

PRINCIPIOS AXIOLÓGICOS EN LA CONTRATACIÓN *INTER ABSENTES* EN LA UE

Axiological principles in inter absentes contracting in the EU

JOSÉ RUIZ ESPINOSA

Universidad Católica de Murcia UCAM

Resumen: Se estudia el régimen jurídico en la contratación a distancia y los mecanismos de protección del consumidor, concretamente el deber de información precontractual, cuya regulación sustantiva se halla principalmente en el Texto Refundido de la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios. A tal efecto, se tratarán sucintamente sus aspectos axiológicos como el principio *de bona fides*, presente en la normativa del consumidor, que en cierta medida, ya se planteaba en el Digesto como deber del vendedor de informar sobre las circunstancias que pudieran afectar negativamente al objeto de la compraventa.

Palabras clave: *buena fe contractual, asimetría negocial, información precontractual, consumidor.*

Abstract: The purpose of this paper is to analyze the legal regime in distance contracting and consumer protection mechanisms, specifically the duty of pre-contractual information whose substantive regulation is found in the Consolidated Text of the General Law for the Defense of Consumers and Users. For this purpose, its axiological aspects will be treated succinctly as the principle *of bona fides*, present in consumer regulations, which to some extent in the Digest already stated as a duty of the seller to report on the circumstances that could adversely affect to the object of the sale.

Keywords: *contractual good faith, negotiation asymmetry, pre-contractual information, consumer.*

■ FUNDAMENTOS ROMANÍSTICOS DEL DERECHO EUROPEO E IBEROAMERICANO

SUMARIO: I.–Presentación del tema. II.–Antecedentes. III.–Régimen jurídico en la contratación a distancia con consumidores. 1.–Contratación entre empresarios y consumidores (contratación B2C). 1.1.–Regulación sustantiva de la información precontractual. 1.1.1.–Información previa en la Directiva europea 2011/83. 1.1.2.–Información precontractual en el TRLGDCU. 2.–Consecuencias del incumplimiento del deber de información en la contratación a distancia. IV.–Conclusiones.

I. PRESENTACIÓN DEL TEMA

Actualmente el principio *bona fides* está presente en el Derecho privado español y europeo, como principio general omnicomprendivo, aplicable en determinados presupuestos fácticos. Así se constata en diferentes sentencias del TS español, afirmando: «*el principio general de la buena fe, determinado en el art. 7.1 código civil (cc), y constituye una noción omnicomprendiva, equivalente al ejercicio o cumplimiento de los derechos, de acuerdo con la propia conciencia, contrastada debidamente por los valores de la moral, honestidad y lealtad en las relaciones de convivencia. De ahí sobresale una regla de conducta, inherente al ejercicio o cumplimiento de los derechos, que se cohoneste con el fuero interno o conciencia del ejerciente y, por último, que sea conforme con el juicio de valor emanado de la sociedad*»¹. A su vez, el Marco Común de Referencia o DCFR define la *buena fe contractual* en el I.–1:103:

(1) La expresión «buena fe contractual» define un standard de conducta caracterizado por la honestidad, la transparencia y la consideración de los intereses de la otra parte de la transacción o de la relación en cuestión; (2) En particular, es contrario a la buena fe contractual que una parte actúe de forma incoherente con una previa declaración o conducta suya, en detrimento de la parte que había depositado razonablemente su confianza en tal declaración o conducta².

Actualmente, las nuevas plataformas tecnológicas del comercio electrónico están propiciando una ruptura de los antiguos modelos contractuales, de ahí la importancia en dotar a las relaciones jurídicas resultantes de una gran solidez, equilibrando posibles asimetrías³. Así, en aquellos contratos celebra-

¹ STS de 14 de mayo de 2002 –EDJ 2002/14741; STS de 11 de mayo de 1992 –EDJ 1992/4553; STS 1ª de 15 de junio de 2009 EDJ 2009/134646.

² VON BAR, C. CLIVE, E. SHULTE NOLKE, H. BEALE, H. Principios, Definiciones y Reglas de un Derecho civil europeo: el Marco Común de Referencia (DCFR) (Coord. versión española) Jerez Delgado, C. Boletín Oficial del Estado, 2015.

³ RUIZ ESPINOSA, J. «La franquicia como estructura contractual en el desarrollo de la economía colaborativa», (Dir.) MADRID PARRA, A. *Derecho mercantil y tecnología*, Aranzadi, Pamplona, 2018. p. 964.

PRINCIPIOS AXIOLÓGICOS EN LA CONTRATACIÓN *INTER ABSENTES* EN LA UE ■

dos entre empresario y consumidor (B2C o *business to consumer*; empresario-consumidor), la información previa adquiere un carácter relevante. El art. 61.2 del TRLGDCU establece que: «el contenido de la oferta, promoción o publicidad, las prestaciones propias *de cada bien o servicio*, las condiciones jurídicas o económicas y garantías ofrecidas serán exigibles por los consumidores y usuarios, aún cuando no figuren expresamente en el contrato celebrado o en el documento o comprobante recibido, y deberán tenerse en cuenta en la determinación del principio de conformidad con el contrato». Es decir, la publicidad forma parte esencial de la oferta contractual, vinculando a las partes [cfr. STS de 7 de noviembre de 1988 (RJ 8419)], de forma que si el producto o servicio no se ajustase a las características anunciadas, se incumpliría el acuerdo (cfr. 1101, 1106, 1107 y 1124 cc)⁴.

En las SSTs de 14 de junio de 1976 (ROJ 22) y de 27 de enero de 1977 (ROJ 143) se concluye que el principio de buena fe está consagrado en el artículo 1258 cc, constituyendo un medio para precisar las obligaciones emanadas de un contrato, e implica la vinculación a los términos de la publicidad previamente efectuada. La buena fe contribuye a determinar el alcance de las prestaciones contractuales, así como el desarrollo conforme a unos principios que la conciencia social estima necesarios, sin que hayan sido establecidos por el legislador, por la costumbre, o por las partes en el contrato⁵.

En suma, en la regulación sustantiva de los contratos celebrados a distancia con consumidores, la información precontractual es un elemento protector regulado en el art. 97 TRLGDCU. Se procede así, al análisis del régimen jurídico de contratación en que intervenga el consumidor, mediante un método descriptivo y analítico revisando la doctrina y la propia jurisprudencia europea y española.

II. ANTECEDENTES

Es evidente que no se puede realizar transposición de las categorías jurídicas actuales a la Antigua Roma, pero si es cierto que existían instituciones

⁴ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. «La defensa contractual del consumidor o usuario en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios», BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. *Estudios jurídicos sobre la protección de los consumidores*, Madrid, Tecnos, 1987, p. 184. CUADRADO PÉREZ, C. «La responsabilidad precontractual en la reforma proyectada parte II». *Revista crítica de Derecho inmobiliario*, 746, 2014, p. 3015.

⁵ Díez-PICAZO, L. «Comentario al artículo 1258 cc», (Dir.) Díez-PICAZO, L. BERCOVITZ, R. SALVADOR, P. Y PAZ-ARES, C. *Comentario del Código Civil*, (2), Madrid, 1999, p. 437; PASQUAU LIAÑO, M. «Jurisprudencia civil comentada: Código Civil», (Dir.), PASQUAU, M. (coord.). ALBIEZ, K. J. Y LÓPEZ, A. Granada, Comares, 2000, p. 2148.

