



LOS CONTRATOS CELEBRADOS A DISTANCIA

Margalida Nadal Riera

Tutora: Petra Maria Thomàs Puig

ÍNDICE

1.INTRODUCCIÓN.....	4
1.1. EMPRESARIO Y CONSUMIDOR.....	4
1.2. DERECHOS DE LOS CONSUMIDORES.....	5
1.A. EL DERECHO DE DESISTIMIENTO.....	6
1.A.a. EFECTOS DEL DERECHO DE DESISTIMIENTO...7	
1.B. DERECHO A LA REPARACIÓN DE LOS DAÑOS Y PERJUICIOS PRODUCIDOS.....	8
1.3. CONDICIONES GENERALES DE CONTRATACIÓN, CLÁUSULAS PROHIBIDAS Y CLÁUSULAS PREDISPUES- TAS.....	9
1.A. CONDICIONES GENERALES.....	9
1.B. CLÁUSULAS ABUSIVAS.....	11
2. CONTRATOS CELEBRADOS A DISTANCIA.....	13
2.1.DEFINICIÓN.....	13
2.2. ETAPAS.....	14
2.3. REGULACIÓN NORMATIVA.....	14
2.4. CELEBRACIÓN CONTRATO A DISTANCIA.....	15
1.A. INFORMACIÓN PRECONTRACTUAL.....	15
1.B. INFORMACIÓN POSTERIOR.....	16
1.C. FALTA DE INFORMACIÓN CONTRACTUAL.....	16
2.5. PARTICULARIDADES.....	17
1.A. PERFECCIÓN DEL CONTRATO.....	17
1.B. LUGAR.....	18
2.6.EJECUCIÓN DE CONTRATO A DISTANCIA.....	18
1.A PLAZO ENTREGA.....	19

1.B. EFECTOS DEL INCUMPLIMIENTO.....	19
2.7. PROHIBICIÓN ENVÍOS NO SOLICITADOS.....	21
2.8. DERECHO DE DESISTIMIENTO.....	22
3. CONCLUSIÓN.....	22
4. BIBLIOGRAFÍA.....	23

1.- Introducción

Este trabajo va a tratar de los contratos de consumo y, más especialmente, del contrato celebrado a distancia. Para empezar a abordar este tema es necesario tener presente una serie de sujetos, y su definición, que vamos a mencionar a lo largo de dicho trabajo, por el hecho de ser elementos básicos del derecho de consumo. Estas figuras esenciales son dos: el empresario y el consumidor o usuario.

1.1. Empresario y consumidor

Un elemento básico del derecho del consumo es el empresario. Éste puede ser definido como aquella persona, ya sea física como jurídica, que desarrolla una actividad profesional, cualquiera que sea su forma societaria (sociedad anónima, sociedad limitada...), con el fin de obtener beneficios derivados de la misma.¹ Por tanto, podemos decir que lo que caracteriza al empresario es la actividad económica que lleva a cabo.

En este mismo sentido se pronuncia la jurisprudencia, que declara que para adquirir la condición de empresario es necesario el ejercicio de una actividad profesional, con habitualidad, constancia y ánimo de lucro². Sin embargo, este elemento debe ir unido a que el ejercicio del comercio se efectúe en nombre propio y que el titular de la empresa sea quien sufra las consecuencias jurídicas de dicha actividad empresarial, como establece abundante jurisprudencia³. Este tercer elemento -que el empresario ejerza la actividad profesional en nombre propio- es aceptado de manera unánime por los autores⁴ y por la jurisprudencia del Tribunal Supremo⁵.

¹ Esta definición se puede extraer del Artículo 4 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, en adelante TRLGDCU, el cual establece: <<A efectos de lo dispuesto en esta norma, se considera empresario a toda persona física o jurídica, ya sea privada o pública, que actúe directamente o a través de otra persona en su nombre o siguiendo sus instrucciones, con un propósito relacionado con su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión>>.

² Respeto a esta última nota definidora del concepto de empresario es necesario hacer una matización. Si bien es cierto que los Tribunales, en abundantes sentencias, creen que es un elemento esencial para poder calificar a una persona como empresaria; debemos afirmar que una entidad sin ánimo de lucro puede ser considerada como empresaria (así por ejemplo las cooperativas). En esta misma línea se pronuncia CÁMARA LAPUENTE (*“Comentarios a las Normas de Protección de los Consumidores”*, págs. 116 y 167) al considerar que la actividad profesional del empresario no ha de ser necesariamente una actividad lucrativa.

³ En este sentido se pronuncian la *Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª) de 17 de diciembre de 1987* (Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi 1987, número de referencia 9514); la *Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 11ª) de 18 de junio de 2004* (Jurisprudencia Aranzadi 2004, núm. de referencia 226443) entre otras.

⁴ VICENTES Y GELLA (*Curso de derecho mercantil comparado*, p. 149); GARRIGUES (*Curso de derecho mercantil*, p. 578).

⁵ Tal como afirman la *Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª) de 27 de abril de 1989* (Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi 1989, número de referencia 3266); la *STS (Sala 1ª) de 16 de abril de 2012* (Repertorio de Jurisprudencia

Otro elemento básico del derecho de consumo es el concepto la parte consumidora. Podemos acudir a distintas sentencias que establecen un concepto negativo de consumidor cuando manifiestan: <<no se atribuye la condición de consumidores o usuarios a quienes adquieren bienes con el fin de integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros, no reuniendo la condición de destinatarios finales⁶>>.

A partir de lo anterior y siguiendo con el concepto del Art 3 del TRLGDCU, podemos definir al consumidor como aquella persona física o jurídica que, fuera del ámbito de su actividad empresarial o profesional, adquiere cualquier tipo de bien, producto o servicio como destinatario final.

En base a esta definición, si estamos ante una persona que obtiene un producto o servicio sin ser el destinatario final, no podemos calificarla como un consumidor. Así, la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 922/2000, de 16 de octubre, no calificó, a la parte que compró una impresora, como consumidora por el hecho de que este bien no se adquirió para un mero uso doméstico o personal.⁷

1.2.- Derechos de los consumidores

Así como afirma el profesor LARROSA⁸, cada vez nos encontramos ante más contratos que establecen condiciones no negociadas sino impuestas por únicamente una de las partes; por ello, surge la necesidad de proteger a la parte que consideramos como la más débil en el negocio jurídico, que es el consumidor, por lo que es precisa una regulación legal que restablezca un cierto equilibrio entre las dos partes contratantes.

Para conseguir tal fin, el legislador reconoce una serie de derechos a todo consumidor y usuario, que como hemos dicho es la parte más débil en el contrato de consumo. El art. 8 del TRLGDCU regula los derechos básicos de dicha parte débil, que son, entre otros: el derecho a la salud y a la seguridad; el de protección en sus legítimos intereses económicos y sociales; derecho a la reparación de los daños sufridos; el de desistimiento; el derecho a la información...

Cabe destacar que es imposible renunciar de los derechos que reconoce la ley a los consumidores y usuarios. Así, entre otras, la Sentencia de la Audiencia Provincial de 26 de julio de 2007

Aranzadi 2012, número de referencia 5904); la STS (Sala 1ª) de 10 de noviembre de 2000 (Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi 2000, número de referencia 9212); entre otras.

