

SERGIO CÁMARA LAPUENTE
Catedrático de Derecho Civil
Universidad de La Rioja

**CONTRATOS Y PROTECCIÓN JURÍDICA
DEL CONSUMIDOR**



Ediciones
Olejnik

Título: Contratos y Protección Jurídica del Consumidor.

© Sergio Cámara Lapuente.

Edición: 2018

© Copyright de la presente edición:

Ediciones Olejnik

Huérfanos 611, Santiago-Chile

E-mail: contacto@edicionesolejnik.com

Web site: <http://www.edicionesolejnik.com>

ISBN: 978-956-392-312-4

Esta obra es un resultado del Proyecto de Investigación I+D+i financiado por el Ministerio de Economía, Industria y Competitividad de España, n°DER2017-84748-R, del que el autor es Investigador Principal.

Diseño de carátula: Ena Zuñiga

Diagramación: Hayden Méndez, yiset_mendez@hotmail.com

Reservados todos los derechos. Ni la totalidad ni parte de la presente edición de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico ni mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación, sin la autorización escrita de los titulares del "Copyright".

Impreso en Argentina

2018

Printed in Argentina

ÍNDICE

Presentación.....	19
-------------------	----

SECCIÓN I

EL CONSUMIDOR Y SUS REGÍMENES DE PROTECCIÓN

1

EL CONCEPTO LEGAL DE “CONSUMIDOR” EN EL DERECHO PRIVADO EUROPEO Y EN EL DERECHO ESPAÑOL: ASPECTOS CONTROVERTIDOS O NO RESUELTOS

1. Descripción del panorama normativo sobre la noción de “consumidor” ...	29
1.1. Normativa de la Unión Europea.....	30
1.2. Interpretación del Tribunal de Justicia de la Unión Europea	31
1.3. Textos con vocación armonizadora del Derecho privado europeo	32
1.4. Normativa española	33
2. Valor actual de la noción española de “consumidor” previa al Texto Refundido de 2007: “Destinatario final” e “integración en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros” (el art. 1 LGDCU y su actual plasmación en la E.M. del TR-LGDCU).	36
2.1. Novedades de la regularización/aclaración del concepto a través de la Exposición de Motivos	36
2.2. Dos actitudes ante la discordancia de la LGDCU con las Directivas comunitarias	38
2.3. Propuesta de interpretación del valor de la noción subsistente en la exposición de motivos.....	44
3. Elementos del concepto legal.....	46
3.1. El sujeto: el problema de las personas jurídicas	46
3.1.1. El desajuste entre el Derecho español y el Derecho comunitario	46
3.1.3. Delimitación de las personas jurídicas incluidas, “lege lata”, en el art. 3 TR-LGDCU	49
3.2. El acto de consumo: la amplitud del término “actuar” y los problemas de la actividad empresarial futura y el ánimo de lucro	52

3.3. El (nuevo) criterio negativo: “actuar en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional”; su lectura jurisprudencial.....	53
4. Criterios irrelevantes para el concepto legal.....	57
4.1. Relación directa o indirecta del acto de consumo empresarial con el núcleo de la actividad empresarial	57
4.2. Competencia técnica del empresario en el acto de consumo empresarial (el “empresario no experto”)	60
4.3. Competencia técnica del consumidor en el acto de consumo (las nociones de “consumidor medio” y “consumidor vulnerable”).....	61
4.4. Conocimiento o desconocimiento del empresario de los fines perseguidos por el supuesto consumidor.....	63
4.5. Volumen de la actividad empresarial de quien realiza un acto de consumo empresarial (las pequeñas empresas y los empresarios en situación de desigualdad).....	64
5. Situaciones dudosas, no resueltas o no contempladas.....	65
5.1. “Actos mixtos” o adquisiciones para uso doble (personal y profesional)	65
5.2. Consumidor activo o pasivo: el problema del consumidor vendedor (C2B).....	69
5.3. Consumidor representado por un profesional (C2C)	70
5.4. Carga de la prueba de la condición de consumidor.....	73
6. A modo de conclusión	74

2

LA CODIFICACIÓN DEL DERECHO DE CONSUMO:
¿REFUNDACIÓN O REFUNDICIÓN?

(MODELOS Y ENSEÑANZAS DESDE EL DERECHO COMPARADO)

1. La materia susceptible de codificación: el Derecho de consumo	79
1.1. Derecho privado y Derecho público en defensa de los consumidores	82
1.2. ¿Codificar todo el Derecho de consumo, el Derecho privado o sólo el Derecho contractual? Disciplinas y competencias: mercantil vs. civil.	84
1.2.1. Opciones <i>ratione materiae</i>	84
1.2.2. El Derecho privado de consumo: ¿Derecho civil o Derecho mercantil?	86
1.2.3. ¿Monismo o dualismo? Código civil único o Código civil y Código de Comercio.....	87

