

TEMA 2. LA PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES.

1. Introducción: la defensa del consumidor.

El derecho considera como valor digno de protección jurídica la libertad de elección del consumidor en sus compras. Es conocido que, en este ámbito del Derecho mercantil, se habla hoy en día de la “soberanía del consumidor”. Esta libertad siempre ha existido y existe aún hoy desde un punto de vista formal. La estructura de distribución de bienes y servicios en una sociedad económicamente avanzada merma la libertad real de elección del consumidor porque éste no puede conocer todas y cada una de las particularidades de los productos y servicios que se le ofrecen. Además de la dificultad de elección en libertad, el consumidor se ve obligado a contratar con empresas concretas en situación de monopolio u oligopolio (servicios de electricidad, teléfono, etc.).

Además de esta falta de libertad real en la elección, el consumidor se encuentra indefenso ante el suministro deficiente de un servicio o ante la adquisición de un producto defectuoso, por el desequilibrio de poder que existe entre productores y consumidores.

El artículo 51 CE es consciente de la situación descrita. Este artículo establece que los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios protegiendo la salud, seguridad y legítimos intereses económicos. La insuficiente regulación en el Código de Comercio y en el Código Civil hizo necesaria la aparición de leyes que defendieran al consumidor final, siendo la norma básica la LDCU. Como complemento de dicha norma, se promulgaron además algunas otras leyes (gran parte de ellas, como veremos, ya derogadas):

(a) La Ley sobre contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles (Ley 29/1991 de 21 de noviembre) que se aplicaba a los contratos celebrados entre un empresario y un consumidor (según resulta definido en la LDCU) fuera del establecimiento mercantil del empresario, en la vivienda o centro de trabajo del consumidor o en un medio de transporte público.

(b) La Ley 22/1994 de 6 de julio, de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos que adaptaba a nuestro Derecho la Directiva CEE/85/374 de 25 de julio de 1985, sobre responsabilidad civil de los fabricantes.

(c) La Ley 7/1995 de 23 de marzo, de Crédito al Consumo, que incorporaba la Directiva CEE/87/102 y su posterior modificación por la Directiva CEE/90/88.

(d) Recuérdese, además, que en materia de condiciones generales de la contratación rige la Ley 7/1998 de 13 de abril, que incorpora la Directiva CEE/93/13.

Sin embargo, toda esta normativa, además de dispersa, se demostró insuficiente para una efectiva protección de los intereses de los consumidores y usuarios. De esta forma, y con la notoriedad pública que han ido adquiriendo ciertos abusos llevados a cabo impunemente (redondeo en los parking, en las tarifas de telefonía móvil, las dificultades para darse de baja en contratos de suministro eléctrico, la falta de información documental

en determinadas compraventas, etc.) llevó al legislador a promulgar la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios.

Este texto introdujo en España importantes reformas legislativas en materia de protección de los derechos de los consumidores, ampliándolos y salvaguardando a los ciudadanos de prácticas abusivas. En particular, se abordan tres demandas repetidamente requeridas por los ciudadanos en los últimos años: el derecho a darse de baja de los contratos suscritos con prestadores de servicios con las mismas facilidades con las que se dan de alta; la facturación por tiempo real de estancia en los aparcamiento y, en general, la eliminación de los redondeos al alza en el precio de productos y servicios. El texto normativo que se propone recoge, además, a propuesta del Consejo de Consumidores y Usuarios y del Consejo de Estado, una regulación detallada de las organizaciones de consumidores.

Asimismo, dio cumplimiento a una sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en el sentido de facultar a los tribunales de justicia u órganos competentes para prohibir, como medida preventiva, una cláusula que se considere abusiva en términos generales en contratos todavía no celebrados. Ello no obsta para que, como contempla la actual legislación española, las cláusulas oscuras incluidas en un contrato individual ya firmado por un consumidor se interpreten de forma favorable a éste.

También en cumplimiento de la mencionada sentencia se garantiza la protección del consumidor en todos los contratos que suscriba con un profesional, independientemente de que haya elegido, como derecho aplicable al contrato, el vigente en otro Estado miembro de la Unión Europea. Así mismo, dicha Ley realiza algunas modificaciones en las competencias sancionadoras de las autoridades estatales y autonómicas de consumo, y anuncia un nuevo régimen sancionador en este ámbito.

Finalmente, debe señalarse que la D.A. 5ª de esta Ley habilitaba al Gobierno para que, en el plazo de 12 meses, procediera a refundir en un único texto la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y las normas de transposición de las directivas comunitarias dictadas en materia de protección de los consumidores y usuarios que inciden en los aspectos regulados en ella, regularizando, aclarando y armonizando los textos legales que tengan que ser refundidos. Esto se llevó a cabo con la promulgación 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, TR LDCU).

Por otro lado, hace ya una década, la creciente demanda social de más protección al consumidor en el ámbito del comercio electrónico y la compra de productos *on-line* motivó otra reforma más, la operada por Ley 3/2014, de 27 de marzo (*B.O.E.* núm. 76, de 28 de marzo de 2014), que modifica la anterior, y vuelve a cambiar la definición legal de consumidor, además de contemplar cuestiones como la información precontractual, las cláusulas abusivas, el concepto de empresario, etc.

