

ACTA DEL CURSO DE VERANO "LA LEY 3/2014, DE REFORMA DE LA LEY GENERAL PARA LA DEFENSA DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS: ¿MÁS Y MEJORES DERECHOS PARA LOS CONSUMIDORES?"

Cuenca, 3 y 4 de julio de 2014

Ana Isabel Mendoza Losana

Directora de la Revista CESCO de Derecho de Consumo

Centro de Estudios de Consumo

Universidad de Castilla-La Mancha

Alicia Agüero Ortiz

Centro de Estudios de Consumo

Universidad de Castilla-La Mancha

Mediante este acta pretendemos acercar a nuestros lectores el contenido del Curso de Verano celebrado en Cuenca los días 3 y 4 de julio de 2014. Algunas de las ponencias y materiales manejados por los ponentes están disponibles en la web del curso (http://www.uclm.es/Actividades/evento.aspx?id_evento=5214).

Todos los ponentes son profesionales expertos en el ámbito del Derecho de Consumo, contando con Notarios, Abogados y profesores universitarios. Gracias a todos ellos y a la activa participación del público asistente se pudieron abordar, desde una perspectiva eminentemente práctica, las principales medidas introducidas por la Ley 3/2014, de Reforma de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

El curso se estructuró en los siguientes paneles: la posición del consumidor ante el plan de racionalización y modernización del ordenamiento jurídico; ámbito de aplicación de la nueva LGDCU; nuevo régimen de perfección y ejecución de contratos; pero ¿hay avances significativos en la protección del consumidor?; y por último, Inminentes próximas reformas de la normativa de consumo "Paquete Comunitario 2014". Detallamos a continuación el contenido de cada uno de ellos.

Panel 1. “La posición del consumidor ante el plan de racionalización y modernización del ordenamiento jurídico”

1. Impacto de la futura Ley de Jurisdicción voluntaria sobre la posición del consumidor (I): Ofrecimiento de pago, consignación y reclamación ante notario de deudas dinerarias

D. Francisco García Más. Notario

El Anteproyecto de Ley de Jurisdicción voluntaria atribuye competencias a operadores distintos de los órganos judiciales o del secretario judicial, en concreto a notarios y registradores. Afirmó el ponente que no hay conflicto en ello y que esta novedad tiene su origen en los datos fácticos. Así, en el año 2011 el CNPJ publicó una estadística en la que señalaba que había 56.156 expedientes pendientes de entrada en los tribunales de los que quedaron sin resolver 40.442 (sin contar los que entonces no se consideraban jurisdicción voluntaria, ni los divorcios, ni matrimonios, ni declaración de herederos, ni el monitorio, etc.). Ello demuestra que hay un problema, una situación real que muestra que los tribunales están saturados, ante lo cual hay que buscar soluciones. Desde el punto de vista notarial existe una predisposición total porque los notarios son funcionarios públicos y guardadores imparciales de la legalidad. No debe restarse un ápice a la seguridad jurídica del art. 9 CE. Las atribuciones establecidas en el Anteproyecto están plenamente justificadas y provienen de una tradición histórica y de una finalidad funcional y social.

En particular, dentro del derecho de obligaciones aparece el procedimiento de pago y consignación (mecanismo de liberación del deudor). En relación al procedimiento de pago, la finalidad primordial es dar agilidad al mismo permitiendo la consignación notarial de la cosa objeto de la prestación y que el ofrecimiento de pago lo haga también el notario. Sin embargo, señaló que la norma no establece cuál es el tribunal competente, considerando que debería hacerlo. El notario, pues, deberá requerir al acreedor para comunicarle el ofrecimiento de pago y consignación, contemplando en el acta todos los aspectos relevantes: obligación, consignación, interesados, etc. Tras ello, se prevé un plazo de diez días en el que el acreedor puede aceptar, en cuyo caso se procedería al cierre del expediente.

En los casos en que se realiza el procedimiento no ante notario, sino judicialmente, se prevé que si el acreedor no recibe el pago, y el deudor mantiene la consignación el secretario judicial requerirá a las partes, debiendo constatar el juez competente la validez de la consignación lo que comportará la liberación del deudor. No comparte el ponente la exclusión del notario de esta segunda fase, en el procedimiento notarial, pues sería más razonable que fueran los notarios quienes, verificada la validez de la consignación, cerraran el expediente pudiendo declarar o no bien hecha la consignación, y que ello provocara la extinción de la obligación solicitándolo así al juez (ello sería más consecuente con la finalidad agilizadora de la norma).

Pasó tras ello a abordar la cuestión relativa a las deudas que pudieran resultar no contradichas¹. El procedimiento se inicia a instancia del acreedor ante el notario competente que será el del domicilio del deudor o donde pueda ser hallado (esta expresión es muy ambigua y debería sustituirse por una previsión más concreta como, por ejemplo, domicilio fiscal o domicilio de empadronamiento). El acreedor deberá facilitar al notario todos los documentos necesarios para determinar que dicha reclamación puede efectivamente realizarse, existiendo un paralelismo con el procedimiento monitorio de los arts. 212 y ss. LEC. Verificado esto, el notario procederá a la apertura del acta.

Analizó, finalmente las implicaciones del procedimiento para la seguridad del deudor. Así, afirmó que del procedimiento deduce que el notario debe notificar al deudor personalmente y que éste debe recibir el requerimiento con toda documentación en la que conste todo lo relativo a la deuda. Asimismo, el notario informará del procedimiento, como ha hecho siempre, y si el deudor no pudiera ser localizado o fuera localizado en lugar ajeno a la competencia del notario, el expediente se dará por cerrado. El ponente considera este cierre incongruente, pues si se encontrara al deudor en un lugar en el que no es competente el notario, puede éste hacer el exhorto notarial y pedir la colaboración del notario competente. Por otro lado, el notario debe informar de la existencia de cláusulas abusivas, pudiendo entonces el deudor oponerse. Por último, el deudor cuenta con veinte días para comparecer y pagar, si no contestase ni se opusiese, el acta servirá para que el juez otorgue un título ejecutivo de carácter extrajudicial. En suma, el notario interviene, comunica, advierte, informa, por lo que considera que queda garantizada la seguridad jurídica.

2. Impacto de la futura Ley de Jurisdicción voluntaria sobre la posición del consumidor (II): subastas notariales

D^a. Ana Fernández Tresguerres. Notaria. Letrada adscrita DGRN

La ponente comenzó poniendo de manifiesto la incertidumbre existente en torno a la aprobación y tramitación de la futura Ley de Jurisdicción voluntaria: "o el Anteproyecto se aprueba en el Consejo de Ministros del último viernes de julio o no habrá en esta legislatura nueva Ley de Jurisdicción Voluntaria", vaticinó. Por ello, optó por analizar el régimen de las subastas notariales en la normativa vigente. Estructuró su exposición como sigue:

1º Encaje normativo de la subasta notarial

El punto de partida es la Ley 1/2013 que modificó el art. 129 de la Ley Hipotecaria, regulando la subasta electrónica y dando así carta de naturaleza a la venta notarial (extrajudicial). La ponente critica que el procedimiento quede relegado a la regulación por Reglamento, pues el lugar idóneo para regular los elementos esenciales del procedimiento es la propia Ley Hipotecaria.

¹ No se aplica a deudas de comunidades de propietarios ni contra la administración pública.

2º Clases de subastas notariales

-Voluntarias: estaban reguladas en el artículo 220 del Reglamento Notarial, que ha sido anulado por sentencia del Tribunal Supremo de 20 de mayo del 2008 (RJ 2008\3491), lo que no significa que actualmente no existan este tipo de subastas sino que no hay procedimiento regulado. Se aplican a diversos campos, a todo tipo de venta de bienes muebles e inmuebles, enajenación de cosas dadas en prenda, dividendos pasivos en sociedades anónimas en caso de incumplimiento de la obligación de desembolso, etc.

-Ejecutivas (las que dan lugar a un procedimiento ejecutorio por impago de obligaciones). Reseñó la gran importancia de incorporar a la escritura de constitución un pliego de condiciones de la subasta, pues sin él no se puede ejecutar.

3º Procedimientos de ejecución extrajudicial (subasta como medio de transmisión de propiedad). Requisitos y Efectos.

Es posible ejecutar una hipoteca mediante venta extrajudicial del bien hipotecado. Para ello, es necesario que haya sido expresamente pactado en la escritura de constitución (STJUE de 30 de abril de 2014, asunto C-280/13, Barclays Bank, S.A.- Sara Sánchez García y Alejandro Chacón Barrera), que el vencimiento anticipado se produzca por impago del capital y los intereses y que antes de la ejecución se cumplan los siguientes requisitos: (i) determinación de la deuda mediante documento fehaciente (excepto para el caso de deuda *bullet*); (ii) que la cláusula contractual que estipula esta forma de ejecución haya sido separada de las restantes condiciones generales de la contratación; (iii) que se haya fijado un valor para subasta (para subasta extrajudicial no podrá ser inferior al 75 %). Respecto a este último requisito, la citada STJUE de 30 de abril de 2014, - que se aparta de la doctrina de sentencias anteriores del mismo Tribunal²- declara que no es contrario al Derecho comunitario que el procedimiento de ejecución extrajudicial permita al acreedor adjudicarse la vivienda por el 50 % del valor de tasación, pues así lo prevé la normativa estatal que es regulación subsidiaria en defecto de pacto de los contratantes.

