

EL CONSUMIDOR ONLINE EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL*

Alejandro Platero Alcón*

Cristina Jiménez Asensio*

RESUMEN

En el presente artículo se abordará la exposición sobre los derechos y garantías que dispone el consumidor cuando adquiere bienes y servicios *online* en el ordenamiento jurídico español, el cual se encuentra fuertemente influenciado por el Derecho que emana de la Unión Europea, el cual fundamentalmente a través de directivas, debe ser objeto de transposición al Derecho español. Se expondrán también, los avances realizados para solucionar controversias extrajudicialmente y, los avances de los denominados códigos de conducta.

Palabras clave: consumidor, online, Internet códigos de conducta, derechos del consumidor.

ONLINE CONSUMER IN SPANISH LEGAL ORDER

ABSTRACT

This article will deal with the exhibition on the rights and guarantees that consumers have when they purchase goods and services online in the Spanish legal system, which is strongly influenced by the law that emanates from the European Union, which fundamentally through of directives, must be transposed into Spanish law. It will also present the progress made in solving extrajudicial disputes and the progress of so-called codes of conduct

Keywords: Consumer, online, Internet codes of conduct, consumer rights.

INTRODUCCIÓN

Las bases sobre las que se articula el intercambio de los bienes y servicios deben adecuarse a aquello que exige la sociedad, teniendo presente los nuevos hechos económicos y la evolución de los fenómenos tecnológicos que nos aporta el desarrollo social. La evolución del comercio ha estado siempre condicionada por los medios con los que, en cada momento, pueden servirse los oferentes de bienes y servicios y sus destinatarios, sean empresarios o consumidores (Vega ,2005). De un modo sencillo,

* Este trabajo se ha desarrollado en el marco del Programa Nacional de Formación del Profesorado Universitario del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte del Gobierno de España.

* Investigador y docente (FPU) del área de Derecho civil de la Universidad de Extremadura (ESPAÑA). Miembro del grupo de investigación de Estudios en España, Portugal y América Latina, grupo oficial de investigación de la Universidad de Extremadura. E-mail institucional: platero@unex.es.

*Licenciada en Derecho por la Universidad de Extremadura y abogada. E-mail: cristi.jimenez.cc@gmail.com

cuando hablamos de un contrato celebrado con consumidores, nos estamos refiriendo a aquellos que son realizados entre un consumidor o un usuario y un empresario (Acedo,2011).

No fue hasta comienzos de los años ochenta cuando empezó a destacar el intercambio de la información, años en los que se produjo un desarrollo tecnológico, desarrollo que continuó en los años noventa, pero que sufrió un tremendo auge en el siglo XXI, y es que, el siglo XXI se caracteriza por el surgimiento de la sociedad de la información, dominando una gran dependencia tecnológica por parte de los ciudadanos, que cada vez, nos vemos más imposibilitados a pasar un desarrollo normal de nuestro día a día sin el uso de estos nuevos medios electrónicos. Y, todo ello, porque el alma y el elemento vertebrador de esta nueva sociedad en la que nos encontramos es Internet, ese espacio de información globalizado. De hecho, incluso se ha llegado a hablar de un nuevo estadio evolutivo del hombre que curiosamente se conoce como *homo digitalis* o *simio informatizado* (Gudín, 2013).

Todo este auge y progreso tecnológico ha traído para los consumidores y usuarios innumerables ventajas ante las diversas opciones de contratación online, sobre todo destacando por su rapidez y mayor acceso, pero, también ha supuesto la aparición de evidentes abusos para aquellos. Por esta razón, los diferentes ordenamientos jurídicos han creados sistemas de protección de consumidores *online*, siendo de exposición en el presente trabajo, los mecanismos de protección del ordenamiento jurídico español.

EL COMERCIO ELECTRÓNICO

Desde un sentido amplio, cuando hablamos de contratos celebrados con los consumidores a través de Internet, nos estamos refiriendo a *la venta por vía telemática de bienes o servicios a consumidores*. Pero, desde un sentido estricto, no podemos quedarnos aquí, puesto que no seríamos precisos y someteríamos a una simple expresión, definiciones tan complejas como el *comercio electrónico* y la *contratación electrónica*. El comercio electrónico es un concepto mucho más amplio que la mera venta por vía telemática de bienes o servicios a consumidores. Es una nueva modalidad de tráfico económico que se vincula a la sociedad de la información y que tiene su

mayor proyección a través de Internet (Rodríguez-Cano, 2015), y como así señala doctrina autorizada, por comercio electrónico debe entenderse “todas las operaciones y actividades de tráfico de información comercial y de bienes y servicios realizados a través de una red, como el envío y la puesta a disposición de comunicaciones comerciales, la contratación electrónica y la prestación general de servicios de la sociedad de la información” (Plaza, 2003, p.90).

Pero hemos de ir más allá y diferenciar comercio electrónico de *contratación electrónica*, ya que cuando hablamos de comercio electrónico, nos referimos a cualquier forma de transacción económica o de intercambio de información comercial basada en la transmisión de datos sobre redes de comunicación, mientras que la contratación electrónica sería esa actividad que está contenida en el comercio electrónico, pero que no es la única que engloba éste (Vega, 2005).

