Ley General de Consumidores y Usuarios.

Aunque podemos adelantar que el legislador español no se ha limitado a realizar una transposición literal de la Directiva, sino que ha optado por ampliar el contenido de su articulado, siendo un claro ejemplo de ello la definición del concepto de consumidor (como ya mencionamos en epígrafes anteriores), contemplándose, a diferencia del texto de la Directiva, la posibilidad de que las personas jurídicas ostenten la posición de consumidor y usuario (artículo 3 Trlgdcu)¹⁴.

¹⁴ Sobre la diferencia entre la definición de consumidor recogida en la Directiva y en el Texto Refundido, MARCOS FRANCISCO, D. (2012), “Hacia un derecho de consumo uniforme en la Unión Europea”, *Actualidad Civil*, Nº 12, Sección A Fondo, Quincena del 16 al 30 Jun. 2012, tomo 1, Editorial LA LEY (www.laley.es), p. 12, “[E]n principio podría pensarse que, como el concepto de consumidor

Ahora bien, aunque es cierto que, como indicábamos en los párrafos anteriores, la Ley 3/2014 tiene su origen en la Directiva comentada en el apartado I de este trabajo, debemos señalar que el Derecho de consumo español había sido criticado por diferentes Organismos Europeos con anterioridad a la promulgación de esta norma por su falta de armonización con el resto de Estados miembros, siendo un claro ejemplo de ello el Tribunal De Justicia de la Unión Europea quien ha cuestionado en algunas de sus resoluciones el contenido del Derecho de consumo español.

Baste recordar, a modo de ejemplo, cómo el punto 73 de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de junio de 2012 (asunto C-618/10), recogía que *“[A] la luz de cuanto antecede, procede responder a la segunda cuestión prejudicial que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro, como el artículo 83 del Real Decreto Legislativo 1/2007, que atribuye al juez nacional, cuando éste declara la nulidad de una cláusula abusiva contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, la facultad de integrar dicho contrato modificando el contenido de la cláusula abusiva”,* o como la aún más reciente Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de marzo de 2013 (asunto C-415/11), relativa a la aplicación de la Ley Hipotecaria española, estableció en su fallo que *“[L]a Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro, como la controvertida en el litigio principal, que, al mismo tiempo que no prevé, en el marco del procedimiento de ejecución hipotecaria, la posibilidad de formular motivos de oposición basados en el carácter abusivo de una cláusula contractual que constituye el fundamento del título ejecutivo, no permite que el juez que conozca del proceso declarativo, competente para apreciar el carácter abusivo de esa cláusula, adopte medidas cautelares, entre ellas, en particular, la suspensión del procedimiento de ejecución hipotecaria, cuando acordar tales medidas sea necesario para garantizar la plena eficacia de su decisión final”.*

Por todo ello, podemos empezar sosteniendo que la trasposición de la última Directiva existente sobre Derecho de consumo ha sido especialmente beneficiosa para la legislación nacional

español es más amplio que el de la Directiva al abarcar a las personas jurídicas que actúan en un ámbito ajeno al profesional o comercial, los consumidores españoles podrían llegar a verse perjudicados en el sentido de que, para transponerla, sería necesario, en la estudiada línea unificadora, descartar a las personas jurídicas como posibles consumidoras. Y ello sobre todo si tenemos en cuenta la doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (ahora, Tribunal de la Unión Europea) al interpretar y circunscribir el concepto de consumidor a las personas físicas. Sin embargo, la propia Directiva se ha preocupado de aclarar que *“la aplicación de las disposiciones de esta Directiva a aspectos no incluidos en su ámbito de aplicación ha de seguir siendo competencia de los Estados miembros, con arreglo al Derecho de la Unión. De este modo, un Estado miembro podrá mantener o introducir normas de Derecho interno que correspondan a las disposiciones de la presente Directiva o a algunas de las disposiciones de la misma respecto de contratos que queden fuera del ámbito de aplicación de la presente Directiva. Por ejemplo, los Estados miembros podrán decidir extender la aplicación de lo dispuesto en la presente Directiva a las personas jurídicas o físicas que no sean «consumidores» en el sentido de la presente Directiva, como organizaciones no gubernamentales, empresas de reciente creación o pequeñas y medianas empresas”* (Considerando 13”).

española en aras de proporcionar al consumidor y usuario una mayor armonización con respecto a las garantías existentes en nuestros Estados vecinos¹⁵.

3.1 Principales aportaciones al Texto Refundido de la Ley General de Consumidores y Usuarios (Trlgdcu)

3.1.1 Medios de pago

La primera modificación del Trlgdcu la encontramos en lo que podríamos denominar como modificaciones en los medios de pago.

Siguiendo el orden de los artículos modificados en el Trlgdcu, podemos comenzar indicando que el artículo 60 especifica que para que puedan ser válidos los pagos adicionales a la remuneración acordada éstos deben haber sido autorizados de forma expresa por el consumidor, correspondiendo la carga de la prueba de esta autorización a la figura del empresario¹⁶.

¹⁵ En la misma línea encontramos a MAGRO SERVET, V. (2014), "Análisis de la Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el texto refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios", *Revista La Ley*, 25 de junio de 2014 (www.laley.es), pp. 1 y 2, "[c]onsciente de estas necesidades el legislador ha aprobado la Ley 3/2014 de reforma de la de consumidores y usuarios para introducir diversas mejoras encaminadas, entre otras, a exigir a los empresarios un reforzamiento de la información al consumidor y usuario a través de la ampliación de los requisitos de esta naturaleza exigibles en los contratos con consumidores y usuarios, sobre todo en los celebrados a distancia, contratación telefónica, o por internet. Se exige, así, en la reforma una mejor información al consumidor y la prohibición de la oscuridad en cláusulas que puedan restringir los derechos del consumidor que suelen incluirse de forma que este no se entere bien de ellas, ya que por regla general se dan reiterados casos de defectuosa información que acaba con cláusulas oscuras o redactadas de tal manera que el consumidor no las conoce y que luego se le alegan en su contra cuando quiere ejercer derechos como la rescisión del contrato o el desistimiento, es decir, en los momentos en los que el consumidor se quiere desligar de su vínculo con la empresa suministradora del servicio y es aquí cuando empiezan los problemas para que el consumidor pueda romper el vínculo. En muchos casos por las dificultades para poder hablar con una «persona física» con la que poder resolver las dificultades, ya que estas empresas se suelen remitir a un número de teléfono que termina por agotar al más sufrido de los mortales ante las dificultades para contactar y, cuando esto se ha conseguido, para resolver esa pretensión de desvinculación con la empresa. Romper estos lazos suele ser aspiración difícil de conseguir en muchos casos y la legislación no puede dar cobertura o amparo a estos supuestos de situaciones de dominación empresarial sobre el consumidor".

¹⁶ Sobre la nueva redacción del artículo 60, ZURILLA CARIÑANA, M^a. Á. (2014), "La reforma de los artículos 60 y 97 en la Ley de modificación del Trlgdcu. ¿Hay algo nuevo que merezca la pena?", *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, N^o 9/2014, p. 63, "[E]l régimen general del deber de información precontractual se contiene, en el artículo 60 Trlgdcu. Dicho régimen se encuentra matizado y completado en otros preceptos no sólo del propio Texto Refundido (artículo 97- contratos a distancia-, o 152 - viajes combinados-) sino también, como ya se ha dicho, en numerosa legislación sectorial. A título de mero ejemplo pueden citarse las siguientes leyes: Ley 28/1998, de 13 de julio, de venta a plazos de bienes muebles, -artículos 7 y 13-; Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico -artículo. 27-; Ley 4/2012, de 6 de julio, de Aprovechamiento por Turno de Bienes de Uso Turísticos -artículo. 9-; Ley 43/2007, de 13 de diciembre, de Protección de los Consumidores en la Contratación de Bienes con Oferta de Restitución de Precio -artículo- 3-; RD 515/1989, sobre la Información a suministrar al consumidor en la compraventa de vivienda -artículos. 4, 6 y 10-; Ley 22/2007, de 11 de julio, de Comercialización a distancia de servicios financieros destinados a consumidores -artículos. 7 y 8-; RD 217/2008, de 15 de febrero, sobre régimen jurídico de las empresas que prestan servicios de inversión -artículos 63-66-; Ley 24/1988, de 28 de julio, reguladora del Mercados de Valores, artículo. 79 bis-, en relación

Seguidamente, en lo que se refiere a los medios de pago utilizados, el artículo 60 *ter* contempla que no se podrá facturar a los consumidores por el uso de determinados medios de pago aquellos cargos que superen el coste soportado por el empresario por el empleo de tales medios, correspondiendo al empresario (al igual que en el caso anterior) probar el cumplimiento de esta obligación.