ÍNDICE

1.2.4. La historia de la codificación y los actos mixtos empresariales	89
1.2.5. El Anteproyecto de Código Mercantil español de 2014 y el Derecho de consumo	91
2. La técnica legislativa: los Códigos, sus rasgos y las tendencias en el Derecho comparado	95
2.1. El Derecho de consumo en los sistemas jurídicos de la Unión Europea: o en Códigos civiles o en Códigos de Consumo	95
2.2. En especial, la nueva re-codificación de consumo en algunos sistemas paradigmáticos	99
2.2.1. Italia, 2005	99
2.2.2. Bulgaria, 2005	100
2.2.3. Francia, 1993 (y 2014-2016)	101
2.2.4. Luxemburgo, 2011	103
2.2.5. Bélgica, 2013	103
2.2.6. Reino Unido, 2015	105
2.2.7. Recapitulación de tendencias comparatistas	107
2.3. “Códigos-refundación” versus “Códigos-refundición” (siglo XIX versus siglo XXI)	108
2.3.1. Rasgos	108
2.3.2. Argumentario sobre la inserción del consumo en el Código civil o en su autónomo Código de Consumo	111
3. El contenido: las materias incluidas y excluidas en las codificaciones de consumo	114
3.1. Materias más aptas para la codificación	114
3.3. Materias menos aptas, a la luz de las normativas nacionales	116
4. Reflexiones finales: ¿hacia dónde, cómo y para qué?	117

SECCIÓN II

LA DEFENSA JURÍDICA FRENTE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS EN EL DERECHO EUROPEO Y ESPAÑOL

3

¿DE VERDAD PUEDE CONTROLARSE EL PRECIO DE LOS CONTRATOS MEDIANTE LA NORMATIVA DE CLÁUSULAS ABUSIVAS? (DE LA STJUE 3.10.2010 A LA STS 9.5.2013)

1. Planteamiento	123
2. Lo que la sentencia del TJUE dice (sobre el Derecho nacional y el de la	

Unión Europea) y lo que no puede decir (sobre el Derecho nacional)	125
3. La falta de transposición del artículo 4.2 de la Directiva en España y en otros sistemas legales: la peculiaridad “negligente” del silencio español	133
3.1. Las interpretaciones discrepantes sobre la falta de transposición	133
3.2. La incidencia del silencio legislativo en el examen judicial de las cláusulas de redondeo antes de la sentencia <i>Caja Madrid</i>	136
4. El impacto aparente, el impacto real y el impacto debido de la STJUE <i>Caja Madrid</i> en el sistema legal español	137
4.1. ¿Fin de la controversia (“no con un estallido, sino con un quejido”)? No, en absoluto	137
4.2. La jurisprudencia del Tribunal Supremo tras la STJUE “ <i>Caja Madrid</i> ”: ambigüedad y contradicciones hasta el cierre por la STS (Pleno) 9 mayo 2013.....	138
4.3. Conclusión: la incertidumbre sobre el control judicial de precios y la pasividad del legislador	145
5. Cuestiones no resueltas por la sentencia <i>Caja de Madrid</i> y problemas futuros	146
5.1. ¿Qué son “objeto principal del contrato” y “adecuación entre precio y bienes” a los efectos del artículo 4.2 de la Directiva?.....	147
5.2. ¿Criterios objetivos o subjetivos para determinar qué es el objeto principal del contrato?	151
5.3. ¿Cuáles son los criterios para controlar como abusivos los elementos esenciales?.....	151
5.4. Las conexiones de la sentencia con otras sentencias recientes del TJUE (“Aziz” y “Banco Exterior de Crédito”).....	152
6. Conclusión.....	154

4

TRANSPARENCIAS, DESEQUILIBRIOS E INEFICACIAS
EN EL RÉGIMEN DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS

1. Presentación y conclusiones.....	159
2. Transparencias.....	162
2.1. Esbozo crítico de la legislación y la jurisprudencia españolas a la luz de las europeas	162
2.1.1. La falta de transposición del art. 4.2 de la Directiva 93/13/CEE y su interpretación jurisprudencial	162
2.1.2. Tres afirmaciones discutibles del Tribunal Supremo (2013-2015)	

ÍNDICE

sobre el control de las cláusulas suelo y la transparencia	164
2.1.3. Naturaleza jurídica y origen del control de transparencia según el TS: ¿carácter abusivo “directo”? Síntesis y discrepancia	166
2.2. Las consecuencias de la falta de transparencia en la Directiva, en los diversos Estados Miembros y en los proyectos armonizadores.....	168
2.2.1. El carácter “mutante” y “abierto” del control de transparencia en la Directiva	168
2.2.2. Alemania.....	176
2.2.3. Reino Unido.....	178
2.2.4. Italia.....	182
2.2.5. Francia.....	183
2.2.6. DCFR vs CESL: el paradigma de las discrepancias subyacentes.....	185
2.2.7. Las precisiones del TJUE hasta la fecha.....	189
2.2.8. Recapitulación argumental y defensa del control de incorporación desligado de la abusividad	198
2.3. La aplicación del nuevo control (jurisprudencial) de transparencia en el Derecho español y sus riesgos	205
2.3.1. Consecuencias potenciales de la delimitación jurisprudencial de la transparencia	205
2.3.2. Necesidad de reforma legislativa expresa y posibles parámetros orientativos.....	210
2.3.3. Un corolario: la actuación notarial ante las cláusulas abusivas en el ínterin.....	213
3. Desequilibrios	215
3.1. El “desequilibrio jurídico” y el papel del Derecho dispositivo	215
3.2. El “desequilibrio económico”	216
3.3. Las cláusulas que definen el objeto principal del contrato.....	217
4. Ineficacias	220
4.1. La irretroactividad de los efectos de la nulidad de la cláusula por falta de transparencia	221
4.2. Consecuencias jurídicas de la nulidad de una cláusula (0% de intereses moratorios)	222
4.3. Consecuencias del carácter abusivo de una cláusula para el contrato: límites de la integración y crítica al “juicio de la eficacia resultante del contrato”	227
5. Para concluir: mayor seguridad jurídica preventiva, una propuesta...	230