⁶ Como sostiene, por ejemplo, la STS (Sala 1ª) de 21 de septiembre de 2004 (Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi 2004, núm. de referencia 5576).

⁷ El Tribunal Supremo, en dicha sentencia, argumenta que: “no resulta aplicable la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, porque su normativa no puede ser invocada en apoyo de pretensiones de quienes no tienen la consideración de consumidor o usuario en sentido legal. La Ley -art. 1, apartados 2 y 3- excluye de su ámbito a quienes adquieren los bienes sin constituirse en destinatarios finales, para integrarlos en actividades empresariales o profesionales; y en el caso es claro, la impresora objeto del contrato de compraventa litigioso se adquirió para una actividad de publicación, y no para un mero uso doméstico o personal”.

⁸ LARROSA AMANTE (El Derecho de Consumo. Protección legal del Consumidor, p. 15-16).

(Jurisprudencia Aranzadi 2007, núm. de referencia 79564) señala que las normas de protección del consumidor, al ser normas imperativas no pueden ser alteradas por la voluntad de las partes perjudicando al consumidor, aunque éste consienta, por lo que toda cláusula que renuncie de estos derechos será nula.

De entre todos los derechos reconocidos por el legislador, vamos a detallar a dos de ellos que son verdaderamente importantes.

1.2.A.- El derecho de desistimiento⁹

El derecho de desistimiento puede ser calificado, de acuerdo con LARROSA¹⁰, como aquel <<mecanismo de protección de los consumidores consistente en el reconocimiento de una facultad unilateral del consumidor, establecida de forma legal o contractual, de poner fin, de forma libre y voluntaria, a un contrato de consumo con la única exigencia de la notificación previa al empresario con el que contrató dentro del plazo legal o contractualmente establecido>>.¹¹

Leyendo el concepto de la figura que estamos tratando, podemos observar que este derecho pertenece únicamente al consumidor y usuario, lo cual es lógico debido a que el legislador trata de proteger a la parte más débil de la relación contractual. No tendría sentido conceder el mismo derecho a la otra parte, el empresario, dado que éste está interesado en perfeccionar y consumir un contrato por ser éste el objeto de su actividad comercial y su fuente de ganancias¹². Sin embargo, muy pocos autores¹³ creen que este derecho de desistimiento que tiene el consumidor es un poco injusto, en términos de equilibrio contractual, y bastante perjudicial para el empresario.¹⁴

⁹ Se trata de un instrumento previsto en diversas leyes cuyo fin es el de tutelar los intereses del consumidor. Actualmente, está regulado por el TRLGDCU, si bien no siempre utilizando esta locución, puesto que también se han usado los términos “revocación” o “resolución” para referirse a esa posibilidad que tiene el consumidor a desistir “*ad nutum*” del contrato celebrado dentro del plazo establecido. BELUCHE RINCÓN (*El derecho de desistimiento del consumidor*, págs. 31 y ss) aborda las diferencias entre el derecho “a poner fin” a la relación contractual y el derecho de desistimiento que se le reconoce al consumidor en los arts 58 y siguientes del TRLGDCU. Frente a la postura anterior, hay otro sector doctrinal, como MICHELE KLEIN (*El desistimiento unilateral del contrato*, p. 312), que entiende que las coincidencias de que se trate de un derecho que extingue la relación obligatoria perfeccionada y que, además, lo pueda ejercitar el consumidor o usuario sin necesidad de alegar justa causa son suficientes para calificarlo como desistimiento unilateral, por lo que constituyen una única institución jurídica. Esta última postura es seguida también por ÁLVAREZ MORENO (*El desistimiento unilateral e los contratos con condiciones generales*, p. 22), entre otros.

¹⁰ LARROSA AMANTE (*El Derecho de Consumo. Protección legal del Consumidor*, p. 88).

¹¹ Como podemos apreciar, esta definición contiene todos los caracteres propios de la figura que estamos analizando y, en este sentido se pronuncian diversas sentencias, como por ejemplo la de la *Audiencia Provincial Vizcaya (Sección 3ª) de 22 de septiembre de 2010* (Jurisprudencia Aranzadi 2010, núm. de referencia 400313) al fijar los mismos caracteres.

¹² Según Larrosa Amante en el *Derecho de Consumo. Protección legal del consumidor*. Editorial El Derecho, págs. 89-90.

¹³ RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime y otros (*Derecho de los consumidores y usuarios: Una perspectiva integral*, p. 294).

¹⁴ http://www.fernandodiezestella.com/derecho_mercantil/tema_02.pdf

Además de ser la única parte que tiene esta facultad, no hace falta que justifique el motivo por el cual ha decidido poner fin a la relación jurídica ni el empresario le puede penalizar por haberlo querido.

Al igual que los otros derechos previstos en la ley para el consumidor, el derecho de desistimiento¹⁵ es irrenunciable: no es posible la renuncia previa debido a que la cláusula sería nula. Sin embargo, sí es posible que el consumidor no ejercite¹⁶ el derecho que le ha reconocido la ley y opte por no ejercitarlo en la forma legal o contractual prevista.

No obstante, el consumidor no puede ejercer este derecho de desistimiento en el momento que le apetezca dado que tiene un plazo limitado¹⁷, ya sea el previsto en la ley o en el contrato de consumo. El plazo previsto en la ley es de mínimo siete días hábiles, siempre que el empresario haya informado al consumidor de la información requerida legalmente, o de tres meses en los casos de inexistencia de dicha información. Cabe decir que estos plazos son de caducidad, por lo que una vez transcurrido el mismo, el consumidor no podrá hacer valer este derecho de desistimiento.

La única exigencia que establece la ley para el consumidor es el de comunicarlo al empresario, si bien es bueno recalcar que lo importante es la fecha en la que el consumidor emitió la declaración del desistimiento; por tanto, si el empresario recibe dicha comunicación fuera del plazo establecido pero el consumidor la emitió dentro del plazo, se considerará igualmente válida.

Por último, destacar que la ley no exige ninguna formalidad para formular el derecho de desistimiento, por lo que cualquier medio documental o electrónico sería válido.

1.2.A.a.- Efectos del derecho de desistimiento

Sí es importante hablar de los efectos del derecho de desistimiento. Cuando hablamos de los efectos del ejercicio del derecho de desistimiento nos podemos referir a dos de ellos: la extinción del contrato y el de restitución de las prestaciones.

El primer efecto es la extinción del contrato que se ha celebrado entre el empresario y el consumidor. Esta extinción es la primera consecuencia directa del propio derecho de desistimiento debido a que no tendría sentido seguir con el contrato si el consumidor no quiere seguir adelante.

¹⁵ Mientras que la ley española lo llama derecho de desistimiento; la normativa comunitaria utiliza otra expresión para hacer referencia a éste: el derecho de resolución.

¹⁶ Como afirman muchos autores, esta renuncia a posteriori no puede ser calificada propiamente como una renuncia, debido que ésta es sólo una consecuencia de la propia voluntad del consumidor de seguir adelante con el contrato que ha celebrado con el empresario.

¹⁷ El desistimiento se denomina habitualmente como plazo de reflexión, de esta manera que una vez transcurrido este tiempo marcado por la ley sin haber ejercitado el derecho de desistimiento implica que el contrato deviene irrevocable y obligatorio, sin perjuicio del resto de categorías jurídicas que puedan serle aplicables (resolución, nulidad, anulabilidad, etc.).