2. La legislación de defensa de los consumidores y usuarios.

La Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios fue dictada en 1984 para satisfacer el mandato del artículo 51 CE. La ley, en su versión inicial, no podía ser calificada como un acierto de técnica legislativa, pues unía un estilo ampuloso y reiterativo, claras contradicciones (cfr. arts. 25 y 26), un ámbito subjetivo incierto y un contenido de lo más variopinto: principios generales de buena intención (art. 19), asociacionismo de consumidores (art. 20), normas administrativas (art. 4.2.), todo ello aderezado con normas fundamentales para el derecho privado como la regulación de las condiciones generales contenida en el art. 10 y 10 bis.

Además, diversas CC.AA. (Cataluña, País Vasco, Galicia, Andalucía, Valencia, Navarra,...) tienen competencia exclusiva en materia de defensa del consumidor y han promulgado diversas leyes (Estatuto del Consumidor Vasco; Estatuto Gallego del Consumidor y Usuario, Estatuto de Consumidores y Usuarios de la Comunidad Valenciana,...), que por supuesto han desembocado en los correspondientes recursos de inconstitucionalidad (cfr. STC 71/82 de 30.11 y 62/91 de 22.3.). En estas sentencias el TC ha sentado que las CC.AA. tienen competencias exclusivas en las materias administrativas que inciden en la defensa del consumidor, mientras que al Estado le corresponde el Derecho sustantivo que regula las relaciones entre particulares, incluyendo las condiciones generales.

De ahí que la reforma operada por el Real Decreto Legislativo 1/2007 merezca una valoración –inicial- muy favorable, que luego habremos de matizar. Por otro lado, el Anteproyecto de Ley de Código Mercantil de 2014 expresamente excluye de sus propuestas normativas la regulación de esta materia, al entender (párrafo I-30 de la E.M.) que los consumidores están suficientemente protegidos por la LDCU, con lo que se respeta la legislación vigente y no se altera.

A) La Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios.

Esta Ley, cuyo origen está en la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 4 de Madrid de 21 de noviembre de 2005, por la que, a raíz de una denuncia de la OCU (*Organización de Consumidores y Usuarios*) se condena a las operadoras de telefonía móvil a la supresión del redondeo, además de habilitar al Gobierno para la elaboración del texto refundido de la LDCU, aborda, básicamente, los siguientes aspectos (nos limitamos únicamente a enumerarlos, ya que esta Ley fue meramente de transición hasta la aprobación del RD 1/2007):

- 1) Agilización del proceso para darse de baja en los servicios.
- 2) Prohibición de los redondeos al alza e implantación del cobro por minuto en los aparcamientos.
- 3) Más protección al consumidor en la compra de vivienda.
- 4) Contratos y cláusulas abusivas.
- 5) Legitimación ante los Tribunales de las Administraciones.

- 6) Legitimación de las asociaciones de consumidores.
- 7) Seguridad de productos.
- 8) Adaptación a la legislación europea.

B) El Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

Como ya hemos señalado en la introducción, el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, ha supuesto una profunda reforma de la legislación española en esta materia, no tanto por el alcance de su contenido –no hay cambios materiales sustanciales, salvo algunas notables excepciones– como por el hecho de disponer, por primera vez en nuestro ordenamiento, de una regulación sistemática y unificada de las diversas disposiciones que afectan a la defensa de los consumidores y usuarios.

Así pues, la primera valoración ha de ser favorable, en el sentido de que se han reunido disposiciones y normas que antes estaban dispersas; sin embargo, la técnica legislativa empleada –un R.D. Legislativo que deroga o da nueva redacción a un total de cinco leyes ordinarias– es reprobable.

De esta forma, mientras que parte de nuestra legislación queda ahora armónicamente integrada (por ej. la regulación del régimen de garantías y servicios postventa, que antes estaba “repartida” entre la antigua LDCU y la Ley de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo), otra parte queda descompuesta (por ej. la regulación sobre contratos a distancia: si interviene un consumidor, es aplicable la nueva LDCU, si interviene un empresario, sigue siendo de aplicación la Ley de Ordenación del Comercio Minorista).

Como se indica en la propia exposición de motivos, la finalidad de este R.D. es múltiple, y se resume en cumplir la previsión de la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios, que habilitaba al Gobierno para refundir en un único texto la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, al tiempo que se trasponían una serie de Directivas comunitarias en esta materia, ocasión que se ha aprovechado para integrar en el texto refundido otras leyes complementarias (a las que hemos hecho antes referencia, en la introducción, y que quedan, por tanto, derogadas):

- Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista (artículos 48 y 65.1, letras n) y ñ) y la disposición adicional primera).
- Ley 26/1991, de 21 de noviembre, sobre contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles.
- Ley 22/1994, de 6 de julio, de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos.
- Ley 21/1995, de 6 de julio, reguladora de los viajes combinados
- Ley 23/2003, de 10 de julio, de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo.

No se trata aquí de llevar a cabo un análisis exhaustivo de la nueva regulación de la defensa de los consumidores y usuarios, sino de señalar las cuestiones más novedosas o relevantes introducidas por el R.D. Legislativo 1/2007. En particular, se examinará el texto legal en relación con las cuestiones que más modificaciones experimentan, tratando de señalar las diferencias con la antigua regulación de esta materia. Así mismo, en este análisis vamos a incidir en las cuestiones sustantivas, dejando fuera –por razones de espacio- los temas de procedimiento.