La ponente destacó algunas resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado especialmente significativas en materia de ejecución hipotecaria extrajudicial:

- RDGRN de 24 de febrero de 2014 (RJ 2014\1794): los porcentajes establecidos por la nueva Ley 1/2013 respecto al valor de tasación son aplicables a los procesos que se inicien a partir de su entrada en vigor e incluso a los que estén ya en curso, pero no a las hipotecas que ya están constituidas con anterioridad pues su aplicación implicaría que todas las hipotecas constituidas con anterioridad tendrían que modificarse en cuanto al valor de tasación para incorporar la

² Sobre los motivos que llevan al Tribunal a apartarse de sentencias anteriores v. apartados 39 a 45.

certificación de tasación de la regulación del mercado hipotecario, lo que no está previsto legalmente, al partir el legislador de la valoración de la escritura de constitución;

- RDGRN de 25 de febrero de 2014 (RJ 2014\1795): no cabe suspender el procedimiento de venta extrajudicial de finca hipotecada iniciado el mismo día en que entró en vigor la Ley 1/2013 de 14 de Mayo. Se aplicará la regulación reglamentaria vigente mientras no sea objeto de modificación, interpretada conforme al nuevo régimen legal;
- RDGRN de 5 de marzo de 2014 (RJ 2014\1811): en el procedimiento de venta extrajudicial de finca hipotecada no es válido el requerimiento de pago hecho a quien consta en el Registro Mercantil como apoderado de la sociedad deudora a pesar de que manifieste que el lugar donde se realiza dicho requerimiento es el domicilio real de la sociedad, acepte la cédula y se dé por notificado. Para no generar indefensión, el requerimiento debe realizarse en el domicilio social que aparece inscrito;
- RDGRN de 24 de marzo de 2014 (RJ 2014\2066): la tasación de la finca hipotecada a través de la certificación pertinente también es necesaria en el supuesto de constitución de hipoteca entre particulares sin intervención de entidad financiera como acreedor hipotecario.

Finalmente, apuntó que el Proyecto de Ley genera el riesgo de que se produzcan "bolsas de fraude". Así, prevé la cesión de remate a acreedores posteriores, lo que se hace ante el secretario judicial aportando una acreditación documental sin ningún otro requisito (sin notificación fiscal, sin liquidación de impuesto y sin verificación de los medios de pago).

3. La Directiva 2014/17/UE, de 4 de febrero de 2014, sobre contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial

D. Luis Mayorga. Notario

El ponente destacó la falta de incidencia de la Directiva en España dado que nuestro legislador ya había previsto la mayor parte de las exigencias de la Directiva en la Ley 1/2013 ("Ley Antidesahucios").

El contenido de la Directiva gira en torno a dos ejes: los deberes de información y el control de solvencia. La principal función de la Directiva es reforzar los deberes de información, sustituyendo nuestra FIPER por una FEIN (ficha europea de información normalizada), si bien en España ya teníamos tres instrumentos de información: Guía de acceso al préstamo hipotecario publicada en la web del Banco de España y disponible gratuitamente en las entidades bancarias³, FIPRE (Ficha de Información Precontractual) y FIPER (Ficha de Información Personalizada) lo que demuestra que el legislador nacional en esta materia va por delante del comunitario. Respecto a la solvencia, la Directiva no resuelve el problema de los efectos de la falsedad sobre la solvencia del deudor. ¿Qué ocurre si la información aportada por el consumidor es falsa? ¿El

³ http://www.bde.es/f/webbde/Secciones/Publicaciones/Folletos/Fic/Guia_hipotecaria_2013.pdf

contrato de crédito ha de ser calificado como nulo? O ¿es válido pero ha de reducirse el capital?

También regula el coste financiero de la operación (la TAE) y medidas para evitar la ejecución. Sin embargo, la Directiva pierde la ocasión de regular los préstamos en los que ambas partes son particulares, donde pueden ocultarse cláusulas abusivas, intereses usurarios y pactos de transmisión de la propiedad en concepto de sanción (comiso), entre otras irregularidades.

El ponente denunció la falta de utilidad de los preceptos relativos a la ejecución de la vivienda (ej. art. 28 Directiva), pues no imponen medidas eficaces para evitar la ejecución o pérdida de la vivienda, destacó la limitación de las medidas de protección a la ejecución de vivienda y la exclusión de otros bienes inmuebles (segunda vivienda o establecimiento mercantil) y finalmente, aceptando el riesgo de encarecimiento del crédito por trasladar el coste al consumidor, propuso como solución más adecuada, la imposición a nivel nacional de un seguro obligatorio de cobertura de insolvencia y la creación de un consorcio de compensación de seguros de forma que lo que no pueda afrontar la aseguradora lo cubra el Estado.

En el tiempo de debate, se pusieron de manifiesto algunos problemas que actualmente afectan al mercado crediticio. Así, se denunció que, en contra de los datos oficiales, el nivel de morosidad en España no es del 5%, sino del 25% y que los datos reales se están "camuflando" bajo operaciones de refinanciación no siempre sometidas a los controles establecidos legalmente. Por otra parte, se advirtió contra una práctica utilizada por algunas entidades bancarias consistente en la modificación casi clandestina de las condiciones del crédito en favor de los deudores calificados como "buenos pagadores". Esta modificación se lleva a cabo a través de un contrato privado que el deudor ni siquiera puede sacar de la oficina bancaria, que no se somete a control notarial y que carece de toda trascendencia pública y registral. Obviamente, esta modificación no conlleva costes para el consumidor pero genera inseguridad en cuanto llegado el momento de una eventual ejecución hipotecaria, son las condiciones inscritas en el Registro de la Propiedad las que gozan de la protección dispensada por la Ley Hipotecaria.

Panel 2. "Ámbito de aplicación de la nueva LGDCU"

4. El "nuevo" concepto de consumidor y empresario

D. Manuel Jesús Marín López. CESCO. UCLM

El legislador se ha visto obligado a adoptar el concepto de consumidor para adecuarlo a las directrices de la Directiva comunitaria. En el art. 3 LGDCU recoge el nuevo concepto de consumidor, dedicando el párrafo primero al consumidor persona física y el párrafo segundo al consumidor persona jurídica.

-Consumidor persona física: aquel que actúa con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión. El precepto es copia del concepto de la Directiva europea. Las diferencias son mínimas respecto a la

redacción anterior, a saber:

- Ahora la ley se refiere al consumidor que actúa con un propósito ajeno a "su actividad..." (ámbito subjetivo), antes se refería a un ámbito ajeno a "una actividad" (ámbito objetivo).
- La actual redacción se refiere a actividad comercial, empresarial o profesión, cuando antes solo mencionaba la actividad empresarial o profesional. El ponente considera que si ya era redundante antes la enumeración, ahora lo es más al utilizar cuatro conceptos.
- Matizó, asimismo, que el TJUE ha negado que sea consumidor el empresario que adquiere un bien para integrarlo en su actividad empresarial. Pero ¿es consumidor aquel que adquiere bienes para usos mixtos? El art. 3 no decía nada, una parte de la doctrina entendía que debía considerársele consumidor porque, al menos ocasionalmente, se dedica a fines no profesionales. Sin embargo, la opinión mayoritaria era atender al fin primordial. El ponente considera que, siguiendo reiterada doctrina del TJUE y conforme al considerando decimoséptimo de la Directiva 2011/83, ha de acogerse una interpretación restrictiva de modo que no será considerado consumidor aquel que adquiere un bien o servicio para destinos mixtos, salvo que el uso profesional sea marginal.

-Consumidor persona jurídica: la alusión a las personas jurídicas que no estaba en la Directiva sí estaba en el art. 3 LGDCU, pero se añade el requisito de que actúe sin ánimo de lucro. La ausencia del ánimo de lucro se refiere a exclusivamente a las personas jurídicas, no a las físicas. En fin, se considerará consumidor a las personas jurídicas que cumplan los siguientes requisitos:

- Que actúe en ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial. Llamó la atención sobre el hecho de que las sociedades anónimas y las limitadas nunca actúan fuera del ámbito de su actividad empresarial, por lo que el problema se plantea con las sociedades civiles.
- Que actúe sin ánimo de lucro. Pero, ni en la Ley de consumidores ni en el Código Civil se define el "ánimo de lucro". Debe entenderse que ánimo de lucro no es solo obtener un beneficio sino la finalidad de obtener un beneficio para repartirlo con los socios. Así, por ejemplo, una sociedad civil, una de cuyas características típicas es actuar sin ánimo de lucro, podría ser consumidor a los efectos de la Ley.

El profesor enunció diversos casos problemáticos en los que ahora, -como antes-, dada la obligada concurrencia de estos dos requisitos resulta complicado decidir si estamos ante una relación jurídica incluida en el ámbito de aplicación subjetivo de la Ley o por el contrario son relaciones no consumeristas (ej. asociación de personas con discapacidad que adquiere un ordenador para que sea utilizado en las terapias ofrecidas a los socios; asociación de padres y madres de un colegio que ofrece enseñanza de idiomas a sus socios, entre otros).