■ FUNDAMENTOS ROMANÍSTICOS DEL DERECHO EUROPEO E IBEROAMERICANO

muy similares⁶, de hecho, había juristas dedicados profesionalmente a la banca, operando en el mercado de dinero, comercio y transporte, con una regulación específica. De ello se infiere, que existía alguna institución de Derecho mercantil⁷, sin embargo, es difícil sostener la afirmación sobre la existencia del Derecho comercial especial para el comercio⁸.

Entorno a la jurisprudencia romana se articuló un sistema jurídico que llegó a tal perfección que ha servido como fundamento de numerosas instituciones en el Derecho actual. Produjo pocas y diseminadas normas destinadas a regular las relaciones comerciales, por ello, los romanos desconocieron la palabra técnica para denominar el comercio. El término *commercium* aludía a un acto inter vivos de intercambio; la palabra *negotatio*, el ejercicio de una industria cualquiera; y el vocablo *mercatura* el tráfico de mercancías en sentido más restringido⁹.

La Roma Antigua no fue un pueblo de comerciantes pero si tenía una alta consideración hacia la agricultura, si bien, a merced del enorme crecimiento de su poder, la mayor parte del tráfico comercial de todo el mundo se realizaba en sus dominios. El hecho de ser capital del Imperio de todos los pueblos y plazas comerciales de su época, hizo de Roma un gran centro de negocios, especialmente en el periodo de la *Pax romana*¹⁰, extendida por todo el mundo, lo cual, tuvo un legado en la vida económica y social. Así, con más de un millón de habitantes, Roma fue un centro comercial donde llegaban productos de todo el mundo, especialmente cereales. Si no surgió un Derecho especial para el comercio debió ser por diversos factores, a saber: a) una economía basada en la esclavitud donde la industria y el comercio era desempeñado por esclavos.

⁶ ALPHA, G. *Il Diritto dei consumatori*, Roma, 1999, p. 155; PETRUCCI, A. «Orígenes romanísticos de la buena fe objetiva en la contratación mercantil», *Anuario Mejicano de Historia del Derecho*, 15, 2003, p. 601.

⁷ TORRENT RUIZ, A. «Actividad bancaria e inflación en época diocleciana-constantiniana», *IURA*, 57, 2009, p. 56. Hay autores que defienden la existencia del Derecho mercantil romano CERAMI, P. Y PETRUCCI, A. *Diritto commerciale romano*, Profilo storico, Torino, 2010, p. 3.

⁸ Antecedentes del Derecho mercantil en época prerromana GOLDSCHMIDT, L. *Universalgeschichte des Handelsrechts*, Lieferung, (1), F. Enke, 1891, p. 48; LEHMANN, K. *Lehrbuch des handelsrechts*, Veit y comp, 1912, p. 14; BOURCART, G. «Esquisse historique du droit commercial», *Annales du droit commercial*, 1924, p. 262.

⁹ ROCCO, A. «Principios de Derecho mercantil», *Revista de Derecho privado*, (3), Madrid, 1931, p. 6.

¹⁰ El significado de la *pax* contribuyen a afianzar el régimen republicano, la armonía de la *res pública* y de las instituciones que comparten los ciudadanos, asambleas, senado y magistraturas y ejército. La *pax* se encuentra ligada a instituciones que todos la anhelan, la precisan y sobre todo la gestionan. Los buenos gobernantes saben conseguirla y administrar la *pax*. Así Tácito afirma: «la eternidad del Estado, la paz del mundo, mi salud y la vuestra, pende de la del Senado». TÁCITO, C. C. *Las historias de Cayo Cornelio Tácito*, Imprenta Real, Madrid, 1794, p. 101. El mismo TITO LIVIO en *Ab Urbe Condita* defiende las bases de la república donde la referencia a la *pax* es notable; MUÑOZ, A. F. «La pax romana», *Cosmovisiones de paz en el mediterráneo antiguo y medieval*, Granada, 1998, p. 204 y 205.

PRINCIPIOS AXIOLÓGICOS EN LA CONTRATACIÓN *INTER ABSENTES* EN LA UE ■

vos, creando éstos relaciones de hecho (administrativas y contables) pero no relaciones jurídicas; b) las relaciones con otros pueblos comerciantes griegos, asiáticos y egipcios, dotó al Derecho romano de una impronta internacional (*ius gentium*), aportando normas suficientes para las necesidades del tráfico internacional, y a la sazón, de las relaciones comerciales ¹¹.

En la Antigua Roma las personas contrataban mediante una suerte de condiciones generales ¹², o modelos contractuales uniformes, predispuestos unilateralmente, que situaba al adquirente en una posición de inferioridad. Por ello, pese a que el derecho del consumidor como tal, no existía, si se constata la presencia de ciertas instituciones de naturaleza tuitiva hacia el adquirente en el *Corpus Iuris Civilis* ¹³. En este sentido, los *ediles curules* eran los encargados de mantener la paz social en los mercados, elaboraban un *edicto* que regulaba con gran precisión la obligación del vendedor de manifestar solemnemente las características, vicios y defectos del esclavo vendido. De tal modo, si el comprador advertía defectos no incluidos en la declaración (o si se omitía la necesaria información), el comprador podía devolver el artículo y recuperar su dinero, o, alternativamente, obtener una reducción del precio pagado en atención a la menor calidad del objeto. Decían así los curules: «*Los que venden caballerías digan clara y simplemente que enfermedad o que vicio tiene cada una de ellas y serán entregadas a los compradores lo mejor que hayan sido enjaezadas para ser vendidas. Si alguna cosa no se hubiera hecho así, para su restitución del enjaezamiento o la redhibición de las caballerías por razón del jaeces, daremos una acción dentro de los sesenta días; por causa de enfermedad o vicio dentro de los seis meses para deshacer la compra, o bien para la reducción del precio dentro del año (...)*» ¹⁴.

Más tarde, el principio de información necesaria se extendió al resto de compraventas y perduró en el tiempo, transformándose en una responsabilidad del vendedor para cualquier defecto del producto no informado. Dicha respon-

¹¹ ROCCO, A. «Principios de Derecho mercantil», *op. cit.*, p. 7.

¹² El régimen jurídico especial al que se someten las condiciones generales en cuanto cláusulas integrantes de contratos concretos, con independencia de que el contratante que se limite a adherirse al clausulado, el adherente, actúe o no como consumidor o usuario.

¹³ PAGADOR LÓPEZ, J. «Los contratos de consumo celebrados mediante condiciones generales y cláusulas predispuestas», (Coord.) MIRANDA SERRANO, L. M. Y PAGADOR LÓPEZ, J. *Derecho privado de los consumidores*, Marcial Pons, Madrid, 2012, p. 109 y ss.

¹⁴ ULPIANO en segundo libro *Ad Edictum curulium* traducción del Digesto realizada por D'Ors, *Vid ad ex.* WALLINGA T. «La protección del consumidor de Roma a la Unión Europea» en *Congreso Internacional de Derecho fundamentos romanísticos del Derecho de la UE y de los países Iberoamericano*, el 11 de abril de 2019.

■ FUNDAMENTOS ROMANÍSTICOS DEL DERECHO EUROPEO E IBEROAMERICANO

sabilidad, se extiende incluso a los vicios o defectos ignorados por el vendedor, tal como se recoge actualmente en el art. 1484 cc español ¹⁵.

Nótese que el Digesto contemplaba la información precontractual como deber del vendedor de informar sobre las circunstancias que pudiera conocer, y que pudieran afectar negativamente al objeto de la compraventa, «*en cuanto interesa al comprador no ser engañado*». Ciertamente, se hacía distinción entre el vendedor que conocía la existencia de defectos en el producto, y aquellos que ocultaban dolosamente ¹⁶.