Hay que destacar, finalmente, que -como es habitual en nuestro país- se siguen sucediendo las reformas parciales y normativas de “parche” de esta regulación. Así, el pasado día 28 de mayo de 2022 entró en vigor el Libro sexto del RDL 24/2021, como consecuencia de la Transposición de la Directiva (UE) 2019/2161 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de noviembre de 2019, por la que se modifica la Directiva 93/13/CEE del Consejo y las Directivas 98/6/CE, 2005/29/CE y 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo. Esta reforma afecta a diversos preceptos del Libro II de la LGDCU sobre «contratos y garantías» y muy especialmente a su título IV sobre «garantías y servicios posventa» con una incidencia acusada en su capítulo II sobre «responsabilidad del empresario y derechos del consumidor y usuario» con la adición de un nuevo capítulo III dedicado a regular el «ejercicio de derechos por el consumidor y usuario», un nuevo capítulo IV, sobre la «modificación de los contenidos o servicios digitales» y un capítulo V sobre «garantías comerciales y servicios posventa».

El texto actualmente vigente es el correspondiente a la última reforma de la LDCU, por la Ley 4/2022, de 25 de febrero, de protección de los consumidores y usuarios frente a situaciones de vulnerabilidad social y económica (BOE núm. 51, de 1 de marzo de 2022, páginas 23787 a 23817), que añade al concepto de consumidor, que veremos en el epígrafe siguiente, este párrafo (art. 3.2 LDCU):

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

1) Definición de conceptos y terminología.

Sin duda uno de los aspectos más relevantes de esta nueva regulación es que aporta –por primera vez en nuestro derecho mercantil- una delimitación precisa de los conceptos y la terminología que se ha de emplear, y especialmente de qué se entiende por consumidor (a los efectos de aplicación del TR LDCU).

En efecto, el texto refundido pretende aproximar la legislación nacional en materia de protección de los consumidores y usuarios a la legislación comunitaria, también en la terminología utilizada. Se opta por ello por la utilización de los términos consumidor y usuario y empresario. Por ello, el concepto de consumidor y usuario se adapta a la terminología comunitaria, pero respeta las peculiaridades de nuestro ordenamiento jurídico en relación con las «personas jurídicas».

El consumidor y usuario, definido en el art. 3 de la LDCU:

“A efectos de esta norma y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, son consumidores o usuarios las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión. Son también consumidores a efectos de esta norma las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial”

Dado que son dos palabras distintas (“consumidor” y “usuario”), quizá hubiera sido deseable distinguir su contenido, o si significan lo mismo, eliminar directamente la distinción.

Se incorporan, asimismo, las definiciones (son las contenidas en las normas que se refunden) de empresario, productor, producto y proveedor al objeto de unificar la terminología utilizada en el texto:

- Empresario es *“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”* (art. 4).

- Productor es *“el fabricante del bien o el prestador de servicio o su intermediario, o el importador del bien o servicio en el territorio de la UE”* (art. 5).

- Producto es *“todo bien mueble conforme a lo previsto en el artículo 335 del Código Civil”* (art. 6).

- Proveedor es *“cualquier empresario que suministra o distribuye productos en el mercado”* (art. 7), distinguiéndose del vendedor que, aunque no se define, por remisión a la legislación civil es quien interviene en un contrato de compraventa, en el caso de esta ley, actuando en el marco de su actividad empresarial.

2) Derechos básicos de los consumidores y usuarios.

Aunque de forma un tanto desordenada, se establecen en los artículos 8 a 21 de la nueva LDCU los que se consideran “derechos básicos” de los consumidores y usuarios, que además serán irrenunciables (art. 10). Se mezclan en estos cuatro capítulos del Libro Primero cuestiones sustantivas y procesales, que podemos agrupar diciendo que los consumidores y usuarios tienen, básicamente, derecho a:

a) Protección frente a los riesgos que puedan afectar a su salud o seguridad (el criterio de cuándo un bien es “seguro” es el que da el art. 11, cuando establece que no debe suponer riesgo, en “condiciones de uso normales o razonablemente previsibles”).

b) Información correcta y adecuada sobre los diferentes bienes y servicios (art. 17), lo que, en ocasiones, puede exigir la publicación de reglamentos (art. 14), dar cuenta específica de los riesgos en que incurren (art. 12), y las cuestiones sobre etiquetado y presentación de los bienes y servicios (art. 18).

c) Actuación por parte de las administraciones competentes que garantice una adecuada protección de sus intereses, o ante situaciones de riesgo para su salud o seguridad (art. 15) en casos de urgente necesidad (art. 16). Se incluyen aquí la participación en el procedimiento de elaboración de leyes que les afecten directamente, así como la representación de sus intereses a través de las asociaciones de consumidores y usuarios (estos derechos y el régimen jurídico de las asociaciones se recogen en el Título II del Libro primero, artículos 22 a 39).

d) Protección de sus legítimos intereses económicos y sociales (art. 19), en el ámbito de las promociones, sorteos, etc. (art. 20), en lo relativo a la comprobación y servicios de atención al cliente (art. 21), y en particular frente a la inclusión de cláusulas abusivas en los contratos (el tema de las condiciones generales y las cláusulas abusivas se regula específicamente en el Título II del Libro segundo, nos referiremos a ello más adelante).

e) Exigir de los empresarios el cumplimiento de sus obligaciones (art. 13) en la puesta a disposición de bienes y servicios a los consumidores, en lo relativo a respetar la regulación específica, los locales, el transporte y almacenamiento, el control de los productos inseguros, las peculiaridades de la venta de bebidas y alimentos, uso de ingredientes nocivos, control de los productos importados, etc.