-Las entidades sin personalidad jurídica deben cumplir los mismos dos requisitos anteriores. Una comunidad de propietarios es consumidor en ese sentido. La nueva redacción del TRLGDCU ha convertido en norma la doctrina jurisprudencial consolidada que ha considerado aplicable a las comunidades de propietarios la regulación de las cláusulas abusivas (especialmente en relación a los contratos de mantenimiento de ascensores).

Por lo que respecta al concepto de empresario, éste no varía.

5. Competencia y ley aplicable a los contratos internacionales de consumo

D^a. Elisa Torralba Mendiola. Profesora Titular de Dcho. Internacional Privado. UAM. Miembro del Consejo Académico de Gómez-Acebo & Pombo

La Ley 3/2014 no introduce novedades relevantes en lo que se refiere a las reglas de Derecho internacional privado respecto de la situación anterior, salvo por la eliminación de la referencia a las disposiciones relativas a los contratos a distancia.

La pregunta fundamental, señaló la ponente, es si cuando tenemos un contrato celebrado con un consumidor residente en España y ese contrato tiene algún elemento que lo relaciona con un derecho extranjero (porque el empresario resida en el extranjero, porque el contrato se ha celebrado fuera de España, porque se requiere algún servicio fuera de España, etc.) ¿puede el consumidor residente en España estar seguro de que va a seguir disfrutando de la protección que le proporcionan las normas españolas? La respuesta a esta cuestión no la encontramos en el art. 67 LGDCU, sino en el Reglamento (CE) núm. 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Reglamento Roma I). De hecho, la única novedad introducida en el art. 67 viene a decir que esta cuestión se resuelve en el Reglamento Roma I, por lo que es innecesario.

El artículo 6 y siguientes del Reglamento Roma I contienen unas reglas especiales referentes a los contratos de consumo. En este sentido, el Reglamento contiene dos previsiones: (i) en caso de no pactarse un derecho específico, la ley aplicable es la de la residencia del consumidor; y (ii) si se pacta otro derecho aplicable (ej. el empresario indica que la ley aplicable es la de su residencia), dicha cláusula no puede tener como efecto privar al consumidor de la protección que le otorgaría la ley del Estado de su residencia. Ahora bien, el Reglamento limita esta protección a los consumidores pasivos, aquellos consumidores que no han creado la situación de internacionalidad, siempre que hayan contratado con un empresario que preste sus servicios en España. En suma, si el consumidor es un consumidor pasivo, se le aplicará la ley de su Estado de residencia. En cualquier caso, el art. 23 del Reglamento establece una cláusula de interpretación conforme con el resto del ordenamiento europeo, por lo que, interpretado el Reglamento Roma I de conformidad con la Directiva 93/13/CEE, esta protección se aplicará tanto a consumidores pasivos como activos (a excepción de los contratos a distancia).

Por último, la ponente llamó la atención sobre el límite establecido por el artículo 67.3 del TRLGDCU en relación a las normas de protección en materia de garantías contenidas en sus artículos 114 a 126. Éstos serán aplicables a los consumidores y usuarios, "cualquiera que sea la ley elegida por las partes para regir el contrato, cuando éste mantenga una estrecha relación con el territorio de un Estado miembro del Espacio Económico Europeo". Se entiende que existe un "vínculo estrecho" cuando el bien haya de utilizarse, ejercitarse el derecho o realizarse la prestación en alguno de los Estados miembros de la Unión Europea, o cuando el contrato se hubiera celebrado total o parcialmente en cualquiera de ellos, o una de las partes sea ciudadano de un Estado miembro de la Unión Europea o presente el negocio jurídico cualquier otra conexión análoga o vínculo estrecho con el territorio de la Unión Europea.

6. ¿Protección sectorial y protección general? De *minimis* y de *maximis*

D^a. Encarnación Cordero Lobato. CESCO. UCLM

La nueva redacción del art. 59 LGDCU establece que los contratos con consumidores "se regirán, en todo lo que no esté expresamente establecido en esta norma o en leyes especiales, por el derecho común aplicable a los contratos". Ante ello, se pregunta la ponente ¿qué es el derecho común aplicable a los contratos? ¿El derecho común del Estado, el derecho español? No es esta interpretación la que se sostuvo con la anterior redacción. El asunto del reparto de competencias no está decidido por este artículo sino que sigue estando regulado por la Constitución. El derecho común que es supletorio es el que sea derecho de los contratos, y está en el derecho del Estado, pero también puede estar en normas autonómicas o forales que regulen materia contractual.

Con todo, el segundo párrafo (norma de mínimos) impone el respeto al nivel de protección dispensado "en esta ley". Y le sigue una segunda parte: "sin perjuicio de que prevalezcan y sean de aplicación preferente las disposiciones sectoriales respecto de aquellos aspectos expresamente previstos en las disposiciones del derecho de la Unión Europea de las que traigan causa". Es decir que:

- El nivel de protección de la LGDCU es el nivel mínimo de protección que tiene que ser respetado por derecho sectorial.
- Sin perjuicio de las disposiciones sectoriales dictadas en cumplimiento de Directivas de armonización plena, que no permiten un mínimo superior.

Pone de manifiesto la ponente que ni este artículo 59.2 puede ser calificado como "base de las obligaciones contractuales" ex art. 149.1.8º CE ni tampoco la Ley 3/2014 contiene norma de justificación competencial que permita otorgar prevalencia a esta norma estatal consumerista sobre cualquier otra norma estatal o autonómica, general o sectorial.

Considera que la única función útil de la norma es que la norma de *minimis* cumple una función de derecho supletorio.

Respecto a la norma de *maximis*, que obliga a respetar cualquier norma prevista en una Directiva de armonización plena, no ofrece ninguna utilidad añadida a la Directiva que ya establece su carácter normativo.

Panel 3. "Nuevo régimen de perfección y ejecución de contratos"

7. Régimen de los contratos a distancia y fuera de establecimiento mercantil: nuevos requisitos de información y de perfección del contrato

D^a. Ana Isabel Mendoza Losana. CESCO. UCLM

La ponente siguió una metodología esencialmente práctica en su exposición estructurándola en forma de preguntas y respuestas útiles al consumidor en esta materia:

1^a. *Regulación y delimitación de los diversos tipos de contratos celebrados a distancia (art.92.1 LGDCU) y fuera de establecimiento mercantil (art. 92.2 LGDCU)*. Para que se entienda que un contrato ha sido celebrado a distancia es necesario que concurren las siguientes circunstancias: (i) que se realice a través de técnicas de comunicación a distancia; (ii) no debe haber presencia física y simultánea de empresario y consumidor; y (iii) el contrato se debe celebrar en el marco de un sistema organizado de venta o prestación de servicios a distancia. El art.92.2 define los contratos celebrados fuera del establecimiento mercantil, siendo aquellos que (i) se celebren con la presencia física simultánea del empresario y del consumidor y usuario, en un lugar distinto al establecimiento mercantil del empresario; (ii) en los que el consumidor y usuario ha realizado una oferta fuera del establecimiento mercantil; (iii) celebrados en el establecimiento mercantil del empresario o mediante el uso de cualquier medio de comunicación a distancia inmediatamente después de que haya existido contacto personal e individual con el consumidor y usuario en un lugar que no sea el establecimiento mercantil habiendo presencia física simultánea del empresario y el consumidor; o iv) los celebrados en el marco de una excursión organizada por el empresario con la finalidad de promocionar y vender. En la nueva regulación, todos los contratos de este tipo, independientemente de su valor, quedan sometidos al cumplimiento de los deberes de información precontractual. Antes de la reforma, se excluían los contratos de escasa cuantía (valor inferior a 48,08 euros ex art. 108,b antiguo TRLGDCU).

2^a. *¿Qué debe saber el usuario antes de contratar? ¿Cuál es el contenido de la información precontractual exigible?* Se regula en el art. 97 LGDCU y se debe facilitar de forma clara y comprensible antes de que el consumidor quede vinculado. Conforme al art. 60.4 TRLGDCU, interpreta que la información debe entregarse de forma gratuita, aunque el art. 97 no se refiere expresamente a este extremo, si bien el consumidor debe asumir el coste del medio de comunicación (ej. llamada telefónica). El empresario debe informar de las características esenciales de los bienes y servicios (el

art. 97.1 no exige información sobre las "condiciones esenciales del contrato", aunque comprende que también debe informarse sobre ello), de la identificación del empresario y los datos del servicio de atención al cliente, sobre el precio total y gastos asociados y del coste de utilización de la técnica de comunicación "siempre que sea distinto a la tarifa básica". Esto genera problemas: (i) no debe informarse si la tarifa es la básica, lo que suscita inseguridad y desincentiva la contratación a distancia; y (ii) no se especifica cuál es la tarifa básica. Además, se debe informar sobre los procedimientos y fecha de pago, sobre el derecho a desistir, sobre las condiciones de resolución (no habría estado de más que la norma hiciera mención a las cláusulas de penalización y de permanencia, aunque esta laguna se puede colmar por aplicación del artículo 27.4 de la Ley 34/2002, de Servicios de la Sociedad de la Información que exige poner a disposición del destinatario, con carácter previo al inicio del procedimiento de contratación, las "condiciones generales" a que, en su caso, deba sujetarse el contrato).

La ponente puso de manifiesto el escaso impacto sobre la protección de los derechos del consumidor de la nueva redacción del artículo 97 TRLGDCU.