En este punto, conviene traer el significativo ejemplo del conocido caso del mercader de Rodas, expuesto por Cicerón ¹⁷. Si un mercader lleva de Alejandría a Rodas un cargamento grande de trigo en tiempos de escasez y hambre, y por tanto de altos precios, sabiendo que otros muchos mercaderes de Alejandría habían embarcado ya con naves de trigo con destino a Rodas, ¿deberá decirlo a los rodios, o venderá su género al mejor precio que pueda? Ante esto, Cicerón expone la respuesta de los estoicos Diógenes y Antípatro; el primero, piensa que una vez declarados los defectos que manda el Derecho civil, el mercader puede lícitamente ocultar esa información y vender el trigo lo mejor que pueda, pues una cosa es encubrir y otra callar, ya que uno no estaría obligado a comunicar todo lo que el otro requiera. De otro lado, Antípatro entiende que debe comunicar toda información, de modo que el comprador conozca todo lo que conozca el vendedor, pues ocultar esta información sería contraria a la buena fe. De tal suerte, que Cicerón se adhiere a ésta última, distinguiendo entre lo útil y lo honesto ¹⁸.

Interesa ahora especialmente destacar el nacimiento del consumidor, de forma incipiente, en la Revolución Industrial, de una producción en masa, en la que en la segunda década del siglo xx, se constituya una nueva forma de consumo, modificando el sistema de producción y la fuerza del trabajo, lo que

¹⁵ DÍAZ BAUTISTA, A. Si no queda satisfecho con su esclavo, le devolvemos su dinero, <https://scientiablog.com/2018/10/23/si-no-queda-satisfecho-con-su-esclavo-le-devolvemos-su-dinero/> (consultado el 14 de marzo de 2019).

¹⁶ Digesto. 19, 1, 13, 2 y 3. Versa sobre la venta de un esclavo ladrón o fugitivo, en la que un vendedor oculta estas circunstancias al comprador y otro, que realmente las ignoraba, asevera sus buenas costumbres y fidelidad. Sobre la evolución histórica del tratamiento del error, el dolo y los deberes de información precontractual en los Derechos continentales, Cfr. SCHERMAIER, M. J. «Mistake, misrepresentation and precontractual duties to inform: the civil law tradition», en SEFTON-GREEN, RUTH, *Mistake, Fraud and Duties to Inform in European Contract Law*, Cambridge University Press, Nueva York, 2005, pp. 40-64.

¹⁷ Cfr. CICERÓN, M. T, *De officiis*, III, 12-13.

¹⁸ FERNÁNDEZ CABALEIRO, E. «El principio de la Buena Fe. Sus aplicaciones prácticas en el Derecho civil español», *Revista Crítica de Derecho inmobiliario*, 460, 1967, pp. 931-941.

PRINCIPIOS AXIOLÓGICOS EN LA CONTRATACIÓN *INTER ABSENTES* EN LA UE ■

propiciará la acumulación de capital¹⁹. Así, a finales del siglo pasado surgirá propiamente el derecho del consumidor, con el fin de proteger a los particulares en la adquisición de bienes y servicios producidos en un mercado a gran escala²⁰. El problema residía en aquellas situaciones en las que el consumidor decidía reclamar al empresario, careciendo de los datos identificativos de las personas que habían intervenido en los procesos de producción, comercialización y distribución del producto. En definitiva, el usuario carecía de la información necesaria para contratar y de instrumentos jurídicos necesarios para defender sus derechos²¹. Para evitar dichas situaciones, se desarrollaron los *contratos tipo y condiciones generales de la contratación*²².

En particular, en España el art. 51 CE permitió al legislador desarrollar la Ley 26/1984 de Ley General de Consumidores y Usuarios (LGDCU), como incipiente normativa de los consumidores, aunque dicha norma no regulaba la contratación a distancia. Es decir, el incipiente marco normativo se llevó a cabo mediante la Ley 7/1996 Ley de Ordenación de Comercio Minorista (LOCM), en sus arts. 39 a 48 LOCM, y todo ello, sin perjuicio de la Ley de Servicios de la Información y del Comercio Electrónico (LSSICE) que disciplinara la contratación electrónica²³. En España, el derecho del consumidor no siguió el modelo propuesto por Bercovitz, basado en la promulgación de leyes sectoriales, autosuficientes y dotadas de máxima eficacia imperativa²⁴.

¹⁹ ALONSO BENITO, L. E. «Los orígenes del consumo de masas», *Estudios de consumo*, 6, 1985, p. 12.

²⁰ La doctrina suele hablar de distintas nociones de consumidor, esto es, una abstracta y otra concreta, aunque es cierto que a ésta última se le atribuyen varios sentidos. En el Derecho comparado existe la derecho del consumo *Droit de la consommation* que se utiliza en Francia, Bélgica y Portugal. En cambio países EEUU, Reino Unido, Australia y Alemania prefieren utilizar la expresión de Derecho del consumidor.

²¹ Con arreglo a la nueva Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes complementarias. Se completan los requisitos establecidos en la Ley 17/2009, de 23 de noviembre sobre libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, y en la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico. En Exposición de Motivos Ley 3/2014, *Boletín Oficial del Estado* de 28 de marzo de 2014, n° 76, p. 26969.

²² REYES LÓPEZ, M. J. «Concepto y características del derecho de consumo», *Manual de Derecho privado de consumo*, La Ley, 1, Madrid, 2009, p. 1 y ss.

²³ España. Ley 3/2014 de 28 de marzo en su Disposición Final 2ª modifica el art. 10 de la LOCM que regulaba el desistimiento remitiendo al art. 71 del TRLGDCU; también modifica el concepto de contrato a distancia en su art. 38 LOCM remitiendo igualmente al art. 92 del TRLGDCU.

²⁴ En Alemania, la interpretación jurisprudencial de la Ley de las condiciones de la contratación ha influido enormemente sobre el BGB (código civil alemán) y el HGB en materia de obligaciones y contratos, cuyo éxito ha propiciado la reforma del BGB en el año 2002. WITZ, C. «La réforme du droit allemand des obligations», (Dir.) WITZ, C. Y RAINERI, F. *Droit comparé et européen*, (3), París, 2004, p. 14. De esta forma ha nacido un BGB rejuvenecido. Alrededor de 15 párrafos han sido modificados. Se han integrado en el BGB textos importantes como las condiciones generales de la contratación de los negocios y las principales leyes de protección de los consumidores.

■ FUNDAMENTOS ROMANÍSTICOS DEL DERECHO EUROPEO E IBEROAMERICANO

La falta de protección a los consumidores en la contratación a distancia provocó como primera medida, la promulgación de la Directiva 97/7, armonizando las legislaciones de los Estados de la UE, mediante un conjunto de normas mínimas de contenido inderogable²⁵. Posteriormente, la Directiva 2011/83 continuó dicho proceso, especialmente en lo referente a la información precontractual y derecho de desistimiento. En España, dicha Directiva fue transpuesta mediante la Ley 1/2007 de 16 de noviembre Texto Refundido de la Ley de Defensa de Consumidores y Usuarios (TRLGDCU) derogando la Ley 26/1984 LGDCU, aunque será la entrada en vigor de Ley 3/2014 de 27 de marzo, con la que se culmine la armonización de la Directiva 2011/83, lo cual desde un punto de vista sistemático fue un acierto.