EL CONTROL DE INCORPORACIÓN Y TRANSPARENCIA DE LAS CONDICIONES GENERALES
DE LA CONTRATACIÓN: UN NECESARIO REPLANTEAMIENTO

1. Introducción.....	237
2. Los beneficiarios del control de transparencia (sólo consumidores): aspectos conflictivos	240
2.1. El control de oficio de las cláusulas abusivas, de la transparencia y de la condición de consumidor.....	240
2.2. La carga de la prueba de la condición de consumidor: ¿quién debe probar qué?	242
2.3. Casos dudosos que sí merecen la consideración de consumidor..	244
2.4. Casos dudosos que no deberían merecen la consideración de consumidor	247
3. El control de transparencia según la configuración del Tribunal Supremo	251
3.1. El art. 4.2 de la Directiva 93/13 está vigente en España y de él se deriva un especial control de transparencia con rasgos genuinos (STS 241/2013, de 9 mayo)	251
3.2. La consecuencia de la falta de transparencia es el carácter abusivo directo de la cláusula (SSTS 464/2014, de 8 septiembre y, sobre todo, 138/2015, de 24 marzo y posteriores).	254
3.3. Irretroactividad limitada de la nulidad de la cláusula no transpa- rente (SSTS 139/2015, de 25 marzo y 222/2015, de 29 abril). Conclusiones del AG del TJUE de 13 julio 2016	258
3.4 El control de transparencia no se aplica a contratos entre empre- sarios (STS 367/2016, de 3 junio).....	261
3.5 El control de transparencia no se aplica a otras cláusulas predis- puestas que no definan el objeto principal del contrato (STS 483/2016, de 14 julio).....	263
4. La necesaria reconducción del control de transparencia al control de incorporación.....	265
5. Algunos problemas (sustantivos y procesales) sobre incorporación y transparencia en la praxis judicial de hoy	269
5.1. Sobre los requisitos y aplicación del control de transparencia	269
5.2 De la transparencia a la incorporación... (contratos entre empre- sarios, B2B).....	278

ÍNDICE

6

EXPERIENCIAS ESPAÑOLAS EN EL (REDUCIDO) ÁMBITO DE CONTROL DE LAS CLÁUSULAS EN LOS CONTRATOS ENTRE EMPRESARIOS

1. El marco legal: los materiales para construir.....	283
1.1. La normativa general sobre la contratación estandarizada y las cláusulas abusivas.....	283
1.2. La normativa especial sobre el control de contenido en ciertos contratos B2B y las normas sectoriales.....	290
2. El marco jurisprudencial (ortodoxo): construcciones limitadas (a consumidores).....	292
2.1 El control de contenido de las cláusulas en contratos B2B según el Tribunal Supremo.....	292
2.2. El control de incorporación y el de transparencia (2013-) en contratos B2B según el Tribunal Supremo.....	295
2.2.1. De la incorporación a la transparencia en la STS (Pleno) de 9 de mayo de 2013.....	295
2.2.2. Un desenfoque: falta de transparencia igual a carácter abusivo directo de la cláusula.....	296
2.2.3. El nuevo control de transparencia tampoco se aplica a contratos B2B (STS [Pleno] de 3 de junio de 2016).....	300
3. Argumentaciones de los tribunales (y de la doctrina) para ampliar ambos controles a los contratos B2B (el marco jurisprudencial “heterodoxo”): construcciones extralimitadas.....	302
3.1. Jugando con el concepto legal de “consumidor”.....	302
3.2. Imaginando nuevas interpretaciones del marco legal existente....	306
4. El futuro inmediato: “der Teufel steckt in...” <i>obiter dicta</i> , votos particulares y propuestas.....	309
5. Conclusiones.....	310
Bibliografía.....	312

7

DOCE TESIS SOBRE LA STJUE DE 21 DE DICIEMBRE DE 2016: SU IMPACTO EN LA JURISPRUDENCIA DEL TJUE Y DEL TS, NO SÓLO SOBRE LA RETROACTIVIDAD DE LA NULIDAD DE LAS CLÁUSULAS SUELO