3ª. ¿Basta con que el empresario remita a su página web para que se consideren cumplidos los deberes de información precontractual? Depende, en los contratos a distancia, el empresario debe facilitar al consumidor la información exigida en el artículo 97.1 o "la pondrá a su disposición de forma acorde con las técnicas de comunicación a distancia utilizadas" y a los bienes a los que se va a contratar (art. 98.1 LGDCU). A diferencia de la regulación anterior en la que en la contratación telefónica se exigía la entrega por escrito de la información precontractual con al menos tres días de antelación a la celebración del contrato (RD 1906/1999) y en contra de la doctrina del TSJUE que consideró insuficiente la remisión a la web (STJUE de 5 de julio de 2012, C 94/11⁴), el nuevo TRLGDCU no exige que la información se facilite en soporte duradero por lo que, en caso de cumplirse los requisitos anteriores, podría remitirse a la página web, siempre que ello resulte acorde con la técnica de comunicación a distancia utilizada y con los bienes o servicios contratados (ej. no será suficiente la remisión a la web, si se contrata telefónicamente un servicio de acceso a Internet). El principio de buena fe en las transacciones comerciales resulta clave para la adecuada interpretación de estos deberes.

En cualquier caso, el art. 98.6 LGDCU impide esta remisión a la web si el empresario es el que ha llamado telefónicamente al consumidor, en cuyo caso deberá remitir la información por escrito, y solo si el consumidor se opone, podrá hacerlo en otro soporte duradero. La web no es un soporte duradero pues no permite al consumidor almacenar la información, no se le ha enviado personalmente y no puede ser consultada al cabo de un tiempo (v. art. 59 bis.1,f). No todos los soportes duraderos son legibles, si bien el artículo 98.1 establece que "siempre que dicha información se facilite en un soporte duradero deberá ser legible". La redacción de estos dos preceptos

⁴ http://www.uclm.es/centro/cesco/pdf/derecho_informacion.pdf

(art. 98.6 y 98.1) genera dudas sobre la validez de la grabación sonora como medio de confirmación de la oferta cuando el usuario se haya opuesto al envío de la información por escrito.

Tratándose de contratos celebrados a través de técnicas con tiempo o espacio limitado (ej. SMS), la Ley obliga a facilitar por el mismo soporte parte de la información precontractual enumerada en el artículo 97 (letras a, b, e, i, p), aceptando otros soportes complementarios (enlace a web o número telefónico) para facilitar el resto de información, siempre de forma apropiada a la técnica de comunicación utilizada.

En los contratos fuera de establecimiento mercantil, la información precontractual se debe facilitar siempre por escrito en papel o si el consumidor lo acepta, en otro soporte duradero legible (ej. memoria USB, correo electrónico...), al menos en castellano (art. 99.1 TRLGDCU). Como se ha dicho, la web no puede ser calificada como un soporte duradero y por tanto, la remisión a ella no es suficiente en estos casos.

4ª. *¿Qué ocurre si el comercial de una compañía eléctrica llama a nuestra puerta, tiene que facilitar la documentación precontractual de forma escrita?* Sí, puesto que estamos ante un contrato fuera del establecimiento mercantil, en los que no cabe remisión a la web, y debe facilitarse la información por escrito y si el consumidor se opone en otro soporte duradero legible. En los contratos de suministro de gas, agua o electricidad no envasados, calefacción mediante sistemas urbanos y contenido digital en soporte no material, se debe facilitar información precontractual idéntica a la de los demás contratos a distancia o fuera de establecimiento mercantil (cfr. art. 97.2 TRLGDCU).

Si el contrato llega a celebrarse, se ha de facilitar copia del mismo firmado o confirmación en papel o si el usuario está de acuerdo en otro soporte duradero (art 99.2).

En contra de algunas prácticas comerciales frecuentes, la legislación sectorial ni exonera a las empresas (eléctricas u otras) de los deberes impuestos por el TRLGDCU en relación al envío de información precontractual o de confirmación de la celebración del contrato ni justifica la reducción del nivel de protección conferido por la normativa general de consumo. Actualmente, la normativa general de consumo constituye un mínimo de protección que la normativa sectorial aspira a respetar, salvo que la transposición del Derecho comunitario exija rebajar ese mínimo (cfr. art. 59.2.II y III TRLGDCU y algunas normas sectoriales como los artículos 46 y 53.1 LGTel 9/2014 o el artículo 44 de la Ley 24/2013, del Sector Eléctrico).

5ª. *¿Es suficiente la grabación telefónica como justificante de la celebración del contrato?* Sí, puesto que el art. 98.7 LGDCU exige que el empresario facilite al consumidor la confirmación del contrato celebrado en un soporte duradero y en un plazo razonable después de la celebración del contrato a distancia (no necesariamente legible ni en soporte papel). Salvo que sea el empresario el que haya iniciado la oferta por vía telefónica, en cuyo caso la

grabación es insuficiente, siendo necesaria la aceptación escrita mediante firma u otro medio escrito (papel, correo electrónico, fax o SMS).

6ª. *¿Cuándo se entiende perfeccionado el contrato celebrado por teléfono?, ¿en el momento del "sí quiero" o en el que se envía el justificante de consentimiento?* La grabación del "sí quiero" no es suficiente, el perfeccionamiento se produce cuando la aceptación escrita llega al ámbito de control del empresario (art. 1262 CC). El art. 98.6 establece que el consumidor solo quedará vinculado una vez que haya aceptado la oferta mediante su firma o mediante el envío de su acuerdo por escrito, que, entre otros medios, podrá llevarse a cabo mediante papel, correo electrónico, fax o SMS.

7ª. *¿Qué ocurre si el consumidor no recibe la confirmación del contrato?* El contrato podrá ser anulado por vía de acción o de excepción, sin posibilidad de cobro de pagos adicionales (art. 100.1 LGDCU); se prolonga el plazo para desistir (art. 105 TRLGDCU); no resultarán exigibles ningún tipo de cargo o gasto adicional sobre el que el consumidor no haya sido informado (art. 97. 6 TRLGDCU) y tampoco quedarán incorporadas las demás condiciones generales de la contratación no facilitadas al adherente. Pero además, el incumplimiento de deberes relativos a la documentación del contrato constituye una infracción administrativa de consumo, puede constituir infracción de la normativa sectorial e incluso en algunos casos ha dado lugar a una sanción de la Agencia Española de Protección de Datos por vulneración del principio de calidad de los datos (arts. 4.3. y 6 LO 15/1999), si el empresario no puede probar el consentimiento del titular de los datos tratados en el marco de la relación contractual.

8. Entrega de los bienes vendidos, resolución y traslado de los riesgos en la compraventa al consumo

D. Ángel Carrasco Perera. Director de CESCO. UCLM

Hay dos innovaciones en la ley, descolgadas de la finalidad de la Directiva, que aparecieron como una isla, estas normas se aplican a todas las compraventas de consumo donde perfección y entrega estén separadas, al menos, por un instante (admitiéndose pacto en contrario en la compraventa a distancia).

El art. 66.bis LGDCU es una norma supletoria, residual, relativa a la fase de cumplimiento (plazo de la obligación de entrega); el art. 66 ter LGDCU es una norma de transmisión del riesgo.

El art. 66 bis establece que el vendedor deberá transmitir el bien en un plazo adecuado, en ningún caso superior a treinta días, transcurrido el cual el consumidor deberá emplazar al vendedor para que entregue concediéndole un plazo adicional, que de ser incumplido faculta al consumidor para resolver el contrato. Es llamativa esta necesidad de conceder un nuevo plazo, pues en caso de no hacerlo, el consumidor no estará facultado para resolver, por lo que el vendedor podrá incumplir "sin plazo" hasta que el consumidor conceda este segundo plazo. El empresario deberá devolver las cantidades entregadas por el

consumidor “sin demoras indebidas” en cuyo caso el consumidor podrá exigir que le devuelva las cantidades dobladas. Resulta curiosa la falta de fijación de plazos, más aún cuando se establece el mismo criterio para la devolución de cantidades en el supuesto en el que el consumidor desista, pero fijando un máximo de 14 días. Es una inconsistencia parcial del sistema.

Por su parte el art. 66 ter LGDCU se ocupa de la transmisión del riesgo. Transmitir el riesgo quiere decir que el comprador se queda sin la cosa pero la paga, eso pasaría cuando sin culpa de nadie (por caso fortuito o intervención de tercero ajeno a la relación contractual) se pierde en el tiempo intermedio entre la adquisición y la entrega. Esta norma deroga el derecho común y es una norma pertinente y en opinión del ponente, bien hecha. El riesgo no se transmite al comprador hasta que se tenga la posesión efectiva de la cosa, sin entregas o formas de posesión ficticia, como podría ser que la entrega de la factura equivalga a la entrega. No se le traslada el riesgo tampoco con la entrega del bien al transportista, pues no equivale a la entrega efectiva (salvo que el consumidor o un tercero por él elegido trasladen el bien).

