

DOBLE MODIFICACIÓN DEL TRLGDCU OPERADA POR EL REAL DECRETO-LEY 9/2017, DE 26 DE MAYO*

M^a del Sagrario Bermúdez Ballesteros**

Prof. Ayudante Doctora. Área de Derecho Civil

Centro de Estudios de Consumo

Universidad de Castilla-La Mancha

- (1) **Se suprime la posibilidad de reclamar al empresario el doble de la suma adeudada al consumidor por retraso injustificado en el reembolso de cantidades debidas a éste, en dos supuestos:**
 - **En caso de resolución del contrato por el consumidor ante el incumplimiento de la obligación de entrega del bien por parte del empresario (art. 66 bis 3 TRLGDCU).**
 - **En caso de desistimiento del consumidor en un contrato celebrado a distancia o fuera de establecimiento mercantil (art. 107.1 TRLGDCU).**
- (2) **Se impone al empresario la obligación de devolver al consumidor que desiste -en contrato a distancia o fuera de establecimiento- las sumas adeudadas utilizando el mismo medio empleado por éste en la contratación inicial (art. 107 1. II TRLGDCU).**

SUMARIO: 1. Consideraciones generales. 2. Incorrecta transposición española de la Directiva 2011/83/UE, sobre derechos de los consumidores. 3. Modificación del art. 66 bis, apartado 3 TRLGDCU. 4. Modificación del art. 107, apartado 1 TRLGDCU. 5. Nuevas reglas tras la reforma. 6. Reflexión final: incoherencia normativa del régimen de desistimiento en el TRLGDCU.

* Trabajo realizado en el marco de la Ayuda del Programa Estatal de Fomento de la Investigación Científica y Técnica de Excelencia (Subprograma Estatal de Generación de Conocimiento) del Ministerio de Economía y Competitividad, otorgada al Grupo de investigación y Centro de investigación CESCO, *Mantenimiento y consolidación de una estructura de investigación dedicada al Derecho de consumo*, dirigido por el Prof. Ángel Carrasco Perera, de la UCLM, ref. DER2014-56016-P.

** ORCID ID: 0000-0002-1260-3867

1. Consideraciones generales

En el BOE de 27 de mayo de 2017 se ha publicado el Real Decreto-ley 9/2017, de 26 de mayo, por el que se transponen directivas de la Unión Europea en los ámbitos financiero, mercantil y sanitario, y sobre el desplazamiento de trabajadores¹.

La aprobación de la norma se justifica en la necesidad de evitar las consecuencias negativas que para nuestro país acarrearía el incumplimiento o la incorrecta transposición de las Directivas comunitarias aprobadas en los últimos años en distintos sectores.

De forma genérica, las modificaciones acometidas por el Real Decreto-ley, son las siguientes:

- En el Título I se contienen las modificaciones normativas que transponen directivas relacionadas con el sistema financiero.
- El Título II contempla las modificaciones derivadas de la transposición de la directiva europea relacionada con el Derecho de la competencia.
- El Título III recoge las modificaciones que incorporan al ordenamiento interno directivas de la Unión Europea en el ámbito sanitario.
- El Título IV abarca las modificaciones que incorporan al ordenamiento interno una directiva de la Unión Europea sobre el desplazamiento de trabajadores.
- Finalmente, mediante la disposición final primera se modifica el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre (en adelante TRLGDCU).

El objeto de este comentario se centra en la última modificación expuesta.

Concretamente, son dos los preceptos del TRLGDCU que se modifican: **art. 66 bis, apartado 3 y art. 107, apartado 1**, ambos incorporados al TRLGDCU por la Ley 3/2014, de 27 de marzo, de transposición a nuestro derecho interno de la Directiva 2011/83/UE, sobre derechos de los consumidores.

Las reformas en los preceptos citados son las siguientes:

¹ Según establece la Disposición fina quinta, la norma entró en vigor al día siguiente de su publicación en el BOE.