1. Introducción.....	319
2. Consecuencias para el Derecho de la Unión Europea.....	320

2.1. Tesis 1: la cláusula abusiva nula no ha existido, por tanto es ineficaz <i>ex tunc</i> , con retroactividad plena [TJUE contra TS]	320
2.2. Tesis 2: la ineficacia de las cláusulas abusivas (“no vincularán”) merece una interpretación autónoma por el TJUE, no por los Estados Miembros [TJUE contra AG Mengozzi]. Y el TS no elevó la protección de la Directiva	323
2.3. Tesis 3: el control de transparencia del art. 4.2 (para elementos esenciales del contrato) es idéntico al del art. 5 (para todas las cláusulas no negociadas) [TJUE contra TS]	330
2.4. Tesis 4: ¿Las consecuencias de la falta de transparencia sí están en la Directiva, en concreto, estriban en la declaración de abusividad? [TJUE, acaso actuando <i>ultra vires</i> , con el TS]	331
2.5. Tesis 5: ante una cláusula no transparente, ¿procede declarar su abusividad directa o ponderar su posible abusividad? [TJUE aún indefinido, TS sí directa]. La tesis alternativa de la no incorporación.	332
2.6. Tesis 6: la jurisprudencia del TJUE goza de primacía y competencias exclusivas vedadas a la jurisprudencia nacional.	334
2.7. Tesis 7: la protección de los consumidores tiene (pocos) límites: la cosa juzgada es uno de ellos [TJUE más protector que AG Mengozzi]	335
2.8. Tesis 8: sobre las cuestiones no resueltas: los “graves trastornos económicos” hay que acreditarlos, la “buena fe de los círculos interesados” no parece compatible con la declaración de abusividad	337
3. Consecuencias para el Derecho español.....	338
3.1. Tesis 9: ¿Responsabilidad patrimonial del Estado por infracción del Derecho de la Unión Europea por el Tribunal Supremo? No	338
3.2. Tesis 10: el planteamiento de cuestiones prejudiciales por los tribunales españoles es beneficioso y necesario para la depuración y el progreso tanto del Derecho español como del Derecho de la UE	341
3.3. Tesis 11: ¿La cláusula suelo de veras constituye el objeto principal del contrato?	342
3.4. Tesis 12: la STJUE sí deberá incidir en los procesos en curso, en la jurisprudencia venidera y en una necesaria reforma legislativa, aunque no se podrán revisar todos los actos ya consumados (efectos de la cosa juzgada, valor de las renunciaciones y compensaciones, etc.).....	344
Bibliografía	349

ÍNDICE

8

LAS SENTENCIAS POSTERIORES A LA STJUE 21 DE DICIEMBRE DE 2016. EL CONTROL DE TRANSPARENCIA SIGUE EN CONSTRUCCIÓN, MUTA Y MUTARÁ AÚN MÁS: HACIA LA TRANSPARENCIA SUBJETIVA

1. Planteamiento	355
2. En resumen, “insistencias en Luzbel” y novedades: las previsibles y las inesperadas	357
3. Retroactividad de los efectos de la nulidad	360
3.1. La rectificación	360
3.2. La ausencia de cosa juzgada (derivada de la STS 241/2013, de 9 de mayo).....	361
3.3. El rechazo a plantear nuevas cuestiones prejudiciales (“en principio” y “buena fe”).....	362
4. La falta de transparencia abre el juicio de la abusividad.....	365
5. Requisitos de la transparencia: no es preciso mencionar ni verificar todos los parámetros de la STS 241/2013, de 9 de mayo.....	370
6. ¿Debe ser distinto el control de transparencia en procedimientos individuales y en procedimientos colectivos?	371
6.1. Algunas afirmaciones anteriores contradictorias	371
6.2. Los nuevos medios de prueba: el papel del Notario.....	373
6.3. De la transparencia objetiva a la transparencia subjetiva.....	375
7. Conocimiento, comprensión, negociación y consentimiento: la auténtica encrucijada.....	379
8. Conclusión.....	384

SECCIÓN III

EL CONSUMIDOR Y LOS CONTENIDOS DIGITALES

9

LA NUEVA PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR DE CONTENIDOS DIGITALES TRAS LA DIRECTIVA 2011/83/UE Y LA LEY 3/2014

1. El marco legal y fáctico de la nueva protección	391
1.1. Consideraciones introductorias. La necesaria adaptación del Dere- cho de consumo al entorno digital	391
1.2. El origen europeo del nuevo régimen legal español: el trasfondo de la Directiva 2011/83	396