Aunque es positivo que se establezca un límite a la cuantía que puede reclamar el empresario por el empleo de un medio de pago concreto así como que la carga de la prueba en esta situación deba corresponder al comerciante y no al consumidor; es opinión de esta asociación que debería haberse optado por prohibir el cargo de cualquier cantidad que pudiera derivar del uso de un medio de pago específico aceptado y ofertado por el propio empresario como medio válido para realizar la transacción, máxime cuando dicho medio puede ser el único puesto a disposición del consumidor.

Por otro lado, en estrecha relación con los artículos mencionados, otras de las novedades más llamativas la encontramos en el artículo 63 donde se recoge el derecho del consumidor a obtener factura en papel sin que la emisión de dicha factura pueda suponer ningún tipo de coste para éste, estando condicionada la factura electrónica a que el empresario haya conseguido previamente el consentimiento expreso del consumidor; lo que debería implicar la paralización de algunas actuaciones empresariales relativamente recientes principalmente originadas en el sector de las telecomunicaciones donde, como es sabido, algunas de estas empresas penalizan económicamente al consumidor por recibir la facturación en papel.

3.1.2 Entrega de bienes y transmisión del riesgo

Salvo que las partes acuerden libremente lo contrario, se entenderá que el empresario entregará los bienes adquiridos mediante la transmisión de su posesión material o control al consumidor en un plazo máximo de 30 días naturales, siempre y cuando el empresario no haya rechazado entregar los bienes o el plazo de entrega sea esencial.

En el supuesto de que el empresario no cumpliera con su obligación de entrega, el consumidor lo emplazará para que cumpla en un plazo adicional adecuado a las circunstancias, teniendo derecho el usuario a resolver el contrato si el empresario no cumpliera con este plazo adicional, en cuyo caso deberá reembolsar al consumidor todas las cantidades abonadas, sin perjuicio del derecho del usuario a reclamar los daños y perjuicios que pudiera haber padecido, correspondiendo la carga de probar el cumplimiento de los plazos indicados al empresario.

con la información a suministrar a los clientes de instrumentos financiero; Ley 35/2003, de Instituciones de Inversión Colectiva - artículo. 17-; Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio -artículo. 22-3; Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo -artículos. 10-12-4".

En relación al plazo de entrega mencionado así como el ejercicio del mismo, FACUA defiende que merece especial reproche el hecho de que fijándose un plazo dentro del cual (salvo pacto en contra) el empresario debe llevar a cabo su prestación y el consumidor debe ejercer su obligación de pago, se establezca la obligación por parte del consumidor de recordar al empresario que debe cumplir con sus obligaciones de entrega en plazo, máxime cuando el objetivo de esta norma deba ser proporcionar una mayor protección al consumidor frente a la figura del comerciante. Por tanto, no debería condicionarse la posibilidad de resolver el contrato ante el incumplimiento del plazo por parte del empresario a un requerimiento previo del consumidor con el que conceder un plazo adicional para la entrega, sino que ante tal incumplimiento el usuario debería poder exigir entre el cumplimiento o la resolución del contrato, todo ello con independencia de una posible indemnización por daños derivados de dicho incumplimiento, tal y como recoge el artículo 1124 del Código Civil.

Tras exponer el nuevo plazo de entrega de la transmisión de la posesión del bien adquirido por el consumidor, debemos entrar a valorar la titularidad de la responsabilidad del estado de conservación de dicho bien.

Esta responsabilidad variará según las circunstancias que se den en cada caso concreto:

1.- Cuando el consumidor, o un tercero por él designado diferente a la persona del transportista haya adquirido la posesión material del bien, el riesgo sobre la pérdida o deterioro de éste pasará a ser del consumidor desde el momento en que reciba el mismo.

2.- Cuando sea el consumidor quien encargue el transporte de los bienes o el transportista elegido para efectuar dicho traslado no sea uno de los propuestos por el empresario, el riesgo sobre el deterioro o pérdida del bien corresponderá al consumidor desde el momento en que estos bienes hayan sido entregados al transportista.

Es decir, la elección del transportista por el consumidor o por el empresario determinará el momento en el que el consumidor es responsable del estado del bien.

Finalmente, debemos señalar que conforme a lo establecido en el artículo 66 *quáter* del Trlgdcu queda prohibido el envío y el suministro al consumidor y usuario de bienes, de agua, gas, 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.

Además, 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.

Asimismo, la falta de respuesta por parte del consumidor a dicho envío, suministro o prestación de servicios, no podrá ser considerada en ningún caso como un medio de aceptación del bien o servicio recibido.

3.1.3 Normas de Derecho Internacional Privado

El artículo 67 contempla la normativa aplicable cuando el consumidor interactúe con comerciantes o empresarios cuyo domicilio social se encuentre fuera de las fronteras nacionales, optando este artículo por derivar la cuestión al Reglamento (CE) nº. 593/2008 (más conocido como Reglamento Roma I) así como por las demás disposiciones del Derecho de la Unión Europea que les sean de aplicación, lo que consideramos no aporta ninguna novedad, pues, como es conocido, los Reglamentos Europeos son normas de aplicación directa, o dicho de otro modo, no era necesaria la modificación del artículo 67 del Trlgdcu para aplicar el Reglamento Roma I¹⁷.

Seguidamente, este artículo especifica que las normas recogidas en el propio Trlgdcu relativas a las cláusulas abusivas y al régimen de garantía de los productos serán aplicables a los consumidores y usuarios cualquiera que sea la ley elegida por las partes para regir el contrato, siempre y cuando el empresario guarde una estrecha relación con el territorio de un Estado miembro, es decir, cuando el empresario ejercite sus actividades en uno o varios territorios miembros del espacio económico europeo.

¹⁷ En sentido similar, TORRALBA, E. (2014), "Las reglas de derecho internacional privado en la reforma de la Lgdcu", *Revista Cesco de Derecho de Consumo*, Nº 9/2014, p. 18, "[L]a regla de Derecho internacional privado recogida en el artículo 67 de la Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el texto refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias no altera en lo sustancial la regulación anterior. La aparente novedad de la introducción de un primer párrafo no presente en el texto hasta ahora en vigor no es tal y la eliminación de la referencia a las disposiciones relativas a los contratos a distancia responde a las reformas de la legislación europea en la materia. Los párrafos segundo y tercero se mantienen casi inalterados, lo que no deja de ser una ocasión perdida para llevar a cabo aquellas modificaciones que hubieran supuesto una mejor adecuación de nuestra legislación a las reglas de Derecho internacional privado del Reglamento Roma I (el "Reglamento") y de las Directivas en materia de protección de los consumidores".

CALVO CARAVACA, A. (2009), "El Reglamento Roma I sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales: cuestiones escogidas", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 1, Nº 2, p. 86, "[L]os contratos de consumo son objeto de un extenso precepto (el art. 6 Reg. Roma I), que es una norma de conflicto, cuya principal característica es la restricción de la autonomía de la voluntad en aras de la protección del consumidor. La ley rectora de un contrato internacional de consumidores es la ley del país de residencia habitual del consumidor, salvo que las partes hayan elegido otra ley estatal que disponga un mayor nivel de protección para el consumidor".

GÓMEZ POMAR, F., GANUZA, J. J. (2014), "The Role of Choice in the Legal Regulation of Consumer Markets: A Law and Economic Analysis", *Indret* 1/2014 (www.indret.com), p. 14, "[A]s is well-known, Art. 6. 1 and 2 of Rome I Regulation, for most consumer transactions (not when the consumer is physically shopping abroad, or is actively seeking transactions in a foreign country, since then the principle of freedom of choice prevails) choice of legal regime is significantly constrained, since it is not allowed that choice of law clauses deprive consumers of the level of protection provided by the mandatory rules of the legal system of the country in which the consumer has his or her habitual residence".

3.1.4 Derecho de desistimiento

Las modificaciones realizadas sobre el derecho de desistimiento constituyen junto a las modificaciones sobre el régimen de compraventa a distancia (que analizaremos en el apartado correspondiente) la materia que ha sido objeto de los cambios más sustanciales tras la entrada en vigor de la Ley 3/2014.

A pesar de ello, debemos resaltar que el contenido general del derecho de desistimiento recogido en el Capítulo II del Título I del Libro Segundo del Trlgdcu únicamente será aplicable en aquellas situaciones en las que este derecho sea reconocido al consumidor en los supuestos previstos legal o reglamentariamente, o bien cuando el empresario decida ofertarlo y siempre y cuando en ambos casos el ejercicio del desistimiento no se encuentre desarrollado.

El primer punto que debemos resaltar es que el plazo para ejercer el derecho de desistimiento ha sido duplicado pasando de 7 días naturales a 14, siempre que el empresario hubiera cumplido con su deber de información y documentación recogido en el propio Trlgdcu. En caso contrario, el plazo para el ejercicio del derecho de desistimiento finalizará a los 12 meses a contar desde que se entregó el bien contratado o desde que se hubiera celebrado el contrato si el objeto de éste fuera la prestación de algún servicio¹⁸.