En la UE hay diferentes modelos legislativos en la incorporación de las Directivas sobre protección de los consumidores. A saber:

Un primer modelo utilizado por Francia e Italia basado en la creación de un solo cuerpo normativo. En esta línea, Francia en 1993 a través de la Ley 93-949, de 26 de julio, materializó el *Code de la Consommation*, sistematizando toda la normativa de protección de los consumidores. En el caso italiano, será a través del *Codice del consumo* (Decreto legislativo 06.09.2005, núm. 206) conteniendo éste la mayor parte de las normas de consumo²⁶.

El segundo modelo es adoptado el legislador español, al menos hasta la fecha, así como el portugués, griego y luxemburgués, donde coexisten una Ley General de Defensa de los Consumidores (TRLGDCU) y una variedad de normas sectoriales. La virtud de dicho modelo, reside en su sencillez y capacidad de adaptación a las propias directivas de la UE. No obstante, Gramunt Fombuena critica la forma de refundición, es decir, la incorporación al TRLGDCU de la Ley responsabilidad por Productos Defectuosos y de Viajes Combinados, mientras que se deja fuera la Ley de Aprovechamiento por Turno de Bienes Inmuebles²⁷. En España, existe cierto rechazo hacia la creación de un código de consumidores²⁸, la razón reside en la difícil delimitación entre las Disposiciones estatales y de las CCAA, la diversidad de fuentes, la necesidad de coor-

²⁵ ANCOS FRANCO, A. «La protección de los consumidores en la contratación a distancia», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, (5), 2001, p. 629.

²⁶ Aunque el codice italiano no incorporó la contratación de servicios turísticos, porque en el año 2011 cuenta con un cuerpo legal específico, el *Codice del turismo* (Decreto legislativo 23.05.2011, núm. 79).

²⁷ Ley 4/2012, de 6 de julio, de contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico), de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio y normas tributarias.

²⁸ A favor de codificación CARRASCO PERERA apunta la posibilidad de haber aprovechado la oportunidad y haber acometido la elaboración de un Código de Derecho de consumo a la manera del *Code de la Consommation* francés CARRASCO PERERA, A. «La defensa de los consumidores y usuarios: ámbito de

PRINCIPIOS AXIOLÓGICOS EN LA CONTRATACIÓN *INTER ABSENTES* EN LA UE ■

dinación con la reforma del Derecho privado general, e incluso, la escasa vigencia de la armonización. Ahora bien, una revisión del Derecho comparado y de la propia experiencia española, indica que el TRLGDCU ha supuesto un avance en la creación de un código de los consumidores similar al código de consumo francés²⁹.

El tercer modelo asumido por Alemania desde el año 2002³⁰, integrando normas de protección de los consumidores en el BGB (código civil alemán)³¹. En este sentido, Ebers critica dicha medida, siendo partidario de regular el derecho del consumidor al margen del BGB. La cuestión es que el actual sistema codificado dentro del BGB es difícil de modificar, y de hacerlo, podría afectar a todo el sistema de Derecho civil alemán. Además, el TJUE podría imponer alguna interpretación incompatible con el Derecho interno, como ocurrió en el caso *Heininger*³². Por consiguiente, será vital la labor del Tribunal Supremo alemán en la «descodificación» de algunas materias, ya que los propios tribunales alemanes se niegan a interpretar el BGB en la misma línea de las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE).

III. RÉGIMEN JURÍDICO EN LA CONTRATACIÓN A DISTANCIA CON CONSUMIDORES (B2C)

III.1 Regulación sustantiva de la información precontractual

III.1.1 INFORMACIÓN PREVIA EN LA DIRECTIVA EUROPEA 2011/83

Dado el carácter unilateral del contrato celebrado con consumidores, la información precontractual constituye un elemento básico en la protección de

aplicación y alcance de la refundición», <https://www.uclm.es/centro/cesco/pdf/comentarios/4.pdf> (consultado 28 de diciembre de 2014).

²⁹ PERÉZ GURREA, R. «Código de los consumidores. Texto Refundido (RDL 1/2007) y otras Leyes y Reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 729, 2012, p. 671; PENDÓN MELÉNDEZ, M. A. «Reflexiones críticas acerca del régimen legal...», *op. cit.*, p. 7.

³⁰ Alemania. Ley de modernización del derecho de obligaciones (*Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts*), el 21 de noviembre de 2001.

³¹ GRAMUNT FOMBUENA, M. «Protección del contratante en contextos asimétricos», GRAMUNT FOMBUENA, M. y FLORENSA I TOMÀS, C. E. *Codificación y reequilibrio de la asimetría negocial*, Dykinson, 2017. p. 101.

³² EBERS, M. «German consumer law years after recodification» GRAMUNT FOMBUENA, M. y FLORENSA I TOMÀS, C. E. *Codificación y reequilibrio de la asimetría negocial*, Dykinson, 2017. p. 170-171; SMITS, J. «Dutch Report: Coherence and Fragmentation of Private Law», *European Review Private Law*, (20), 2012, p. 163.

■ FUNDAMENTOS ROMANÍSTICOS DEL DERECHO EUROPEO E IBEROAMERICANO

éstos, cuyo fundamento reside en la buena fe negocial³³. La cuestión radica en la asimetría negocial³⁴, por ello, se obliga a la parte fuerte a informar debidamente al consumidor³⁵. Además, existen razones carácter económico, en términos de reparto y atribución de costes, que refuerzan el carácter tuitivo de la norma (art. 51 CE)³⁶.

Según Basozábal con carácter general, la protección consistiría en continuar con el contrato, realizando una integración judicial, e incorporando la información ignorada, lo cual podría derivar en una reducción del precio por la prestación: o bien, la rescisión o resolución³⁷. Para Pantaleón sería admisible que el perjudicado pudiera solicitar la indemnización del interés de confianza cuando le resulte difícil probar el importe de su interés en el cumplimiento, aunque distingue entre: 1) la infracción del deber de información constitutiva de dolo, o que haya provocado un error a la otra parte, que opta por anular el contrato. En cuyo caso, debería indemnizarse el interés negativo, y no el interés en el cumplimiento, salvo que la falsa representación generada en la otra parte por el dolo, pudiera considerarse incorporada al contrato como un término del mismo; 2) si la parte que sufre el error o dolo opta por confirmar el contrato, o pierde por caducidad la facultad de anularlo; 3) los casos en que la infracción del deber de información no constituye dolo, ni provoca un error que permita a la otra parte la anulación del contrato, siendo procedente en éstos dos últimos supuestos, la indemnización del interés negativo, y sin que el interés en el cumplimiento deba determinar el límite máximo de la indemnización. Por ello, es criticable la redacción del art. 11-3:109. 2-3 del Marco Común de Referencia (DCFR), donde se equipara el incumplimiento de los deberes precontractuales, con la incorporación al contrato de las obligaciones razonablemente esperadas por la otra parte³⁸.

³³ DÍEZ-PICAZO, L. Fundamentos del Derecho Civil patrimonial. I Introducción. Teoría del Contrato, Civitas, Madrid, 1996, pp. 49-50.

³⁴ ARROYO SAN JOSÉ, L. «La información precontractual como elemento reequilibrador en la contratación de consumo», (Dir.) GRAMUNT FOMBUENA, M. y FLORENSA I TOMÀS, C. E. *Codificación y reequilibrio de la asimetría negocial*, Dykinson, 2017. p. 298.