El segundo efecto del derecho de desistimiento es el deber de restituir las prestaciones, es decir, cada parte debe devolver la prestación que ha recibido junto con los frutos e intereses que se hubieran producido.¹⁸ Además, el art. 1308 CC permite que las partes, bien sea el consumidor bien sea el empresario, no estarán obligados a devolver la prestación recibida mientras la otra parte no haya cumplido la obligación de devolver aquello que recibió; por tanto, sería como una especie de derecho de retención.

Conforme a las reglas generales en materia de contratos, en caso de desistimiento por parte del consumidor, cada una de las partes contratantes estará obligada a devolver las prestaciones recibidas.¹⁹

1.2.B.- El derecho a la reparación de los daños y perjuicios producidos

Es otro de los derechos reconocidos por el TRLGDCU. Conforme a su artículo 128, toda persona perjudicada tiene derecho a ser indemnizado por los daños y perjuicios que le han podido causar. Por tanto, el consumidor o usuario podrá reclamar una indemnización contra la parte empresaria cuando ésta le haya perjudicado en base al bien o servicio contratado. Cabe indicar que este bien o servicio ha de ser utilizado por el consumo propio ya que sino no estaríamos ante un contrato de consumo.

En la Exposición de Motivos de la Propuesta de Reforma del Código de Comercio, llevada a cabo por la Comisión General de Codificación, se establece que << *En muchos supuestos se plantea la necesaria distinción aplicable a un mismo tipo contractual entre el contrato civil y el contrato mercantil...>>. Por ello, han redactado los artículo correspondiente fijando de manera clara los factores que hacen que el contrato en cuestión sea mercantil”. Respecto el tema que estamos tratando, sí que estamos a un tipo contractual que puede ser considerado tanto contrato civil como mercantil, por lo que nos interesa dicho precepto donde establece los factores para calificarlo como contrato mercantil.*

¹⁸ La *Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid (Sección 3ª) de 26 de noviembre de 2013 (JUR Aranzadi 2013, 372099)* obliga a la restitución de prestaciones por las partes contratantes debido a que el consumidor había hecho valor su derecho de desistimiento.

¹⁹ LASARTE ÁLVAREZ, Carlos (*Manual sobre protección*, p. 226).

1.3.- Condiciones generales de contratación²⁰, cláusulas prohibidas y cláusulas predisuestas.

1.3.a.- Condiciones generales de contratación²¹

En nuestros días, y desde ya hace un tiempo, suele ser frecuente que los contratos de consumo sean contratos de adhesión, es decir, destinados a una gran variedad de clientes, por ello suelen contener cláusulas de aplicación generalizada que pueden ser consideradas como condiciones generales. Por tanto, podríamos definir a las condiciones generales de contratación como aquellas cláusulas predisuestas que han sido incorporadas al contrato por imposición de una de las partes, independientemente del autor de las mismas, habiendo sido redactadas con el objetivo de ser incorporadas a una pluralidad de contratos²².

Me gustaría destacar que la persona que se adhiera a estas condiciones generales, el adherente, no es necesario que sea un consumidor o usuario, también puede ser otro profesional distinto al que ha redactado este tipo de cláusulas. Así, el Preámbulo de la LCGC indica “*la Ley Pretende proteger a los legítimos intereses de los consumidores y usuarios, pero también de cualquiera que contrate con una persona que utilice condiciones generales en su actividad contractual*” y, además, que estas condiciones se pueden llevar a cabo tanto en las relaciones de profesionales entre sí como de éstos con los consumidores.

Uno de los aspectos más controvertidos sobre este tema ha sido el de su naturaleza jurídica. Por una parte, hay un cualificado sector de la doctrina²³, defendida por Garrigues²⁴, así como algún pronunciamiento jurisprudencial que afirman el carácter normativo de las condiciones generales. Por otra parte, la mayoría de la doctrina²⁵ se inclina por pensar que son de naturaleza contractual,

²⁰ Se trata de un mecanismo de contratar propio de la contratación en masa, ante a veces la imposibilidad y los elevados costes que generan el mantener diálogos individualizados o, como dice la *Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª) de 18 de junio de 2012* (Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi 2012, núm. de referencia 8857) se trata de un fenómeno que “*comporta en la actualidad un auténtico modo de contratar, diferenciable de la contratación por negociación, con un régimen y presupuesto causal propio y específico*”.

²¹ Esta expresión ha sido utilizado en los ordenamientos italiano y alemán, así como en el nuestro; mientras que otros ordenamientos, como en el francés e inglés, hablan de contrato de adhesión. Sin embargo, estas dos expresiones no son diferentes, sino que se refieren a una misma realidad, aunque contempladas desde puntos de vista diferentes. LASARTE ÁLVAREZ, Carlos (*Manual sobre protección de consumidores y usuarios*, p.137).

²² Esta definición está recogida en el art. 1 de la Ley sobre Condiciones Generales de la Contractación (en adelante, LCGC) así como diversas sentencias como la del *Tribunal Supremo (Sala 1ª) de 9 de mayo de 2013* (Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi 2013, núm. de referencia 3088) entre otras.

²³ URÍA GONZÁLEZ, R. (*Reflexiones sobre la contratación mercantil en serie*, p. 239).

²⁴ GARRIGUES, Joaquín (*Curso de Derecho Mercantil*, págs. 276 y 277)

²⁵ LACRUZ BERDEJO, J.L. (*Elementos de Derecho Civil*, p. 36); URÍA, R. (*Reflexiones sobre la contratación mercantil en serie*, p. 234).

sobre todo porque su relevancia jurídica depende de que el cliente acepte.

La doctrina²⁶, debido a que este tema de las condiciones generales ha cogido auge, ha querido demarcar cuáles son los requisitos para que se trate de condiciones generales de la contratación, y han establecido los siguientes:

a) que sean cláusulas contractuales, es decir, que no haya norma imperativa que obligue a incorporar esta cláusula en el contrato.

b) La cláusula no sea fruto de la voluntad de ambas partes alcanzado después de una fase de tratos previos, sino que haya sido prerredactada por el empresario o por un tercero.

c) Su incorporación ha de ser impuesta por una de las partes; sin embargo, aunque no lo diga la norma, la doctrina²⁷ entiende que es el empresario. Eso quiere decir que la prestación de consentimiento de esta cláusula debe ser impuesta por el empresario, y que el adherente no pueda influir en su supresión o modificación, de manera que o se adhiere y consiente contratar con esta cláusula incorporada o debe renunciar a contratar.

d) Éstas sean incorporadas a una pluralidad de contratos o estén destinadas a tal fin debido a que, como afirma la doctrina²⁸, “*se trata de modelos de declaraciones negociales que tienen la finalidad de disciplinar uniformemente los contratos que van a realizarse*”²⁹.

Una vez analizados los requisitos para considerar que una cláusula pueda ser calificada condición general, es necesario destacar que en nuestro Derecho dichas condiciones son objeto de control. Así, cuando se redacten estas cláusulas deberán ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez, como establece el art. 5.5 LCGC. Además, esta misma Ley, expone que no se incorporarán al contrato estas condiciones generales cuando el adherente no haya tenido la oportunidad de conocerlas de manera completa en el momento de celebrar el contrato y cuando éstas sean ilegibles³⁰, oscuras e incomprensibles.