Cuando el consumidor haya decidido ejercer el derecho de desistimiento, el empresario estará obligado a devolver las sumas abonadas por el consumidor sin retención alguna de gastos, debiendo realizarse dicha devolución antes de que hayan transcurrido 14 días naturales desde la fecha en que haya sido informado.

Igualmente, si del contrato principal celebrado entre consumidor y empresario derivasen contratos complementarios, éstos últimos se extinguirán automáticamente al ejercer el derecho de desistimiento sobre el contrato principal, excepto cuando estos contratos sean complementarios de contratos celebrados a distancia en los que el consumidor soportará los costes directos de devolución de los bienes (salvo si el empresario se ha comprometido expresamente a asumirlos); y en aquellos casos en los que se entregase al empresario el bien adquirido a través de una modalidad de entrega diferente a la modalidad menos costosa de entrega ordinaria, ya que en estas situaciones el empresario tampoco estará obligado a reembolsar los costes adicionales que de ello se deriven.

¹⁸ GONZÁLEZ GARCÍA, S. (2014), "Las 10 claves de la Ley 3/2014, que modifica el Texto Refundido de la Ley para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (Ley 3/2014, de 27 de marzo. BOE de 28 de marzo)", *Revista La Ley*, 07 de mayo de 2014 (www.laley.es), p. 7, "[S]e amplía el plazo mínimo para ejercer el derecho de desistimiento a 14 días naturales (frente a los 7 días hábiles previstos hasta ahora) desde la recepción del bien objeto del contrato o desde la celebración de este último si su objeto fuera la prestación de servicios (de conformidad con el Reglamento CEE, Euratom n.º 1182/71 del Consejo, de 3 de junio de 1971, por el que se determinan la normas aplicables a los plazos, fechas y términos). Además, en caso de que el empresario no facilite al consumidor y usuario la información sobre el derecho de desistimiento, se amplía el plazo para desistir del contrato hasta 12 meses después de la fecha de expiración del período de desistimiento inicial".

En el caso de que el producto adquirido haya sido financiando total o parcialmente mediante un crédito, el ejercicio del derecho de desistimiento implicará la resolución del crédito sin penalización alguna para el consumidor y usuario.

Por último, antes de finalizar este epígrafe debemos detenernos en el artículo 74 destinado a las consecuencias derivadas del derecho de desistimiento, y más concretamente en su apartado 4 en el que se indica que en el caso de que el usuario incumpla el compromiso de permanencia adquirido con la empresa, la penalización por baja prematura del vínculo contractual será proporcional al número de días no efectivos del compromiso de permanencia acordado, por lo que las penalizaciones por incumplimiento del contrato de permanencia deberán ser prorrateadas en función del periodo de permanencia que quede por cumplir¹⁹.

Y aunque, a nuestro entender, el contenido del apartado cuarto del artículo 74 hubiera tenido un encaje más lógico en alguno de los artículos del Texto Refundido que regulan las disposiciones generales en los contratos con consumidores y usuarios como, por ejemplo, en el apartado tercero del artículo 62 donde se recoge el derecho del consumidor a poner fin al contrato en la misma forma en que lo celebró sin ningún tipo de sanción o de cargas onerosas o desproporcionadas, en lugar de un artículo dirigido a regular las consecuencias del ejercicio del derecho de desistimiento; sin lugar a dudas, el nuevo artículo 74.4 responde a un requerimiento que tanto por gran parte de los

¹⁹ BOTANA GARCÍA, G. (2014), "Comentario de urgencia a la reforma del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias", *Diario La Ley*, N° 8301, Sección Doctrina, 30 de Abril de 2014, Editorial LA LEY (www.laley.es), p. 11, "[E]l Capítulo II del Trlgdcu recoge una regulación general del derecho de desistimiento de un contrato, no sin antes advertir que dicho derecho se regirá en primer término por las disposiciones legales que lo establezcan en cada caso y en su defecto por lo dispuesto en el Capítulo. En consecuencia, la finalidad de esta regulación no es solamente establecer un régimen común a todos aquellos casos en que la ley otorga al consumidor la facultad de desistir de un contrato, sino también servir de Derecho supletorio en aquellos casos en que la facultad de desistimiento constituye una concesión voluntaria del empresario. La Directiva sobre Derechos de los Consumidores regula exclusivamente el derecho de desistimiento en los contratos a distancia y los contratos celebrados fuera del establecimiento. Se reforma el plazo para el ejercicio del derecho de desistimiento, art. 71 Trlgdcu, con la finalidad de incorporar la Directiva sobre Derechos de los Consumidores. Con la reforma el plazo mínimo pasa a ser de siete días hábiles a catorce días naturales para ejercer el derecho de desistimiento. Para determinar la observancia del plazo para desistir se tendrá en cuenta la fecha de expedición de la declaración de desistimiento. Siempre que el empresario haya cumplido con el deber de información y documentación establecido en el art. 69.1 Trlgdcu, el plazo de 14 días naturales se computará desde la recepción del bien objeto del contrato o desde la celebración de éste si el objeto del contrato fuera la prestación de servicios. Pero si el empresario no hubiera cumplido con el deber de información y documentación sobre el derecho de desistimiento, el plazo para su ejercicio finalizará doce meses después de la fecha de expiración del periodo de desistimiento inicial, a contar desde que se entregó el bien contratado o se hubiera celebrado el contrato, si el objeto de éste fuera la prestación de servicios. Si el deber de información y documentación se cumple durante el citado plazo de doce meses, el plazo legalmente previsto para el ejercicio del derecho de desistimiento empezará a contar desde ese momento. Es decir, que en caso de incumplimiento del deber de información y documentación se amplía el plazo de tres meses a doce meses para poder ejercer el derecho de desistimiento. Respecto a las consecuencias del ejercicio del derecho de desistimiento, la única novedad es la prevista, en el apartado cuarto del art. 74 Trlgdcu, de nuevo cuño, donde se dispone que 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".

consumidores españoles como desde FACUA²⁰ se lleva realizando desde hace bastante tiempo especialmente en el sector comercial de la telefonía, en el que con anterioridad a esta reforma del Trlgdcu la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ya sostuvo en su acuerdo adoptado en la sesión 25/07 celebrada el día 12 de julio de 2007, que *“[L]a cantidad del apoyo económico recibido y el número de meses de su compromiso de permanencia serán los pactados con el cliente en el anverso del contrato. El cliente podrá darse de baja en el servicio Movistar en todo momento o cambiar a un plan de precios que implique un menor compromiso de consumo, si bien en estos supuestos, deberá abonar a Telefónica Móviles España, S.A.U. una cantidad proporcional al apoyo económico recibido y al número de meses que ha respetado su compromiso de permanencia”*.

Sin embargo, no pretendiendo minusvalorar el contenido del artículo 74.4, debemos sostener que el legislador español podría haber aprovechado la oportunidad para incluir en el articulado del Trlgdcu la obligación de liberar de forma gratuita el uso de aquellos equipos tecnológicos vinculados al contrato rescindido, como los terminales móviles, aunque existiese un compromiso de permanencia vigente entre el usuario y la empresa con la que se finaliza el compromiso contractual, tal y como desde FACUA se ha solicitado en reiteradas ocasiones²¹.

3.1.5 Cláusulas abusivas

La única modificación que incorpora la Ley 3/2014 al Texto Refundido sobre el régimen de regulación de las cláusulas abusivas (siendo esta regulación uno de los principales apartados que recoge nuestra legislación de consumo) se encuentra en el artículo 83 (además de la referencia realizada en el nuevo artículo 67 y que ya analizamos en el apartado referente a las normas de Derecho internacional privado) que queda redactado de la siguiente forma, *“[L]as 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”*²².

²⁰ A modo de ejemplo, podemos señalar las siguientes notas de prensa (enlaces consultados el 11/10/14): <https://www.facua.org/es/noticia.php?Id=8612>; <https://www.facua.org/es/noticia.php?Id=8308>; <https://www.facua.org/es/noticia.php?Id=8138>

²¹ A modo de ejemplo, podemos señalar las siguientes notas de prensa (enlaces consultados el 11/10/14): <https://www.facua.org/es/noticia.php?Id=8564>; <https://www.facua.org/es/noticia.php?Id=8341>; <https://www.facua.org/es/noticia.php?Id=7544>; <https://www.facua.org/es/noticia.php?Id=7523>; <https://www.facua.org/es/noticia.php?Id=8703>

²² Aunque la reciente entrada en vigor de la Ley 3/2014 conlleva una gran dificultad a la hora de encontrar jurisprudencia que desarrolle e interprete el articulado de la misma, es posible hallar alguna sentencia que recoja la nueva redacción del artículo 83, siendo ejemplo de ello el Fundamento Jurídico tercero de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid núm. 142/2014, de 25 de abril (JUR 2014/159284), “[D]octrina que la recientísima Ley 3/2014, de 27 de marzo, ha incorporado a nuestro ordenamiento jurídico

Sobre la nueva redacción de este artículo, podemos afirmar que se encuentra en consonancia con el principio de conservación de los contratos que nuestro Código Civil recoge en su articulado y que así ha sido admitido por la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo²³. A modo de ejemplo, podemos mencionar la acción de anulabilidad (artículo 1300 CC) o el hecho de que la anulación de la cláusula penal no conlleve la derogación de la obligación principal (artículo 1155 CC).