Con todo, en la práctica es un problema poco frecuente bien porque no suele probarse el caso fortuito, siempre termina probándose o presumiéndose la culpa del vendedor por no ser diligente en el cuidado o bien porque en la mayoría de las ocasiones, los bienes objeto de entrega diferida son bienes genéricos que no se especifican hasta el momento de la entrega (ej. mobiliario estándar o adquirido para su montaje por el propio comprador) y como es sabido, la pérdida ha de ser soportada por el vendedor hasta la especificación (*genus numquam perit*). Se entenderá que el bien es genérico hasta su entrega efectiva, momento en el que se especificará. Esta regla no debería estar en la normativa de consumo, porque solo alcanza su virtualidad para productos que tienen valor intrínseco de segunda mano (ej. electrodomésticos o coches aunque no es un buen ejemplo pues el coche lo recoge el propio consumidor, no hay traslado).

El ponente puso de manifiesto los problemas que genera la interpretación sistemática de los nuevos preceptos 66 ter y 66 bis en relación con otros artículos del TRLGDCU no modificados por la Ley 3/2014. Así, planteó diversos interrogantes:

- Se cuestiona la relación entre el artículo 66 ter (transmisión del riesgo con la entrega posesoria al comprador o al transportista en los casos señalados) y el artículo 114 (deber de entrega de productos “conformes” y obligación del vendedor de responder de cualquier falta de conformidad). ¿Acaso ha venido el art. 66 ter a restringir el art. 114 TRLGDCU? ¿Cuál debería ser la solución si el bien se entrega en mal estado (es decir, adolece de falta de conformidad) debido a fuerza mayor o intervención de tercero? Conforme al CC, el riesgo tanto de la pérdida como del deterioro es del vendedor. En tal caso, ¿cuáles serían los derechos del consumidor? El ponente considera que estos supuestos merecen idéntico tratamiento que la falta de conformidad (imputable al vendedor o aquellos por los que deba responder). Es decir, el usuario tendrá derecho a la reparación o sustitución del bien o en su caso, a la devolución del precio y en última

instancia, a la resolución del contrato;

-Igualmente, suscita dudas la relación del artículo 66 bis.2 (derecho a la resolución del contrato por incumplimiento de la obligación de entrega sólo si el consumidor ha dado un nuevo plazo para cumplir distinto al inicial) con el artículo 117 (derecho a la indemnización por falta de conformidad "en todo caso" y de acuerdo con la legislación civil y mercantil), así como con el artículo 109 (deber de ejecución del contrato a distancia sin ninguna demora indebida y a más tardar en el plazo de 30 días naturales a partir de la celebración del contrato, sin doble emplazamiento).

9. Novedades en la regulación de los medios de pago

D^a. Carmen González Carrasco. CESCO. UCLM

La regulación de los medios de pago de la Ley 3/2014 es muy reducida y prácticamente no contiene novedades significativas. La finalidad de la reforma en este ámbito es reforzar los requisitos de información precontractual, garantizar la transparencia del precio total en todas las fases del *iter* contractual y evitar cargas encubiertas y artificiales de los costes. A nivel comunitario, los medios de pago ya habían sido regulados por la Directiva 2007/64/CEE del 13 de noviembre de 2007, realizándose la transposición española a través de la Ley 16/2009, de servicios de pago y su normativa de desarrollo (RD 712/2010, de 28 de marzo, de régimen jurídico de los servicios de pago y de las entidades de pago y Orden EHA/1608/2010, de 14 de junio, de transparencia de las condiciones y requisitos de información aplicables a los servicios de pago).

Además, ha de mencionarse la Ley 21/2011, de 26 de julio (Ley de dinero electrónico) que transpone la Directiva 2009/110/CE, de 16 de septiembre, sobre el acceso a la actividad de las entidades de dinero electrónico y su ejercicio, así como sobre la supervisión prudencial de dichas entidades. Finalmente, ha de tenerse en cuenta que la regulación de los servicios de pago se realiza sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley de Crédito al Consumo (Ley 16/2011, de 24 de junio) en aquellos casos en que un instrumento o servicio de pago incluya la concesión de un crédito de esa naturaleza (art. 1.4 Ley 16/2009 en relación con el Anexo II.3 Ley 16/2011).

Pese a que el contenido de esta reforma sea prácticamente reiterativo respecto a la LSP, no es inútil pues los ámbitos de aplicación son distintos.

Manifiesta la ponente que las principales novedades en esta materia están por venir y se contienen en la propuesta de Directiva de 24 de julio de 2013⁵ y una propuesta de Reglamento relativas a las tasas de intercambio aplicables a las operaciones de pago con tarjeta aprobados el 3 de abril de 2014 por el Parlamento europeo, que habrán de ser ratificados tras la nueva constitución del Parlamento y cuya exigencias obligarán a modificar de nuevo la TRLCU en materia de medios de pago.

⁵ http://www.tesoro.es/doc/SP/legislacion/normativa/OtrasDisposiciones/2013_0264.pdf

El art. 97.1.e y el art. 60.2.c LGDCU establece los requisitos de información que el empresario debe cumplir respecto al precio y costes o cargos adicionales. En caso de que el empresario incumpliera estos deberes de información, el consumidor no tendrá que abonar dichos costes o tendrá derecho a la devolución de los indebidamente cobrados. Por otro lado, el art. 60 ter LGDCU (igual que los arts. 21 y 24.3 LSP y 14 Orden EHA/1608/2010) establece que los empresarios no podrán facturar a los consumidores y usuarios, por el uso de determinados medios de pago, cargos que superen el coste soportado por el empresario por el uso de tales medios. Asimismo, se impide el cobro de pagos adicionales por opciones por defecto en contrataciones por internet (art. 60 bis).

Panel 4. “Pero ¿hay avances significativos en la protección del consumidor?”

10. ¿Cuándo y cómo se podrá facturar cargos, comisiones y otros pagos adicionales?

D^a. Karolina Lyczkowska. Doctora en Derecho. Professional Support Lawyer en DLA Piper Spain

Ya antes de la transposición de la Directiva 2011/83 existían ciertos requisitos para la validez del cobro de pagos adicionales. Por tanto, los nuevos artículos (60 bis y 60 ter) deben leerse a la luz de las normas preexistentes. Estas normas actuaban y siguen haciéndolo, en tres campos distintos: prácticas comerciales, información precontractual y control de las cláusulas abusivas. El empresario debe informar al consumidor, entre otras cosas, del precio total que vaya a cobrarle desglosando uno por uno los pagos adicionales.

Antes de la Ley 3/2014 se exigían los siguientes requisitos para la validez de la cláusula de pagos adicionales:

-Claridad y transparencia

-Posibilidad de rechazo por parte del consumidor de la cláusula

-Consentimiento expreso o tácito (sin que se detalle cómo manifestarlo). En el ámbito del transporte aéreo el Reglamento 1008/2008 exige que el consumidor exprese su consentimiento a través de una opción de inclusión: “opt in” vs. “opt out”. Se trata del sistema de casillas, en el sistema “opt in” la casilla se muestra en blanco y el cliente debe seleccionarla para manifestar su consentimiento; en la modalidad “opt out” u opción por defecto la casilla viene premarcada. Pues bien, estas últimas no valían en ámbito aéreo, y ahora, de conformidad con el nuevo art. 60 bis se aplica el mismo régimen a todos los pagos adicionales. Se implanta como regla el consentimiento expreso (“opt in”).

La ponente planteó numerosos interrogantes que no encuentran respuesta clara en la nueva norma:

- 1ª. Realmente no se sabe cuáles son los requisitos del consentimiento expreso del art. 60 bis, pero parece referirse a la opción de inclusión. Por este motivo se preguntó la ponente si estamos condenados al sistema de casillas en todo caso, considerando que no, pero que es ciertamente lo que cabe en ese artículo, al requerir dicho consentimiento respecto a la cláusula individualizada de pagos adicionales.
- 2ª. ¿Qué ocurre cuando no se obtiene este consentimiento expreso pero el servicio se presta? (i) no se devuelven las cantidades entregadas por deducir el consentimiento tácito del consumidor al confirmar el contrato; (ii) tampoco se procede al reembolso por tratarse de un caso de servicio prestado sin causa y se compensan coste del servicio y coste pagado. Con todo, si hubiera que devolver las cantidades ¿cuál es el plazo? Si bien no se regula, la ponente considera que deberá aplicarse analógicamente el art. 66 bis LGDCU.
- 3ª. Por lo que respecta a los medios de pago, para los que sí se establece un límite máximo a los pagos adicionales exigibles por el empresario (art. 60 ter), cabe plantearse qué ocurre en caso de que el empresario supere dicho límite. A juicio de la ponente, en principio, no cabría considerar esta cláusula como abusiva pues no encuentra acomodo en la regulación de las mismas, por lo que no procedería la anulación sino que propuso la moderación de la cláusula –que no es abusiva y por tanto admite moderación– al límite legal (como se ha propuesto en relación al art. 114 LH).
- 4ª. ¿Se ha de exigir consentimiento expreso a los pagos adicionales también cuando se trata de prestaciones ofrecidas por terceros? La ponente considera que sí como ya declaró la STJUE de 19 julio 2012 (*Ebookers*);
- 5ª. ¿Puede considerarse el cobro por la impresión de la tarjeta de embarque en el aeropuerto como un pago adicional? La ponente se inclina por la respuesta negativa pues no encuentra su nicho natural en el art. 60 bis TR. No es un servicio adicional en sentido estricto, sino una cláusula de penalización. Sólo puede controlarse a través del art 85.6 TR, si bien también pueden imponerse sanciones administrativas (v. caso Ryanair, STSJ de Madrid de 30 octubre 2013 que confirma la multa a la compañía).