	TRAS LA REFORMA	ANTES DE LA REFORMA
Art. 66 bis, apartado 3 TRLGDCU	<p><i>Cuando se haya resuelto el contrato, el empresario deberá proceder a reembolsar, sin ninguna demora indebida, todas las cantidades abonadas por el consumidor y usuario en virtud del mismo</i></p>	<p><i>Cuando se haya resuelto el contrato, el empresario deberá proceder a reembolsar, sin ninguna demora indebida, todas las cantidades abonadas por el consumidor y usuario en virtud del mismo.</i></p> <p><i>En caso de retraso injustificado en cuanto a la devolución de las cantidades, el consumidor y usuario podrá reclamar que se le pague el doble de la suma adeudada, sin perjuicio de su derecho a ser indemnizado por los daños y perjuicios sufridos en lo que excedan de dicha cantidad</i></p>
Art. 107, apartado 1 TRLGDCU	<p><i>El empresario reembolsará todo pago recibido del consumidor y usuario, incluidos, en su caso, los costes de entrega, sin demoras indebidas y, en cualquier caso, antes de que hayan transcurrido 14 días naturales desde la fecha en que haya sido informado de la decisión de desistimiento del contrato del consumidor y usuario de conformidad con el artículo 106.</i></p> <p><i>El empresario deberá efectuar el reembolso a que se refiere el primer párrafo utilizando el mismo medio de pago empleado por el consumidor para la transacción inicial, a no ser que el consumidor haya dispuesto expresamente lo contrario y siempre y cuando el consumidor no incurra en ningún gasto como consecuencia del reembolso</i></p>	<p><i>El empresario reembolsará todo pago recibido del consumidor y usuario, incluidos, en su caso, los costes de entrega, sin demoras indebidas y, en cualquier caso, antes de que hayan transcurrido 14 días naturales desde la fecha en que haya sido informado de la decisión de desistimiento del contrato del consumidor y usuario de conformidad con el artículo 106.</i></p> <p><i>En caso de retraso injustificado por parte del empresario respecto a la devolución de las sumas abonadas, el consumidor y usuario podrá reclamar que se le pague el doble del importe adeudado, sin perjuicio a su derecho de ser indemnizado por los daños y perjuicios sufridos en los que excedan de dicha cantidad.</i></p>

2. Incorrecta transposición española de la Directiva 2011/83/UE, sobre derechos de los consumidores

La Exposición de Motivos del Real Decreto-Ley fundamenta la modificación del TRLGDCU con el siguiente argumento:

"Dicha modificación responde a la necesidad de dar inmediata respuesta al Proyecto Piloto 8007/15/JUST abierto al Reino de España a consecuencia de una incorrecta transposición de la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, dando cumplimiento a los compromisos adquiridos con la Comisión Europea y evitando la imposición de posibles sanciones económicas al Reino de España. La modificación del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias incide en la necesaria protección de los consumidores en sus relaciones con los empresarios".

Como es sabido, el 11 de noviembre de 2011 se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea, el texto de la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores. Entre otros aspectos, la Directiva estableció (i) una nueva regulación de los contratos con consumidores celebrados a distancia y fuera de establecimientos mercantiles, dotando de un nuevo y uniforme régimen jurídico del derecho de desistimiento en estas modalidades contractuales, así como (ii) nuevas reglas en la compraventa de consumo, respecto a la entrega de los bienes, resolución y traslado de los riesgos.

Para un mejor entendimiento de la modificación que ahora se acomete, es preciso recordar dos cuestiones:

- Por un lado, el art. 4² de la norma comunitaria recogía el principio de armonización plena, que prohíbe a los legisladores estatales establecer niveles de protección distintos -no menores, pero tampoco mayores- que los dispuestos en la Directiva para las materia armonizadas.
- Por otro, el período de transposición establecido en la Directiva comunitaria vencía el 13 de diciembre de 2013. Expirado el plazo de transposición, se aprobó en nuestro país la Ley 3/2014, de 27 de marzo, que modificó algunos aspectos del TRLGDCU con el objetivo de trasponer la Directiva europea³.

² El artículo 4 Directiva 2011/83 establece que los Estados miembros no mantendrán o introducirán, en su legislación nacional, disposiciones contrarias a las fijadas en la presente Directiva, en particular disposiciones más o menos estrictas para garantizar un diferente nivel de protección de los consumidores, *salvo disposición en contrario de la presente Directiva*.

³ Para apreciar de manera global el alcance de las modificaciones, pueden consultarse la *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, nº 9/2014, disponible en: <http://centrodeestudiosdeconsumo.com/index.php/revista-cesco-de-derecho-de-consumo>

3. Modificación del art. 66 bis, apartado 3 TRLGDCU

El primero de los preceptos que se modifica, art. 66 bis, apartado 3 TRLGDCU [dentro del Capítulo de *Disposiciones Generales* del Título I (*Contratos con consumidores y usuarios*) del Libro II (*Contratos y garantías*)] se dedica a regular la obligación de entrega de los bienes en los contratos de venta, así como las consecuencias de su incumplimiento fuera de plazo.