En definitiva, entendemos como algo lógico y positivo que el legislador haya decidido incluir el principio de conservación de los contratos en la legislación especial de consumidores y usuarios²⁴.

modificando el artículo 83 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre". Aplicando dicha doctrina al presente caso, discrepamos de lo expuesto por la recurrente en el sentido de que no cabe apreciar de oficio el carácter abusivo de los intereses moratorios, habiendo declarado expresamente lo contrario la reciente STS de 9 de mayo de 2013, y, en consecuencia, al igual que sucedió en el asunto resuelto mediante nuestra sentencia de 16 de abril de 2014, procede estimar sólo parcialmente el presente recurso, revocando la sentencia contra la que se apela y dictando otra en su lugar por la que, estimando también parcialmente la demanda origen de estas actuaciones, condenamos a la demandada al pago de la cantidad que resulte de la nueva liquidación del saldo deudor que deberá realizar la acreedora partiendo de los conceptos contenidos en la que efectuó el 31 de mayo de 2010 (folios 26 y 27), pero excluyendo la aplicación de la cláusula relativa al interés de demora, por ser abusiva, de modo que solo proceder a la repercusión del interés ordinario o remuneratorio, todo ello a practicar en período de ejecución de conformidad con lo dispuesto en el artículo 219 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

²³ A modo de ejemplo, el Fundamento Jurídico tercero de la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de mayo de 1991 (RJ 1991/3947), indica que "[l]a Sala «a quo» ha buscado y hallado un sentido útil del contrato, contrapuesto también a la voluntad común de las partes, que no se propusieron que el suministro de agua a las parcelas vendidas a la recurrida corriese a cargo de un tercero, exonerando a la recurrente de la obligación claramente contraída de verificar las instalaciones idóneas para la efectividad de tal suministro. Todo ello en conexión con el llamado principio de conservación del contrato y con su interpretación sistemática, dada la esencialidad del suministro de agua potable para un cierto número de viviendas que se construyeron en las parcelas adquiridas; sin que ello suponga en modo alguno alejarse o desligarse de la intención de los contratantes, sino atenerse a ella según aquellos criterios de objetividad y lógica antes aludidos".

En el mismo sentido, el Fundamento Jurídico segundo de la Sentencia 27 de mayo de 1988 del Tribunal Supremo (RJ 1988/4344) establece que "[C]ontrariamente la sentencia aprecia una conducta inicial de cumplimiento, por ambas partes y una discrepancia de escasa cuantía, en el total del precio (687.500 pesetas sobre un total de 11.900.000 pesetas), determinada por una modificación del proyecto, que le lleva a la conclusión de hacer uso de la facultad que concede el párrafo 3º del citado artículo y fija un plazo prudencial para complementar las prestaciones, en aplicación del principio de conservación del contrato, que tiene su base legal en los criterios que inspiran los artículos 1258 y 1284 del Código Civil".

²⁴ BERROCAL LANZAROT, A. I. (2014), "Líneas maestras de la ley 3/2014, de 27 de marzo por la que se modifica el Texto Refundido de la ley general para la defensa de los consumidores y usuarios", *Actualidad Civil*, N° 6, Sección Actualidad Legislativa, Junio 2014, tomo 1, Editorial LA LEY (www.laley.es), p. 11, "[L]a Ley procede a dar cumplimiento a la sentencia de 14 de junio de 2012, en el asunto C- 618 Banco Español de Crédito. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha interpretado la Directiva 93/13/CE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, en lo que respecta al art. 83 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado mediante Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre. En concreto, el Tribunal entiende que España no ha adaptado correctamente su Derecho interno al art. 6, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE".

En sentido similar, CLAVERÍA GOSÁLBEZ, L. H. (2014), "La progresiva degradación de nuestro ordenamiento en materia de cláusulas contractuales abusivas", *Revista Aranzadi Doctrinal*, num.2/2014 (www.westlaw.es), pp. 2 y 3, "[E]sta «nulidad» es una invalidez (ineficacia debida a irregularidades intrínsecas al proceso formativo del negocio), pero se trata de una figura intermedia entre la nulidad propiamente dicha y la anulabilidad. Estamos ante una nulidad parcial coactiva, en cuanto que, suprimida la cláusula abusiva, se mantiene en pie el resto del contrato aunque el predisponente pruebe que él no habría contratado sólo con las cláusulas correctas, con la finalidad de que el adherente conserve el bien o el servicio".

Sin embargo, FACUA considera que en el Trlgdcu se lleva a cabo una excesiva judicialización de la determinación del carácter abusivo de una cláusula contractual en la contratación con consumidores y usuarios, pues es posible encontrar resoluciones de algunas Administraciones Públicas en las que se califican como abusivas determinadas cláusulas en el ámbito del consumo²⁵.

3.1.6 Contratos celebrados a distancia y contratos celebrados fuera de establecimiento mercantil

Se entenderá como contratos celebrados a distancia aquellos que se realicen sin la presencia física simultánea del empresario y el consumidor y en los que se hayan utilizado exclusivamente una o más técnicas de comunicación a distancia (correo postal, internet, teléfono o fax)²⁶, salvo aquellos contratos que se encuentran comprendidos en el nuevo artículo 93²⁷, de los que FACUA entiende que

²⁵ A modo de ejemplo, podemos citar las siguientes resoluciones de la Comisión de Cooperación de Consumo:

- Consulta Nº 6 (REF.: SANAC/1231/2012/F), de 23 de julio de 2012: “[E]n función de estas consideraciones, partiendo de la valoración como abusiva de la práctica que realizan las operadoras telefónicas de bloquear el terminal en los términos referidos, y en respuesta a las preguntas concretas planteadas por la Junta de Andalucía cabe concluir lo siguiente: 1. En el supuesto de que un usuario haya adquirido un terminal “subvencionado” y haya finalizado el período de permanencia o, en caso de querer resolver el contrato, haya abonado la penalización correspondiente; teniendo en cuenta que por parte del consumidor se ha cumplido con las obligaciones contractuales, y la empresa, conforme a los requisitos que ella misma establece en el contrato, ha recuperado el importe del terminal subvencionado, el operador no puede negarse a liberar el terminal, cobrar al usuario por facilitar el código para el desbloqueo o dilatar en el tiempo la entrega del código cuando el usuario ya ha cumplido con su parte del contrato. 2. En el caso de que el cliente, dentro del período de permanencia, estando al corriente del abono de la factura y manteniendo el contrato durante el período de permanencia acordada, quiera hacer uso del terminal con una tarjeta de otro operador porque en un momento dado tenga condiciones económicas más ventajosas, el operador no puede negarse a liberar el terminal, limitando los derechos del consumidor si éste está cumpliendo con las obligaciones que contrajo en el momento de contratar. Las referidas prácticas constituyen infracciones en materia de consumo sancionables por las autoridades competentes de conformidad con el artículo 49.1 Trlgdcu”.

- Consulta Nº 2 (REF.: SGANAC/1230/2012/F), de 07 de mayo de 2012: “[E]n función de estas consideraciones y en respuesta a la consulta de la Junta de Andalucía cabe concluir que las referidas prácticas constituyen cláusulas abusivas por falta de reciprocidad, ya que suponen formulas de facturación por redondeo al alza y prevén el cobro por servicios no prestados. Si bien sólo serían abusivas en el caso de que el arrendatario fuera un consumidor, no cuando fuera un profesional en el ámbito de su actividad, pues la declaración del carácter abusivo de una condición general está limitada al ámbito de los consumidores”.