³⁵ LLÁCER MATA CÁS, M. R. «Obligaciones vinculadas a la formación del contrato y codificación del Derecho de Consumo», *Estudios de derecho de obligaciones: homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez, Llamas Pombo, Eugenio*, tomo II, La Ley, Madrid, 2006, p. 151; MARÍN LÓPEZ, M. J. «Obligación de asesoramiento, obligación de evaluar la solvencia del consumidor y otras obligaciones precontractuales del prestamista. Su regulación en el Proyecto de Ley de Contratos de Crédito al Consumo», *Revista de Derecho de consumo CESCO*, 2011, p.1.

³⁶ GÓMEZ CALLE, E. «Los deberes precontractuales de información», La Ley, Madrid, 1994, pp. 12-26.

³⁷ BASOZÁBAL ARRUE, X. «En torno a las obligaciones precontractuales de información», *Anales de Derecho civil*, T. LXII-II, 2009, p. 709.

³⁸ PANTALEÓN, F. «Responsabilidad precontractual: propuestas de regulación para un futuro Código Latinoamericano de Contratos», *Anales de Derecho civil*, T. LXIV-III, 2011, p. 924.

PRINCIPIOS AXIOLÓGICOS EN LA CONTRATACIÓN *INTER ABSENTES* EN LA UE ■

En referencia a los hechos de significación material, por razón de su objeto, es aplicable la Directiva 2011/83 que regula la contratación a distancia en su art. 6, prescindiendo de algunas menciones obligatorias (sistema de venta organizado por el oferente) en la derogada Directiva 97/7³⁹. Quizás debido al enorme aumento de tiendas virtuales en la UE se haya eliminado dicho requisito, lo cual favorece al empresario, permitiendo a éste adaptarse rápidamente a las condiciones del mercado. Aunque en España, dentro el ámbito del comercio electrónico dicha cuestión ya estaba resuelta por el art 27.3 LSSICE⁴⁰.

El art. 6.1 y el Considerando (19) de la Directiva 2011/83 han sido transpuestos íntegramente al ordenamiento jurídico español, a través de los arts. 60 (disposición generales) y 97 del TRLGDCU⁴¹. Así las cosas, el empresario que ofrezca bienes y servicios deberá de disponer de varios puntos de contacto dirección postal, número de fax y correo electrónico para facilitar una comunicación eficaz y directa. El TJUE ha declarado la exigencia de una comunicación «rápida y eficaz», obligando al empresario a comunicarse con sus clientes sin intermediarios, de tal forma que la respuesta se realice sin demora⁴².

Respecto a las notas que integran la estructura y función, hay que añadir la forma en los contratos celebrados con consumidores, especialmente la realizada a distancia, tiene como propósito informar debidamente al consumidor, así como determinar el momento de perfección del contrato, preconstituir prueba del mismo y compensar la asimetría contractual⁴³. Por tanto, antes de que el contrato sea perfeccionado, el empresario ha de poner a disposición del consumidor la información precontractual, «de forma acorde con las técnicas de comunicación a distancia utilizadas» (art. 8.1 Directiva 2011/83).

En este sentido, el contrato realizado a distancia despliega efectos jurídicos cuando el empresario facilite «de forma clara y comprensible» las condi-

³⁹ Concretamente las condiciones de prestación del servicio equivalente (art. 7.3 Directiva 97/7) o el plazo de validez de la oferta y el precio (art. 4.1 h) Directiva 97/7).

⁴⁰ ARROYO AMAYUELAS, E. «Comentario al art. 27 LSSI», en CÁMARA LAPUENTE, S. Comentarios a las normas de protección de consumidores: texto refundido RDL 1/2007 y otras leyes complementarias vigentes en España y en la Unión europea, Colex, Madrid, 2011, p. 1732. art 27. 3 LSSICE «las ofertas realizadas por vía electrónica serán válidas durante el periodo que fije el oferente, o en su defecto, durante todo el tiempo que permanezcan accesibles a los destinatarios el servicio».

⁴¹ MARCOS FRANCISCO, D. «Hacia un Derecho uniforme en la Unión Europea», *Actualidad Civil*, 12, La Ley, 2012, p. 1326.

⁴² STJCE de 16 de octubre de 2008, TJUE 2008, 240.

⁴³ SANTOS MORÓN, M. J. «Forma contractual y desarmonización comunitaria», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2, (2), 2010, p. 210. En este mismo sentido la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo europeo, de 8 de octubre de 2008, sobre el derecho de los consumidores, COM(2008) 614 final en considerando (17) «Los consumidores deben tener derecho a recibir información antes de celebrar el contrato...En las transacciones a distancia y fuera del establecimiento, el comerciante siempre debe facilitar información sobre las modalidades de pago, entrega, funcionamiento y tratamiento de reclamaciones, ya que pueden no resultar evidentes por el contexto».

■ FUNDAMENTOS ROMANÍSTICOS DEL DERECHO EUROPEO E IBEROAMERICANO

ciones, el plazo y procedimiento para ejercer el desistimiento (art. 8.4 Directiva 2011/83). Pero en ocasiones, por limitaciones de carácter material, esto es, medio elegido, número de caracteres en teléfono móvil o tiempo en los anuncios de televisión, es posible que el empresario no pueda aportar la información mínima exigida del derecho de desistimiento (a través de enlace página web o número de teléfono) (art. 6.1 *h*) Directiva 2011/83). Se ha discutido la validez de la información a la que se accede mediante un enlace, en una página de internet distinta la inicial. Así, la STJUE de 5 de julio de 2012 C-94/11 establece como lícito el envío al consumidor de una clave que permita acceder a otro sitio de la red, precisando que debía suministrarse en «soporte duradero»⁴⁴. De otra forma, no se podía garantizar la incolumidad del mensaje y la posible revisión en un tiempo adecuado⁴⁵. En definitiva, deben cohonestarse los requisitos de información del art. 98.4 TRLGDCU, con las restricciones técnicas de determinados medios de comunicación. En este sentido, el TJUE hace una interpretación extensiva respecto a los requisitos de información precontractual del desistimiento del consumidor⁴⁶. De ahí que sea suficiente con mostrar al consumidor la forma de desistir, pudiendo suministrarse posteriormente a través de una página web o similar distinta a la inicial (cfr. STJUE de 23 de enero de 2019 C-430/17)⁴⁷.

Se trata cohonestar el deber de informar al consumidor y las propias limitaciones materiales, sin menoscabo de la libertad empresarial⁴⁸. Si el contrato

⁴⁴ STJUE 5 de julio de 2012 C-94/11. El TJUE entiende que para que el soporte sea duradero debe permitir al consumidor almacenar la información y para ello debe incorporar una serie de garantías, como su almacenamiento, al igual que el soporte papel, y la posesión de la información mencionada en esa disposición (*ex art. 5.1 Directiva 97/7*), para que en caso necesario pueda ejercer sus derechos. CALVO SAN JOSÉ, M. J. «La protección de los consumidores en el ámbito de la contratación a distancia», *Aranzadi Civil-Mercantil*, 31, Pamplona, 2001, p. 6. La importancia de que la información se realice en *soporte duradero*, quizás por entender el carácter efímero de determinadas tecnologías como la televisión y teléfono. Es preciso que se realice por escrito y con la debida antelación de los datos necesarios para la correcta ejecución del contrato.