1.2.1. El proceso de gestación europea de las reglas sobre contenidos digitales.....	396
1.2.2. Recuento de las nuevas reglas y aspectos no abordados	400
2. Categorías, conceptos, naturalezas: ¿cruciales o prescindibles?	402
2.1. El contrato sobre contenidos digitales: ¿compraventa vs. servicios? ¿Un <i>tertium genus</i> ?.....	402
2.1.1. Las categorías contractuales típicas, las dificultades de encaje y la decisión del legislador	402
2.1.2. Algunos rasgos genuinos de los contratos sobre contenidos digitales (propiedad, uso y contenidos digitales con y sin “soporte material”, off line/on line)	405
2.1.3. La gratuidad: ¿también en los contratos gratuitos el consumidor debe quedar protegido?	413
2.2. El objeto del contrato: ¿bienes, productos, servicios? Rizar el rizo o el síndrome del rizoma	415
3. Aclarando el nuevo régimen legal: ¿qué se aplica y qué no se aplica a los contenidos digitales en el TR-LGDCU?	421
4. Análisis de las tres novedades expresas contenidas en el TR-LGDCU tras la Ley 3/2014.....	422
4.1. La definición de “contenidos digitales”	422
4.2. Los nuevos requisitos de información precontractual sobre los contenidos digitales	425
4.2.1. Información sobre su “funcionalidad”	429
4.2.2. Información sobre su “interoperabilidad”	447
4.2.3. ¿Por qué, para qué y cómo suministrar esa nueva información? Sanciones y valoración del modelo voluntario propuesto por la Comisión Europea en junio de 2014.....	450
4.3. El derecho de desistimiento del contrato sobre contenidos digitales	459
4.3.1. Sentido de su introducción <i>ex lege</i> y valoración	459
4.3.2. Excepciones al derecho de desistimiento	464
4.3.3. Dies a quo para el cómputo del plazo de su ejercicio	469
4.3.4. Costes del desistimiento	470
5. Recapitulación y conclusiones	474

ÍNDICE

10

EL RÉGIMEN DE LA FALTA DE CONFORMIDAD EN EL CONTRATO DE SUMINISTRO DE CONTENIDOS DIGITALES SEGÚN LA PROPUESTA DE DIRECTIVA DE 9.12.2015

1. Introducción.....	481
1.1. Puesta en contexto de la Propuesta de Directiva sobre contratos de suministro de contenidos digitales	481
1.2. Breves observaciones sobre cuatro cuestiones preliminares.....	488
2. La conformidad de los contenidos digitales con el contrato	502
2.1. Visión general y carencias del sistema diseñado en la Propuesta de Directiva.....	502
2.2. Parámetros de conformidad: crítica de la desconsideración de las legítimas expectativas	503
2.3. Tiempo.....	521
2.4. Prueba.....	524
3. Responsabilidad del suministrador y remedios.....	525
3.1. Responsabilidad por falta de suministro: ¿sólo cabe resolver?	526
3.2. Responsabilidad por suministro no conforme con el contrato	529
4. En particular, la resolución del contrato	537
4.1. Requisitos de la resolución por faltas de conformidad.....	538
4.2. Forma.....	541
4.3. Consecuencias	542
4.4. Resolución parcial.....	553
5. En particular, la indemnización por daños y perjuicios	554
6. Conclusiones	558
Bibliografía	565

11

UNA PROSPECTIVA CRÍTICA SOBRE EL RÉGIMEN DE LOS CONTRATOS DE SUMINISTRO DE CONTENIDOS DIGITALES:ACERCA DE ALGUNAS DECISIONES LEGALES EN CURSO SOBRE SU CONCEPTO, ÁMBITO SUBJETIVO, INFORMACIÓN, DESISTIMIENTO Y CONFORMIDAD

1. La acción legislativa desde la Unión Europea.....	573
1.1. La Directiva 2011/83 sobre derechos de los consumidores en contexto	573
1.2.La Propuesta de Directiva sobre el contrato de suministro de contenidos digitales de diciembre de 2015 y sus enmiendas.....	574
1.3. Previsiones de reforma del acervo de consumo y normativa conexa	576

17

1.4. Plan de exposición	578
2. Las principales reglas vigentes (en revisión) y las inminentes	579
2.1. Información precontractual	579
2.2. Derecho de desistimiento.....	584
2.3. Falta de conformidad con el contrato y remedios	587
3. Algunos aspectos transversales especialmente conflictivos sobre el ámbito objetivo y subjetivo.....	593
3.1. Concepto: ¿"contenidos digitales" o "productos y servicios digitales"? ¿Y el internet de las cosas (contenidos integrados en bienes)?.....	593
3.2. El "suministrador" como titular de las nuevas obligaciones legales: ¿y el papel de las "plataformas de intermediación online"?.....	596
3.3. ¿Protección para contratos "gratuitos" de suministro? Datos a cambio de prestaciones digitales y sus especialidades.....	600

12

LOS CONTENIDOS DIGITALES COMO OBJETO DE PROPIEDAD: ASPECTOS
PROBLEMÁTICOS DE SU TRANSMISIÓN
(EN PARTICULAR, EN CONTRATOS CON CONSUMIDORES)