²⁶ Sobre la nueva definición relativa a los contratos a distancia, COSTAS RODAL, L. (2014), “Novedades en materia de contratos con consumidores celebrados a distancia y fuera del establecimiento tras la Ley 3/2014, de 27 de marzo, de reforma del Trlcu/2007”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, num.3/2014 (www.westlaw.es), p. 3, “[E]l artículo 92.1.1 Trlcu contiene una nueva definición de contrato celebrado a distancia con los consumidores y usuarios, a fin de abarcar todos los casos de contratos celebrados entre consumidores y empresarios mediante el uso de técnicas de comunicación en el marco de un sistema organizado de venta o prestación de servicios a distancia, incluyendo tanto la fase precontractual como la propia celebración del contrato. En esta definición quedarían comprendidos aquellos casos en que el consumidor únicamente visita el establecimiento mercantil a fin de recabar información sobre los bienes o servicios y la negociación y celebración del contrato tienen lugar a distancia. No puede hablarse de sistema organizado de venta o prestación de servicios a distancia cuando la página web ofrece simplemente información sobre el empresario, sus bienes o servicios y sus datos de contacto, y la negociación y contratación subsiguiente no se realiza online”.

²⁷ El artículo 93 del Trlgdcu excluye del ámbito de la contratación a distancia los siguientes contratos: Los contratos de servicios sociales; los contratos de servicios relacionados con la salud, los contratos de actividades de juego por dinero que impliquen apuestas de valor monetario en juegos de azar; los contratos de servicios financieros; los contratos de creación, adquisición o transferencia de

resulta especialmente llamativo el supuesto de los contratos de transferencia o adquisición de bienes inmuebles, lo que parece encontrarse directamente relacionado con el hecho de que los bienes inmuebles no hayan sido incluidos dentro de las definiciones del artículo 59 *bis* del Trlgdcu.

Igualmente, FACUA considera desacertada la regulación conjunta de las figuras contrato a distancia y contrato celebrado fuera de establecimiento mercantil, debido a que sistemáticamente resulta más adecuado mantener su separación en diferentes títulos, con independencia de que en muchos aspectos la regulación sea idéntica y pudieran desarrollarse disposiciones generales para ambas figuras.

Con independencia de las críticas señaladas, una de las novedades más llamativas recogida en este apartado consiste en la exigencia de que en la comunicación realizada deba constar inequívocamente su carácter comercial y que en ningún caso las llamadas telefónicas comerciales se efectuarán antes de las 9 horas ni más tarde las 21 horas ni festivos o fines de semana (artículo 96 Trlgdcu), lo que evidentemente supondrá un gran alivio para un elevado número de personas que eran víctimas de llamadas en las que no se les indicaba expresamente su carácter comercial y que además se realizaban en horas intempestivas.

Asimismo, podemos resaltar que 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. Por otro lado, el consumidor y usuario tendrá derecho a oponerse a recibir ofertas comerciales no deseadas por teléfono, fax u otros medios de comunicación equivalente.

Sin duda alguna, todas estas nuevas medidas refuerzan las opciones que el consumidor posee para reclamar y/o denunciar estas situaciones, generalmente englobadas bajo el término *spam* telefónico y que han afectado a un elevado número de usuarios²⁸.

bienes inmuebles o de derechos sobre los mismos; los contratos para la construcción de edificios nuevos, la transformación sustancial de edificios existentes y el alquiler de alojamientos para su uso como vivienda; a los contratos relativos a los viajes combinados, las vacaciones combinadas y los circuitos combinados regulados en esta ley; contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, contratos que deban celebrarse ante un fedatario público; contratos para el suministro de productos alimenticios, bebidas u otros bienes de consumo corriente en el hogar; contratos de servicios de transporte de pasajeros; contratos celebrados mediante distribuidores automáticos o instalaciones comerciales automatizadas; contratos celebrados con operadores de telecomunicaciones a través de teléfonos públicos para la utilización de esos teléfonos, o celebrados para el establecimiento de una única conexión de teléfono, internet o fax por parte de un consumidor y usuario.

²⁸ Con anterioridad a la ley 3/2014, la Resolución de 15 de septiembre de 2004, de la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información, por la que se dispone la publicación del Código de Conducta para la prestación de los servicios de tarificación adicional, ya contemplaba en su punto 3.1.3 que “[A] efectos de este código se entenderá que existe incumplimiento cuando se produzca el envío, por cualquier medio, de comunicaciones publicitarias o promociones masivas no solicitadas expresamente por el usuario, que incite a realizar llamadas a números de tarificación adicional, por parte del prestador del servicio”.

No obstante, en el artículo 96 no se realiza ninguna mención sobre a quien corresponde la carga de la prueba en estas situaciones, lo que puede dejar en un contexto de total indefensión al consumidor debido a la complejidad que supone demostrar la recepción de llamadas y el contenido de las mismas, por lo que, consecuentemente, asistiríamos a una imposibilidad práctica de la ejecución del contenido del mencionado artículo al encontrarnos ante un supuesto de *probatio diabolica*.

En cuanto a la información que le deberá ser proporcionada al consumidor con anterioridad a la contratación telemática de algún producto, el artículo 97 recoge en su apartado primero, veintiún requisitos informativos que el empresario deberá cumplir obligatoriamente, entre los que encontramos las características principales de los bienes o servicios, la identidad del empresario o el precio total de los bienes y servicios adquiridos²⁹. Además, en los contratos a distancia el empresario

²⁹ Artículo 97.1 Trlgdcu: “[A]ntes de que el consumidor y usuario quede vinculado por cualquier contrato a distancia o celebrado fuera del establecimiento o cualquier oferta correspondiente, el empresario le facilitará de forma clara y comprensible la siguiente información: 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, incluido su nombre comercial. c) La dirección completa del establecimiento del empresario y el número de teléfono, número de fax y dirección de correo electrónico del mismo, cuando proceda, con objeto de que el consumidor y usuario pueda ponerse en contacto y comunicarse con él de forma rápida y eficaz, así como, cuando proceda, la dirección completa y la identidad del empresario por cuya cuenta actúa. d) Si es diferente de la dirección facilitada de conformidad con la letra c), la dirección completa de la sede del empresario y, cuando proceda, la del empresario por cuya cuenta actúa, a la que el consumidor y usuario puede dirigir sus reclamaciones. e) El precio total de los bienes o servicios, incluidos los impuestos y tasas, o, si el precio no puede calcularse razonablemente de antemano por la naturaleza de los bienes o de los servicios, la forma en que se determina el precio, así como, cuando proceda, todos los gastos adicionales de transporte, entrega o postales y cualquier otro gasto o, si dichos gastos no pueden ser calculados razonablemente de antemano, el hecho de que puede ser necesario abonar dichos gastos adicionales. En el caso de un contrato de duración indeterminada o de un contrato que incluya una suscripción, el precio incluirá el total de los costes por período de facturación. Cuando dichos contratos se cobren con arreglo a una tarifa fija, el precio total también significará el total de los costes mensuales. Cuando no sea posible calcular razonablemente de antemano el coste total, se indicará la forma en que se determina el precio. f) El coste de la utilización de la técnica de comunicación a distancia para la celebración del contrato, en caso de que dicho coste se calcule sobre una base diferente de la tarifa básica. g) Los procedimientos de pago, entrega y ejecución, la fecha en que el empresario se compromete a entregar los bienes o a ejecutar la prestación de los servicios, así como, cuando proceda, el sistema de tratamiento de las reclamaciones del empresario. h) La lengua o lenguas en las que podrá formalizarse el contrato, cuando ésta no sea la lengua en la que se le ha ofrecido la información previa a la contratación. i) Cuando exista un derecho de desistimiento, las condiciones, el plazo y los procedimientos para ejercer ese derecho, así como el modelo de formulario de desistimiento. j) Cuando proceda, la indicación de que el consumidor y usuario tendrá que asumir el coste de la devolución de los bienes en caso de desistimiento y, para los contratos a distancia, cuando los bienes, por su naturaleza, no puedan devolverse normalmente por correo, el coste de la devolución de los mismos. k) En caso de que el consumidor y usuario ejercite el derecho de desistimiento tras la presentación de una solicitud con arreglo al artículo 98.8 o al artículo 99.3, la información de que en tal caso el consumidor y usuario deberá abonar al empresario unos gastos razonables de conformidad con el artículo 108.3. l) Cuando con arreglo al artículo 103 no proceda el derecho de desistimiento, la indicación de que al consumidor y usuario no le asiste, o las circunstancias en las que lo perderá cuando le corresponda. m) Un recordatorio de la existencia de una garantía legal de conformidad para los bienes. n) Cuando proceda, la existencia de asistencia posventa al consumidor y usuario, servicios posventa y garantías comerciales, así como sus condiciones. o) La existencia de códigos de conducta pertinentes y la forma de conseguir ejemplares de los mismos, en su caso. A tal efecto, se entiende por código de conducta el acuerdo o conjunto de normas no impuestas por disposiciones legales, reglamentarias o administrativas, en el que se define el comportamiento de aquellos empresarios que se comprometen a cumplir el código en relación con una o más prácticas comerciales o sectores económicos. p) La duración del contrato, cuando proceda, o, si el contrato es de

deberá facilitar esta información en la lengua elegida por las partes y al menos en castellano, debiendo proporcionar siempre el empresario o comerciante una copia del contrato firmado en papel o en soporte duradero si el consumidor así lo acepta.