3) Disposiciones generales sobre contratos con consumidores.

Como ya hemos indicado en la introducción, el texto refundido de la LDCU dedica su Libro segundo a los contratos y garantías. Veremos en este epígrafe las disposiciones generales, y en los siguientes el resto de cuestiones tratadas.

Se establece (art. 59) el ámbito de aplicación de este Libro segundo, señalando que “*son contratos con consumidores y usuarios los realizados entre un consumidor o un usuario y un empresario*”. Se regirán, en todo lo no expresamente establecido por la LDCU o en leyes especiales por las disposiciones legales que regulan los contratos civiles y mercantiles.

En este apartado las novedades introducidas por el R.D. Legislativo 1/2007 no son muchas, ya que se limita a sistematizar una serie de cuestiones que ya se venían observando en la práctica contractual con los consumidores y usuarios. A este respecto, señalar simplemente que se regula con profusión el tema de la información previa al contrato (art. 60) y la confirmación documental de la contratación realizada (art. 63).

Se crean, “nuevos derechos”, cuyo contenido y alcance desde luego que tendrá que ser precisado por la jurisprudencia, ya que la redacción de los preceptos legales no nos parece muy afortunada, pues introduce conceptos que, si bien no son del todo ajenos a nuestra tradición jurídica, entrañan por lo menos algunas dificultades de cara a su correcta interpretación.

4) Derecho de desistimiento.

Recogido en el Capítulo II del Título I del Libro Primero, se trata de una de las novedades más radicales –no porque antes no existiera, sino por el alcance que ahora se le otorga- del TR LDCU, reforzado aún más en la reforma de 2014, ya que se crea una facultad para el consumidor y usuario aplicable a todo tipo de contratos que, si bien en su esencia es conveniente como derecho subjetivo (por la conocida y pacíficamente aceptada necesidad de protección del consumidor, la parte débil en la relación contractual, y por tanto susceptible de ser sometida a abusos), tal como ha quedado configurada, nos parece excesiva, injusta –en términos de equilibrio contractual- y perjudicial para el empresario.

Esta facultad, heredera del “derecho de arrepentimiento” establecido por la Ley 26/1991, de 21 de noviembre, sobre contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles, adquiere ahora unas proporciones y un alcance que excede con mucho el fin perseguido –la protección del consumidor- para dejar al empresario en situación de franca desventaja e indefensión, ya que:

- otorga al consumidor y usuario la facultad de dejar sin efecto el contrato celebrado, ¡sin necesidad de justificar su decisión! (art. 68.1).
- elimina la posibilidad, contemplada en nuestro derecho (art. 56 C.Com.), de introducir cláusulas penales, al declarar “nulas de pleno derecho las cláusulas que impongan al consumidor y usuario una penalización por el ejercicio de su derecho de desistimiento” (art. 68.1, *in fine*).
- el ejercicio de este derecho no está sujeto a formalidad alguna (art. 70).
- no establece un “mínimo” de cuantía del contrato (recordemos que la Ley 26/1991 no se aplicaba a compras inferiores a 8.000 pts.).
- por supuesto, su ejercicio no implicará gasto alguno para el consumidor y usuario (art. 73), pero es que ¡“la imposibilidad de devolver la prestación del contrato por parte del consumidor y usuario por pérdida, destrucción u otra causa no privarán a éste de la posibilidad de ejercer el derecho de desistimiento”! (art. 75). Sólo cuando dicha imposibilidad le sea imputable –cosa que ¿tendrá que demostrar el empresario?- responde el consumidor y usuario del valor de mercado de la prestación.
- el consumidor y usuario que ejercite este derecho no tiene, en ningún caso, obligación de indemnizar por el desgaste o deterioro del bien o por el uso del servicio debido a su prueba para tomar una decisión sobre su adquisición definitiva (art. 79).
- maneja alegremente conceptos jurídicos indeterminados, como eximir de responsabilidad al consumidor si usa de la “*diligencia que le es exigible en sus propios asuntos*” (art. 75.2), o la obligación del empresario de devolver las sumas abonadas “*lo antes posible*” (art. 76).

- finalmente, y como veremos más adelante, se regula aquí este derecho con carácter general, y luego se reitera en Títulos posteriores del TR LDCU para contratos especiales (fuera de establecimiento mercantil, a distancia, etc.), con las consiguientes disfunciones legislativas que esta técnica de remisión provoca.

En la parte que es “réplica” del derecho de arrepentimiento previsto para los contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles, la regulación es correcta y no le es achacable ninguno de los excesos anteriormente descritos, ya que se limita a recoger lo que estaba ya previsto en la Ley 26/1991:

- la obligación del empresario de informar por escrito al consumidor y usuario, de forma clara, comprensible y precisa, de su derecho de desistimiento (art. 69);
- el plazo de revocación es de un mínimo de 7 días hábiles (art. 71);
- en el caso de ejercicio del derecho de desistimiento, las partes deberán restituirse recíprocamente las prestaciones, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 1.303 y 1.308 del Código Civil, sin coste alguno para el consumidor y usuario (arts. 73 y 74).