El art. 66 bis TRLGDCU traslada lo dispuesto en el art. 18 de la Directiva 83/2011⁴, con la particularidad de que en el apartado 3 *in fine* del artículo del TRLGDCU se contemplaba una penalización al empresario del doble de la suma adeudada al consumidor por el retraso injustificado en el reembolso de cantidades debidas a éste, que es la que se suprime con la reciente reforma.

La regla anterior a la modificación era: (i) en caso de resolución, el empresario deberá devolver "sin demora indebida" todas las cantidades abonadas por el consumidor; (ii) si existe retraso "injustificado" en la devolución de estas cantidades, el comprador podrá reclamar que se le pague el doble de la suma adeudada, sin perjuicio de su derecho a ser indemnizado por los daños y perjuicios que excedan dicha cantidad.

Se trataba, por tanto, de una regla que dispensaba *mayor protección* a la permitida por el art. 18.3 de la Directiva⁵, lo que suponía una "incorrección" en la transposición de la norma europea, que ahora se subsana.

4. Modificación del art. 107, apartado 1 TRLGDCU

El segundo artículo modificado, art. 107, apartado 1 TRLGDCU [dentro del Capítulo dedicado a la regulación del *Derecho de desistimiento*, del Título III

⁴ El art. 18 de la Directiva 2011/83/UE establece:

"1. *Salvo acuerdo en contrario de las partes sobre el plazo de entrega, el comerciante entregará los bienes mediante la transmisión de su posesión material o control al consumidor sin ninguna demora indebida y en un plazo máximo de 30 días a partir de la celebración del contrato.*

2. *Si el comerciante no cumple su obligación de entrega de los bienes en el plazo acordado con el consumidor o en el plazo fijado en el apartado 1, el consumidor lo emplazará a proceder a dicha entrega en un plazo adicional adecuado a las circunstancias. Si el comerciante no hace entrega de los bienes en dicho plazo adicional, el consumidor tendrá derecho a resolver el contrato.*

El primer párrafo no será aplicable a los contratos de venta cuando el comerciante haya rechazado entregar los bienes o el plazo de entrega sea esencial a la vista de todas las circunstancias que concurran en su celebración o cuando el consumidor informe al comerciante, antes de la celebración del contrato, de que es esencial la entrega antes de una fecha determinada o en una fecha determinada. En tales casos, si el comerciante no cumple su obligación de entrega de los bienes en el plazo acordado con el consumidor, o en el plazo fijado en el apartado 1, el consumidor tendrá derecho a resolver el contrato de inmediato.

3. *Cuando se haya resuelto el contrato, el comerciante deberá reembolsar sin ninguna demora indebida todas las cantidades abonadas en virtud del mismo."*

4. Además de resolver el contrato con arreglo al apartado 2, el consumidor podrá recurrir a otras soluciones contempladas en la legislación nacional."

⁵ Puede consultarse al respecto, CARRASCO PERERA, A., "Comentarios a la ley 3/2014, de reforma de la LGDCU entrega de los bienes vendidos, resolución y traslado de los riesgos en la compraventa al consumo", en *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, nº 9/2014, pp. 33 a 48, disponible en: <https://revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/474/410>

(*Contratos celebrados a distancia y contratos celebrados fuera de establecimiento mercantil*) del Libro II (*Contratos y garantías*)] se destina a regular el alcance de las obligaciones del empresario en caso de desistimiento.

El art. 107.1 TRLGDCU reproduce lo establecido en el art. 13 de la Directiva 83/2011⁶ con relación al medio que debe utilizar el empresario para reembolsar el pago recibido del consumidor en caso de desistimiento, garantizando que éste no incurra en ningún gasto como consecuencia del ejercicio de este derecho. No obstante, contrariando de nuevo el principio de armonización máxima, el precepto estatal cometía los siguientes “excesos”⁷: (i) reconocimiento al consumidor de su derecho a reclamar las cantidades abonadas duplicadas una vez transcurrido el plazo de devolución, no previsto en la norma comunitaria; y (ii) omisión de la obligación de reembolso de los pagos recibidos por el consumidor utilizando el mismo medio de pago empleado por éste en la contratación⁸, sí contemplada por la Directiva⁹.