De todos los requisitos informativos expuestos en el apartado primero de este artículo, consideramos especialmente relevante el contenido en la letra f), en donde se indica que “[E]l coste de la utilización de la técnica de comunicación a distancia para la celebración del contrato, en caso de que dicho coste se calcule sobre una base diferente de la tarifa básica”, pues FACUA entiende que este apartado en conexión con el ya mencionado artículo 21.2 del Trlgdcu puede incurrir en la contradicción de que la contratación de un servicio pueda realizarse a través de técnicas de comunicación a distancia que tengan un coste diferente a una tarifa básica, mientras que el contacto que el consumidor necesite establecer con el servicio de atención al cliente de la empresa no podrá suponer en ningún caso un coste superior al que implique la tarifa básica.

De igual forma, esta asociación defiende que el contenido de la letra g) del artículo 97 donde se establece que el empresario deberá proporcionar al consumidor cuando proceda el sistema de tratamiento y gestión de las reclamaciones, debería ser modificado en el sentido de que la información sobre el sistema de tratamiento y gestión de las reclamaciones fuese proporcionado siempre al consumidor en todos y cada uno de los casos, no únicamente “cuando proceda”.

Por otro lado, el apartado quinto del artículo 97 recoge que los requisitos establecidos en el apartado primero formarán parte del contrato a distancia o celebrado fuera de establecimiento y no se alterará al menos que las partes dispongan expresamente lo contrario, correspondiendo al empresario probar el correcto cumplimiento de sus deberes informativos y, en su caso, el pacto expreso de la información facilitada antes de la celebración del contrato, pacto éste cuya existencia FACUA considera que debería de haberse limitado por el legislador únicamente a aquellos casos en los que no suponga una merma en los derechos del consumidor.

En el supuesto de que el contrato se hubiera celebrado sin que se hubiese facilitado al consumidor copia del mismo, éste podrá ser anulado por el propio usuario, no pudiéndose considerar en ningún caso la falta de respuesta a la empresa como una aceptación de la oferta por parte del consumidor, siendo por lo tanto de aplicación a estas situaciones el mismo criterio

duración indeterminada o se prolonga de forma automática, las condiciones de resolución. q) Cuando proceda, la duración mínima de las obligaciones del consumidor y usuario derivadas del contrato. r) Cuando proceda, la existencia y las condiciones de los depósitos u otras garantías financieras que el consumidor y usuario tenga que pagar o aportar a solicitud del empresario. s) Cuando proceda, la funcionalidad de los contenidos digitales, incluidas las medidas técnicas de protección aplicables. t) Cuando proceda, toda interoperabilidad relevante del contenido digital con los aparatos y programas conocidos por el empresario o que quepa esperar razonablemente que éste pueda conocer. u) Cuando proceda, la posibilidad de recurrir a un mecanismo extrajudicial de reclamación y resarcimiento al que esté sujeto el empresario y los métodos para tener acceso al mismo”.

empleado en los contratos celebrados en el establecimiento comercial cuando el empresario suministrara el bien o servicio sin haber sido solicitado éste por el consumidor, y que ya comentamos en el epígrafe correspondiente.

Una vez realizado el contrato, el empresario dispondrá de un máximo de 30 días naturales para entregar el producto o ejecutar el servicio contratado (plazo que tal y como ya mencionamos en las páginas dedicadas a la Directiva, esta asociación de consumidores considera excesivo). Si el bien no fuera entregado por falta de disponibilidad del mismo, el consumidor deberá ser informado de esta falta de disponibilidad y deberá poder recuperar sin demora indebida las sumas que hubiera abonado.

Si el empresario retrasara injustificadamente la devolución de tales cantidades (artículo 110 Trlgdcu), el consumidor podrá reclamar que se le pague el doble del importe adeudado, sin perjuicio de ser indemnizado por los posibles daños que hubiera podido padecer, siendo responsables solidarios todos los agentes empresariales que intervengan en la celebración del contrato.

Igualmente, el empresario (siempre que el consumidor haya sido informado expresamente de tal posibilidad) podrá suministrar sin aumento de precio un bien o servicio de características similares que posea la misma o superior calidad.

Sobre este derecho de reclamación del consumidor, FACUA sostiene que el hecho de que en la reforma se haya incluido la expresión *“en caso de retraso injustificado”* implica que nos encontremos ante una excepción al derecho a reclamar del consumidor que se encontrará supeditada a la interpretación del propio empresario, lo que resulta inadmisibles, y todo ello sin mencionar el hecho de que el término *“injustificado”* se presta a una ambigüedad en su interpretación que supone aún más si cabe una mayor desprotección para el consumidor afectado.

En cuanto al uso de tarjetas bancarias para efectuar pagos, si el importe de una compra o servicio hubiese sido cargado fraudulentamente, el consumidor podrá exigir la inmediata anulación del cargo, entendiendo FACUA en este caso que la norma debería haber revestido una mayor contundencia en este punto, incluyendo la exigencia de que se realizara la devolución de forma inmediata y que las cantidades fueran devueltas al consumidor con la aplicación de los intereses de demora correspondientes.

Por otro lado, el Texto Refundido recoge en sus artículos 102 a 108 una regulación específica del derecho de desistimiento para aquellos contratos que hubieran sido celebrados fuera de establecimiento mercantil.

Realmente las características principales del ejercicio de este derecho no varían sustancialmente con el régimen general recogido en los artículos 68 y siguientes del Trlgdcu (el plazo es también de 14 días). Sin embargo, por la naturaleza intrínseca a los mismos el legislador ha

optado por incluir cierta particularidades, entre las que podemos destacar que, tal y como expone Losana Mendoza, *“[e]l consumidor que desiste tendrá que asumir el coste de la devolución de los bienes y, para los contratos a distancia, cuando los bienes, por su naturaleza, no puedan devolverse normalmente por correo, el coste de la devolución de los mismos, salvo que el empresario los haya asumido o que no haya informado debidamente sobre el cargo de estos costes (nuevo art. 107 Trlgdcu)”*³⁰, entendiendo FACUA sobre esta particularidad que el hecho de que el consumidor deba hacer frente al coste de devolución de los bienes supone un retroceso de la reforma del Trlgdcu así como una contradicción con el principio general de que el ejercicio del derecho de desistimiento no debe implicar gasto alguno para el consumidor y usuario.

Para comunicar al empresario la decisión de desistir del contrato celebrado, el consumidor podrá utilizar un formulario que el Texto Refundido de los Consumidores y Usuarios recoge en su Anexo B, que si bien posee una redacción diferente al modelo recogido en el Anexo I de la Directiva el fin de ambos instrumentos es el mismo; o bien realizar otro tipo de declaración que no pueda inducir a confusión sobre el deseo del consumidor de ejercer el desistimiento, pudiendo ofrecer el empresario la posibilidad de cumplimentar y enviar tanto el Anexo B como cualquier otro documento realizado con el mismo fin a través de sistemas *online*, siendo siempre la carga de probar el haber ejercido el desistimiento del consumidor.

El empresario reembolsará todo pago recibido del consumidor y usuario incluidos los costes de entrega (salvo que el consumidor hubiera seleccionado expresamente una modalidad de entrega diferente a la modalidad menos costosa de entrega ordinaria) antes de que hayan transcurrido 14 días naturales desde la fecha en que haya sido informado del desistimiento del contrato.

Por lo tanto, el empresario tendrá la obligación de devolver al consumidor todos los importes facturados, mientras que el consumidor (o a una persona autorizada por este último) deberá devolver al empresario los bienes adquiridos soportando únicamente los costes directos de devolución de tales bienes (salvo que el empresario hubiera aceptado voluntariamente asumirlos o si éste no hubiera informado al consumidor de su obligación de asumir dichos costes).

Tanto el empresario como el consumidor disponen de un plazo de 14 días para desarrollar sus obligaciones.

³⁰ LOSANA MENDOZA, A. I. (2013), “Observaciones, comentarios y propuestas de mejora del anteproyecto de ley 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”, *Revista Cesco de Derecho de Consumo*, N° 6/2013, p. 309.

4. Valoración sobre la transposición española de la Directiva 2011/83/UE

Para poder finalizar el análisis realizado sobre la nueva Directiva 2011/83/UE y sobre la Ley 3/2014, de 27 de marzo, hemos considerado oportuno efectuar siquiera un breve excursus sobre la exactitud de la transposición realizada de esta Directiva en el Derecho español de consumo.

Para ello, podemos comenzar indicando que la transposición realizada es realmente fiel al articulado de la Directiva, es más, en algunos apartados el legislador nacional ha ido un paso por delante de la norma europea aprovechando para regular aspectos que en la misma no se recogían³¹.