1. Introducción.....	607
2. La eclosión de los bienes inmateriales como objeto del tráfico jurídico: diferencia entre el objeto de la propiedad y el objeto de la cesión contractual	609
2.1. La "propiedad" de bienes inmateriales y contenidos digitales	609
2.2. La forma de suministro o acceso a los contenidos digitales	612
2.3. Indicadores de la naturaleza de la cesión de la propiedad o del uso de los contenidos digitales.....	616
3. Las distintas aproximaciones legislativas a la naturaleza jurídica de los contenidos digitales	622
4. La configuración de los contenidos digitales en las recientes normas de protección de los consumidores	627
4.1. Marco legal existente y normas inminentes	627
4.2. Objeto del contrato de suministro de contenidos digitales (¿o de "productos digitales" y de "servicios digitales"?)	629
4.3. Naturaleza del contrato de suministro de contenidos digitales....	631
4.4. En particular, los problemas de la restitución de las contraprestaciones	633

PRESENTACIÓN

La amable invitación de Ediciones Olejnik para reunir en un solo volumen una *colección* de obras escogidas o seleccionadas en el ámbito de la protección jurídica de los consumidores permite constatar el vertiginoso avance legislativo y jurisprudencial de esta materia en breve lapso del último lustro. En el contexto europeo y español, la propia noción de “consumidor”, las diversas técnicas legislativas de protección de los usuarios, la adaptación jurisprudencial de los diversos controles frente a las cláusulas abusivas o el incipiente surgimiento de normas europeas para afianzar la contratación de contenidos digitales han sido objeto de modificaciones de tal calado que, en ocasiones, el jurista no especializado –e incluso el experto– se encuentra desorientado sobre el estado de cada cuestión y el porqué de las soluciones adoptadas.

Las materias referidas son, probablemente, las que más acelerada transformación han sufrido dentro de la contratación de consumo y ello explica la *estructura* de la presente obra. En una *primera sección*, bajo el título de *El consumidor y sus regímenes de protección* se recogen dos ensayos introductorios con un claro perfil de Derecho comparado. Por una parte, *El concepto legal de «consumidor» en el Derecho privado europeo y en el Derecho español: aspectos controvertidos o no resueltos* constituye el ensayo más antiguo (2011) de los compilados y en él se aprecia la evolución normativa de esta noción y las múltiples lagunas y dudas que deja abiertas. Algunas de éstas han sido afrontadas con posterioridad por el Tribunal Supremo (TS) español o por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), como ocurre con los actos mixtos o de doble finalidad (STS 5.4.2017), los contratos de consumo celebrados con ánimo de lucro (desde la STS 16.1.2017 a la STS 23.3.2018) o los supuestos de consumidor representado por profesional (STJUE 9.11.2016, *Wathelet*) y eran abordadas en ese ensayo con diversas argumentaciones y propuestas que mantienen su vigencia. Una relectura actualizada de estas cuestiones y otras nuevas a la luz de recientes fallos judiciales puede encontrar el lector en la primera parte del capítulo 5 de este volumen (*El control de incorporación...*, 2016), que se revela así como complementario del primero. Por otra parte, el capítulo 2, *La codificación del Derecho de consumo: ¿Refundación o refundición?* (2015) afronta sobre el mapa europeo la diversidad de técnicas legislativas empleadas por los ordenamientos jurídicos para dotar a sus consumidores de las normas de protección. El ensayo, que parte de una ponencia impartida por el autor en la Universidad de Barcelona, indaga entre las soluciones procedimentales y sustantivas adoptadas en diferentes sistemas jurídicos (insertar las normas de consumo en Códigos civiles o mercantiles o aprobar autónomos Códigos de consumo, abundar en normas de Derecho civil o promover una mayor acción administrativa, acotar las materias reguladas en diversos Estados que no han sido objeto de armonización europea, etc.),

para proponer la necesaria refundación de este acervo normativo, hasta ahora sometido tan sólo a una refundición *à droit constant*.

La *segunda sección* de este volumen está dedicada a algunos de los aspectos capitales del régimen de defensa frente a las cláusulas abusivas diseñado en suelo europeo por la Directiva 93/13/CEE. Curiosamente, una norma que cumple ahora un cuarto de siglo ha despertado de su apacible actividad en sólo los cinco últimos años con un frenético y revolucionario impacto en el Derecho de los Estados Miembros por efecto de su aplicación por los tribunales, tanto por los nacionales como por el TJUE. Para narrar y analizar esta historia de radical transformación, se han seleccionado seis contribuciones que explican cada uno de sus hitos principales y testimonian la posición crítica del autor en defensa de lo que se consideran las soluciones más abonadas para categorías e instrumentos recientemente creados, como el llamado “control de transparencia” de las cláusulas no negociadas individualmente. Si bien al convivir estos ensayos ahora en un solo volumen pueden apreciarse algunas reiteraciones argumentativas, fruto de la defensa de soluciones coherentes al hilo de cada nuevo viraje jurisprudencial, se ha optado por mantener el texto inalterado, tanto por respeto a como fue publicado cada uno en su momento, como porque puedan leerse en clave de evolución histórica, de la mano de la maduración de los propios conceptos que se examinan.