No obstante, para que estas cláusulas predispuestas puedan ser incorporadas en el contrato, además de lo dicho en el párrafo anterior, es necesario que no contradigan, en perjuicio del adherente, lo

²⁶ LARA GONZÁLEZ, Rafael y ECHAIDE IZQUIERDO, J. Miguel (*Consumo y Derecho. Elementos jurídico-privados de Derecho de Consumo*, p.107);

²⁷ BUSTO LAGO, J. Manuel; LATA ÁLVAREZ, Natalia; Peña López, Fernando (*Reclamaciones de Consumo. Derechos de consumo desde la perspectiva del consumidor*, p. 139); DÍEZ PICAZO, Luis (*Fundamentos de derecho civil patrimonial*, p. 346)

²⁸ LARROSA AMANTE, M. Ángel (*Derecho de consumo*, p. 296); ROMERO MATUTE, Blanca (*El reaseguro*, p. 307); GARCÍA GÓMEZ, Ramon (*Estudios de derecho de obligaciones*, p. 779).

²⁹ *Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013* (Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi 2013, 3088).

³⁰ La *Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 9 de octubre de 2006* (Jurisprudencia Aranzadi 2006, núm. de referencia 251281) indica que la exigencia de que las cláusulas han de ser legibles excluye, por supuesto, de la posibilidad de superar el control de incorporación a todas aquellas estipulaciones que no puedan ser legibles por el consumidor. En este mismo sentido, la *Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 9ª) de 26 de abril de 2006* (Jurisprudencia Aranzadi 2006, núm. 272575).

que dispone cualquier norma imperativa o prohibitiva; en este caso, serían cláusulas abusivas (cuya consecuencia es su nulidad), concepto que desarrollaremos en el apartado siguiente.

En virtud de lo anterior, sería importante señalar que las “condiciones generales” y las “cláusulas abusivas” son conceptos distintos³¹, de tal manera que no todas las cláusulas abusivas tienen que ser necesariamente condiciones generales, y a la inversa: no todas las condiciones generales parten de un abuso en su redacción, aunque si bien es cierto que el predisponente está en una posición más ventajosa respecto el adherente.

En ocasiones se ha cuestionado que ocurriría en el caso de que la totalidad del contrato hubiera sido predispuesto por el empresario, y la Sala del Tribunal Supremo se ha **decidido** por pensar que no sería nulo, siempre que esté dentro de los límites fijados por el legislador³². En este sentido, la *STS de 4 de marzo de 2009* (Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi 2009, núm. de referencia 1626), afirma “*la calificación como contrato de adhesión ... no provoca por ello mismo su nulidad*”.

1.3.b.- Cláusulas abusivas

Podemos definir a las cláusulas abusivas como aquellas estipulaciones que atentan contra la buena fe por causar un perjuicio al consumidor y usuario y, en consecuencia, un desequilibrio importante entre las partes.³³ Por tanto, aquellas cláusulas predispuestas e impuestas reguladoras de derechos y obligaciones de las partes de modo contrario a la buena fe y en perjuicio del adherente serán consideradas abusivas.

Este tipo de cláusulas son de especial importancia para el legislador ya que suponen un desequilibrio entre las partes contratantes en perjuicio de la parte más débil; y por ello, la LGDCU, en su disposición adicional 1ª, recoge un listado ejemplificativo de cláusulas abusivas con el fin de que el juez pueda interpretar si una cláusula es nula o no. Esta lista negra, como la llaman muchos autores³⁴, es automáticamente considerada abusiva sin que quepa prueba en contrario; por lo que si

³¹ Así lo destaca la *Sentencia de Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 1ª) de 28 de marzo de 2007* (Jurisprudencia Aranzadi 2007, núm de referencia 796) al señalar <<En principio, y por el solo hecho de tratarse de una condición general, la misma no ha de reputarse abusiva o nula, señalando así la exposición de motivos TRLDCU que “Una cláusula en condición general cuando está predispuesta e incorporada a una pluralidad de contratos exclusivamente por una de las partes, y no tiene por qué ser abusiva”, nulidad que únicamente, podríamos apreciar si no se cumplieran los requisitos que la Ley establece para la validez de estas condiciones>>.

³² La Constitución Española establece el derecho a la libertad de empresa, por lo el empresario tiene permiso para diseñar los productos y servicios que ofrece y en qué condiciones.

³³ En este sentido, la *Sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (Sección 1ª) de 11 de octubre de 2010* (Jurisprudencia Aranzadi 2011, núm. referencia 1121) pronuncia: “se trata de estipulaciones que perjudican de manera desproporcionada o no equitativa al consumidor y comportan una posición de desequilibrio en menoscabo de los intereses de éste excluyendo la buena fe y justo equilibrio de las contraprestaciones... en claro detrimento de los derechos del consumidor”.

³⁴ BUSTO LAGO, J. Manuel; LATA ÁLVAREZ, Natalia; PEÑA LÓPEZ, Fernando (*Reclamaciones de Consumo*).

hay alguna estipulación en un contrato de consumo que esté dentro de esta lista deberá ser declarada de manera nula inmediatamente.

De esta manera, se consideran cláusulas abusivas: las que imponen una reserva a favor del empresario de facultades de interpretación o modificación unilateral del contrato sin motivos justificados, la imposición de renunciaciones o limitación de los derechos del consumidor, la exclusión o limitación de responsabilidad del empresario en el cumplimiento del contrato, por los daños o la muerte o lesiones causadas al consumidor, etc. En este sentido, la *STS de 3 de junio de 2008* (Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi 2008, núm. referencia 4170) consideró que la cláusula que limitaba al derecho de desistimiento de la parte compradora de una finca, el consumidor, era abusiva ya que producía un desequilibrio importante entre las partes, en perjuicio de la consumidora.

En cuanto a las consecuencias que supone el considerar una cláusulas como abusiva, como regla general, las cláusulas predispuestas calificadas por el juez como abusivas se considerarán como nulas de pleno derecho y, por tanto, se tendrán por no puestas³⁵. Sin embargo, con carácter excepcional, la Ley prevé la posibilidad de la ineficacia total del contrato; esto sólo sería posible cuando la depuración de las cláusulas abusivas hayan alterado tanto el contenido obligacional del contrato que se considera que ha desaparecido la base del negocio³⁶.

Por último, podríamos destacar que la parte consumidora puede pedir una indemnización por los daños y perjuicios que le hubiera podido ocasionar la incorporación de una cláusula abusiva al contrato (art 48 TRLCU).

Derechos de consumo desde la perspectiva del consumidor, p. 159); LASARTE ÁLVAREZ, Carlos (*Manual sobre protección de consumidores y usuarios*, p. 147).

³⁵ El tenerse por no puestas no tiene porqué, en principio, afectar a la validez y eficacia del resto de contrato no afectado por la cláusula declarada como abusiva, como afirman la mayoría de autores, como LASARTE (*Manual sobre protección de consumidores y usuarios*, págs. 153-154), así como la jurisprudencia como la *STS de 1 de julio de 2010* (Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi 2010, núm de referencia 6554); *STS de 22 de diciembre de 2008* (Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi 2009, núm. 163); entre otras. Por tanto, como entiende la *Sentencia de la Audiencia Provincial de la Rioja (Sección 1ª) de 22 de diciembre de 2010* (Jurisprudencia Aranzadi 2011, núm de referencia 755), las cláusulas nulas de pleno derecho desaparecen del contrato pero se mantienen las condiciones subsistentes. Es decir, se mantiene la regla de *utile per inutile non vitiatur*, que significa que la parte válida o útil del contrato no debe verse viciada por la declarada abusiva o nula.