11. ¿Y si el consumidor no queda satisfecho...? Nuevo régimen del derecho de desistimiento

Dª. Sagrario Bermúdez. CESCO. UCLM

En el nuevo régimen de desistimiento se mantiene la ubicación separada del régimen general del desistimiento (arts. 68 a 79) del régimen único de los contratos celebrados a distancia y fuera del establecimiento (arts. 102 a 108).

Régimen de desistimiento en contratos celebrados a distancia y fuera del establecimiento:

1ª. *¿Cuál es el plazo para desistir?* Varía según si el empresario ha cumplido o no su deber de información sobre el derecho de desistimiento (art. 104 LGDCU). En caso afirmativo, el plazo ha pasado de 7 días hábiles a 14 días naturales, plazo que empieza a correr en los contratos de compraventa el día de la recepción o toma de posesión del bien y en los de prestaciones de servicios el día de la celebración del contrato. Si el empresario incumplió su deber de información sobre el derecho de desistimiento (art. 105 LGDCU), el periodo de desistimiento durará doce meses a partir de la fecha de expiración del plazo de desistimiento inicial, es decir, 14 días naturales más 12 meses. En relación a los contratos mixtos (entrega de bienes y prestación de servicios, como un curso a distancia), el plazo de desistimiento comienza con la entrega del material, pues se aplica el régimen de los contratos de compraventa.

2ª. *¿Cómo puede desistir?*

- Utilizando el nuevo formulario de desistimiento del Anexo;
- Mediante cualquier otra declaración inequívoca en la que señale su decisión de desistir del contrato. Es obligatorio para el empresario entregar el formulario pero es opcional para el consumidor utilizarlo o expresar su voluntad de desistir mediante cualquier otra declaración inequívoca. Cabe plantear algunos casos conflictivos: ¿Bastaría devolver las mercancías? Entendió la ponente que sí, si se entregan en plazo aun cuando llegaran más tarde al empresario. ¿Podría entenderse como decisión inequívoca de desistir el rechazo de las mercancías depositadas en correos? En este caso no porque no se ha producido la entrega que es el momento determinante de nacimiento del plazo de desistimiento. ¿Y cuándo ha pagado con tarjeta? El consumidor debe primero desistir y después solicitar la anulación del cargo (art. 112.2º TRLGDCU);
- Remisión del empresario a su página web para obtener el documento de desistimiento.

3ª. *¿Qué efectos produce el desistimiento?* Se extinguen las obligaciones de las partes de ejecutar el contrato. El empresario deberá reembolsar al consumidor todos los pagos producidos incluidos los gastos de entrega, salvo que la forma de entrega elegida por el consumidor sea más costosa que la ordinaria del empresario. Los efectos sobre el consumidor difieren según la tipología del contrato:

- Contrato de compraventa: obligación de restituir los bienes en 14 días desde la notificación del desistimiento, asumiendo los gastos de envío, salvo que se hubiera ofrecido el empresario a recogerlos.
- Contrato de prestación de bienes y servicios: lo normal será que la prestación no haya empezado hasta que no transcurra el plazo de desistimiento, pero si lo hubiera hecho por haberlo solicitado el consumidor, tendrá que abonar la parte proporcional al servicio prestado. En otro caso (si el usuario no ha consentido o si el empresario

no ha informado adecuadamente), el usuario no tendrá que abonar coste alguno.

El artículo 103 del TRLGDCU enumera las excepciones al derecho de desistimiento incorporando algunas novedades en relación al régimen anterior.

Régimen general de desistimiento:

El plazo para desistir es idéntico al antes expuesto. El empresario tendrá un plazo de 14 días para reembolsar las cantidades al consumidor (antes este plazo era de 30 días). No se fija plazo para que el consumidor devuelva los productos en caso de desistimiento. Por otro lado, el desistimiento no admite penalizaciones, por lo que no se aplicarán las cláusulas de permanencia ni las penalizaciones por baja anticipada ya que el desistimiento es una facultad del consumidor distinta al derecho a darse de baja anticipada con pago de la correspondiente penalización por incumplimiento de la permanencia. Por ello, la ponente pone de manifiesto la inoportunidad de incluir dentro del régimen del desistimiento, en concreto en el artículo 79.4 la mención a estas cláusulas (“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”).

Finalmente, la ponente concluyó afirmando que la nueva regulación sí otorga mejores derechos para el consumidor en materia de desistimiento.

12. La nueva protección al consumidor de contenidos digitales

D. Sergio Cámara. Catedrático Dcho. Civil. Universidad de La Rioja

Ciertamente podemos afirmar que “contenido digital” es un concepto amplio en el que caben realidades diversas: películas, juegos, avatares en juegos, aplicaciones informáticas, ebooks, música, programas de televisión... Muchas de estas realidades presentan un elemento común: son obras protegidas por propiedad intelectual. Por ello, el ponente llama la atención sobre la íntima relación entre el Derecho de consumo y la propiedad intelectual. Los contenidos digitales merecen protección tanto si se ofrecen en soporte físico (ej. CD), en soporte digital (ej. descarga de una APP), o en *streaming* (*acceso en red*).

El ponente expuso la evolución dentro del Derecho comunitario de la protección del consumidor de contenidos digitales. Es la Directiva 2011/83 la primera que hace mención expresa a la necesaria protección de este consumidor.

La Ley 3/2014 introduce tres novedades en materia de protección del consumidor de contenidos digitales:

- 1ª. *La definición de los contenidos digitales.* Así el art. 59.bis.1. i) define los contenidos digitales como “los datos producidos y suministrados en formato digital” (concepto distinto al de “bienes” del art. 59.bis.2).
- 2ª. *Los nuevos contenidos de la información precontractual son aplicables a todos los contratos, incluidos los relativos a los contenidos digitales* (art.

60.2,i,j y 97.1,s,t⁶) . Además de los deberes generales de información, el empresario deberá informar de (i) la *funcionalidad* de los contenidos digitales, incluidas las medidas técnicas de protección aplicables, como son, entre otras, la protección a través de la gestión de los derechos digitales o la codificación regional; y (ii) de toda *interoperabilidad* relevante del contenido digital con los aparatos y programas conocidos por el empresario o que quepa esperar razonablemente que conozca, como son, entre otros, el sistema operativo, la versión necesaria o determinados elementos de los soportes físicos. A tenor de esto, reflexiona el ponente sobre si las medidas tecnológicas de protección de la propiedad intelectual (ej. encriptación de la información o sistema de claves para el acceso a los contenidos en red) son compatibles con el Derecho de Consumo. Se responde afirmativamente a esta cuestión pero haciendo hincapié en que el usuario debe ser adecuadamente informado de la existencia de estas medidas de protección y se ha de garantizar el acceso a los contenidos. Respecto a la información sobre la interoperabilidad, desde la Comisión europea se propone un sistema unificado de iconos para toda la UE.

3^a. *Desistimiento en el suministro de contenidos digitales*. La regla es que se puede desistir tanto si se adquiere en soporte físico como en otro soporte, pero las excepciones que prevé la norma hacen altamente improbable que el consumidor pueda desistir. Se excluye el derecho de desistimiento en los contratos de compra de contenidos *off line* (ej. CD), si el soporte ha sido desprecintado tras la entrega (art. 103, e TRLGDCU), así como en los contratos de suministro de contenido digital que no se preste en un soporte material cuando la ejecución haya comenzado (ej. si se descarga algo y lo reproduce) con el previo consentimiento expreso del consumidor y usuario con el conocimiento por su parte de que en consecuencia pierde su derecho de desistimiento (art. 103, m TRLGDCU). El plazo de desistimiento comienza a correr el día de celebración del contrato, si el contenido no se suministra en soporte material (art. 104,c). El desistimiento no ha de acarrear coste alguno para el usuario (art. 108.4,b).

Critica el ponente que ni la Directiva 2011/83 ni la ley de transposición regule cuestiones fundamentales de la protección del consumidor de contenidos digitales que sí se resuelven en la Propuesta de Reglamento del Parlamento europeo y del Consejo relativo a una normativa común de compraventa europea. Así, no se regulan: (i) las peculiaridades de la entrega y transmisión de los riesgos en materia de contenidos digitales; (ii) el problema de las faltas de conformidad (ej. ¿qué calidad ha de tener la película que me descargo?); (iii) la eventual existencia de cláusulas abusivas; (iv) la responsabilidad por daños (ej. daños producidos en el equipo por la descarga de un programa infectado con un virus) o (iv) la protección ante contenidos digitales gratuitos. Respecto a esto último y conforme al considerando 19 de la Directiva 2011/83, defiende el ponente la aplicación del régimen de protección previsto para los contratos con precio. Ello no sólo porque la gratuidad es cuestionable (ej. la descarga de contenidos aparentemente gratuitos “se paga” con la cesión de datos o con la recepción de publicidad) sino también porque existen situaciones

⁶ Ambos preceptos se refieren a la información sobre dos características de los contenidos digitales: la funcionalidad y la interoperabilidad. La única diferencia entre ellos es que el primero ejemplifica algunas de las implicaciones de estas características técnicas y el segundo no menciona ejemplos.

en los que se hace evidente la necesidad de protección (ej. descarga de programa gratuito infectado por virus que daña el equipo y ocasiona al usuario la pérdida de información valiosa). Por otro lado, no se establece qué tipo de contrato es el relativo a los contenidos digitales, y no encaja ni en compraventa (no parece que visionar una película en *streaming* sea una compraventa), ni en servicios. La solución que ha adoptado la Directiva ante este problema es crear un régimen a medida de estos contratos (cdo 19), sin necesidad de calificarlos, concediendo la protección expuesta a los consumidores con independencia de definiciones dogmáticas del contrato.