5) Contratos celebrados a distancia.

Se regulan en el Título III de este Libro segundo, y se entienden como tales “los contratos celebrados con los consumidores y usuarios en el marco de una actividad empresarial, sin la presencia física simultánea de los contratantes, siempre que la oferta y aceptación se realicen de forma exclusiva a través de una técnica cualquiera de comunicación a distancia y dentro de un sistema de contratación a distancia organizado por el empresario” (art. 92).

La redacción de este Título, y los diferentes Capítulos que lo integran, tiene un claro carácter garantista y protector del consumidor, estableciendo multitud de obligaciones para el empresario, como la de suministrar la información precontractual (art. 97), confirmar por escrito la información (art. 98), prohibición de envíos no solicitados (art. 100), etc.

Nos parece deficiente –por lo escueta y genérica- la remisión que hace a la “normativa específica sobre servicios de la sociedad de la información y comercio electrónico” (art. 94) para el caso de contratación a distancia por medios electrónicos, habida cuenta de la importancia creciente y la existencia de leyes concretas sobre esta materia, y la importancia jurídica de precisar cuándo se perfecciona un contrato celebrado entre ausentes. En este punto –una vez más- el TR LDCU no soluciona el problema de diferentes cuerpos legales regulando las mismas materias.

Finalmente, y como ya hemos señalado, se reitera el derecho de desistimiento (arts. 101 y 102) que asiste a los consumidores y usuarios, y en cuanto a la regulación de la ejecución del contrato, hemos de celebrar la inclusión de una previsión específica para el pago mediante tarjeta (art. 106), hasta ahora –sorprendentemente- ausente de nuestra regulación en esta materia.

6) Contratos celebrados fuera de establecimientos comerciales.

Se regulan en el Título IV de este Libro segundo, derogando explícitamente la Ley 26/1991, de 21 de noviembre, sobre contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles (nótese la precisión gramatical de nuestro legislador, que he reemplazado el término “mercantiles” por el de “comerciales”), lo que incluye por expresa previsión legal (art. 107) los celebrados en la vivienda de los consumidores y usuarios o también los celebrados en un medio de transporte público.

Aquí sí que se recoge, dentro del catálogo de excepciones (art. 108), los contratos en los que la prestación total a cargo del consumidor y usuario sea inferior a 48,08 euros (es decir, traducción matemática y precisa de las antiguas 8.000 pts), y una vez más, el derecho de desistimiento (arts. 110 y 111).

7) Garantías y servicios posventa.

Este Título V del Libro segundo, aunque no lo diga expresamente en ningún sitio, es directo heredero de la Ley 23/2003, de 10 de julio, de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo, y en consecuencia incorpora al TR LDCU el principio rector de esta ley (que, recordemos, fue resultado de la transposición a nuestro ordenamiento interno de la Directiva 1999/44/CE, del Parlamento y del Consejo, de 25 de mayo, sobre determinados aspectos de la venta y garantía de los bienes de consumo), el llamado principio de conformidad: “*el vendedor está obligado a entregar al consumidor y usuario productos que sean conformes con el contrato, respondiendo frente a él de cualquier falta de conformidad que exista en el momento de la entrega del producto*” (art. 114).

En su afán de “renombrar”, habla nuestro legislador a lo largo de todo este Título V de garantía de los *productos* de consumo (en vez de los *bienes* de consumo), y regula con profusión cuestiones como la reparación y sustitución del producto (arts. 119 y 120), la rebaja del precio y la resolución del contrato (arts. 121 y 122), el ejercicio de derechos –a través de las correspondientes acciones- por los consumidores y usuarios (arts. 123 y 124), etc.

El Capítulo IV, último de este Título, bajo la rúbrica “Garantía comercial adicional, obligaciones de documentación y servicios posventa” lo que hace es desmembrar el artículo 11 de la antigua LDCU, que trataba de todas estas cosas, y pensamos que ahora quedan más claramente separadas y reguladas. Se recoge la posibilidad –voluntaria, adicional- de ofrecer una garantía comercial adicional (art. 125), cuestión que, vista la insuficiencia de la regulación legal de los vicios (*Vid.*, los deficientísimos arts. 336 y 342 C.Com.) está a la orden del día. Se regulan las obligaciones en relación con los productos de naturaleza duradera (art. 126). Finalmente, se recogen las cuestiones de reparación y servicios posventa (art. 127), en relación con el derecho a un adecuado servicio técnico y a la existencia de repuestos durante un plazo (también a partir de la fecha en que el producto deje de fabricarse).

4. La regulación de las Garantías en la Venta de Bienes de Consumo.

El Título V del Libro segundo del TR LDCU, artículos 114 a 127, es heredero directo de la Ley 23/2003, de 10 de julio, de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo, la cual queda explícitamente derogada. No obstante, sus disposiciones han sido recogidas en este Título V prácticamente sin modificaciones, salvo algunos retoques que se señalarán a continuación. La fidelidad mostrada a la anterior regulación es asombrosa, y la mayoría de los cambios dispuestos obedecen a intenciones aclaratorias o necesidades de armonización con el resto de preceptos de la Ley, o al afán de “renombrar” de nuestro legislador. Pero su contenido esencial y su estructura son muy similares a los de la Ley 23/2003, e incluso los preceptos siguen un mismo orden sistemático, y poseen el mismo título e idéntica redacción. Eso sí, el Título V se divide en cuatro capítulos, mientras que la Ley 23/2003 no constaba de división alguna.

