

CONTROL DE TRANSPARENCIA EN LA
CONTRATACIÓN A DISTANCIA Y CAUSAS DE SU
INEFICACIA

*TRANSPARENCY CONTROL IN DISTANCE CONTRACTS AND
CAUSES OF ITS INEFFICIENCY*

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 16, febrero 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 874-889



Javier
FERNÁNDEZ-
REGATILLO
VEGA

ARTÍCULO RECIBIDO: 15 de noviembre de 2021

ARTÍCULO APROBADO: 10 de enero de 2022

RESUMEN: Las instituciones de la Unión Europea y los legisladores nacionales llevan años centrando sus esfuerzos en ofrecer protección al consumidor. En este sentido, las leyes ofrecen cada vez mayores garantías. Sin embargo, la era digital y la generalización de la contratación a distancia han supuesto un desafío mucho más complicado de salvar. En este artículo se estudia la normativa vigente en España desde el punto de vista de la transparencia contractual y se compara con los casos pequeños y reales a los que los consumidores se enfrentan en su vida diaria, analizando por qué una regulación tan exhaustiva no resulta eficaz para sortear estos obstáculos que multiplican la vulnerabilidad del consumidor.

PALABRAS CLAVE: Control de transparencia; protección al consumidor; contratación a distancia.

ABSTRACT: *For years, European institutions and national legislators have been focusing on offering consumers the appropriate protection. In this sense, the law is offering more and more guarantees. However, the digital age we live on and the increase of distance contracts have presented a much more difficult challenge to overcome. From the perspective of contractual transparency, this article studies the current regulation in Spain and compares it with the everyday small-cases that consumers actually face in their daily lives, analyzing why such an exhaustive regulation is not effective in overcoming these obstacles that amplify the consumer vulnerability.*

KEY WORDS: *Transparency control; consumer rights; distance contracts.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. TRANSPARENCIA. CONCEPTO Y REGULACIÓN.- I. De la contratación con consumidores y las Condiciones Generales de Contratación. Control de abusividad.- 2. Concepto de transparencia. Regulación y especialidades respecto a la Teoría General. III. ESPECIALIDADES DE LA CONTRATACIÓN A DISTANCIA.- 1. Información precontractual y requisitos formales.- 2. Contratación telefónica.- 3. Contratación vía electrónica.- 4. Conclusiones parciales sobre la regulación de la contratación a distancia. IV. INEFICACIA PRÁCTICA EN CASOS REALES.- 1. Seguro de vehículo, periodo de carencia oculto entre las condiciones accesorias.- 2. Paquete vacacional con el precio sujeto al cumplimiento de determinadas condiciones.- 3. Obstáculos a un control de transparencia eficaz y posibles medidas correctoras.- V. CONCLUSIONES.

I.- INTRODUCCIÓN

Hace ya muchos años que la contratación en masa y los contratos predisuestos se convirtieron en práctica habitual. A pesar de que desde una perspectiva negocial el ciudadano medio se haya acostumbrado a convivir con ellos, lo cierto es que jurídicamente aún siguen definiéndose los límites admisibles desde el punto de vista de la protección al consumidor. Sin embargo, antes de haber conseguido resolver y unificar los criterios contradictorios en la actualidad jurisprudencial, se está consolidando un tipo de contratación a distancia que, sin ser tan nueva como podría pensarse, ha pasado de ser lo excepcional a lo común. Por ello, es urgente conseguir dar una respuesta a cómo, en la práctica, se ven comprometidos los derechos de los consumidores en el marco de una sociedad globalizada en la que las empresas predisponentes son cada vez más grandes. El objetivo de este estudio será acudir a las fuentes normativas y, en relación con la experiencia profesional de mi propio despacho, tratar de analizar las claves para blindar y garantizar el respeto a esos derechos del consumidor. La elección del control de transparencia responde en parte al auge que, sobre todo en materia hipotecaria, se ha vivido los últimos años, pero también a su propia naturaleza indetectable, siendo que descansa y se fundamenta precisamente en factores como la oscuridad y la distorsión del objeto del contrato. ¿Cómo puede detectarse lo que se pretende que pase desapercibido con el ánimo de fomentar la contratación cuando el empresario y el consumidor están separados por kilómetros pero al mismo tiempo sólo a un clic de distancia? El legislador está poniendo sus mejores esfuerzos en tratar de prevenir esta situación, pero la aplicación de la normativa se está revelando altamente ineficaz en el día a día del tráfico jurídico cotidiano.

• **Javier Fernández-Regatillo Vega**
Abogado en ejercicio

II.- TRANSPARENCIA. CONCEPTO Y REGULACIÓN.