⁴⁵ RALUCA STROIE, I. «La información sobre el derecho de resolución del contrato celebrado a distancia ha de ser facilitado al consumidor por un escrito o en otro soporte duradero. No sirve la remisión a un hipervínculo a un sitio de internet», *Notas Jurisprudenciales. Revista de Derecho de Consumo CESCO*, 2012, p. 2.

⁴⁶ Una empresa alemana difundió un folleto con formato de 19 x 23,7 cm en diferentes periódicos y revistas cuya anverso y reverso tenía una tarjeta que aludía al ejercicio de derecho de desistimiento con una dirección de internet y un número de teléfono. Se cuestionaba el cumplimiento de la obligación de información precontractual respecto al derecho de desistimiento, llegando a recurrirse en casación al TS alemán el cual elevó cuestión prejudicial al TJUE. STJUE de 23 de enero de 2019 C-430/17.

⁴⁷ En cuestión prejudicial formulada por el Tribunal Supremo alemán en relación con el cumplimiento de la obligación del empresario de informar al consumidor con base en el art. 355 BGB según las condiciones plazos y procedimientos regulados (art. 246a BGB). El derecho de desistimiento establecido en el art. 312g BGB alemán

⁴⁸ STJUE Neptune Distribution C-157/14 apartado 67 donde se sostiene que el empresario en ejercicio de su libertad puede realizar publicidad.

PRINCIPIOS AXIOLÓGICOS EN LA CONTRATACIÓN *INTER ABSENTES* EN LA UE ■

se celebra mediante una técnica de comunicación a distancia, con espacio y tiempo limitado (ej. el caso de teléfono móvil o en anuncio de televisión), el comerciante facilitará las características básicas de los bienes y servicios, la identidad del comerciante, precio total, derecho de desistimiento (con las características descritas *vid. supra*), duración del contrato y en el caso de los contratos de tracto sucesivo, las condiciones de resolución (art. 6.1 *a*), *b*), *e*), *h*) y *o*) Directiva 2011/83). Si el contrato se realiza vía telefónica y el comerciante llama al consumidor para ofrecerle algún producto o servicio, aquél deberá revelar su identidad, (o bien el nombre de la persona por la que actúa), dejando claro el objetivo comercial de la llamada (art. 8.5 Directiva 2011/83).

En la contratación electrónica antes de realizar el pedido, el consumidor debe conocer las características principales de los bienes y servicios, precio completo (incluidos impuestos y gastos adicionales), la duración del contrato, y en su caso, la duración de las obligaciones del consumidor⁴⁹. En los contratos de tracto sucesivo el precio incorporará los costes del período de facturación, y en caso de no poder determinar el coste total, se deberá informar del precio en función del consumo (ej. céntimos euro por segundo). Por tanto, no basta con facilitar la información, sino que deberá ser fácilmente identificable la compra, mediante la expresión «pedido con obligación de pago» u otra similar. En síntesis, el consumidor no quedará obligado (art. 8.2 Directiva 2011/83) si al iniciarse el procedimiento en página web no se indicase de forma clara y legible la existencia de alguna restricción de entrega y que modalidades de pago existentes⁵⁰.

III.1.2 INFORMACIÓN PRECONTRACTUAL EN LA CONTRATACIÓN A DISTANCIA EX ART. 97 TRLGDCU

La sociedad actual requiere que los consumidores dispongan de muchos más datos sobre las características básicas de los bienes o servicios suministrados para la adecuada formación del consentimiento. Si bien, en caso de error el DCFR establece como defensa clásica, la ampliación de la información imprescindible para adoptar una decisión debidamente⁵¹. El esquema básico del

⁴⁹ *Ex* arts. 5 c) y 6 c) Directiva 2011/83.

⁵⁰ Respecto a la información precontractual es preciso señalar que en el art. 8 de la Directiva 2011/83 establece que se entenderá sin perjuicio de las disposiciones sobre la celebración de contratos realización de pedidos por vía electrónica establecidos en los arts. 9 y 11 de la Directiva 2000/31 (*ex* art. 8.9 Directiva 2011/83).

⁵¹ VON BAR, C. CLIVE, E. SHULTE NOLKE, H. BEALE, H. Principios, Definiciones y Reglas de un Derecho civil europeo: el Marco Común de Referencia (DCFR), *op. cit.*, p. 35.

■ FUNDAMENTOS ROMANÍSTICOS DEL DERECHO EUROPEO E IBEROAMERICANO

contrato basado en la igualdad de las partes⁵², encuentra su regulación sustantiva en dos grandes ámbitos de aplicación: por un lado, una norma general que contiene previsiones comunes para toda contratación celebrada con consumidores, esto es, el art. 59.2 TRLGDCU; y una parte especial, formada por normas sectoriales que disciplinan modalidades concretas de contratación (servicios financieros, contratación electrónica...) ⁵³.

El empresario debe facilitar la información «antes de que el consumidor quede vinculado por un contrato u oferta correspondiente» (art. 60.1 TRLGDCU, en la redacción dada por la Ley 3/2014; la redacción anterior se refería a «antes de contratar»). Pero el art. 60.1 TRLGDCU no señala con qué antelación debe hacerse, ésta dependerá del tipo de contrato. En cualquier caso, la información debe ser recibida por el consumidor⁵⁴. Se trata de determinar que información ha de aportarse en cada caso, de ahí que el legislador español optase por el sistema de listados de información obligatoria. Así las cosas, el art. 60 TRLGDCU obliga al oferente a informar sobre las «características principales» del contrato («características esenciales», en la obsoleta redacción del art. 60.1 TRLGDCU), y en particular, sobre sus condiciones negociales y económicas. El art. 60.2 TRLGDCU contiene una lista de menciones obligatorias⁵⁵, lista que es aún más extensa y detallada tras la nueva redacción de este precepto⁵⁶, lo que ha merecido la crítica de parte de la doctrina⁵⁷. No se nos oculta que el exceso de información puede distorsionar la toma de decisiones, por ello, quizá sería más adecuada la adopción de una regla general sobre la información. Sería suficiente con informar sobre las características principales del contrato y de aquellos elementos que permitan definir y comparar el objeto, indicando igualmente las cláusulas o características que se apartan de las

⁵² SANTOS MORÓN M. J. «Información precontractual, forma y prueba del contrato», en (Coord.), BOTANA GARCÍA, G. Y RUIZ MUÑOZ, M. *Curso de protección jurídica de los consumidores*, Mc Graw-Hill, 1999, p. 136.

⁵³ GARCÍA VICENTE, J. R. «Comentario al artículo 59», (Coord.) BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, Aranzadi, 2009, p. 76.

⁵⁴ GÓMEZ CALLE, E. Los deberes precontractuales de información, *op.cit.*, p. 137.

⁵⁵ Este modelo de listados informados obligatorios se acoge también en la legislación sectorial: arts. 97 y 152 TRLGDCU, 10.3 y 12.2 Ley 16/2011, 9.1 Ley 4/2012, 3.1 Ley 43/2007, 27.1 Ley 34/2002, 7 Ley 22/2007, Norma 6ª de la Circular del Banco de España 5/2012, etc.

⁵⁶ El art. 60.2 TRLGDCU mejora la redacción y extensión de algunas de las menciones existentes, e introduce nuevas menciones obligatorias. MARÍN LÓPEZ, J. M. «Información precontractual en contratos con consumidores: cuándo, qué y cómo informar», *Revista de Derecho de Consumo CESCO*, diciembre 2014, p. 2.