Así, el capítulo 3, que abre esta sección, afronta la pregunta básica: *¿De verdad puede controlarse el precio de los contratos mediante la normativa de cláusulas abusivas?* (2013); fue publicado poco después y al hilo de la germinal STS 9.5.2013. Dado que España no transpuso formalmente el art. 4.2 de la Directiva 93/13, ha planeado una y otra vez sobre los tribunales españoles la duda de si es posible someter las cláusulas que versan sobre los elementos esenciales del contrato (y, en particular, sobre el precio), a los controles de las cláusulas abusivas. La pregunta alcanzó tal trascendencia y acuciosidad, que el Tribunal Supremo español llegó a plantear cuestión prejudicial al efecto al TJUE; con la STJUE 3.6.2010 (“*CajaMadrid*”) comienza este relato, que se centra en el novedoso “control de transparencia” creado por la STS 9.5.2013, como un filtro distinto al control de incorporación de las condiciones generales de la contratación y al control de contenido sobre las cláusulas abusivas.

En *Transparencias, desequilibrios e ineficacias en el régimen de las cláusulas abusivas* (2015) se recoge la conferencia impartida el 25 de marzo de 2015 en la sede de la Academia Matritense del Notariado. En ella, el autor se vale de materiales procedentes del Derecho comparado y de un examen de la jurisprudencia del TJUE recaída hasta el momento, para proponer algunas soluciones alternativas a los planteamientos con los que el Tribunal Supremo español había ido perfilando algunas de sus soluciones; en particular, se sostiene que el control de transparencia debería configurarse como una modalidad del control de incorporación y no como un subtipo del control de contenido que aboca en la declaración de esas estipulaciones como cláusulas abusivas y además de forma directa, y no tras un examen ponderado de las diversas circunstancias que marca la ley. Este ensayo ha tenido cierto recorrido posterior al haber sido citado y asumida su tesis central por el voto particular a la también plenaria e importante STS 3.6.2016. Por lo demás, se abordan en ese capítulo otras cuestiones de calado como la forma de constatar

el desequilibrio de derechos y obligaciones, la propuesta de que los intereses de demora declarados abusivos deben dejarse en el 0% o la inadecuación del mecanismo de reemplazo de la cláusula abusiva por el Derecho dispositivo como regla general para cualesquiera estipulaciones; asuntos, estos últimos, que están precisamente bajo escrutinio del TJUE a resultas de dos cuestiones prejudiciales planteadas por nuestro TS en febrero de 2017 (asuntos C-70/17 y C-94/17), la primera pendiente de resolución, la segunda dilucidada en la reciente STJUE 7.8.2018, sobre intereses moratorios.

El capítulo 5, titulado *El control de incorporación y transparencia de las condiciones generales de la contratación: un necesario replanteamiento* (2016) ahonda en estas materias, tratando de llevarlas al terreno procesal más práctico sobre cómo aplicar en los tribunales de instancia estas nuevas creaciones judiciales. Tiene su origen en una conferencia impartida en un curso de formación judicial celebrado en la sede del Consejo General del Poder Judicial en Madrid septiembre de 2016.

Una de las controversias que más intensamente comenzaron a sentirse en los tribunales españoles pocos años después de la STS 9.5.2013 fue (y sigue siendo) la posibilidad de aplicar el nuevo control de transparencia a los contratos celebrados por empresarios adherentes que se veían perjudicados por cláusulas similares a las impuestas a los consumidores (como las cláusulas suelo en los préstamos bancarios a interés variable). Este problema se aborda en *Experiencias españolas en el (reducido) ámbito de control de las cláusulas en los contratos entre empresarios* (2017), que constituye aquí el capítulo 6 y tiene su origen en la conferencia impartida por el autor en una jornada sobre cláusulas abusivas celebrada en la Universidad de Münster el 23 de junio de 2016, cuyos resultados serían publicados al año siguiente en un volumen colectivo por la editorial alemana Nomos. Precisamente, la importante y ya citada STS (pleno) 367/2016, de 3 de junio, abordaría este problema por vez primera como *ratio decidendi*, con una solución distinta a la que se defiende en el texto, en el que se contextualiza asimismo ese fallo.

Posiblemente, la sentencia más mediática de los últimos años en este campo, la STJUE 21.12.2016 (asunto *Gutiérrez Naranjo*), ha supuesto un punto de inflexión insoslayable no sólo para el ordenamiento español, sino para el resto de sistemas nacionales y para el propio Derecho privado de la Unión Europea al arrogarse el TJUE una competencia que acaso transite sin plena legitimidad desde la interpretación a la integración de la Directiva 93/13. Sea como fuere, esta STJUE desautorizó el planteamiento del TS español acerca del carácter no plenamente retroactivo de la nulidad de las cláusulas suelo que no superaban el control de transparencia. La revista *Indret* le dedicó una sección monográfica a las pocas semanas de aparecer y de ahí procede este capítulo 7, titulado, como en su primigenia publicación, *Doce tesis sobre la STJUE 21 de diciembre de 2016: su impacto en la jurisprudencia del TJUE y del TS, no sólo sobre la retroactividad de la nulidad de las cláusulas suelo* (2017). Este capítulo se complementa con el siguiente, que cierra sección, titulado *Las sentencias del Tribunal Supremo posteriores a la STJUE 21 de diciembre de 2016. El control de transparencia sigue en construcción, muta y mutará aún más: hacia la transparencia subjetiva* (2017), en el que se evalúan los nuevos matices aportados por las seis sentencias del TS posteriores a la resolución europea (de las SSTS de 24 febrero

2017 y 9 marzo 2017, que acatan el fallo y cambian la jurisprudencia española, a la STS 25 mayo 2017, que aventura nuevos parámetros sobre cómo ha de practicarse el control de transparencia en función del perfil del consumidor).