Así, por ejemplo, el artículo 13 de la directiva contempla que el comerciante reembolsará todo pago recibido del consumidor cuando éste ejerza su derecho de desistimiento de un contrato celebrado a distancia, incluidos los costes de entrega, pero no establece ninguna consecuencia para el supuesto en el que el empresario se demorara más de lo previsto en la devolución de tales cantidades; a diferencia de nuestro Trlgdcu en el que se recoge en su artículo 107 que el empresario deberá devolver estas cantidades en el plazo de 14 días naturales, pudiendo el consumidor exigir en el caso de que se produzca un retraso injustificado en la devolución de las mismas el doble del importe adeudado, con independencia de su derecho a reclamar una indemnización por daños y perjuicios.

A lo que debemos sumar que la Directiva únicamente recoge el plazo de 14 días para ejercer el derecho de desistimiento en los contratos celebrados a distancia y fuera de establecimiento mercantil, dejando sin regular el desistimiento en el resto de contratos, aunque de igual forma tenemos que señalar que el contenido general del derecho de desistimiento recogido en el Capítulo II del Título I del Libro Segundo del Trlgdcu únicamente será aplicable en aquellas situaciones en las que este derecho sea reconocido al consumidor en los supuestos previstos legal o reglamentariamente, o bien cuando el empresario decida ofertarlo y siempre y cuando en ambos casos el ejercicio del desistimiento no se encuentre desarrollado.

Igualmente, mientras que la Directiva se limita a reflejar en su artículo 19 que queda prohibido cargar a los consumidores tasas por el uso de determinados medios de pago (artículo que

³¹ Sobre como efectuar la armonización de una directiva europea, por todos, ARZOZ SANTISTEBAN, X. (2013), "Métodos de transposición y requisitos jurídicos europeos e internos", en ARZOZ SANTISTEBAN, X. (director), *Transposición de directivas y autogobierno. El desarrollo normativo del Derecho de la Unión Europea en el Estado autonómico*, Generalitat de Catalunya, Institut d'Estudis Autonòmics, Barcelona, p. 78, "[E]l cumplimiento o no de la obligación de transposición no se reduce a un mero contraste formal. No es suficiente una mera compatibilidad formal o la mera ausencia de contradicción en el seno del ordenamiento interno, sino que es necesaria una incorporación efectiva del contenido de la directiva, de forma que el ordenamiento interno refleje y reconozca efectivamente el quantum de derechos reconocidos por aquella. En suma, el criterio determinante del cumplimiento es de carácter cualitativo. Por tanto, la corrección de la operación de transposición debe ser medida desde la perspectiva concreta de los individuos sujetos a la jurisdicción del respectivo Estado y, más específicamente, de los individuos titulares de los derechos reconocidos por la directiva".

ha sido transpuesto en el nuevo artículo 60 *ter* Trlgdcu), el legislador español da un paso más al contemplar además en su artículo 112 el derecho del consumidor a exigir la inmediata devolución del pago cuando el importe de una compra o de un servicio hubiera sido cargado de forma fraudulenta.

Es decir, el Trlgdcu además de contemplar la limitación del posible cobro por el uso de determinados medios de pago tal y como recoge la Directiva, ofrece una especial protección en la utilización de tarjetas bancarias, posiblemente porque constituyen, hoy por hoy, el medio de pago más empleado en la compraventa a distancia.

Otro ejemplo llamativo lo encontramos en el artículo 21 de la Directiva donde se establece que los Estados miembro velaran para que los consumidores no se vean obligados a pagar más de la tarifa básica cuando necesiten comunicarse telefónicamente con el empresario.

Como hemos visto, este artículo posee su equivalente en el artículo 21 del Trlgdcu (no obstante, como ya señalamos, debería de haberse optado directamente por imponer a las empresas la gratuidad total en las comunicaciones con los servicios de atención al cliente). Sin embargo, el legislador español no se ha limitado a reflejar simplemente la literalidad del contenido de la Directiva, pues ha aprovechado la oportunidad para intentar restringir el *spam* telefónico en el nuevo artículo 96 al limitar las llamadas comerciales de 9 a 21 horas, ni festivos, ni fines de semana, estableciendo además que en todas las comunicaciones conste inequívocamente su carácter comercial y la posibilidad de que el consumidor se oponga expresamente a ofertas comerciales no deseadas por teléfono, fax u otros medios de comunicación equivalente. Aunque como ya comentamos en el apartado correspondiente, el artículo 96 presenta una complicada ejecución práctica, por no mencionar que estas prácticas comerciales ya se encontraban reguladas en nuestro ordenamiento jurídico³².

Así mismo, en relación directa con el sector telefónico, encontramos el nuevo artículo 74 del Trlgdcu, en el que se establece que los pagos por penalizaciones por incumplimiento de compromisos de permanencia deben ser prorrateados, lo que no es contemplado en la Directiva.

³² Artículo 69 del Real Decreto 424/2005, de 15 de abril, por el que se aprueba el Reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios: “1. [L]as llamadas no solicitadas por los abonados con fines de venta directa que se efectúen mediante sistemas de llamada automática, a través de servicios de comunicaciones electrónicas, sin intervención humana (aparatos de llamada automática) o facsímil (fax), sólo podrán realizarse a aquellos que hayan dado su consentimiento previo, expreso e informado. El incumplimiento de lo establecido en el párrafo anterior será sancionado de acuerdo con lo establecido en el artículo 38.3.c), o en el artículo 38.4.d) de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico. 2. Las llamadas no solicitadas por los abonados con fines de venta directa que se efectúen mediante sistemas distintos de los establecidos en el apartado anterior podrán efectuarse salvo las dirigidas a aquellos que hayan manifestado su deseo de no recibir dichas llamadas. No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, para realizar las llamadas a las que este se refiere a quienes hubiesen decidido no figurar en las guías de comunicaciones electrónicas disponibles al público o a los que hubiesen ejercido su derecho a que los datos que aparecen en ellas no sean utilizados con fines de publicidad o prospección comercial, será preciso contar con el consentimiento expreso de aquéllos”.

Por último, entendemos que no podemos finalizar este epígrafe sin antes mencionar las diferencias existentes entre las definiciones contempladas por la nueva Directiva y nuestro Texto Refundido, y más concretamente las definiciones de consumidor y empresario en las que el legislador español vuelve a sobrepasar los criterios recogidos en la Directiva al ampliar el concepto de consumidor a las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a la actividad empresarial; lo que supone sin duda alguna una ampliación de los sujetos que pueden ser consumidores y, consecuentemente, una ampliación del número de situaciones en las que será de aplicación el articulado de nuestro Texto Refundido.

Sin embargo, esta ampliación del número de situaciones que podrían ser encuadradas en la normativa de consumo habría sido mayor si, como ya expusimos en páginas anteriores, se hubiera procedido a la inclusión de los bienes inmuebles dentro de las definiciones tanto de la Directiva como de nuestro Texto Refundido.

Por todo lo expuesto, como conclusión final, podemos sostener que si bien continúan quedando aspectos que requieren una nueva regulación en nuestro Derecho de consumo³³, y así mismo parece entenderlo el propio legislador comunitario pues ya existen propuestas de Directivas y de Reglamentos que supondrían cambios sobre la Directiva aquí mencionada y analizada³⁴; la labor transponedora del legislador nacional ha sido ajustada a la Directiva 2011/83/UE, entendiéndose por esta parte que siempre y cuando la transposición nacional respete el contenido de la Directiva y únicamente exceda éste en beneficio del consumidor, esta labor será positiva aunque pueda conllevar que nuestro Derecho de consumo sea más garantista que el de otros Estados miembro³⁵, si bien

³³ En esta línea se mostraron algunos diputados nacionales al votar el proyecto de ley por la que se modifica el Texto Refundido de la Ley General Para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias, siendo ejemplo de ello el Sr. TARDÁ I COMA, quien sostuvo que “[a]un cuando supone un avance en todo lo que tiene relación con los derechos de los consumidores -razón por la cual nuestro voto tampoco será negativo-, adolece de algunas cuestiones que para nosotros son importantes e incluso fundamentales” (www.congreso.es).