³⁶ BOTANA, Gema y Ruiz Muñoz, Miguel (*Curso sobre Protección Jurídica de los Consumidores*, p. 194)

2.- Contratos celebrados a distancia.

2.1.- Definición

Podríamos definir al contrato a distancia como aquél celebrado entre un empresario y un consumidor o usuario sin la presencia física simultánea de las partes contratantes, en el que tanto la oferta como la aceptación se realizan de forma exclusiva a través de la técnica de comunicación a distancia (art. 92.1 TRLDCU).

Si analizamos con detenimiento el concepto que se establece legalmente, podemos extraer los elementos que lo conforman:

- es un contrato celebrado entre el empresario con los consumidores y usuarios.
 - El empresario debe contratar con el consumidor para llevar a cabo su actividad empresarial o profesional.
 - Se celebra sin la presencia física de las partes contratantes. Por tanto, tanto la oferta del producto o del servicio, realizada por el empresario, como la posterior aceptación por parte del consumidor, se llevan a cabo a través de un sistema de comunicación a distancia.³⁷
- El legislador no entra a definir qué debemos entender como medio de comunicación a distancia; si bien es cierto que establece una lista meramente enunciativa y no cerrada (al decir “*entre otras*”) de aquellas técnicas cuya oferta y aceptación posterior se realizan a distancia, es decir, sin la presencia física de los contratantes; como sería: el teléfono, la radio, el correo electrónico, etc.³⁸
- Por último, quien organiza el sistema de contratación es la parte empresaria.

Si bien es cierto que un contrato celebrado a distancia debe reunir todas estas características, la mayoría de autores³⁹ coinciden en que el elemento principal de este tipo de contratos es “*el mensaje impreso o transmitido a distancia para ofrecer los productos o los servicios a una clientela indeterminada y potencial de futuros consumidores*”.⁴⁰

³⁷ Como afirma el autor LARROSA AMANTE (*Derecho de consumo*, p. 222), entre otros autores, en ningún caso la oferta y la aceptación se deben hacer en la presencia física simultánea de ambos contratantes.

³⁸ Estos medios también pueden ser empleados en otro tipo de contratación que no sea la de a distancia. Por eso, el elemento primordial para poder calificarlo como a distancia no es el medio que empleen los contratantes para comunicarse.

³⁹ BOTANA GARCÍA, Gema (*Los contratos a distancia y la protección de los consumidores*, p. 58).

⁴⁰ LASARTE ÁLVAREZ, Carlos (*Manual sobre protección de consumidores y usuarios*, p. 209).

2.2.- Etapas

La contratación a distancia es una operación compleja que se desarrolla en tres fases⁴¹:

- 1) La parte consumidora recibe una oferta, por parte del empresario, de un bien o de un servicio. Esta oferta debe contener una descripción ya sea escrita, visual o oral del producto que ofrece, indicando su precio y el resto de condiciones que se exigen para la oferta contractual.
- 2) El consumidor efectúa su pedido, por tanto, acepta la oferta.
- 3) Al cabo de un tiempo, el consumidor recibirá el producto o servicio en la dirección que ha señalado al efectuar el pedido, normalmente en su domicilio.

2.3.- Regulación normativa

Este tipo de contratación a distancia puede generar problemas, por lo que la Unión Europea ha entrado a regularlos. Así, se aprobó la Directiva 7/97, de 20 de mayo de 1997, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia.

En nuestro ordenamiento jurídico español, se aprobó la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista (en adelante, LOCM), cuyos artículos, del 38 al 48, contienen la primera regulación estatal sobre dichos contratos. Si bien es cierto que con posterioridad, se ha llevado a cabo a la transposición de la directiva anteriormente citada a través de la Ley 47/2002, de 19 de diciembre (arts. 38-48).

Sin embargo, tras aprobarse el TRLGDCU (en el año 2007), la LOCM ha sido derogada en fragmentos muy concretos.

En el año 2013, la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación elaboró una propuesta del Código Mercantil, que substituirá el Código de Comercio de 1885. En la materia que estamos tratando es de especial relevancia dicha Propuesta debido que en su Exposición de Motivos se dice que han creído conveniente no incorporar normas de protección de los consumidores.⁴²

⁴¹ VEGA VEGA, J. Antonio (*Contratos electrónicos y protección de los consumidores*, p. 70); LASARTE ÁLVAREZ, Carlos (*Manual sobre protección de consumidores y usuarios*, p. 209).

⁴² La Exposición de Motivos, respecto a este tema, dice así: <<Importa destacar que se ha tomado como criterio general el de no incorporar a este Código mercantil las normas de protección de los consumidores, que se consideran vigentes y respetando su imperatividad, se ha considerado, en efecto, que habiéndose promulgado el TRLGDCU, en fecha muy reciente, y tratándose de un texto legal equiparable a un Código sobre la materia, parecía poco adecuado alterar ese planteamiento legislativo, de manera que se respeta la diferencia de las normas de protección de los consumidores como ajenas a la regulación del Código mercantil>>.

2.4.- La celebración del contrato a distancia

Como ya se había mencionado anteriormente, el consumidor y el usuario tienen distintos derechos básicos reconocidos por la ley, entre los cuales destaca el derecho de información. Una finalidad primordial de la normativa comunitaria y de la interna es la de garantizar que el consumidor o usuario recibe una información suficiente sobre los bienes o servicios que va a adquirir.

Así, la información por parte del empresario a los consumidores es esencial, de tal manera que tanto las directivas comunitarias como nuestras leyes internas imponen una serie de reglas para lograr tal fin.

2.4.a.- Información precontractual

Como su propio nombre indica, este deber de información ha de ser anterior a la celebración del contrato, ya que no tendría sentido que una vez perfeccionado el contrato se le informe al consumidor de aspectos tales como el precio del bien, las características, el derecho de desistimiento, etc.⁴³ Así, la *Sentencia del Tribunal Supremo (Sección 1ª) de 12 de diciembre de 2011* (Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi 2012, núm. 37) declara que se <<imponen un deber de información y transparencia que posibilita a la consumidora tener un conocimiento, previo a la celebración del contrato, del íntegro contenido del mismo...>>.

Además de este carácter previo, nuestro ordenamiento jurídico exige que “en todas las propuestas de contratación deberá constar, inequívocamente, que se trata de una oferta contractual” (art. 39.1. de la LOCM). Por tanto, el consumidor debe saber que esta publicidad que recibe por parte del empresario es una verdadera oferta contractual. En este sentido, la *Sentencia de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares (Sección 5ª) de 15 de septiembre de 2009* (JUR Aranzadi 2009, 462357) explica que en la contratación a distancia deberá constar que se trata de una oferta contractual, siendo necesario para el envío del bien o suministro de servicio el consentimiento previo de la parte consumidora.

Tanto la LOCM, en su artículo 40, como el TRLCU, en los artículos 60 y 97, contemplan qué informaciones deberán incluirse en las propuestas de contratación. Entre estas informaciones podemos destacar: la identidad del proveedor, las características esenciales del bien o el servicio, el precio, la forma de pago, la duración mínima del contrato, etc.