EL CONTRATO ELECTRÓNICO

Cuando intentamos establecer un concepto de contrato electrónico, no podemos partir del establecimiento de un nuevo contrato que se configura como electrónico, ya que un contrato electrónico es una *nueva forma de contratación*, puesto que si consideramos al contrato electrónico como una nueva categoría jurídica, deberíamos comenzar a distinguir entre diferentes tipos de contratos electrónicos, por ejemplo: contrato electrónico de compraventa mercantil, contrato electrónico de compraventa civil, etc., de tal modo que, visto desde esta perspectiva, lo que estaríamos haciendo es crear un sistema jurídico configurado por el medio o la vía de contratación, algo que sería bastante ilógico y que no tiene ningún tipo de utilidad práctica. Es por ello que, hemos de considerar que nos encontramos ante una nueva vía de contratación posibilitada por un nuevo medio de transmisión de voluntades contractuales, pero no ante una nueva categoría jurídica.

En el ordenamiento jurídico español, el contrato electrónico aparece definido en la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, concretamente es preciso que nos dirijamos a su Anexo de definiciones, donde en su apartado h) regula el , *contrato celebrado por vía electrónica*, siendo el

mismo, “todo contrato en el que la oferta y la aceptación se transmiten por medio de equipos electrónicos de tratamiento y almacenamiento de datos, conectados a una red de telecomunicaciones”.

En el comercio electrónico pueden participar distintos sujetos, y dependiendo de quienes sean éstos, podemos estructurar diferentes categorías de contratos electrónicos, donde una de las partes puede ser un consumidor, un empresario, o incluso la Administración Pública, entre otros. De todas las combinaciones posibles, en el presente artículo, es menester, centrar la controversia en las dos caras principales de toda relación de consumo, la cara poderosa, representada por el empresario, y la cara débil, ostentada por el consumidor.

EL EMPRESARIO

Quizás, la mejor forma de definir el concepto de empresario es a través de la definición que extraemos del artículo 6 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, que aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios, según el cual apunta: “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”.

EL CONSUMIDOR EN LA UNIÓN EUROPEA

No siempre ha sido fácil concretar un concepto de consumidor, ya que no existe unanimidad doctrinal ni legal a la hora de concretar dicho concepto. Siendo más precisos, si acudimos al ámbito comunitario, tanto la jurisprudencia como las normas, con carácter general, sólo reconocen como consumidores a “*las personas físicas que adquieren bienes o servicios sin un fin que pueda considerarse comprendido en sus actividades comerciales o profesionales, sino como consumidores finales privados*” (STJUE 23 de diciembre de 2015, asunto C-297/14. FJ 25). Pero, la mera circunstancia de que nos encontremos ante una persona física, no quiere decir automáticamente que sea un consumidor, es decir, “*ser persona física no basta para determinar su condición*

de consumidor” (STJUE 14 de marzo de 2013, asunto C-19/11. FJ 38), por lo que es necesario que realice un acto de consumo.

Las normas comunitarias siguen la misma línea que la jurisprudencial, que con carácter general sólo reconoce como consumidores a las personas físicas, quedando fuera de su ámbito las personas jurídicas, a lo que hemos de añadir que, en el Derecho comunitario originario no existe una definición del concepto de consumidor (Méndez, 1998), por ello, un acercamiento al concepto de consumidor hemos de hacerlo a través de las Directivas comunitarias. Una de las normas comunitarias más importantes es 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, donde en su artículo 2, concretamente en su primer apartado aparece el concepto comunitario de consumidor, “toda persona física que, en contratos regulados por la presente Directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresa, oficio o profesión”.

De esta definición comunitaria extraemos dos ideas claves que caracterizan al consumidor: la primera de ellas, es que el consumidor ha de ser una persona física, por lo que vemos un distanciamiento con ese concepto de consumidor que se dio en la *Carta Europea para la Protección de los Consumidores*, en dicha Carta se definía al consumidor como, “una persona física o jurídica a la que se venden bienes o se proporcionan servicios para un uso privado”. La segunda de ellas, es que esa persona física ha de actuar en el ámbito de su vida particular, excluyéndose aquel destinatario de un bien o servicio que lo utilice en el ámbito de su vida profesional o de su negocio.

EL CONSUMIDOR EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

En España, el concepto de consumidor varía con el que hemos visto en líneas anteriores, estableciendo el artículo 3 Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, que aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuario que, “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”.

De este precepto extraemos que, junto al término consumidor aparece el de *usuario*, que hemos de identificar como una figura análoga a la de consumidor, pero reflejado en el ámbito de que éste va a ser beneficiario de un servicio. Y, por otro lado, vemos cómo no existe ningún antecedente del concepto que da nuestra norma, con el que aparece reflejado en la Directiva 2011/83/UE, ya que en España no sólo se considera que el consumidor sea una persona física, sino también las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro. Pero, esta extensión del concepto de consumidor en nuestro ordenamiento no supone un incumplimiento de esta Directiva, y ello es porque nos situamos ante sujetos que no están incluidos en el ámbito de aplicación de ésta, de modo que nos encontramos ante una materia no armonizada, por lo que los Estados miembros pueden regular con total libertad, como así señala la primera parte del *Considerando 13 de la Directiva 2011/83/UE*. De este precepto también extraemos que el legislador aporta una definición con carácter restrictivo, y ello lo consideramos así porque excluye de la condición de consumidor a los empresarios o profesionales, sin excepción (Acedo, 2012).