5. Nuevas reglas tras la reforma

Tras la reciente modificación, los principios recogidos en el art. 66 bis TRLGDCU respecto a la entrega de los bienes comprados mediante un contrato de venta son:

⁶ El art. 13 (**Obligaciones del comerciante en caso de desistimiento**) de la Directiva 2011/83 UE señala:

“1. El comerciante reembolsará todo pago recibido del consumidor, incluidos, en su caso, los costes de entrega, sin demoras indebidas y, en cualquier caso, antes de que hayan transcurrido 14 días desde la fecha en que haya sido informado de la decisión de desistimiento del contrato del consumidor de conformidad con el artículo 11.

El comerciante deberá efectuar el reembolso a que se refiere el primer párrafo utilizando el mismo medio de pago empleado por el consumidor para la transacción inicial, a no ser que el consumidor haya dispuesto expresamente lo contrario y siempre y cuando el consumidor no incurra en ningún gasto como consecuencia del reembolso.”

⁷ Ya se daba cuenta de los mismos en BERMÚDEZ BALLESTEROS, M^a S., “La nueva regulación del derecho de desistimiento a la luz de la Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el TRLGDCU”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, nº 9/2014, pp. 104-117, publicado en: <https://revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/474/410>

⁸ Llama la atención que tanto el Anteproyecto como el Proyecto de Ley de modificación del TRGDCU sí contemplaban, respecto a la obligación de reembolso del empresario, la utilización del mismo medio empleado en la transacción inicial por el consumidor. Sorprendentemente, dicha regla desaparece del texto legal finalmente aprobado. Puede consultarse al respecto BERMÚDEZ BALLESTEROS, M^o S., “Inminente reforma del régimen del derecho de desistimiento”, octubre 2013, disponible en: <http://centrodeestudiosdeconsumo.com/index.php/por-tematica/comentarios-y-analisis-de-la-normativa-de-consumo?start=100>

⁹ Señala el Cdo. 46 de la Directiva 2011/83/UE: *En caso de desistimiento del contrato por el consumidor, el comerciante debe reembolsar todos los pagos recibidos del consumidor, incluidos los correspondientes a los gastos en que ha incurrido el comerciante para entregar los bienes al consumidor. El reembolso no debe efectuarse mediante un bono, a menos que el consumidor haya utilizado bonos para la transacción inicial o los haya aceptado expresamente. Si el consumidor opta expresamente por un determinado tipo de entrega (por ejemplo, entrega urgente en 24 horas), aunque el comerciante haya ofrecido un tipo común generalmente aceptable de entrega cuyo coste sería menor, el consumidor deberá abonar la diferencia de costes entre los dos tipos de entrega.*

- (1) Salvo pacto en contrario, el vendedor entregará los bienes vendidos sin demora indebida y en un plazo máximo de 30 días naturales a contar desde la celebración del contrato.
- (2) La entrega se realizará "mediante la transmisión de la posesión material o control" al comprador consumidor.
- (3) Incumplido el deber de entrega en plazo, el consumidor concederá ("emplazará") al vendedor un plazo adicional "adecuado a las circunstancias", transcurrido el cual, sin ser atendido, permitirá que el consumidor resuelva el contrato.
- (4) No será precisa la concesión de este plazo adicional cuando la fecha de cumplimiento constituya un elemento esencial del contrato o cuando el vendedor haya repudiado el contrato rechazando proceder a la entrega.
- (5) En caso de resolución, el empresario deberá devolver "sin ninguna demora indebida", todas las cantidades abonadas por el consumidor en virtud del mismo.
- (6) La carga de la prueba del cumplimiento de estos plazos recae sobre el vendedor.

Después de la reforma del art. 107. 1 TRLGDCU, en caso de que el consumidor desista de un contrato celebrado a distancia o fuera de establecimiento mercantil, las obligaciones del empresario se ajustarán a:

- (1) Reembolsar los pagos recibidos del consumidor, incluyendo todo pago hecho por el consumidor como los costes de entrega.
- (2) No obstante, si el consumidor eligió una modalidad de entrega más costosa que la ordinaria, correrá él con los costes adicionales.
- (3) La devolución habrá de llevarse a cabo sin demoras o, a lo sumo, en un plazo máximo de 14 días desde la notificación del desistimiento.
- (4) Para efectuar el reembolso el empresario utilizará el mismo medio de pago empleado por el consumidor en la contratación inicial, salvo que éste haya dispuesto de forma expresa lo contrario y siempre y cuando no incurra por ello en ningún gasto adicional.