Por último, el ponente pone de manifiesto que actualmente la UE está inmersa en un proceso de armonización del régimen de protección de los usuarios de contenidos digitales (v. cdo 19 Directiva 2011/83), que avanzará a través de diversas vías posibles: la aprobación de una nueva directiva de contenidos digitales; la adopción del Reglamento de compraventa europea y las eventuales modificaciones de los instrumentos normativos actualmente vigentes.

13. ¿Qué hay de nuevo en materia de cláusulas abusivas?

D. Pascual Martínez Espín. CESCO. UCLM

El ponente destacó las tres novedades fundamentales que introduce la Ley 3/2014 en materia de cláusulas abusivas:

- 1ª. *El artículo 80 LGDDCU relativo a los requisitos de las cláusulas no negociadas individualmente (ámbito de la incorporación):* la novedad es el tema de la legibilidad añadiendo un segundo párrafo por el que se exige que la cláusula sea accesible y legible, imponiendo que la letra tenga un tamaño mínimo de un milímetro y medio y el suficiente contraste con el fondo de modo que la lectura no sea dificultosa. El ponente puso de manifiesto que esta exigencia de legibilidad apenas añade nada al nivel de protección ya conseguido hasta ahora.

Se suprime la referencia a la aceptación de las condiciones generales en la contratación telefónica y electrónica, pues se deroga el apartado 4 del artículo 5 (antes apartado 3 del artículo 5) de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación y el Real Decreto 1906/1999, de 17 de diciembre, por el que se regula la contratación telefónica o electrónica con condiciones generales en desarrollo del artículo 5.3 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, de condiciones generales de la contratación, cuyas disposiciones resultan incompatibles con el enfoque de armonización máxima de la Directiva 2011/83 que se transpone.

- 2ª. *El art. 81 LGDCU relativo a la aprobación e información (ámbito de control previo)* se reforma añadiendo un párrafo primero para potenciar el control preventivo por las administraciones públicas de las cláusulas abusivas⁷.

⁷ "Las empresas que celebren contratos con los consumidores y usuarios, a solicitud de la Agencia Española de Consumo y Seguridad Alimentaria y Nutrición, de los órganos o entidades correspondientes de las Comunidades Autónomas y de las Corporaciones locales competentes en materia de defensa de los consumidores y usuarios, dentro del ámbito de sus respectivas competencias, estarán obligadas a remitir las condiciones generales de contratación que integren dichos contratos, en el plazo máximo de un mes desde la recepción de la solicitud, al objeto de facilitar el estudio y valoración del posible

3ª. El art. 83 LGDCU sobre la nulidad de las cláusulas abusivas y la subsistencia del contrato es la reforma de mayor calado. La reforma afecta a la facultad que tenía el juez de integrar o moderar la cláusula declarada abusiva. Para dar cumplimiento a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 14 de junio de 2012, en el asunto C-618 Banco Español de Crédito, la reforma elimina esta posibilidad de conformidad con la Directiva 93/13/CEE, no pudiéndose moderar ya las cláusulas declaradas abusivas que habrán de ser expulsadas del contrato. Sin embargo, sí se permite la integración pro adherente (art. 65 LGDCU). Por tanto, esta norma discrimina porque se permite la integración solo para una parte del contrato.

El ponente se vio obligado a reducir su exposición dado el escaso tiempo disponible, por lo que se remitió él y nos remitimos nosotras al exhaustivo material sobre este tema publicado en la web del curso, llamando especialmente la atención sobre el impacto de la reforma del artículo 83 del TRLGDCU sobre otras normas del ordenamiento como la Ley de Contratos de Crédito al Consumo o la DT 2ª de la Ley 1/2013 (http://www.uclm.es/Actividades/repositorio/pdf/doc_5214_7084.pdf).

Panel 5. “Inminentes próximas reformas de la normativa de consumo”

14. Unidad de mercado y racionalización de las Administraciones Públicas: su impacto sobre las competencias de consumo. ¿Qué será de las OMICs tras la Ley 27/2013, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local?

Dª. Blanca Lozano Cutanda. Catedrática de Derecho Administrativo. Miembro del Consejo Académico de Gómez-Acebo & Pombo

La ponente inició su exposición poniendo de manifiesto la incertidumbre acerca del desarrollo y aplicación de la nueva Ley de la Administración Local no sólo por los numerosos recursos de inconstitucionalidad interpuestos contra ella sino también por el fenómeno que bautizó como “rebelión normativa” de las Comunidades Autónomas (algunas de ellas gobernadas por el mismo partido político que ha promovido la aprobación de la ley estatal). Este contexto y el anuncio de algunas próximas reformas llevaron a la ponente a sugerir el cambio de título de su intervención por el de “¿Qué será de la distribución competencial establecida en la Ley 27/2013, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local?”

La Ley 27/2013 cierra la posibilidad de que las corporaciones locales ejerzan las competencias que no sean las propias, delegadas o asumidas vía art. 7.4 de la Ley. Ahora la Ley establece una lista tasada, no ya de mínimos, por lo que parece limitar las atribuciones competenciales a los entes locales por las CCAA, intentando evitar duplicidades competenciales y asegurar la estabilidad presupuestaria de los municipios. Esta interpretación resulta acorde con el

carácter abusivo de determinadas cláusulas y, en su caso, ejercitar las competencias que en materia de control y sanción les atribuye esta ley”. El incumplimiento de esta obligación constituirá sanción de consumo.

“Libro Blanco para la reforma del gobierno local” que inspira esta reforma y que ponía de manifiesto que la legislación básica no establecía una lista determinada de competencias locales y ello producía problemas, incrementando las cargas municipales al no poner a su disposición los medios económicos necesarios para cumplir con sus obligaciones.

La Ley lleva a cabo una reforma de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen (LBRL) que supone, entre otras cosas, una redefinición de las competencias locales dirigida a limitar las competencias municipales a las competencias propias o a las atribuidas por delegación, y de entre las propias enunciadas por el art. 25 LBRL desaparece la mención a las competencias de consumo. Se pretende que las competencias propias actúen como un máximo sobre el que las Comunidades Autónomas o el Estado puedan asignar competencias y sobre todo, para que puedan asignárselas bajo la entera responsabilidad del Ayuntamiento y con la posibilidad de que sea éste el que asuma el coste de su prestación. La transferencia de competencias tendrá que hacerse por delegación, pero delegación que asegure la transferencia de recursos necesarios (art. 27.6 LBRL). En cambio, las competencias propias municipales no tendrán necesariamente que dotarse con una financiación adicional con cargo a los presupuestos de las Administraciones central o autonómica, sino que es posible que la Ley de atribución contemple su financiación con cargo a los recursos de naturaleza tributaria de los municipios o su participación en los tributos de las anteriores. Las competencias propias definidas en el art. 25 LBRL dejan así de operar como un mínimo de ámbitos competenciales, como ocurría antes de la reforma.

La ponente interpreta que la nueva redacción del art. 25.4 LBRL viene a significar que las competencias propias han de ser autofinanciadas por los municipios. Consumo desaparece de la lista de competencias propias de los ayuntamientos. Por ello, si nos atenemos a esta interpretación, no hay competencia de consumo en entidades locales y solo hay dos posibilidades de que la adquieran: a) por delegación de la CCAA (art. 27), aceptada por el Ayuntamiento y mediante la celebración de convenio, cuya duración no podrá ser inferior a 5 años y que deberá ir acompañado de memoria económica y dotación presupuestaria de la CCAA delegante. El incumplimiento dará lugar a la extinción de la delegación; b) a instancia del Ayuntamiento interesado justificando que la asunción de la nueva competencia no supone duplicación competencial y no amenaza la estabilidad financiera municipal y acompañando la solicitud de dos informes preceptivos y vinculantes, uno de la Administración que ejerce la tutela financiera y otro de la Administración competente en la materia (defensa de consumidores y usuarios).

Según lo expuesto, los Ayuntamientos que deseen seguir ejerciendo las competencias que en materia de defensa de consumidores y usuarios venía realizando, a través de la Oficina Municipal de Información al Consumidor, podrán, bien requerir a la Comunidad Autónoma para que le efectúe la delegación de tales competencias, en los términos establecidos en la Ley, o bien promover el oportuno expediente para justificar que el ejercicio de esas competencias no pone en riesgo la sostenibilidad financiera del conjunto de la Hacienda municipal y que no se incurre en un supuesto de ejecución

simultánea del mismo servicio público con otra Administración Pública. Este expediente deberá integrarse obligatoriamente por los informes de la Consejería con competencias en materia de consumo y de la Consejería de Hacienda, que será quien ejerza la tutela financiera de la competencia.