LA INFLUENCIA DEL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

La protección de los consumidores tiene por objetivo reducir o paliar los desequilibrios que se producen en una relación de consumo, entre la parte más poderosa, el empresario y, la parte más débil y vulnerable, el consumidor (Herrero, 2016). En el ordenamiento jurídico español no aparece regulada la defensa de los consumidores y usuarios *online* en un único cuerpo legal, sino que para conocer cuál es la protección de la que gozan estos sujetos es necesario acudir a diferentes textos legales, existiendo una gran dispersión normativa. Estos textos legales se encuentran fuertemente influenciados por la obligación de transposición de las Directivas emitidas por la Unión Europea, ya que

uno de los grandes objetivos que impera dentro de la Unión Europea es la protección de los consumidores (Platero,2014).

Especial referencia a las técnicas de armonización de mínimos y plena

Ya desde el año 2001, el legislador europeo rehusó la técnica de armonización mínima en relación con las Directivas que hacen referencia al consumo, para volcarse en una armonización de carácter pleno para todos los Estados miembros. En caso de continuarse dictando Directivas aplicando una armonización mínima, cada Estado miembro tendría la capacidad de establecer medidas más exigentes que las señaladas en la normativa europea en materia de defensa de los consumidores. Por ello, con el objeto de que cada Estado miembro no aporte una solución distinta ante un mismo conflicto, ya que esta situación genera, obviamente, una gran desconfianza para el consumidor, se optó por un cambio en las técnicas de armonización. Sin embargo, hay que aclarar que aún existen determinadas materias sobre las que la técnica de armonización sigue siendo de carácter mínimo, como es, por ejemplo, la responsabilidad por productos defectuosos y garantía de bienes de consumo (Islas, 2017).

El punto de inflexión donde el legislador europeo decidió abandonar la técnica de armonización mínima para dar paso a una armonización plena, lo encontramos con la revisión del *Libro Verde sobre la Protección del consumidor* en 2001, ya que nos encontrábamos en un punto en el que esa armonización de mínimos había conducido a una importante fragmentación jurídica en los diferentes miembros de la Unión Europea. Por ello, la armonización plena aumenta la seguridad jurídica de los consumidores en el momento de realizar sus compras de forma transfronteriza. Aunque existen autores que no están a favor de este argumento y no creen que la armonización plena aumente la seguridad jurídica de los consumidores y ello genere un aumento de las compras por Internet, ya que esta técnica impide a los Estados miembros reaccionar de un modo flexible y rápido a la hora de aplicar cambios necesarios (Ebers, 2010). Por esta razón, la técnica de armonización plena debe adaptarse a los principios de *proporcionalidad* y *subsidiariedad*, en función de lo previsto en el artículo 5 del Tratado de la Unión Europea, debido a que los Estados miembros gozan de cierto margen de actuación al respecto.

Los derechos atribuidos al consumidor y su protección constitucional y legal

El hecho de que una persona ostente la condición de consumidor, independientemente de que éste actúe a distancia o en un determinado establecimiento, le supondrá el reconocimiento de una serie de derechos. Sin embargo, la existencia de una protección sobre el consumidor sólo será coherente y perceptible en aquellos casos en los que nos encontremos ante mercados masivos y en un marco de economía de mercado, funcionando en un régimen de libertad, ya que no podríamos considerar que existe una protección del consumidor en aquellos casos en los que situemos al sujeto en una sociedad en la que haya una economía intervenida (Acedo, 2012).

Un punto clave en relación con la protección de los consumidores lo encontramos con la declaración de los derechos del consumidor que realizó el presidente John F. Kennedy el día 15 de marzo de 1962, que comenzó señalando en su discurso lo siguiente: “Consumidores, por definición, somos todos. Son el grupo mayoritario de la economía, afectando y siendo afectados por la práctica totalidad de las decisiones económicas públicas y privadas. Dos tercios del gasto total en la economía provienen de los consumidores. Pero son el único grupo importante en la economía que no están organizados eficazmente, cuya opinión es a menudo ignorada [...]”. La gran influencia que tuvo este discurso norteamericano sobre el consumidor, se hizo notar en Europa y fue en el año 1973 cuando se aprobó la *Carta Europea para la Protección de los Consumidores*, resultando el punto de partida de un gran número de textos y declaraciones que tratan sobre los derechos de los consumidores.

Centrándonos en España, también tuvo en cuenta este tipo de declaraciones, donde, producto de estas influencias, se redactó un artículo que aborda específicamente y de forma expresa la protección de los consumidores, estamos hablando, en concreto, del artículo 51 de la Constitución Española. Fruto de este reconocimiento constitucional, la protección del consumidor se considera como un principio *pro consumatore*, es decir, de preferencia de la interpretación más beneficiosa para el consumidor. Este artículo 51 CE fue desarrollado mediante ley, nos estamos refiriendo a la Ley General para la Defensa de los consumidores y usuarios de 1984, y fue sustituida por el vigente *Real*

Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, que aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios (en acrónimo TRLGDCU) . La citada norma tiene carácter estatal, pero ello no quiere decir que la protección de los consumidores y usuarios sea una competencia exclusiva del Estado, ya que podemos encontrarnos, también, ante normas sectoriales que regulan esta materia, y es que, algunos aspectos en materia de defensa de los consumidores han sido transferidos a las Comunidades Autónomas (Vega, 2015).

PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR ONLINE ATENDIENDO A LA FASE DEL CONTRATO EN LA QUE SE ENCUENTRE

La defensa de los consumidores en la fase precontractual

En la fase anterior al concurso de la oferta y la aceptación, los consumidores gozan de derechos, donde el más importante, sin lugar a dudas, es el derecho a información que tienen los consumidores y usuarios ya que las mejores armas para proteger al consumidor es la educación y la información (González, 1991). Se trata de un derecho para el consumidor, pero un deber capital para el empresario, ya que el objeto de este derecho es reducir ese desequilibrio que encontramos entre la figura del consumidor y la del empresario, desequilibrio que es aún más acusado en la contratación *online*, puesto que el consumidor no tiene la facultad de examinar el producto, a diferencia de que llevara a cabo su adquisición en un establecimiento físico.

Podemos señalar que los deberes de información más importantes que ostenta el consumidor antes de someterse a ningún tipo de contrato a través de Internet, son los siguientes:

- Derecho a conocer cuáles son las características principales de los bienes y servicios ofertados, de una forma clara y comprensible.
- Derecho a conocer la identidad del comerciante, su nombre comercial, dirección y número de teléfono.

- Derecho a conocer el precio total de los bienes o servicios, incluidos los impuestos y tasas, así como cuales son los medios de pago aceptados (pago contra reembolso, domiciliación bancaria, transferencia bancaria, dinero electrónico...).
- Derecho a conocer si puede hacer uso del derecho de desistimiento, el cual no podrá ser inferior a 14 días, en caso de ser así, en la página web, ha de haber un formulario de desistimiento, aunque hay casos excepcionales en los que se permite al empresario que no se dé este derecho.
- En el caso de que exista la posibilidad de aplicarse el derecho de desistimiento, también debe informar el empresario en su web, las circunstancias en las que el consumidor pierda el derecho de desistimiento, y si le va a suponer una serie de gastos al consumidor.

El empresario debe adaptar sus obligaciones de informar al consumidor, al medio que emplee para ello. Pero esto no quiere decir que las páginas que componen una web, en todas y cada una de ellas deba aparecer este tipo de información, basta con que haya una página de la misma, que hable sobre estas obligaciones de información. Además, en el caso en el que el consumidor decida adquirir un bien o que le presten un servicio, y acceda a la web del empresario a través de su *Smartphone*, *Tablet* u otro dispositivo informático, el empresario cumplirá con esta obligación si, desde estos dispositivos podemos acceder a un enlace en el que encontremos esta información (Rivas, 2015).

La defensa de los consumidores en la fase contractual y postcontractual

Una vez que el consumidor, tras su navegación por Internet, tome la decisión de adquirir un bien o servicio *online*, pasamos a encontrarnos en la fase contractual. En esta fase, el consumidor y usuario acepta las condiciones que le ofrece el empresario, y el contrato comienza a desplegar sus efectos. Aquí el consumidor también dispondrá de una serie de derechos.

Los contratos de adhesión, las condiciones generales de contratación y las cláusulas abusivas

Sin embargo, ante este tipo de contratación electrónica es muy común que el consumidor y usuario tenga que enfrentarse ante un contrato de adhesión, siendo muy

difícil que, encontrándonos en Internet se proporcione la posibilidad de poder negociar con el empresario las condiciones de contratación (STJUE 14 de marzo de 2013, asunto C-19/11. FJ 5). Sí que es cierto que la ventaja de este tipo de contratos que hallamos mayoritariamente en Internet es esa enorme rapidez que tenemos para contratar, pudiéndolo hacer en escasos minutos. Pero, la gran desventaja es que el consumidor y usuario ve restringida su libertad, quedando sometido a dos opciones; o acepta o rechaza el contrato desde su dispositivo electrónico.

El legislador ha tenido presente esta desventaja con las condiciones generales de la contratación, las cuales aparecen reguladas en la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación (en acrónimo LCGC). Esta norma lo que hace es transponer a al ordenamiento jurídico español la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (Escutia, 2015).

En relación con la LCGC, si acudimos a su artículo 5, en él se nos muestra los requisitos que las condiciones generales de la contratación han de cumplir para que puedan ser incorporadas al contrato y dichos requisitos son:

- Las condiciones generales pasarán a formar parte del contrato cuando se acepte por el adherente su incorporación al mismo.
- No podrá entenderse que ha habido aceptación de la incorporación de las condiciones generales al contrato cuando el predisponente no haya informado expresamente al adherente acerca de su existencia y no le haya facilitado un ejemplar de las mismas.
- La redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de claridad, transparencia, concreción y sencillez.

También, en la LCGC se establece aquellas condiciones que no pueden ser incorporadas al contrato, para ello es necesario que acudamos a su artículo 7 donde se señala que no se entenderán incorporadas al contrato las siguientes cláusulas:

- Las que el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato o cuando no hayan sido firmadas, cuando sea necesario, en los términos resultantes del artículo 5.
- Las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles, salvo, en cuanto a estas últimas, que hubieren sido expresamente aceptadas por escrito por el adherente y se ajusten a la normativa específica que discipline en su ámbito la necesaria transparencia de las cláusulas contenidas en el contrato.

Por otro lado, y en relación con el TRLGDCU, éste se va a centrar en las condiciones generales abusivas. Para el legislador las cláusulas abusivas son “todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato” (Art. 82.1 TRLGDCU¹). Además, el legislador establece una enumeración en su artículo 82.4 TRLGDCU donde se consideran como cláusulas abusivas en todo caso:

- Las que vinculen el contrato a la voluntad del empresario.
- Las que limiten los derechos del consumidor y usuario.
- Las que determinen la falta de reciprocidad en el contrato.
- Las que impongan al consumidor y usuario garantías desproporcionadas o le impongan indebidamente la carga de la prueba.
- Las que resulten desproporcionadas en relación con el perfeccionamiento y ejecución del contrato.
- Las que contravengan las reglas sobre competencia y derecho aplicable.