³⁴ Véase, a modo de ejemplo, la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo Relativa a los Viajes Combinados y los Servicios Asistidos de Viaje, por la que se modifican el Reglamento (CE) n° 2006/2004 y la Directiva 2011/83/UE y por la que se deroga la Directiva 90/314/CEE /COM/2013/0512 final - 2013/0246 (COD) / ; o la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a una normativa común de compraventa europea, sobre la que algunos autores han señalado que modificará la regulación del Derecho de consumo comunitaria, pudiendo citar a modo de ejemplo a FERNÁNDEZ MASIÁ, E. (2012), “Optando por la normativa común de compraventa europea. *Opting for the Common European Sales Law*”, *Revista electrónica de estudios internacionales*, N° 23 (www.reeig.org), p. 7, “[P]or lo que se refiere a los requisitos que se establecen en relación a que el acuerdo de sometimiento a la NCCE sea considerado válido, la Propuesta de Reglamento establece una serie de cautelas en los supuestos de contratos de consumo. En efecto, y teniendo muy presente que en la práctica en dichos contratos no existe ningún tipo de negociación entre las partes y será el empresario quién propondrá la utilización de la NCCE, se busca que en tal caso los consumidores sean plenamente conscientes del hecho que están aceptando utilizar un régimen jurídico distinto al de las disposiciones sobre consumo contenidas en su legislación nacional”.

³⁵ En contra, EBERS, M. (2010), “De la armonización mínima a la armonización plena. La propuesta de Directiva sobre derechos de los consumidores”, *Indret* 2/2010 (www.indret.com), p. 10, “[D]esde el punto de vista de la unificación del mercado interior, existen buenas razones que militan en pro del abandono de una armonización de mínimos y que abogan en pro del acogimiento de un enfoque de armonización plena: la armonización de mínimos ha conducido a una fragmentación jurídica considerable, puesto que los Estados

debemos insistir en que continúan existiendo cuestiones que requieren de una revisión y mejora de nuestra normativa de consumo actual.

5. Bibliografía

ARROYO APARICIO, Alicia (2013), “El impacto de la Directiva sobre Derechos de los Consumidores en el ordenamiento español”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, num.867/2013 (www.westlaw.es).

ARZOZ SANTISTEBAN, Xavier (2013), “Métodos de transposición y requisitos jurídicos europeos e internos”, en ARZOZ SANTISTEBAN, Xavier (director), *Transposición de directivas y autogobierno. El desarrollo normativo del Derecho de la Unión Europea en el Estado autonómico*, Generalitat de Catalunya, Institut d’Estudis Autonòmics, Barcelona, págs. 75-146

BERMÚDEZ BALLESTEROS, María del Sagrario (2012), “El derecho de desistimiento en la directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre derechos de los consumidores”, *Revista Cesco de Derecho de Consumo*, Nº 1/2012, págs. 61-79

BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel (2014), “Líneas maestras de la ley 3/2014, de 27 de marzo por la que se modifica el Texto Refundido de la ley general para la defensa de los consumidores y usuarios”, *Actualidad Civil*, Nº 6, Sección Actualidad Legislativa, Junio 2014, tomo 1, Editorial LA LEY (www.laley.es).

BOTANA GARCÍA, Gemma (2014), “Comentario de urgencia a la reforma del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias”, *Diario La Ley*, Nº 8301, Sección Doctrina, 30 de Abril de 2014, Editorial LA LEY (www.laley.es).

CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis (2009), “El Reglamento Roma I sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales: cuestiones escogidas”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 1, Nº 2, págs. 52-133

COSTAS RODAL, Lucía (2014), “Novedades en materia de contratos con consumidores celebrados a distancia y fuera del establecimiento tras la Ley 3/2014, de 27 de marzo, de reforma del TRLCU/2007”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, num.3/2014 (www.westlaw.es).

CLAVERÍA GOSÁLBEZ, Luis Humberto (2014), “La progresiva degradación de nuestro ordenamiento en materia de cláusulas contractuales abusivas”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, num.2/2014 (www.westlaw.es).

miembros han sido libres de procurar al consumidor una protección mayor de la que otorgaban las directivas y, en consecuencia, conceptos y reglas clave del derecho de consumo han sido objeto de regulación distinta en cada país”.

DE LA IGLESIA PRADOS, Eduardo (2013), “capítulo vigesimosegundo. La directiva 2011/83/UE de protección de los consumidores y su incidencia en el ordenamiento español”, en SUÁREZ LÓPEZ, José María (coordinador), *Derecho y consumo. Aspectos penales, civiles y administrativos*, Dykinson S.L., Madrid, págs. 737-788

EBERS, Martín (2010), “De la armonización mínima a la armonización plena. La propuesta de Directiva sobre derechos de los consumidores”, *Indret* 2/2010 (www.indret.com).

FENOY PICÓN, Nieves (2013), “La compraventa del Texto Refundido de consumidores de 2007 tras la Directiva 2011/83/UE sobre los derechos de los consumidores”, *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXVI, fasc. II, págs. 716-836

FERNÁNDEZ MASIÁ, Enrique (2012), “Optando por la normativa común de compraventa europea. *Opting for the Common European Sales Law*”, *Revista electrónica de estudios internacionales*, N° 23 (www.reeig.org).

GÓMEZ POMAR, Fernando, GANUZA, Juan José (2014), “The Role of Choice in the Legal Regulation of Consumer Markets: A Law and Economic Analysis”, *Indret* 1/2014 (www.indret.com).

GONZÁLEZ CARRASCO, M^a. Carmen (2012), “Incidencia en el derecho contractual de la directiva 2011/83/UE sobre los derechos de los consumidores”, *Revista Cesco de Derecho de Consumo*, N° 1/2012, págs. 29-44

GONZÁLEZ GARCÍA, Sergio (2014), “Las 10 claves de la Ley 3/2014, que modifica el Texto Refundido de la Ley para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (Ley 3/2014, de 27 de marzo. BOE de 28 de marzo)”, *Revista La Ley*, 07 de mayo de 2014 (www.laley.es).

LOSANA MENDOZA, Ana I. (2013), “Observaciones, comentarios y propuestas de mejora del anteproyecto de ley 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”, *Revista Cesco de Derecho de Consumo*, N° 6/2013, págs. 308-328

MAGRO SERVET, Vicente (2014), “Análisis de la Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el texto refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios”, *Revista La Ley*, 25 de junio de 2014 (www.laley.es).

MARCOS FRANCISCO, Diana (2012), “Hacia un derecho de consumo uniforme en la Unión Europea”, *Actualidad Civil*, N° 12, Sección A Fondo, Quincena del 16 al 30 Jun. 2012, tomo 1, Editorial LA LEY (www.laley.es).

MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús (2014), “El “nuevo” concepto de consumidor y empresario tras la Ley 3/2014, de reforma del Trlgdcu”, *Revista Cesco de Derecho de Consumo*, Nº 9/2014, págs. 9-16

MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús (2012), “La directiva 2011/83/UE: esquema general, ámbito de aplicación, nivel de armonización y papel de los estados miembros”, *Revista Cesco de Derecho de Consumo*, Nº 1/2012, págs. 8-21

MENDOZA LOSANA, Ana I. (2012), “Los contratos a distancia y celebrados fuera de establecimiento mercantil tras la directiva 2011/83/UE. Relación con la directiva de comercio electrónico y la directiva de servicios”, *Revista Cesco de Derecho de Consumo*, Nº 1/2012, págs. 45-60

MIRANDA SERRANO, Luis María (2012), “La Directiva 2011/83/UE sobre los derechos de los consumidores: una nueva regulación para Europa de los contratos celebrados a distancia y extramuros de los establecimientos mercantiles”, *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, Nº 11, Sección Artículos, Segundo semestre de 2012, Editorial LA LEY (www.laley.es).

RALUCA STROIE, Iuliana (2012), “La Directiva 2011/83/UE, sobre los derechos de los consumidores, desde sus orígenes hasta la publicación en el diario oficial de la unión europea”, *Revista Cesco de Derecho de Consumo*, Nº 1/2012, págs. 1-7

TORRALBA, Elisa (2014). “Las reglas de derecho internacional privado en la reforma de la Lgdcu”, *Revista Cesco de Derecho de Consumo*, Nº 9/2014, págs. 17-26

ZURILLA CARIÑANA, M^a. Ángeles (2014), “La reforma de los artículos 60 y 97 en la Ley de modificación del Trlgdcu. ¿Hay algo nuevo que merezca la pena?”, *Revista Cesco de Derecho de Consumo*, Nº 9/2014, págs. 60-75



Consumidores en Acción

☎ 954 90 90 90

Únete a nosotros en
FACUA.org



foursquare.com/facua
instagram.com/facua
pinterest.com/facua
flickr.com/facua
facua.tumblr.com
vimeo.com/facua
youtube.com/facua
linkedin.com/company/facua
tuenti.com/facua
facebook.com/consumidoresenaccion
twitter.com/facua
gplus.to/facua
facua.org

Publicación subvencionada por:



GOBIERNO
DE ESPAÑA

MINISTERIO
DE SANIDAD, SERVICIOS SOCIALES
E IGUALDAD

aecosan
agencia española
de consumo,
seguridad alimentaria y nutrición

Este proyecto ha sido subvencionado por el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad/Agencia Española de Consumo, Seguridad Alimentaria y Nutrición, siendo su contenido responsabilidad exclusiva de FACUA