El Capítulo I trata de las disposiciones generales. El artículo 114 está dedicado a los principios generales, y ya en este primer precepto aparece la referencia al que era el principio rector de la Ley de Garantía: la falta de *conformidad*. La falta de conformidad era mencionada en la Ley de Garantía en el artículo 4, dedicado a “la responsabilidad del vendedor y los derechos del consumidor”. Igualmente, se han eliminado las definiciones de “vendedor” y de “bien de consumo”, pasando éste último a ser un “producto”, que es un concepto ya definido en el artículo 6. No parece acertada la eliminación de la definición de “vendedor”, pues no está recogida en ningún otro lugar de la nueva LDCU (deberemos remitirnos a la legislación civil), y éste se distingue de la figura del proveedor, que sí aparece definida en el artículo 7.

El artículo 115, referente al ámbito de aplicación de este Título, tiene un contenido más claro que el de su análogo en la Ley 23/2003 (antiguo artículo 2). Así, se recoge el aspecto positivo (el precepto establece que están incluidos en el ámbito de aplicación “los contratos de compraventa de productos y los contratos de suministro de productos que hayan de producirse o fabricarse”) y el negativo del ámbito de aplicación (“no será de aplicación a los productos adquiridos mediante venta judicial, al agua o al gas, cuando no estén envasados para la venta en volumen delimitado o cantidades determinadas, y a la electricidad. Tampoco será aplicable a los productos de segunda mano adquiridos en subasta administrativa a la que consumidores y usuarios puedan asistir personalmente”). En la Ley 23/2003 únicamente se señalaba quiénes quedaban excluidos y, al final, se mencionaba únicamente la inclusión expresa de los contratos de suministro de productos que hayan de producirse o fabricarse.

El novedoso artículo 117 establece que “el ejercicio de las acciones que contempla este Título será incompatible con el ejercicio de las acciones derivadas del saneamiento por vicios ocultos de la compraventa”. No obstante, en el párrafo siguiente afirma el derecho del consumidor y usuario a ser indemnizado, en todo caso, conforme a la legislación civil y mercantil por los daños y perjuicios derivados de la falta de conformidad.

El Capítulo II, referente a la “responsabilidad del vendedor y derechos del consumidor y usuario”, artículos 118 a 122, no ofrece novedades o cambios importantes

respecto de la legislación anterior (artículos 4 a 8 de la Ley 23/2003). Por lo tanto, se mantiene el mismo régimen de responsabilidad del vendedor en caso de falta de conformidad. Cabe destacar que el artículo 118 reincide en el error de enumerar los diferentes derechos del consumidor y usuario, pudiendo parecer que éste podrá optar entre todos ellos (a pesar de la frase “de acuerdo con lo previsto en este título”), cuando en verdad sólo podrá solicitar la rebaja del precio o la resolución del contrato cuando no pueda exigirse o no se hubiera llevado a cabo adecuada y satisfactoriamente la reparación o sustitución del producto. Por otro lado, en el artículo 119 se añade un párrafo acerca de un criterio determinante de cuando los costes de reparación y sustitución no son razonables. Así, para que no sean razonables “los gastos correspondientes a una forma de saneamiento deben ser, además, considerablemente más elevados que los gastos correspondientes a la otra forma de saneamiento”.

El Capítulo III trata del ejercicio de derechos por el consumidor y usuario. En el artículo 123 se regulan una serie de plazos: el de responsabilidad del vendedor por la falta de conformidad del producto (2 años), de presunción de existencia de falta de conformidad en el momento de la entrega del producto (6 meses, desde la entrega), de prescripción de la acción para reclamar (3 años), y el plazo máximo para informar al vendedor de la existencia de la falta de conformidad (2 meses, desde que el consumidor tenga conocimiento de ella). Se trata de los mismos plazos contemplados por el artículo 9 de la Ley de Garantía. También es idéntica la regulación de la acción contra el productor (artículo 124), con la salvedad de que se ha eliminado la definición de “productor”, ya que ésta aparece en el artículo 5.

El capítulo IV lleva por rúbrica: “Garantía comercial adicional, obligaciones de documentación y servicios posventa”. Lo que se hace aquí es desmembrar el artículo 11 de la antigua LDCU, que regulaba todas esas materias que, con la separación en varios preceptos, quedan más claramente reguladas. En el artículo 125, se recoge la posibilidad de ofrecer –de forma voluntaria, opcional- una garantía comercial adicional al consumidor y usuario, lo cual, vista la insuficiencia de la regulación legal de los vicios (artículos 336 y 342 del Código de Comercio), está a la orden del día. En dicho precepto se elimina el que era el punto quinto del artículo 11 de la Ley de garantía, pues se refería a los productos de naturaleza duradera (“bienes” en la Ley de garantía), que pasan a tener un precepto propio e independiente (el artículo 126). El artículo 127 está dedicado a regular las cuestiones de reparación y servicios posventa, en relación con el derecho a un adecuado servicio técnico y a la existencia de repuestos durante un plazo de 5 años, a partir de la fecha en que el producto deje de fabricarse. El artículo 12 de la Ley 23/2003 no ha sido reflejado en el TR LDCU, si bien su ausencia es un acierto pues versa sobre la acción de cesación, ya contemplada y regulada en el Capítulo I del Título V del Libro primero (artículos 53 a 56).