⁴³ En tal sentido, nos encontramos, como ejemplo a la *Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias (Sección 7ª) de 26 de julio de 2012* (JUR Aranzadi 2012, 1391) que aprecia que no hubo la correcta información precontractual por parte del empresario debido a que ésta no explicó las características del producto objeto de litigio.

Cabe decir que toda esta información precontractual, que como hemos visto es una auténtica obligación para la parte que ejerce su actividad profesional y a la vez es un derecho para el consumidor, ha de reunir una serie de características:

1. Ha de ser anterior al procedimiento de contratación⁴⁴.
2. Debe ser una información verdadera⁴⁵ y suficiente para la parte consumidora.
3. Ha de estar redactada de manera clara⁴⁶ e inequívoca.
4. No debe ir en contra del principio de buena fe.
5. Esta información puede ser facilitada al consumidor por cualquier medio técnico, siempre que el medio de comunicación empleado sea a distancia.

2.4.b.- Información posterior a la celebración del contrato

Además de la información anterior, tanto la directiva comunitaria como las leyes citadas con anterioridad, establecen una medida para garantizar de forma efectiva el conocimiento de la misma por parte del consumidor. Por ello, exigen que el empresario confirme por escrito (entendiéndose también cualquier soporte duradero, como por ejemplo: CD o DVD) toda la información ya comunicada antes de la celebración del contrato.⁴⁷

Esta deber de confirmación se ha de hacer antes o como muy tarde al mismo tiempo que se entrega el bien o se suministra el servicio⁴⁸, salvo que el consumidor o usuario ya los tenga en su poder en un soporte duradero.

Respecto a la lengua de dicha información, ésta debe ser la que las partes contratantes han elegido.

2.4.c.- La falta de información contractual

La ley española no ha previsto la consecuencia ante la falta de tales menciones informativas

⁴⁴ Así, la *Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª)*, de 12 de diciembre de 2011 (Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi 2012, núm. de referencia 37) expresa que se impone <<un deber de información y transparencia que posibilita a la parte consumidora tener un conocimiento, previo a la celebración del contrato, del íntegro contenido del mismo...>>.

⁴⁵ La *Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón (Sección 3ª)* de 8 de octubre de 2009 (JUR Aranzadi 2010, núm 52704) resolvió el contrato celebrado entre un empresario y un consumidor por ofrecer una información falsa sobre un curso de electricista que la parte consumidora contrató.

⁴⁶ Así la *Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 17ª)* de 21 de diciembre de 2011 (JUR Aranzadi 2012, núm. 94264) establece que el empresario ha de transmitir esta información de manera <<clara, comprensible y precisa>>.

⁴⁷ MENDOZA LOSANA, Ana (“*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*”, p.49).

⁴⁸ BUSTO LAGO, J. Manuel y otros (*Reclamaciones de Consumo. Derechos de consumo desde la perspectiva del consumidor*, p.480)

obligatorias, por eso deberemos acoger el régimen que ha sido previsto por la Directiva. Así, de acuerdo con la normativa comunitaria, la consecuencia ante la falta de información no supondrá la anulación del contrato celebrado, sino que se retrasará el plazo para ejercer el derecho de desistimiento hasta el momento en que el empresario proporcione dicha información a la parte consumidora, siempre con un plazo máximo de tres meses.⁴⁹

2.5.- Particularidades de este tipo de contratos

2.5.a.- Perfección del contrato

En los contratos celebrados a distancia tiene especial importancia el consentimiento expreso de la parte consumidora.

Como proclaman de manera unánime los autores⁵⁰, la oferta por sí sola no genera ninguna obligación para los destinatarios de dicha oferta. De ahí podemos afirmar que el silencio de la parte consumidora ante una oferta se entenderá como una no aceptación a la misma y, por tanto, no nacerá vínculo contractual.⁵¹

De esta manera, para poder entender que el contrato celebrado a distancia se ha perfeccionado se requiere que el consumidor haya aceptado de manera expresa la oferta del empresario.⁵² Si bien es necesario matizar respecto a este tema, este consentimiento no es necesario que se realice de forma oral o escrita, ya que también se considerará que se ha aceptado cuando la parte consumidora haya realizado actos inequívocos que demuestren su intención de celebrar el contrato, por ejemplo: si ha pagado el precio del bien o servicio⁵³.

Es necesario destacar que en el caso de que el consumidor no haya aceptado de manera expresa la

⁴⁹ La *Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 9ª) de 11 de febrero de 2014* (JUR Aranzadi 2014, núm. 111787) manifiesta que en caso de que la parte empresaria no cumpla el deber de información exigida se ampliará el plazo de desistimiento a tres meses. Sin embargo, su decisión es la de no ampliar el plazo de derecho de desistimiento a tres meses al creer que la incompleta información que recibió la parte consumidora no impidió que ejercitase dicho derecho de desistimiento. Por el contrario, la *Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza (Sección 4ª) de 20 de abril de 2012* (JUR Aranzadi 2012, 164996) que concede un plazo de 30 días para el derecho de desistimiento de 3 meses al consumidor por entender que la parte empresario no ha probado que hubiera cumplido el deber de información.

⁵⁰ QUERO CATALINAS, Enrique y otros (*Mantenimientos de Portales de la información*, págs. 179 y 180); LASARTE ÁLVAREZ, C. (*Manual sobre protección...*, p. 217).

⁵¹ Se desprende del art. 99.1 TRLGDCU cuando expone: “*En ningún caso la falta de respuesta a la oferta de contratación a distancia podrá considerarse como aceptación a ésta*”.

⁵² La *Sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria (Sección 4ª) de 12 de marzo de 2014* (JUR 2014, núm. 142) expresa: <<... el consumidor y usuario debe dar su consentimiento de forma inequívoca al servicio que contrata>>.

⁵³ Así, la *Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 11ª) de 29 de junio de 2007* (JUR 2008, núm. 813) obliga a la parte consumidora a pagar el resto del precio del bien por entender que pagar parte del precio del producto es una aceptación tácita de la oferta contractual.

oferta recibida por el empresario, se entenderá que nos encontramos ante un supuesto de envío no solicitado prohibido por nuestra ley (Art. 42 LOCM), tema que se desarrollará en un apartado posterior.