Finalmente, en el caso en el que se demuestre dicho abuso, el artículo 83 TRLGDCU señala que serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas. Y en el caso de que haya duda sobre la interpretación de dichas cláusulas, tendremos presente que *in ambiguis contra stipulatorem vel proferentem* (STS 25 de febrero de 1998), es decir, las mismas deberán ser interpretadas a favor del consumidor.

Derecho de garantía del consumidor

Ya en la fase precontractual, al consumidor se le debe haber informado que dispone de un derecho de garantía del que puede hacer uso tras la adquisición de un bien o servicio *online*. Generalmente, este derecho vendrá reflejado en la página web del empresario, donde ubique sus propias condiciones generales. Este derecho es vital y está directamente relacionado con el derecho que vamos a desarrollar en el apartado siguiente, ya que se puede dar el caso de que el producto está defectuoso, no funciona adecuadamente o simplemente no cumple con las características que se describían en la página web a la que el consumidor accedió.

Nuevamente nos encontramos ante una gran dispersión normativa, siendo necesario estar a lo dispuesto al respecto en el TRLGDCU y en la *Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo*. Dentro de los derechos que se encuentran en la garantía legal, el consumidor y usuario tiene la posibilidad de reclamar al empresario; la reparación del producto, su sustitución, la rebaja del precio o a la resolución del contrato. Para hacer uso de este derecho de garantía, el vendedor responderá de las faltas de conformidad que se manifiesten en un plazo de dos años desde la entrega, pero en el caso en el que nos encontremos ante productos de segunda mano, el vendedor y el consumidor y usuario podrán pactar un plazo menor, pero no podrá ser inferior a un año desde la entrega. Por último, señalar que la garantía legal no se contrapone con la conocida como *garantía comercial o convencional*, la cual no es obligatoria para el empresario, y perfectamente puede concurrir junto a la garantía legal, que sí es obligatoria para éste.

Derecho a obtener una sustitución, una reparación si el producto o servicio adquirido resulta defectuoso, rebaja del precio o a la resolución del contrato

Dentro de los plazos señalados por el derecho de garantía legal, el consumidor y usuario tiene la posibilidad de reclamar al empresario; la reparación del producto, su sustitución, la rebaja del precio o a la resolución del contrato. El artículo 119 TRLGDCU señala la posibilidad que tiene el consumidor y usuario para optar por la reparación o la sustitución del producto cuando el producto no fuera conforme con el contrato al que se

encuentran unidos, éste puede elegir entre una u otra forma, salvo que una de estas dos opciones resulte objetivamente imposible o desproporcionada. Además, la reparación o sustitución de un producto deberá ser sin penalización alguna (STJUE 15 de abril de 2010, asunto C-511/2008. FJ 6) para el consumidor y debe llevarse a cabo dentro de un plazo razonable. Sin embargo, nos podemos encontrar ante la situación de que el producto adquirido por Internet no puede ni ser reparado ni sustituido, en este caso, el empresario debe dar la posibilidad al consumidor de poder rebajar el precio del producto o exigir la resolución del contrato.

El derecho de desistimiento

Los contratos nacen para cumplirse y deben efectuarse de acuerdo con lo que las partes hayan convenido y de acuerdo con el principio de buena fe. Sin embargo, hay determinadas situaciones especiales en las que se permite aplicar el derecho de desistimiento, siendo una forma de proteger al consumidor. *El derecho de desistimiento tiene su razón de ser en la posición de desventaja en que se encuentra el consumidor en este tipo de contratos [...] donde éste no está preparado y puede verse atrapado en las técnicas agresivas del agente vendedor por conseguir la venta del comprador, haciendo desbordar su capacidad de reflexión* (SAP de Granada 407/2011 de 14 de octubre de 2011. FJ 2)

Cuando hablamos de derecho de desistimiento, el legislador en el artículo 68 TRLGDCU señala que es la facultad del consumidor y usuario de dejar sin efecto el contrato celebrado, notificándose así a la otra parte contratante en el plazo establecido para el ejercicio de ese derecho, sin necesidad de justificar su decisión y sin penalización de ninguna clase. Continuando el precepto señalando que serán nulas de pleno derecho las cláusulas que impongan al consumidor y usuario una penalización por el ejercicio de su derecho de desistimiento. Pero es importante saber que, el derecho de desistimiento no es un derecho genérico para todos los consumidores y usuarios cuando adquieren bienes y servicios *online*, sino para que el consumidor pueda acogerse a este derecho, es necesario que haya una norma que lo reconozca, que lo disponga el empresario en la propia web o, ya en el contrato que suscriba con el consumidor. De otro lado, el derecho de desistimiento no es un derecho absoluto, sino que hay

excepciones (SJM núm. 2 de Bilbao 85/2016, 7 de marzo de 2016. FJ 2) en las que no se permite la aplicación de este derecho (STJUE 10 de marzo de 2005, asunto C-336/03. FJ 32), como por ejemplo sería la prestación de un servicio ya ejecutado, o el suministro de bienes precintados por razones de protección de salud o higiene que hayan sido desprecintados.