La *tercera y última sección* de este libro tiene por objeto *El consumidor y los contenidos digitales*. En ella se acogen cuatro ensayos, que abordan la evolución legislativa procedente de la Unión Europea ante la necesidad de crear la llamada “Estrategia del Mercado Único Digital Europeo”. Los extensos dos primeros desglosan las reglas procedentes de dos fuentes normativas europeas distintas: la Directiva 2011/83/UE sobre derechos de los consumidores y la Propuesta de Directiva de 9 de diciembre de 2015 sobre contratos de suministro de contenidos digitales, cuya aprobación definitiva está prevista para finales de 2018. Así, el capítulo 9, titulado *La nueva protección del consumidor de contenidos digitales tras la Directiva 2011/83/UE y la ley 3/2014* (2014), aborda las nuevas reglas sobre el concepto de contenido digital, los requisitos de información precontractual y el derecho de desistimiento en estos contratos a los pocos meses de publicarse la transposición de la Directiva; su origen está en una conferencia impartida el 4 de julio de 2014 en un curso organizado por el Centro de Estudios de Consumo de la Universidad de Castilla-La Mancha. El capítulo 10, titulado *El régimen de la falta de conformidad en el contrato de suministro de contenidos digitales según la Propuesta de Directiva de 9 de diciembre de 2015* (2016), analiza el instrumento central de la normativa proyectada, esto es, la falta de conformidad del contenido digital con el contrato de suministro celebrado y los remedios previstos frente a ese incumplimiento. El germen de este ensayo fue la ponencia realizada en el “Seminario Internacional: Mercado único digital europeo y protección de los consumidores (Las propuestas de Directivas de 9 diciembre 2015 relativas a los contratos en línea y a distancia sobre bienes muebles y contenidos digitales)”, celebrado en la Universidad de La Rioja el 11 de marzo de 2016, cuyos resultados se publicaron en la revista *Indret* ese mismo año.

El capítulo 11, *Una perspectiva crítica sobre el régimen de los contratos de suministro de contenidos digitales: acerca de algunas decisiones legales en curso sobre su concepto, ámbito subjetivo, información, desistimiento y conformidad* (2018), puede leerse como una aproximación muy sintética y actualizada de los principales resultados de los dos capítulos anteriores y trae causa de la ponencia del autor en las “I Jornadas NotarTIC de Derecho Digital”, organizadas por la Cátedra de Derecho Notarial de la Universidad de Sevilla y el Ilustre Colegio Notarial de Andalucía en noviembre de 2016.

Por último, el capítulo 12 aborda una cuestión distinta de las reglas contractuales sobre contenidos digitales promovidas por la Comisión Europea y más ligada al ámbito de la propiedad y los derechos reales. En él hay una tentativa de hallar alguna respuesta a una cuestión hasta la fecha poco explorada –*Los contenidos digitales como objeto de propiedad: aspectos problemáticos de su transmisión (en particular, en contratos con consumidores)* (2018)– que fue planteada para su exposición por el autor en el Congreso Internacional celebrado en la Universidad de Barcelona el 10 de junio de 2016 bajo el título “La propiedad en la construcción del Derecho privado europeo: índices, sistemas de transmisión y objetos” y publicada en 2018.

Como ya se ha expuesto, cada una de estas contribuciones respeta su publicación original. Se han añadido sin embargo, unas pocas notas, las

PRESENTACIÓN

mínimas imprescindibles, de puesta al día en aspectos señeros en que se ha producido un cambio normativo o jurisprudencial relevante en fecha posterior al trabajo primigeniamente publicado. Estas precisiones se indican, en texto o en nota, con la siguiente acotación: “[NB-2018]”.

En la selección de los ensayos de este volumen se ha optado por reproducir aquellos más relevantes del autor sobre cada materia, estuvieran publicados en abierto en revistas electrónicas o en publicaciones de más difícil acceso, para poder ofrecer una pintura completa de las materias retratadas y asegurar su disponibilidad de conjunto al público interesado. Sólo queda agradecer a Ediciones Olejnik y, en especial, a uno de sus promotores, el profesor Carlos Antonio Agurto Gonzáles, su gentil insistencia en esta empresa, con ánimo de difundir, especialmente entre los juristas de Latinoamérica, las investigaciones producidas en Europa, en pos de un diálogo fructífero.

Logroño, agosto de 2018

SERGIO CÁMARA LAPUENTE