Por último, diríamos que la carga de la prueba en este tema pertenece a la parte profesional debido a que es el que tiene interés en acreditar la perfección del contrato y además tiene más facilidad para demostrar sobre este extremo.⁵⁴

2.5.b.- Lugar de la celebración del contrato

Como norma general en este tipo de contratos se entiende que es en el lugar donde se hizo la oferta⁵⁵; sin embargo, en los contratos electrónicos no rige dicha regla, sino que se entenderá que es el lugar donde el consumidor tenga su residencia habitual.⁵⁶

2.6.- Ejecución del contrato a distancia

Como ya sabemos una vez el consumidor ha aceptado la oferta, se entiende que el contrato de consumo se ha perfeccionado. En este caso, ya empiezan a nacer las obligaciones contractuales. Así, la *Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 20ª) de 10 de junio de 2009* (JUR Aranzadi 2010, 300502) establece que una vez el consumidor haya aceptado la oferta contractual, ésta ha de entenderse de obligado cumplimiento para quien la emite, en nuestro caso el empresario. Una obligación que tiene el empresario es entregar el bien o servicio solicitado en las características que han acordado las partes. Eso, en la teoría parece no dar lugar a problemas: una vez perfeccionado el contrato ya debe entregar el bien o servicio; sin embargo, en la práctica no sucede lo mismo.⁵⁷

Personas han contratado con un servicio o ha comprado un bien y no ha llegado a tiempo, lo que conlleva determinados problemas⁵⁸. Por este motivo, el legislador se ha visto obligado a determinar

⁵⁴ En este sentido se pronuncia la *Sentencia de la Audiencia Provincial de Zamora (Sección 1ª) de 29 de julio de 2011* (Jurisprudencia Aranzadi 2011, núm. 348229) cuando indica que la parte actora, la empresaria, es la que debe acreditar la aceptación de la oferta por parte del consumidor. Además, la *Sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (Sección 4ª) de 12 de noviembre de 2013* (JUR Aranzadi 2014, 104027) expresa que la parte empresaria es <<la que controla todo el proceso de contratación, su mecánica operativa, y la que, por tanto, tiene toda la disponibilidad y facilidad probatoria>>.

⁵⁵ Así, la *Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya (Sección 3ª) de 11 de octubre de 2006* (JUR Aranzadi 2007, 99716) considera que el contrato entre las partes se ha celebrado en Bilbao por ser el lugar <<en el que se hizo la oferta>>.

⁵⁶ Como se establece en el *Auto del Tribunal Supremo de 3 de septiembre de 2013* (JUR 2013, núm. 5536).

⁵⁷ LASARTE ÁLVAREZ, C. (*Manual sobre protección...*, p. 221).

⁵⁸ Piénsese que en muchas ocasiones el consumidor ya ha pagado (mediante transferencia bancaria o tarjeta de crédito) el bien o el servicio que ha contratado, por lo que en caso de no llegar lo contratado podríamos tener que acudir ante

el plazo máximo para entregar el bien o servicio contratado y también los efectos derivados en caso de incumplir con dicho plazo de entrega.

2.6.a.- Plazo de entrega

Como se ha dicho anteriormente, el empresario tiene el deber de ejecutar el contrato, ya sea entregando el bien o suministrando el servicio que ha contratado el consumidor. Pero el empresario no puede ejecutarlo cuando quiera; sino en el plazo previsto legalmente o contractualmente.

En primer lugar, nuestra ley interna, más concretamente en el Art. 43.1 LOCM, establece que el plazo máximo de entrega del que dispone el empresario es de 30 días, contados desde el día siguiente a aquel en que el consumidor o usuario haya prestado su consentimiento para contratar.

Sin embargo, para algún autor como BUSTO LAGO, debemos entender que el momento de comunicación es aquel momento en el cual el empresario conoce la aceptación del consumidor.⁵⁹

No obstante, es posible que las partes acuerden un plazo distinto al legal.⁶⁰ En este caso, el pacto ha de ser expreso y además el empresario tiene el deber de informarlo al consumidor en las informaciones precontractuales. Es decir, se exige que el empresario informe expresamente al consumidor de la fecha de entrega del bien o la prestación del servicio contratado.⁶¹ Esta referencia puede ser bien concretando una fecha concreta o bien estableciendo un plazo desde la aceptación de la oferta por el consumidor.

Se ha planteado si el plazo expreso por las partes contratantes puede fijar un plazo superior o inferior a los treinta días que establece la ley, en este caso se ha decantado por la respuesta afirmativa: las partes, de manera expresa, podrán acordar un plazo superior o inferior al plazo legalmente previsto, siempre de acuerdo con las características del bien o servicio que se ha contratado a distancia.

Así, en cuanto al plazo de entrega, habrá que estar a lo pactado por el consumidor y empresario; y en defecto de dicho pacto, será el previsto legalmente: un plazo máximo de 30 días.

los Tribunales, etc.

⁵⁹ Se conoce como la teoría de la recepción.

⁶⁰ La *Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia (Sección 4ª) de 28 de octubre de 2010* (JUR Aranzadi 2010, 1830) dice que es posible que las partes contratantes pacten expresamente el plazo de la entrega del bien o producto.

⁶¹ La *Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba (Sección 3ª) de 20 de octubre de 2006* (JUR Aranzadi 2007, 166350)

2.6.b.- Efectos del incumplimiento del plazo de ejecución

Primero es necesario saber que los efectos derivados del incumplimiento del empresario citado en el apartado anterior, afectarán no sólo al plazo máximo de entrega prevista legalmente, sino también los que han sido pactados por las partes.

También parece interesante afirmar que estos efectos sólo se refieren al supuesto en que el empresario no ejecuta el contrato debido a que el bien o servicio acordado no está disponible, ya sea por falta de stock, etc; ⁶²no en el caso en que el empresario tuviera a su disposición el bien o servicio y no lo entregase o no lo suministrase, respectivamente, en el plazo previsto.⁶³

Uno de los efectos que produce la indisponibilidad del objeto del contrato por parte del empresario es que éste estará obligado a informar al consumidor de dicha situación al consumidor. Sin embargo, eso no es suficiente ya que también le deberá ofrecer la posibilidad de suministrarle un bien o servicio sustituto del contratado, siempre que reúna unas características semejantes (sin aumento de precio y de la misma o superior calidad⁶⁴), como establece el art 111 del TRLGDCU. Como consecuencia de lo anterior, el consumidor o usuario tendrá la posibilidad de optar entre aceptar un producto o servicio sustituto del contratado; o bien exigir la devolución en un plazo máximo de 30 días de las cantidades que ha abonado al empresario.

Por una parte, si el consumidor opta por la primera opción, podrá ejercitar el derecho de desistimiento y resolución en los mismos términos pactados por el bien o servicio sustituido.⁶⁵

Por otra parte, si el consumidor opta por la segunda, y el empresario no lleva a cabo la devolución del importe que le había pagado el consumidor en el plazo citado de 30 días, se podrá hablar de mora del empresario. En este caso, el consumidor tendrá acción para pedir al empresario el pago del doble de la suma adeudada, además de una indemnización por los daños y perjuicios que le podría haber causado.⁶⁶

En síntesis, cuando el empresario no pueda entregar el bien o servicio en el plazo pactado por las partes o el previsto legalmente, tendrá que avisar al consumidor sobre esta situación y le deberá dar a elegir entre sustituir el producto por otro semejante o la posibilidad de devolverle el dinero que había abonado. En este último caso, en caso de que no lo devuelva en el plazo máximo de 30 días,

⁶² BUSTO LAGO, J. Manuel y otros (*Reclamaciones de consumo*, pp. 482 y ss)

⁶³ En este caso, estaríamos ante un supuesto de incumplimiento contractual ya que el empresario, pudiéndolo ejecutar, no lo ejecuta. Si estamos ante un incumplimiento contractual, producirá los mismos efectos que cuando no tiene disponibilidad del objeto del contrato, pero también el empresario deberá indemnizar al consumidor por los daños y perjuicios que le haya podido causar al consumidor.

⁶⁴ De ningún modo podría ser de características inferiores al bien o servicio contratado. En este sentido, BUSTO LAGO, J.Manuel y otros (*Reclamaciones de consumo*, pp. 460 y ss).