Una vez que el derecho de desistimiento esté reconocido, el consumidor dispondrá de un plazo mínimo de 14 días naturales para ejercerlo, como así señalan los arts. 71 y 104 TRLGDCU. Y, en el caso de que el consumidor decida hacer uso de este derecho, esto va a generar una serie de efectos, los cuales son:

- Las partes deberán restituirse recíprocamente las prestaciones realizadas.
- El consumidor y usuario no tendrá que rembolsar cantidad alguna por la disminución del valor del bien, que sea consecuencia de su uso conforme a lo pactado o a su naturaleza, o por el uso del servicio.
- El consumidor y usuario tendrá derecho al reembolso de los gastos necesarios y útiles que hubiera realizado en el bien.

LA FORMACIÓN Y PERFECCIÓN DEL CONTRATO ONLINE

Una de las cuestiones más controvertidas ante la que nos podemos encontrar en la contratación *online* es establecer cuándo se produce la perfección del contrato. Cuando hablamos de perfección del contrato nos estamos refiriendo a ese momento, en el cual, la oferta y la aceptación entran en *concurso*. Sin embargo, nos encontramos en una situación, en la que vamos a ubicar al oferente y al aceptante en espacios geográficamente distintos, mediando, además, un cierto intervalo de tiempo entre la manifestación de la aceptación y su conocimiento por parte del oferente. En este caso, vemos cómo la manifestación de la oferta y aceptación no se realizan de forma simultánea, como sí sería el caso de adquirir un producto en un establecimiento físico.

Para resolver esta controversia es preciso acudir al Código civil español, el cual en su artículo 1262, haciendo referencia a la contratación entre ausentes, establece que si el que hizo la oferta y el que la aceptó se hallan en lugares diferentes, existirá

consentimiento desde que el oferente conoce la aceptación o desde que, habiéndosela remitido el aceptante, no pueda ignorarla sin faltar a la buena fe. El contrato, en tal caso, se presume celebrado en el lugar en que se hizo la oferta.

Pese a lo señalado en la Ley, hay en muchas ocasiones en las que, el consumidor, muy probablemente por su desconocimiento jurídico, alcanza la errónea idea de que esa perfección del contrato llega con el pago o en otro momento, y no cuando el oferente conoce la aceptación o no pudiera ignorarla sin faltar a la buena fe. Pero, el pago no puede ser el elemento que determine la perfección del contrato, ya que el pago, realmente es una prestación del contrato, no la perfección de éste. Que el consumidor llegue a esta errónea idea también se ha debido a las condiciones generales que establece el empresario en su web. Para apreciar este desconocimiento del consumidor, veamos un ejemplo real, para ello es necesario que acudamos a la página web de la tienda de ropa C&A. Navegando por la web accedemos a las condiciones generales de contratación e información; donde se nos habla de los plazos de entrega de las prendas, como podemos pagar, nuestro derecho de desistimiento..., pero un punto realmente curioso lo encontramos en uno de sus apartados, concretamente el titulado como *contratación*, este apartado de la web C&A dice así: [...] *Nos reservamos el derecho de aceptación de tu pedido. La aceptación del pedido y la perfección del contrato solo se producen mediante el envío de las mercancías pedidas y disponibles. Al efecto recibirás una notificación mediante otro e-mail. Para realizar un pedido debes ser mayor de 18 años [...]*¹.

Vemos como la página web de este empresario, señala que la perfección de este contrato llegará con la entrega del pedido al consumidor, decidiendo unilateralmente él cuando se comienzan a desplegar sus efectos, ya que se ha reservado el derecho de aceptación del consumidor.

¹ Extracto de texto obtenido de la página web C&A el día 8 de junio de 2017: <http://www.c-and-a.com/es/es/shop/information/Condiciones-generales-de-contrato.html>.

PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR TRANSFRONTERIZO INTRA-UE

El mercado europeo, la desaparición de barreras interiores, las libertades de circulación de personas, bienes y servicios, la globalización del mercado, el establecimiento de una política monetaria común o, los grandes avances tecnológicos e informáticos que estamos viviendo en nuestros días, son algunas de las causas que han llevado al incremento de las relaciones de consumo entre consumidores y empresarios de distintos Estados miembros. Sin embargo, pese a este incremento, aún son muchos los consumidores que rechazan la adquisición de bienes y servicios *online* en páginas españolas, pero mucho más reacios lo son, en el caso de la adquisición de bienes en páginas en las que el empresario tiene su establecimiento fuera de nuestras fronteras. Disminuyéndose la confianza de los consumidores en este tipo de transacciones, confianza que está directamente relacionada con la eficacia de la aplicación de la legislación que los proteja (Vega, 2015).

La protección judicial del consumidor INTRA-UE

Es muy acusada la desinformación que muestra parte del sector de los consumidores, los cuales evitan adquirir un bien a través de Internet a otro Estado miembro, muy probablemente, por el miedo a recibir un producto defectuoso o a que éste no se corresponda realmente con lo ofertado en la página del empresario extranjero, entre otras desconfianzas. Sin embargo, en caso de litigio transfronterizo el consumidor ha de saber que goza de importantes derechos. En el caso de que nos encontremos ante un consumidor perjudicado por la adquisición de un bien *online* a un empresario de otro Estado miembro, éste ha de saber que tiene asistencia no sólo durante el proceso judicial, sino antes de él, e incluso después. Lógicamente, el consumidor perjudicado requerirá del conocimiento de cuáles son los derechos que le asisten ante esta controversia, cuáles son los sistemas de resolución de conflictos que existe, la jurisdicción competente y la norma aplicable al caso en concreto. Y, tras el proceso judicial, el consumidor perjudicado necesitará la obtención del reconocimiento de fuerza ejecutiva de la resolución judicial y su ejecución.