⁵⁷ CARRASCO PERERA la califica de «cáncer en el cuerpo del Derecho de consumo» en CARRASCO PERERA, A. «Desarrollos futuros del derecho de consumo en España, en el horizonte de la transposición de la Directiva de derechos de los consumidores», (Dir.) CÁMARA LAPUENTE, S. *La revisión de las normas europeas y nacionales de protección de los consumidores*, Pamplona, Civitas, 2012, p. 314.

PRINCIPIOS AXIOLÓGICOS EN LA CONTRATACIÓN *INTER ABSENTES* EN LA UE ■

comunes en ese sector. Es importante destacar, que no todas las menciones obligatorias del art. 60.2 TRLGDCU tienen la misma importancia, ya que algunas hacen referencia a las condiciones principales del contrato (ej. sujetos, objeto del contrato, incluyendo el precio). Mientras otras, lo hacen sobre los elementos accesorios, que puede adquirir gran relevancia, ya que rigen las vicisitudes del contrato (ej. fecha de entrega del bien o ejecución del servicio, condiciones de resolución de un contrato de duración indefinida, o la existencia de garantía comercial)⁵⁸.

La información suministrada debe satisfacer varios requisitos⁵⁹ pero por lo que respecta a los aspectos formales, el TRLGDCU no exige una representación determinada (por eso, cabe la forma verbal), aunque en sede de contratación a distancia es preceptiva la forma escrita⁶⁰. Por ello, se favorece al consumidor en un doble sentido: en primer lugar, permite conocer dicha información de forma estable, pudiendo comprobar lo finalmente plasmado en el contrato; y por otro lado, es beneficioso para el empresario ya que constituye el medio de prueba para acreditar el cumplimiento del deber de información precontractual. No obstante, la carga de la prueba del cumplimiento del deber de informar recae sobre el empresario, como establecen los arts. 97.5 y 97.8 TRLGDCU.

En los contratos a distancia el empresario debe facilitar al consumidor (art. 98 TRLGDCU) la información precontractual exigida en el artículo 97.1 TRLGDCU, y se aportará de acuerdo con las técnicas de comunicación a distancia, respetando el principio de buena fe. Pero para ello, dicha información debe manifestarse en un soporte duradero (art. 98.1 TRLGDCU)⁶¹. En este

⁵⁸ Se puede tratar de los derechos del consumidor como la garantía legal o el derecho de desistimiento o bien facultan para el ejercicio de los mismos (ej. procedimiento para atender quejas y reclamaciones).

⁵⁹ i) ha de ser comprensible y clara-. Esto supone que está redactada de tal modo que puede ser aprehendida por un consumidor medio sin que le suponga un esfuerzo excesivo. Para ello es preciso que sea fácilmente perceptible y legible, que sea susceptible de comprensión directa (sin reenvíos a otros documentos), y que se facilite en una lengua que el destinatario pueda comprender (el nuevo art. 60.4 TRLGDCU requiere que se facilite al menos en castellano). ii) Ha de ser suficiente, esto es, sobre cada una de las menciones obligatorias ha de informarse de todos sus aspectos relevantes, de manera que el consumidor pueda hacerse una idea exacta de los elementos que lo conforman. (iii) Ha de ser veraz, es decir, exacta y ajustada a la realidad. Están prohibidas las informaciones inexactas y las omisiones engañosas, que pueden confundir al consumidor, induciéndole a error (arts. 5, 7 y 19 y ss. de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal; arts. 20, 60.1 y 97.2 TRLGDCU). (iv) Ha de facilitarse al consumidor de forma gratuita. MARÍN LÓPEZ, J. M. «Información precontractual en contratos con consumidores...», *op. cit.*, p. 2.

⁶⁰ Art. 98.6 TRLGDCU; 10.2 Ley 16/2011, 3.3 Ley 43/2007, 14.2 y 20.2 Ley 2/2009, y 8.2 Ley 4/2012.

⁶¹ Por soporte duradero debe entenderse todo instrumento que permita al consumidor «almacenar información que se le haya dirigido personalmente de forma que en el futuro pueda consultarla durante un período de tiempo acorde con los fines de dicha información y que permita su fiel reproducción. Entre otros, tiene la consideración de soporte duradero, el papel, las memorias USB, los CD-ROM, los DVD, las

■ FUNDAMENTOS ROMANÍSTICOS DEL DERECHO EUROPEO E IBEROAMERICANO

sentido, HALL señala que en la contratación electrónica, antes de añadir los productos a la «cesta de compra», el consumidor debe ser informado del método de pago y cualquier restricción, y en caso de cualquier contingencia, el usuario podrá deshacer la operación y reiniciar el proceso⁶². Por lo tanto, el contrato despliega efectos desde que se pulse el botón de aceptación, y éste incluya la expresión «pedido con obligación de pago» u otra similar⁶³.

III.2 Consecuencias del incumplimiento del deber de información en la contratación a distancia

Tras la reforma de la Ley 3/2014 el incumplimiento deber de información precontractual (art. 98.7⁶⁴ y 99.2⁶⁵ TRLGDCU), el contrato podrá ser anulado a instancia del consumidor mediante vía de acción o excepción (art. 100 TRLGDCU)⁶⁶: sólo en el supuesto de falta de información por parte del empresario, respecto a la facultad de desistimiento, se alargará el plazo del mismo, no procediendo a la anulación del contrato⁶⁷. Por tanto, la no confirmación del contrato implica dos sanciones jurídicas: a) sanción administrativa similar al incumplimiento de aportación de la información precontractual, cuyo fundamento reside en el art. 49.2 b) del TRLGDCU; b) por otro lado, una

tarjetas de memoria o los discos duros de ordenador, los correos electrónicos, así como los mensajes SMS» (art. 59 bis 1. letra f) TRLGDCU).

⁶² HALL, E. & HOWELLS, G. & WATSON, J. «The Consumer Rights Directive – An Assessment of its Contribution to the Development of European Consumer Contract Law», *European Review of Contract Law*, 8, 2012, p. 151.

⁶³ Como destaca la citada Directiva 2011/83 es importante asegurar que el consumidor «está en condiciones de determinar el momento en el que asume la obligación de pagar al comerciante. Por consiguiente, es necesario llamar específicamente la atención del consumidor, a través de una formulación inequívoca, sobre el hecho de que efectuar el pedido implica la obligación de pagar al comerciante». Considerando (39).

⁶⁴ Por un lado las condiciones descritas en el art. 97.1 TRLGDCU, y por otro, la pérdida del derecho de desistimiento en el caso de suministro de contenido digital (*ex art. 103 m*) TRLGDCU).

⁶⁵ La copia del contrato firmado o la confirmación del mismo.

⁶⁶ El art. 100.1 TRLGDCU modificado mediante el art. 28 Ley 3/2014. «El contrato celebrado sin que se haya facilitado al consumidor y usuario la copia del contrato celebrado o la confirmación del mismo, de acuerdo con los artículos 98.7 y 99.2, podrá ser anulado a instancia del consumidor y usuario por vía de acción o excepción».

⁶⁷ En el art. 71.3 TRLGDCU se establece un plazo de 12 meses, a diferencia de la anterior redacción 3 meses a contar desde la ejecución del contrato. Pero la el art. art. 10 de la Directiva 2011/83 modificaba los efectos en caso de incumplimiento de la obligación del empresario estableciendo 12 meses desde la expiración del desistimiento inicial, de acuerdo con el art. 9.2. la Directiva 2011/83. BERMÚDEZ BALLESTEROS M. S. «El cumplimiento irregular de los deberes de información y documentación de un contrato celebrado fuera de establecimiento mercantil se sanciona con la anulabilidad del mismo y consiguiente restitución de las prestaciones», *Notas Jurisprudenciales*, 2012, p. 3.