Por último, destacar que las Disposiciones Transitorias Primera (acerca de la garantía comercial) y Segunda (acerca de qué productos deben entenderse duraderos) del TR LDCU se corresponden con las de la Ley de Garantía. No obstante, en la Disposición Transitoria primera se añade una referencia a las obligaciones del productor, o en su defecto, el vendedor, en relación con los bienes de naturaleza duradera puestos en circulación antes del 11 de septiembre de 2003.

5. Los contratos sometidos a condiciones generales.

A) La contratación mediante cláusulas predispuestas.

En la actualidad mercantil hay gran cantidad de contratos que no pueden ser discutidos individualmente, tanto porque las partes no tienen de hecho la misma capacidad para la discusión de las cláusulas contractuales como porque carecen de tiempo preciso para esta negociación, cuando la contratación es en serie o en masa. De ahí que desde hace tiempo se ha generalizado la conclusión de contratos sometidos a condiciones generales que han sido redactadas previamente por una de las partes.

Esta nota de la redacción previa y unilateral del contenido del contrato, en todo o en parte, es una característica importante de este tipo de contratación, regulada por la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación, la cual modificó a su vez la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, con el objetivo de transponer la Directiva 93/13 (CEE) del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.

Como ha quedado señalado anteriormente, precisamente la “modernización” del régimen de las cláusulas abusivas en los contratos fue uno de los principales motivos de la promulgación de la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios, y a él se dedica el Título II del Libro Segundo del TR LDCU, según redacción otorgada por el R. D. Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre.

Veremos a continuación cuáles son los principales conceptos en este ámbito, cómo estaba regulado anteriormente, y qué modificaciones principales introduce el legislador en la última reforma.

B) Concepto y características.

La LCGC define las condiciones generales diciendo que son “las cláusulas contractuales predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos” (art. 1.1).

Los contratos a los que se incorporan las condiciones generales se considera que son contratos de adhesión, siendo una de las partes calificada como *predisponente* (un profesional, sea empresario o no, siempre que actúe en el marco de su actividad profesional) y la otra como *adherente* (cualquier persona física o jurídica, empresario, profesional o consumidor).

La LCGC establece, además de un régimen especial para el ejercicio de acciones colectivas referentes a la utilización de condiciones generales contrarias a la Ley, un control de las mismas por medio de la creación de un Registro de condiciones generales de la

contratación, así como ha impuesto a los Notarios, Registradores de la Propiedad y Mercantiles y a los Corredores de Comercio determinadas obligaciones.

C) Las cláusulas abusivas frente a los consumidores.

La entrada en vigor, en 1998, de la LCGC modificó la Ley 26/1984, de defensa de los consumidores, dando una nueva redacción a su artículo 10, regulando las cláusulas contractuales no negociadas individualmente con los consumidores. Pese a que podía haberse aprovechado la reciente reforma para integrar la LCGC en el TR LDCU, como se ha hecho con otros cuerpos legales, no ha sido así, y el R.D. Legislativo 1/2007 no hace de la LCGC objeto de refundición.

El entonces artículo 10 bis de la LDCU daba una noción de cláusulas abusivas diciendo que son “todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente que en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato”. Habrá que tenerse en cuenta, además, las circunstancias que concurren en la celebración del contrato. Son nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas.

D) La regulación de las condiciones generales y cláusulas abusivas.

Como ha quedado dicho, se recogen en el Título II del Libro Segundo; este Título comprende los artículos 80 al 91, y se estructura en dos Capítulos: el primero a las condiciones generales y el segundo a las cláusulas abusivas. Como veremos a continuación, este aspecto concreto de la reforma operada por el R.D. Legislativo 1/2007 no puede, desde luego, calificarse como un acierto de técnica legislativa.

Así, el Capítulo I, que trata de las condiciones generales (aunque las califica con la rúbrica de “Cláusulas no negociadas individualmente”, de forma que no se sabe si crea un nuevo concepto, o ha de asimilarse al contenido en la LCGC), parte –sin definirlo– directamente de esa figura, y señala (art. 80) qué requisitos deben cumplir: concreción, claridad y sencillez en la redacción (o sea, lo que ya dice el art. 5.4 LCGC); accesibilidad y legibilidad, de forma que permita al consumidor y usuario el conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido (o sea, lo que ya ha dicho el texto de la propia LDCU previamente, en el art. 60); buena fe y justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes (es decir, los elementos cuya falta caracteriza a las cláusulas abusivas), lo que en todo caso –dice la LDCU con admirable reiteración– “excluye la utilización de cláusulas abusivas” (art. 80.1.c).

Pese a esta deficiente técnica legislativa con la que hemos comenzado, es de agradecer que el Capítulo II, el que regula las cláusulas abusivas, no incurra en las mismas reiteraciones, y recoja de modo sistemático y claro lo que antes se contenía en el artículo 10 de la LDCU.

Empieza dando un concepto de cláusulas abusivas (art. 82), estableciendo su nulidad (art. 83.1) y la del contrato en el que estaban insertas, por lo menos en la parte afectada por ellas (art. 83.2). Tras el mandato a Notarios y Registradores de la Propiedad y Mercantiles de que las autoricen ni inscriban (art. 84), el TR LDCU lleva a cabo una acertada enumeración de los diferentes tipos de cláusulas abusivas, siempre dando una categoría general de las mismas, y luego una enumeración –no exhaustiva- de posibles ejemplos.