Pese a los derechos y garantías que dispone el consumidor para defender sus intereses frente al empresario transfronterizo, en muchas ocasiones el consumidor perjudicado

declina la opción de someterse a un proceso judicial, dada su débil posición frente al empresario, la desigualdad económica entre ambas partes, pero sobre todo y fundamentalmente debido a la escasa cuantía del bien adquirido frente al sobrecoste que le puede generar verse inmerso en un procedimiento judicial transfronterizo (Hernández, 2006), ya que se encontraría en un conflicto donde las partes pertenecen a Estados diferentes.

Es por ello, que la Unión Europea y, en especial, la Comisión Europea han tomado una serie de medidas para aumentar la seguridad jurídica y confianza del consumidor transfronterizo, como por ejemplo ha sido el establecimiento del Reglamento (CE) n°861/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, por el que se establece un proceso europeo de escasa cuantía. Sí que es cierto que a lo largo del articulado de dicho Reglamento no se hace alusión a los consumidores, pero el considerando número 4 señala que “el Consejo Europeo reunido en Tampere los días 15 y 16 de octubre de 1999 invitó al Consejo y a la Comisión a establecer unas normas de procedimiento comunes para la tramitación simplificada y acelerada de litigios transfronterizos relativos a demandas de escasa cuantía en materia de consumo o de índole mercantil”, por lo que se permite hacer uso de procesos simplificados y acelerar así la resolución de conflictos transfronterizos sobre demandas de escasa cuantía en materia de consumo.

Pese a todas las medidas que pueda tomar la normativa comunitaria, es primordial el establecimiento de una política de prevención, donde lo que se pretende es informar al consumidor de los derechos y garantías que goza en caso de conflicto.

La protección extrajudicial del consumidor INTRA-UE y los códigos de conducta

Ha habido una cantidad de avances y mejoras significativas en materia de consumo transfronterizo, pero aún son muchos los problemas que tienen los consumidores en un procedimiento judicial; su desconocimiento del derecho, la excesiva duración de los procedimientos judiciales, el gran coste de estos procedimientos en comparación con la cantidad que se pretende reclamar. Por lo que queda reflejado el gran camino que queda por recorrer en relación con esta materia en el ámbito judicial (Esteban, 2010). Por ello,

las soluciones por vía judicial han de ser una opción junto a las soluciones que se puedan obtener a través de la vía extrajudicial, que cada vez está adquiriendo un papel más destacado en nuestra sociedad, nos estamos refiriendo al arbitraje, la mediación, etc. (Pardos, 2015).

Los mecanismos de resolución extrajudicial de controversias son una alternativa eficaz y real frente a los procedimientos judiciales. Uno de ellos es el conocido como ADR (*alternative dispute resolution*), dentro del cual podemos distinguir distintos métodos, algunos de ellos son sistemas más formales, como sería la mediación, el arbitraje o la conciliación, a los que podríamos añadir otros sistemas con un carácter más informal, como serían los servicios de atención al cliente (Laborda, 2015). Por otro lado, hemos de destacar otro mecanismo que ha aparecido gracias a las nuevas tecnologías, nos referimos al mecanismo ODR (*Online Dispute Resolution*), este mecanismo supone un gran avance, ya que permite resolver controversias a través de Internet y por medios electrónicos, lo que supone un gran avance y aumento de la seguridad del consumidor (Hernández, 2013).

Junto a la vía extrajudicial para solventar conflictos transfronterizos entre consumidor y empresario, especial mención merecen los *códigos de conducta*. Cuando hablamos de códigos de conducta nos estamos refiriendo a ese “acuerdo o conjunto de normas no impuestas por disposiciones legales, reglamentarias o administrativas de un Estado miembro, en el que se define el comportamiento de aquellos comerciantes que se comprometen a cumplir el código en relación con una o más prácticas comerciales o sectores económicos concreto” (Art. 97.1.o) TRLGDCU). Aunque los códigos de conducta se caracterizan por ser voluntarios para los empresarios, señala la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 8 de junio de 2000 relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (directiva sobre el comercio electrónico). En su artículo 16, que tanto “los Estados miembros como la Comisión Europea fomentarán la elaboración de estos códigos a nivel comunitario a través de asociaciones u organizaciones comerciales, profesionales o de consumidores con el fin

de contribuir a que se apliquen correctamente los deberes contenidos en los arts. 5 a 15” entre los que destacamos el deber de información general exigido para los empresarios.

CONCLUSIÓN

Consumidores, por definición, somos todos. Se trata del grupo mayoritario de la economía. Ya que a lo largo del desarrollo de nuestra vida vamos a adquirir, en algún momento, la condición de consumidor. La evolución del comercio siempre ha estado condicionada por los medios con los que los oferentes y sus destinatarios pueden servirse, evolución que nos ha llevado en la actualidad a una gran dependencia tecnológica, concretamente, estamos hablando de Internet.

Pese a esta evolución que hemos experimentado en los últimos años y el aumento que ha mostrado la adquisición de bienes y servicios *online*, aún son muchos los consumidores que se muestran reacios a utilizar este medio para adquirir los bienes y servicios que requieren para satisfacer sus necesidades. Aún más acusado es el rechazo, si esa adquisición alcanza un carácter transfronterizo.