PRINCIPIOS AXIOLÓGICOS EN LA CONTRATACIÓN *INTER ABSENTES* EN LA UE ■

sanción civil (art. 71.3⁶⁸ y 105 TRLGDCU)⁶⁹. Sin embargo, la Directiva 2011/83 continua sin proporcionar reglas claras sobre las consecuencias de la infracción de los deberes de información precontractual, aunque la legislación española si adopta determinadas medidas⁷⁰.

En opinión de Twigg-Flesner queda un largo camino hasta establecer un conjunto claro y sistemático de remedios o sanciones en caso de incumplimiento del deber de información⁷¹. No obstante, hay dos posibles soluciones para paliar los efectos del incumplimiento de la información sobre el desistimiento: a) prolongar el período de desistimiento, en caso de incumplimiento de los requisitos exigidos; b) establecer como día de inicio para el cómputo del ejercicio de desistimiento, el cumplimiento de los deberes de información, sin establecer un plazo previo. En la Directiva 2011/83 se optó por la primera opción, por ello, el plazo de desistimiento se amplió a 12 meses⁷². En otras palabras, si durante dicho periodo, el empresario facilitara la información referida, se iniciaría un plazo de 14 días naturales durante el cual, se podría ejercer el derecho de desistimiento (art. 10.2 Directiva 2011/83).

La falta de ejercicio de desistimiento no obsta para el ulterior ejercicio de la acción de nulidad o resolución del contrato (art. 78 TRLGDCU). Si bien, llama la atención que el anterior texto LGDCU de 1984 no se estableciera facultad resolutoria en los supuestos de falta de información⁷³. Por ello, la entra-

⁶⁸ Art. 71.3 TRLGDCU «Si el empresario no hubiera cumplido con el deber de información y documentación sobre el derecho de desistimiento, el plazo para su ejercicio finalizará doce meses después de la fecha de expiración del periodo de desistimiento inicial, a contar desde que se entregó el bien contratado o se hubiera celebrado el contrato, si el objeto de éste fuera la prestación de servicios».

⁶⁹ Art. 105.1 TRLGDCU «Si el empresario no ha facilitado al consumidor y usuario la información sobre el derecho de desistimiento, tal como se establece en el artículo 97.1.i), el periodo de desistimiento finalizará doce meses después de la fecha de expiración del periodo de desistimiento inicial, determinada de conformidad con el artículo 104. El art. 6.1 de la derogada Directiva 97/7 conllevaba la extensión del plazo de desistimiento hasta tres meses en los que podrá ejercitarse dicho derecho.

⁷⁰ La SAP de Asturias de 21 de septiembre de 2012, Ref. El Derecho, nº – 251889 FJ. 2º. En la que se reafirma la ineficacia solicitada por un consumidor por incumplimiento de los requisitos de forma y documentación exigida legalmente por el empresario. El requisito de la forma es piedra angular del sistema como garantía del consumidor.

⁷¹ Aunque hay dos excepciones en los que las consecuencias están claramente establecidas: a) cuando el comerciante no informa de los gastos adicionales [*ex art. 6.1 e*] el consumidor no debe pagarlos; b) cuando el empresario no informa del derecho de desistimiento (art. 10.2 Directiva 2011/83) TWIGG-FLESNER, C. «La Directiva sobre derecho de los consumidores en el contexto del Derecho de consumo en la Unión Europea», CÁMARA LAPUENTE, S. Y ARROYO AMAYUELAS, E. *Revisión de normas Europeas y nacionales de protección a los consumidores*, Civitas, 2012, p. 95.

⁷² Art. 10.1 Directiva 2011/83.

⁷³ La diferencia entre la resolución y el desistimiento reside en que éste último no está basado en causa alguna, mientras que el aquél precisa que concurra incumplimiento de la contraparte. BERMÚDEZ BALLESTEROS, M. S. «Consulta remitida por la OMIC del Ayuntamiento de Cartagena en relación con el derecho de desistimiento por el consumidor y la resolución del contrato de consumo por falta de conformidad», *Centro de estudios de Consumo cesco*, septiembre de 2013, p. 6.

■ FUNDAMENTOS ROMANÍSTICOS DEL DERECHO EUROPEO E IBEROAMERICANO

da en vigor de la Ley 3/2014 de 27 de marzo de 2014 que da forma al actual art. 100 TRLGDCU, es un elemento positivo en la defensa del consumidor, aportando mayor coherencia y rigor sistemático. Anteriormente, sólo en los supuestos de falta de información sobre el derecho de desistimiento (art. 102 TRLGDCU), se concedía un plazo especial para el ejercicio de éste (art. 71.3 TRLGDCU)⁷⁴. Cabe pensar que pudo habersele olvidado al legislador haber regulado dicho extremo⁷⁵.

IV. CONCLUSIONES

El Digesto ya establecía la obligación del vendedor de informar al adquirente sobre el objeto del contrato lo cual desde un punto de vista axiológico era una manifestación del principio de buena fe. En su virtud, queda patente la actual vigencia de dicho principio, siendo un elemento esencial en los contratos suscritos a distancia con consumidores (B2C), donde la información previa es un elemento corrector de la asimetría negocial. Así, el principio de buena fe continua presente en el Derecho privado español y europeo como principio general omnicomprendivo, especialmente en el régimen de contratación entre ausentes celebrado entre empresario y consumidor B2C.

En realidad, la ausencia física de los contratantes requiere que el oferente informe con mayor precisión al consumidor, la idea es lograr la correcta formación del consentimiento. En este sentido, es relevante mencionar la reciente STJUE de 23 de enero de 2019 C-430/17 según la cual el TS alemán plantea una cuestión prejudicial donde se discute el cumplimiento de la obligación del empresario de informar sobre el derecho desistimiento en un folleto de publicidad incluyendo los datos de correo electrónico, número de teléfono y fax no incorpora el formulario de desistimiento por limitaciones de carácter material, (número de caracteres en teléfono móvil o tiempo en los anuncios de televisión). Es decir, puede suceder que el empresario no pueda aportar la información mínima exigida del derecho de desistimiento, y lo haga mediante otro medio y en otro momento, a través de enlace página web o número de teléfono (art. 6.1 h) Directiva 2011/83). Se trata de coherencia los requisitos de información (cfr. art. 355 BGB y 98.4 TRLGDCU de la legislación alemana y española respectivamente), con las restricciones materiales inherentes al medio

⁷⁴ FERNÁNDEZ PÉREZ, N. «Régimen de información», *El nuevo régimen de la contratación a distancia de consumidores*, 1, La Ley, Madrid, 2009, p. 35.

⁷⁵ PICATOSTE BOBILLO, J. «Derecho de la información en la contratación con consumidores», *Actualidad civil*, 4, La Ley, 2011, p. 425.

PRINCIPIOS AXIOLÓGICOS EN LA CONTRATACIÓN *INTER ABSENTES* EN LA UE ■

elegido. En definitiva, el TJUE matiza su postura inicial de STJUE el 5 de julio de 2012 haciendo una interpretación más amplia respecto a la exigencia de los requisitos de información precontractual del derecho de desistimiento del consumidor. En suma, el empresario podrá aportar el modelo de formulario aunque para ello utilice otro medio y momento siempre que sea en términos claros y comprensibles (cfr. STJUE de 23 de enero de 2019 C-430/17).