Además y a pesar de que la Ley 27/2013 no lo prevé expresamente (tampoco lo prohíbe), cabría una tercera vía que es la encomienda de gestión conforme al art. 15 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, de modo que la Administración titular de la competencia sería la Comunidad Autónoma y el Ayuntamiento quien la ejerce. Si la CCAA quisiera recuperar el ejercicio de la competencia encomendada, asumiría los medios del Ayuntamiento.

Esta interpretación "canónica" o "respetuosa con la norma" está siendo cuestionada por diversos autores (ej. Francisco Villar Rojas) y por lo que la ponente califica como "rebelión normativa" de las CCAA, que, con fundamento en la STC 214/1989 y respaldados por la mala técnica legislativa de la Ley 27/2013 (cfr. art. 2.1º LBRL en relación a art. 25) interpretan que no ha cambiado nada. El único efecto que produce la reforma es que ahora, si así lo quisiera el legislador autonómico, podría aprobarse una ley autonómica de protección al consumidor sin atribuirle ninguna competencia al municipio. Antes, al ser una materia del listado de competencias propias (y ser legislación básica), forzosamente se le tenían que atribuir competencias en esta materia. Así, varias CCAA han aprobado decretos leyes (Decreto-ley 1/2014, de 27 de marzo, de Castilla y León, Decreto-ley 7/2014, de 20 de mayo, de Andalucía, Decreto-ley 3/2014, de 17 de junio, de Cataluña, Decreto-ley 1/2014, de 27 de junio, de la Región de Murcia) o leyes (Ley gallega 5/2014, de 27 de mayo, de medidas urgentes derivadas de la entrada en vigor de la Ley 27/2013; Ley 2/2014, de 3 de junio, de medidas para la garantía y la continuidad de los servicios públicos en la Comunidad Autónoma de la Rioja) con el objetivo común de adoptar "medidas urgentes para la garantía y continuidad de los servicios públicos, derivado de la entrada en vigor de la Ley 27/2013". Todas ellas defienden que las CCAA no han perdido la facultad de atribuir estas competencias como propias a los municipios. Estas normas autonómicas mantienen todas las competencias que anteriormente habían sido atribuidas a los entes locales por las leyes autonómicas. Esta interpretación se fundamenta en la expresión del art. 25 "atribuyéndoles para ello las competencias que procedan" de forma que antes el legislador autonómico estaba obligado a transferir competencias en materia de consumo, pero ahora no está obligado lo que no impide que pueda seguir haciéndolo. El artículo 25 establece un mínimo pero no un techo competencial máximo. La competencia estatal no puede exceder del establecimiento de unos mínimos, con lo que las CCAA pueden seguir determinando cuáles son las competencias locales.

La ponente considera reprochable que las normas autonómicas que contienen esta interpretación reproduzcan en sus exposiciones de motivos los argumentos esgrimidos en los recursos de inconstitucionalidad interpuestos contra la ley estatal y augura la interposición por parte del Gobierno Central de nuevos recursos de inconstitucionalidad contra tales normas, así como su eventual suspensión ex art. 161.2 de la CE. En medio de la polémica, al menos de

momento, las competencias en materia de consumidores y la OMICs seguirán funcionando en el mismo régimen administrativo y económico mantenido hasta ahora.

15. Unión Europea: El Programa plurianual de consumidores para el período 2014-2020

D. Luis González Vaqué. Ex-Consejero Dirección Gral. Mercado Interior. Comisión Europea. Vicepresidente de la Asociación Iberoamericana para el Derecho Alimentario

El Reglamento (UE) núm. 254/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre el Programa plurianual de consumidores para el periodo 2014-2020 y por el que se deroga la Decisión núm.1926/2006/CE es el primer reglamento en el que una Comisión saliente establece un plan de actuación obligatorio para Estados y para la Comisión entrante. Este Reglamento reconoce la figura del "consumidor vulnerable", concepto amplio que incluye a numerosos colectivos: consumidores con movilidad reducida, con dificultades para comprender las opciones de las que dispone, los niños y los jóvenes, las mujeres embarazadas, los usuarios de servicios financieros, los usuarios de los medios de transporte y los usuarios o potenciales usuarios de los servicios digitales. Económicamente la norma es una norma llena, pero en relación al contenido puede decirse que es vacía.

Considera que hay que ir hacia un nuevo derecho de consumo. El Derecho de consumo es un derecho tendencioso, porque es parcial en favor del consumidor, su teleología es defender al consumidor lo cual se cristaliza en el principio *pro consumatore*. Pero debe salvaguardarse la seguridad jurídica, el derecho constituye en muchos casos reglas del juego y ello ocasiona que en algunos casos los jueces apliquen la ley pero no hagan justicia. Esa seguridad jurídica debería ser sustituida o complementada en derecho de consumo por: simplicidad, claridad e inteligibilidad. Esos son para el ponente los tres elementos indispensables del Derecho de consumo europeo del futuro. Hay demasiadas leyes para proteger al consumidor pero, ¿el consumidor las entiende?

Propugna la necesidad de una "micropolítica" de los consumidores, a diferencia de la alta política de consumidores que se está llevando a cabo. Una micropolítica "de estar por casa" que mejore la calidad de vida de los consumidores-ciudadanos. Puso de manifiesto ejemplos concretos que ilustran de cómo el concepto de mercado se antepone al concepto de ciudadano (eliminación de bancos de los aeropuertos para que los ciudadanos se vean obligados a sentarse en los bares y consumir; salidas de aeropuertos, centros de ocio o de estaciones a través de tiendas). Defendió la simplificación de la normativa de consumo. Así, de la misma forma que se exige la entrega de folletos informativos en la adquisición de productos financieros ¿por qué no obligar al legislador a que realice folletos informativos de los derechos?

Reivindicó el fortalecimiento de las funciones inspectoras de las Administraciones públicas que deben ejercerse no sólo en el ámbito de la represión sino fundamentalmente en el de la prevención. Abogó por la revisión

del papel de las asociaciones de consumidores y de la política de subvenciones (que deben ser concedidas para acciones puntuales).

Finalmente, propuso la armonización del Derecho de consumo mediante reglamentos o Directivas de armonización total con una cláusula de "destransponer", es decir, que los nuevos instrumentos normativos incluyan una cláusula que dijera "ningún Estado miembro podrá legislar en contra o de forma distinta a como se ha legislado", debiendo derogarse las leyes "chapuza" que existen, ya que la efectiva protección del consumidor necesita menos leyes.

16. Nuevas obligaciones sobre información alimentaria facilitada al consumidor

D^a. Ana Carretero García. CESCO. UCLM

La ponente comenzó su intervención asegurando que existe una relación directa entre el tipo de alimentación que seguimos y una serie de enfermedades definidas por la OMS como "afecciones de larga duración no contagiosas y en gran medida prevenibles": obesidad, diabetes, problemas cardiovasculares, varios tipos de cáncer, hipertensión, osteoporosis, etc. Estas enfermedades constituyen la primera causa de muerte en el mundo.

El Reglamento (UE) núm. 1169/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre la información alimentaria facilitada al consumidor y por el que se modifican varios reglamentos distingue entre la información obligatoria que debe ser entregada al consumidor y la información voluntaria, y dentro de la información obligatoria hay que incluir también la información nutricional. Con carácter general, el Reglamento entrará en vigor el próximo 13 de diciembre, si bien se pospone la entrada en vigor de las disposiciones relativas a la información nutricional hasta el 13 de diciembre del 2016. En teoría, lo que pretende el Reglamento es armonizar la información que los productores deben facilitar a los consumidores, pero quedan patentes numerosas lagunas en asuntos relevantes. Se supone que la información alimentaria debe ser fácilmente comprensible por el consumidor, pero lo cierto es que éste se ve obligado a descifrar una información técnica realmente compleja, prácticamente hace falta ser químico (candidato a Premio Nobel) para saber realmente lo que uno está comiendo.

No se trata solo de que los productos muestren la información requerida, se trata de que se produzcan alimentos que no sean tóxicos, se refiere a alimentos irradiados, hipercalóricos, que contienen productos químicos conservantes o potenciadores del sabor (que abren el apetito), etc. El consumidor actúa sobre la confianza de que al estar el producto etiquetado es "sano", pero esto no siempre es así. De los aproximadamente 100.000 productos químicos en uso, solo se ha hecho un perfil toxicológico del 10 % de ellos. Además, la cantidad de productos químicos o tóxicos presentes de forma aislada en cada alimento no superará nunca los niveles exigidos por la normativa, pero dado que estos productos tóxicos no son eliminables de

nuestro organismo, en realidad nos hemos convertido en “recipientes ambulantes” de todos estos productos que se acumulan en nuestro organismo.

La ponente criticó la falta de voluntad política y comercial para hacer más sana la alimentación. Así, puso de manifiesto el rechazo de la Comisión Europea a la propuesta del propio Parlamento Europeo de aplicar un tipo de IVA reducido a frutas y verduras; denunció el escaso interés por limitar el uso por la industria alimentaria de las grasas TRANS, así como el empeño (a su juicio absurdo e injustificado) por negar los efectos negativos ocasionados por el uso y comercialización de organismos manipulados genéticamente (los conflictivos transgénicos). Dada la polémica que suscitó esta última cuestión, la ponente ha puesto a disposición del público su artículo “Prevención de riesgos y reparación de daños por organismos modificados genéticamente en el Derecho Español y Comunitario”

(http://www.uclm.es/Actividades/repositorio/pdf/doc_5214_7090.pdf).