⁶⁵ En este sentido se pronuncia la *Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 17ª) de 21 de diciembre de 2011* (JUR Aranzadi 2012, 94264).

⁶⁶ Como refleja BUSTO LAGO, J.Manuel (*Reclamaciones de Consumo*, p. 482 y ss).

el consumidor podrá pedirle el doble del importe que había pagado.

2.7.- La prohibición de envíos no solicitados

Es muy frecuente en la práctica comercial de una técnica consistente en remitir al consumidor algún producto que no ha sido solicitado por éste, indicándole que tiene que escoger entre pagar el precio o bien devolver el producto.⁶⁷ Pues bien, ésta se trata de una práctica abusiva, no sólo porque no existe vinculación jurídica con el consumidor, sino también por la coacción psicológica que supone para éste. La gravedad en estos casos supone que en un número elevado de ocasiones, el empresario consigue cobrar el precio del producto enviado.

En primer lugar, sería conveniente saber que se entiende por envío no solicitado. De conformidad con el art 100.1 TRLCU, será aquel suministro de un bien o servicio a un consumidor o usuario sin la aceptación de manera explícita de la oferta por parte de éste y que incluyan una petición de pago de cualquier naturaleza. No obstante esta prohibición general de enviar cualquier envío no solicitado, hay una serie de excepciones: los envíos gratuitos⁶⁸ y los envíos por error⁶⁹.

En segundo lugar, es importante saber qué ocurre en caso de que el empresario envíe al consumidor productos que éste no ha solicitado. La ley prevé que el consumidor receptor del bien o servicio no solicitado no está obligado a devolver el producto recibido, pudiendo optar entre o bien quedarse dicho bien sin la obligación de pagar nada por él, o bien devolverlo al empresario, sin la obligación de indemnizarle por los daños que hubiera podido sufrir el bien o servicio indebidamente recibido.⁷⁰ Por tanto, el empresario no puede ejercer ninguna acción frente al consumidor por el hecho de que éste se quede el producto o servicio no solicitado y no haya pagado el bien, o cuando éste devuelva el producto y éste tuviera desperfectos.

⁶⁷ LARROSA AMANTE, M. Ángel (*El Derecho de Consumo*, p. 230).

⁶⁸ Como dice LARROSA AMANTE (*El Derecho de Consumo*, p. 230-231), los envíos gratuitos son una técnica de publicidad que está destinada a que el consumidor conozca el producto y, si le interesa pueda contratarlo. Por tanto, en ningún caso genera un vínculo contractual con el empresario. Sin embargo, si esa muestra incluye cualquier tipo de pago (gastos postales, transporte, etc.) ya no se considerará muestra gratuita.

⁶⁹ Para considerarlo como un envío por error, ha de haber ausencia de todo tipo de relación contractual entre empresario y usuario, de manera que si hubiera habido una previa relación contractual entre las partes contratantes, no constituirá envío por error, sino incumplimiento contractual por parte del empresario.

⁷⁰ En este sentido se pronuncia la *Sentencia de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares (Sección 5ª) de 15 de septiembre de 2009* (JUR Aranzadi 2009, núm. 462357).

2.8.- El derecho de desistimiento en este tipo de contratos

Como se ha dicho anteriormente, la parte consumidora dispone de un derecho de desistimiento, y especialmente en los contratos celebrados a distancia debido a que no tienen la posibilidad real de ver el bien o el servicio antes de contratar con el empresario. Para evitar abusos, como la recepción de productos y servicios deteriorados o que no correspondan con la descripción dada por el empresario en su oferta, la ley le concede dicho derecho cuyo plazo para ejercitarlo es de siete días hábiles.⁷¹

3.- Conclusión

El contrato objeto de este trabajo de fin de grado es aquel celebrado a distancia es un contrato celebrado entre una parte, considerada empresaria, y otra parte, que suele ser un consumidor o usuario, las cuales se ponen en contacto a través de medios de contratación a distancia.

Dicho contrato, puede ser calificado tanto como mercantil como civil, por lo que para poderlo considerar como mercantil tendrá que reunir los requisitos que establece el Código de Comercio. Es de especial relevancia este tipo de contratos debido que estamos ante una parte considerada como consumidora al encontrarse en una posición de inferioridad respecto a la parte empresaria; y especialmente, cuando esta contratación a distancia es un contrato de adhesión que ha sido redactada con anterioridad por el empresaria para ser incorporados a una pluralidad de contratos. Por ello, tanto la normativa como la jurisprudencia, al ser conscientes de esta posición de inferioridad del consumidor o usuario, intentan protegerlo, por ejemplo otorgándole el derecho de desistimiento.

Por último, cabe decir que si bien es cierto que con la normativa se intenta proteger al consumidor, eso no significa que el empresario quede en una situación de inferioridad.

⁷¹ No obstante, en los contratos a distancia, a diferencia de otros contratos, se obliga al empresario ha entregar a la parte consumidora, en el momento de la entrega del bien o del suministro del servicio, de un documento de desistimiento. En este sentido se pronuncias sentencias como la *Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 17ª) de 21 de diciembre de 2011* (JUR Aranzadi 2012, 94264) o la *Audiencia Provincial de Pontevedra (Sección 6ª) de 4 de septiembre de 2012* (JUR Aranzadi 2012, 312364).

4.- Bibliografía

- BOTANA GARCÍA, Gema y otros; *Curso sobre protección jurídica de los consumidores*; 1ª edición; Mc Graw- Hill; 9788448124533
- BUSTO LAGO, J.Manuel y otros; *Reclamaciones de consumo. Derechos de consumo desde la perspectiva del consumidor*; 3ª edición; Aranzadi; 2010; 978-84-9903-694-6
- CÁMARA LAPUENTE, Sergio; *Comentarios a las normas de protección de los consumidores*; 1º edición; Colex Editorial; 2011; 978-84-8342-289-2.
- DÍEZ PICAZO, Luis; *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*; Civitas; 2012; 978-84-470-4176-3
- GARRIGUES, Joaquín; *Curso de Derecho Mercantil*; 1ª edición; Temis; 1987; 978-958-604-248-2
- LACRUZ BERDEJO, J.L.; *Elementos de Derecho Civil*; Madrid; Dykinson; 2007; 9788497726450
- LARA GONZÁLEZ, Rafael y otros; *Consumo y Derecho. Elementos jurídico-privados de derecho de consumo*; Madrid; Esic editorial; 84-7356-456-1
- LARROSA AMANTE, M. Ángel; *El Derecho de Consumo. Protección legal del consumidor*; 2ª edición; Madrid; El Derecho; 2011; 978-84-15257-26-4
- LASARTE ÁLVAREZ, Carlos; *Manual sobre protección de consumidores y usuarios*; 3º ed Madrid; Dykinson; 2007; 978-84-9849-170-8.
- RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime y otros; *Derechos de los consumidores y usuarios. Una perspectiva integral*; Netbiblo; 2008; 9788497452557
- URÍA GONZÁLEZ, R.; “*Reflexiones sobre la contratación mercantil en serie*”; Revista de Derecho Mercantil; 1956.
- VEGA VEGA, J. Antonio; *Contratos electrónicos y protección de los consumidores*; Editorial Reus SA; 2005; 9788429014228
- VICENTES Y GELLA, Agustín; *Curso de derecho mercantil comparado*; 1944.
- Westlaw Aranzadi