6. Reflexión final: incoherencia normativa del régimen de desistimiento en el TRLGDCU

Finalizamos el presente comentario resaltando que en la reforma acometida no se ha visto afectado el art. 76 TRLGDCU¹⁰, ubicado en el régimen general del

¹⁰ **Artículo 76.** Devolución de sumas percibidas por el empresario.

ejercicio del desistimiento (arts. 68 a 79 TRLGDCU). El precepto mantiene, con ocasión del retraso indebido por parte del empresario en la devolución de las sumas adeudadas al consumidor (y, en cualquier caso, antes del transcurso de 14 días naturales desde que se le informó del desistimiento-), la posibilidad de reclamarlas por duplicado. Se trata de la regla que ahora se suprime en la norma particular dedicada al desistimiento en contratos celebrados a distancia y fuera de establecimiento.

Se origina así una descoordinación normativa en materia de desistimiento en el TRLGDCU [régimen general (art. 76)-régimen especial (art. 107)] que produce incoherencias en el sistema de protección al consumidor. Los conflictos entre las distintas regulaciones (general- especial) del desistimiento dentro del texto refundido se resolverán atendiendo a la regla establecida en el art. 59.2 TRLGDCU

Según el apartado 1 del artículo 59, son contratos con consumidores y usuarios los realizados entre un consumidor o un usuario y un empresario. Dichos contratos con consumidores y usuarios, conforme al primer inciso del párrafo 2, se registrarán, en todo lo que no esté expresamente establecido en esta norma o en leyes especiales, por el derecho común aplicable a los contratos. Se añade, además que la regulación sectorial de los contratos con los consumidores deberá respetar el nivel mínimo de protección dispensada en esta ley, sin perjuicio de que prevalezcan y sean de aplicación preferente las disposiciones sectoriales en aquellos aspectos expresamente previstos en las disposiciones del derecho de la Unión Europea de las que traigan causa.

Atendiendo a la norma, el problema que pudiera darse si una norma sectorial al ocuparse de determinada materia que también es objeto de regulación en el texto refundido (el mejor ejemplo es precisamente el derecho de desistimiento) establece reglas que determinan un nivel de protección inferior al dispuesto en el mismo. El "enfrentamiento" se resuelve con una doble regla:

- (i) *la regulación sectorial debe respetar el nivel mínimo de protección dispensado en esta ley (TRLGDCU).*
- (ii) *«en caso de conflicto» entre las disposiciones de la Ley y otras disposiciones de carácter sectorial que regulen los contratos con consumidores y usuarios en aplicación de normativa de la Unión Europea, prevalecerán y serán de aplicación preferente estas.*

"Cuando el consumidor y usuario haya ejercido el derecho de desistimiento, el empresario estará obligado a devolver las sumas abonadas por el consumidor y usuario sin retención de gastos. La devolución de estas sumas deberá efectuarse sin demoras indebidas y, en cualquier caso, antes de que hayan transcurrido 14 días naturales desde la fecha en que haya sido informado de la decisión de desistimiento del contrato por el consumidor y usuario.

Transcurrido dicho plazo sin que el consumidor y usuario haya recuperado la suma adeudada, tendrá derecho a reclamarla duplicada, sin perjuicio de que además se le indemnicen los daños y perjuicios que se le hayan causado en lo que excedan de dicha cantidad.

Corresponde al empresario la carga de la prueba sobre el cumplimiento del plazo".

Quizás, lo coherente sería modificar el régimen común para adaptarlo a la normativa de la Directiva 2011/83. Esta opción salvaría las incoherencias que persisten en la actual normativa (régimen general-sectorial del desistimiento), y dotaría a la misma de un régimen homogéneo, que coordine bien con las normas particulares¹¹.

¹¹ Vid. Llorente San Segundo, I., "La adaptación de la normativa reguladora del derecho de desistimiento a las exigencias de la Directiva 2011/83/UE sobre derechos de los consumidores", pp. 387 y ss., publicado en: <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/1824/853>