Así, y recogiendo las pautas de la Directiva 93/13 (CEE) del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, la LDCU instaaura la siguiente tipología, estableciendo que serán abusivas las cláusulas:

- por vincular el contrato a la voluntad del empresario, en cuanto al plazo, interpretación, etc. (art. 85);
- por limitar los derechos básicos del consumidor y usuario (art. 86);
- por falta de reciprocidad en el contrato (retención de cantidades abonadas por el consumidor, sin previsión equivalente en el caso de renuncia del profesional), contraria a la buena fe (art. 87);
- por imponer garantías desproporcionadas al riesgo asumido (art. 88);
- que afecten al perfeccionamiento y ejecución del contrato (art. 89);
- sobre sumisión a fuero y derecho aplicable (art. 90).

Señalar, finalmente, que esta materia ha sido objeto de polémica en los últimos años en nuestro país –en el contexto de la actual crisis financiera y la problemática de los desahucios- con motivo de la cuestión prejudicial planteada en el caso *Aziz* en el que se pregunta al Tribunal de Justicia si es compatible con la Directiva 13/93 sobre cláusulas abusivas en contratos con consumidores nuestro sistema de ejecución hipotecaria que limita las excepciones oponibles por el ejecutado y que excluye la posibilidad de suspender la ejecución en virtud de un proceso declarativo emprendido con la finalidad de oponerse a la reclamación del banco. La Sentencia que resuelve esta cuestión, de 14 de marzo de 2013, *Aziz / Caixa d’Estalvis de Catalunya, Tarragona i Manresa (Catalunyacaixa)*, Asunto C-415/11, ilustra muy bien la problemática descrita en este tema.

Igualmente, la reforma de 2014 procede a dar cumplimiento a la sentencia de 14 de junio de 2012, en el asunto C-618 *Banco Español de Crédito*. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha interpretado la Directiva 93/13/CE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, en lo que respecta al artículo 83 LDCU, que por tanto se reforma su redacción [¡verlo!].

E) Régimen de control de las condiciones generales

1. Control de incorporación al contrato

Las condiciones generales tienen que haber sido aceptadas por el adherente contando con su conocimiento y comprensión. La existencia de condiciones generales debe ser

informada expresamente al adherente y se debe hacer llegar un ejemplar de estas. La redacción debe ser conforme a criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez.

Si el contrato no debe formalizarse por escrito bastará con que las condiciones se anuncien en sitio visible dentro del lugar en el que haya de celebrarse el negocio, o se garantice de cualquier forma al adherente la posibilidad de conocer su existencia y contenido.

Se prevé además un régimen especial para los casos de contratación telefónica o electrónica en condiciones generales. Este régimen se ha desarrollado por el Real Decreto 1906/1999, de 17 de diciembre de 1999, en el que se impone un deber especial de información previa de todas y cada una de las cláusulas de las condiciones generales y un deber de confirmación documental de las mismas una vez celebrado el contrato.

2. Control de interpretación

Las dudas de interpretación se resolverán a favor del adherente. El principio de prevalencia de las condiciones particulares sobre las generales, a menos que estas últimas sean más beneficiosas para el adherente.

3. Control de contenido

En relación con este control establece que serán nulas de pleno derecho las condiciones generales que contradigan, en perjuicio del adherente, lo dispuesto en esta Ley o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva, salvo que en ella se establezca un efecto distinto para la contravención.

La protección que se concede al adherente no consumidor resulta claramente insuficiente. La protección del adherente no consumidor queda reducida a las cláusulas contrarias a normas imperativas, algo que no sólo es insuficiente, sino que para ello no sería necesaria una regulación específica.

La no incorporación de las condiciones generales al contrato y su nulidad podrán ser instadas por el adherente. La declaración de no incorporación o de nulidad no determinarán la ineficacia total del contrato si éste puede subsistir sin las cláusulas impugnadas.

4. Instrumentos procesales de control

La Ley establece junto a la acción individual de control subjetivo del adherente en su condición de parte del contrato las llamadas acciones colectivas que atribuyen legitimación activa a aquellas instituciones y asociaciones que tienen representación de los intereses afectados (incluido el Ministerio Fiscal) contra cualquier profesional que utilice las condiciones generales, o contra el que las recomiende públicamente o manifieste su voluntad de utilizarlas. Dichas acciones son la acción de cesación, la acción de retractación y la acción declarativa. Estas acciones han sido declaradas con carácter general imprescriptibles.

El Registro de Condiciones Generales es el aspecto más innovador y también más discutible de la Ley. Este Registro se integra en la estructura jurídica del Registro de la Propiedad y Mercantil y su organización ha sido recogida como una sección del Registro de Bienes Muebles.

El Registro de Condiciones Generales tiene por objeto la inscripción de las cláusulas contractuales que tengan el carácter de condiciones generales, inscripción que en principio es voluntaria. Conviene advertir, no obstante, a efectos de la regulación de esta materia que son varios los artículos del Reglamento del Registro de Condiciones Generales que han sido declarados nulos por el Tribunal Supremo (SSTS, Sala 3ª, de 12 de febrero y de 19 de febrero de 2002).