No existe un cuerpo legal único que regule la defensa de los consumidores y usuarios que adquieren bienes y servicios a través de Internet. Para saber cuál es la protección de la que gozan estos sujetos, es necesario acudir a diferentes textos legales, y ello es así, porque hay una gran dispersión normativa. Estos textos legales se encuentran fuertemente influenciados por la obligación de transposición de las Directivas emitidas por la Unión Europea.

El consumidor por ostentar esta posición, goza automáticamente de una serie de derechos que le son inherentes a su condición. Pese a estos derechos y, las medidas y mecanismos que se están tomando a lo largo de los años para aumentar la seguridad jurídica del consumidor y su confianza a la hora de adquirir bienes y servicios a través de Internet, el elemento clave para que aumente este tipo de consumo, sea a nivel nacional o transfronterizo, es el establecimiento de una política de prevención, donde lo que se pretende es informar al consumidor de los derechos y garantías que goza en caso de conflicto.

Una herramienta que está en auge, son los códigos de conducta, los cuales, no tienen una función educativa de los consumidores, ni tampoco se trata de un catálogo de buenas intenciones. Las empresas adheridas a códigos de conducta, se comprometen a ser responsables con los consumidores que adquieran bienes o servicios con ellas, ofreciendo al consumidor; garantías, derechos, sistemas extrajudiciales de conflictos...

REFERENCIAS

- Acedo Penco, Á. (2012). *Derecho de consumo. Análisis jurídico-privado de la Ley General para la Defensa de los consumidores de 2007*. Madrid: editorial Dykinson.
- Acedo Penco, Á. (2011). *Derecho de contratos*. Madrid; editorial Dykinson.
- Calvo Caravaca, A. y Carrascosa González, J. (2016). *Derecho Internacional Privado*. Granada: Editorial Comares.
- Ebers, M. (2010). De la armonización mínima a la armonización plena. *Revista para el análisis del Derecho*, InDret, abril, 2, 1-47.
- Esteban de la Rosa, F. (2010). *Mediación y arbitraje de consumo*. Valencia: editorial Tirant lo Blanch.
- España. Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.
- España. Constitución Española de 28 de diciembre de 1978.
- España. Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación
- España. Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.
- España. Ley 34/2002, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico.
- España. Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, que aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios.
- González Vaqué, L. (1991). El Derecho de consumo: ¿una disciplina jurídica? *Estudios sobre consumo*, 22, 12-31.
- Gudín Rodríguez-Magariño, F. (2013). Nuevos delitos informáticos. Un mundo orientado hacia el ciberespacio. *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 2, 15-35.
- Hernández Fernández, A. (2006). La protección del consumidor transfronterizo intracomunitario: cuestiones de Derecho Internacional Privado. *Estudios sobre Consumo*, 79, 17-34.

- Hernández Fernández, A. (2013). Una experiencia paradigmática: el arbitraje de consumo online en el marco del sistema español de protección de los consumidores. *Estudios sobre Consumo*, 47, 25-54.
- Herrero Jiménez, M. (2016). *La protección del consumidor transfronterizo intracomunitario en el comercio electrónico*. Tesis doctoral, Universidad de Extremadura, Departamento de Derecho Privado.
- Islas Colín, A. y Sosa Olan, E. (2017). Los deberes de información y el arbitraje on-line como mecanismos protectores del consumidor en la contratación a distancia, *Revista Internacional de Trabajo y Ciencias Sociales*, 13, 73-100.
- Laborda Valle, E. (2015). *El sistema arbitral de consumo*. Tesis doctoral, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Departamento de Derecho Civil.
- Moreno Navarrete, M. (2002). *Derecho del Comercio Electrónico*, Madrid, editorial Marcial Pons.
- Pardos Vicente, M. (2015). *Retos y perspectivas de los sistemas de reclamación de los consumidores. Estudio jurídico sobre la aplicación en España de la Directiva 2013/11/UE de resolución alternativa de conflictos de consumo*. Madrid: Editorial Asociación de Usuarios de Bancos, Cajas y Seguros.
- Platero Alcón, A. (2014). La protección de los consumidores en la contratación electrónica. *Anuario de la Facultad de Derecho*, XXXI, 163-176.
- Plaza Penadés, J. (2003). La contratación electrónica en la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y Comercio Electrónico. *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, 1, 75-98.
- Rivas Lago, A. (2015). La protección del consumidor en la venta a distancia por Internet. *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 15, 52-68.
- Rodríguez-Cano, A. (2015). *Apuntes de Derecho mercantil*, Pamplona: editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2015.
- Unión Europea. Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.
- Unión Europea. Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo.

Unión Europea. Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 8 de junio de 2000 relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior.

Unión Europea. Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, que modifica la Directiva 84/450/CEE del Consejo, las Directivas 97/7/CE, 98/27/CE y 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y el Reglamento (CE) n°2006/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo (Directiva sobre las prácticas comerciales desleales).

Unión Europea. Reglamento (CE) n°861/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, por el que se establece un proceso europeo de escasa cuantía.

Unión Europea. Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, de 30 de marzo de 2010.

Unión Europea. Tratado de la Unión Europea, de 30 de marzo de 2010.

Unión Europea. 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.

Unión Europea. Reglamento (UE) N° 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.

Vega Vega, J. (2005). *Contratos electrónicos y protección de los consumidores*, Madrid, editorial Reus.

Vega Vega, J. (2015). Mercado digital único y consumidores. *Revista de Estudios Económicos y Empresariales*, 25, 87-116.