I. De la contratación con consumidores y las Condiciones Generales de Contratación. Control de abusividad.

Para hablar de transparencia es necesario circunscribirse primero a la contratación con consumidores en la que los contratos están conformados por cláusulas predispuestas que ya se han generalizado como Condiciones Generales de Contratación. Este tipo de cláusulas cuentan con su propia norma reguladora en España, que mediante la ley 7/1998, de 13 de abril, de Condiciones Generales de la Contratación vino a transponer al Ordenamiento jurídico español el contenido de la directiva europea 93/13 del Consejo de Europa. En tanto que no es éste el objeto principal de este estudio, baste sintetizar los cuatro requisitos identificativos que permiten reconocer que se está ante una condición general de contratación, punto de partida y premisa necesaria para abordar el concepto de transparencia.

Así, conforme al artículo 1.1 de la LCGC, los rasgos que permiten identificar las condiciones generales de contratación y que ya han sido interpretados unánimemente por los tribunales españoles son:

Contractualidad: se refiere a que deben formar parte de las obligaciones asumidas por las partes más allá de las que nacen del mandato de una norma imperativa.

Predisposición: su redacción es anterior a los tratos precontractuales.

Imposición: la cláusula no es negociada. Su inclusión es unilateral por la parte predisponente, siendo consustancial al bien o servicio objeto de la contratación.

Generalidad de contratos: forma parte de modelos contractuales diseñados para aplicarse en masa a una pluralidad de contratos.

El escaso margen de maniobra que estas cláusulas dejan al consumidor origina un desequilibrio patente que justifica la intervención del legislador para proporcionar especial protección en estos casos a quien se encuentra en situación de inferioridad. El fundamento, casi mandato, parece descansar en el artículo 6.1 de la directiva 93/13, cuya letra dice que “Los Estados miembros establecerán que no vincularán al consumidor, en las condiciones estipuladas por sus derechos nacionales, las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre éste y un profesional y dispondrán que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si éste puede subsistir sin las cláusulas abusivas”. Sin embargo, con anterioridad a la promulgación de este texto, la propia Constitución

Española ya establecía en su artículo 51 la posición del poder público como garante de los derechos de consumidores y usuarios.

La clave de este fundamento último reside en dar con las herramientas eficaces que se adapten a las cambiantes formas de contratación, donde la proliferación de los contratos predispuestos ha llevado a articular los mecanismos para llevar a cabo el control de abusividad. Respecto a este control, resulta capital la firmeza con la que el TJUE afirma que corresponde al juez nacional apreciar de oficio la abusividad de las cláusulas contractuales¹. Para ello, el legislador español ha desglosado este control en el control de incorporación y el de contenido, que se resume de la siguiente manera:

En cuanto al control de incorporación, el artículo 5 LCGC regula los requisitos de incorporación de las cláusulas al contrato, para lo que pone el acento en la información ofrecida por el predisponente y en el conocimiento de la misma por parte del consumidor. Termina exigiendo que su redacción ha de ceñirse “a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez”, para concluir que “las condiciones incorporadas de modo no transparente en los contratos en perjuicio de los consumidores serán nulas de pleno derecho”. Aparece por tanto aquí la primera referencia al papel de la transparencia en la validez de las cláusulas predispuestas, destacada hasta el punto de hacerla requisito esencial bajo sanción de nulidad sin que se haya aclarado aún por el legislador su contenido. El artículo 7 LCGC, por su parte, excluye la incorporación de las cláusulas sobre las que no haya tenido conocimiento completo el consumidor, así como expresamente las que presenten una naturaleza “ilegible, ambigua, oscura e incomprensible”, aspectos todos ellos sobre los que nuevamente es necesaria interpretación que los acote.

El control de contenido, por su parte, bajo la denominación genérica “de abusividad”, se desarrolla principalmente en los artículos 80 y siguientes del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. Así, el artículo 82 se refiere a “prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato”. El artículo 80 habla de que las cláusulas deberán cumplir, para no ser consideradas abusivas, los requisitos de “Concreción, claridad

¹ La STJUE de 21 de febrero de 2013 (C-472/11), concerniente a un contrato de la entidad Banif Plus Bank Zrt. en Hungría, no sólo establece el control de oficio, sino que lo extiende a la obligación judicial de promover y acordar las diligencias de prueba necesarias para dilucidar la posible abusividad, amparándose para ello en la precaria situación del consumidor respecto a la empresa, tanto desde el punto de vista de la capacidad negociadora como de acceso a la información. En el mismo sentido, la STJUE de 14 de junio de 2012 (C-618/10) frente al Banco Español de Crédito. Ambas sentencias citan otras que demuestran la consolidación del criterio.

y sencillez en la redacción”, lo que de alguna manera establece una conexión clara y directa con el quinto apartado del artículo 5 LCGC al referirse a los requisitos de incorporación.

Se observan, por lo tanto, en ambos filtros, referencias a un tercer elemento de control basado en la transparencia. A priori, el de transparencia podría dar la impresión de moverse a caballo entre ambos controles, pero el Tribunal Supremo le reconoce independencia respecto a ambos².

2. Concepto de transparencia. Regulación y especialidades respecto a la Teoría General.

Para dibujar la transparencia no cuenta el Derecho español con una definición que esté recogida en una norma sustantiva. Todas las menciones, principalmente las señaladas con anterioridad, hablan de forma indirecta de una “redacción clara y comprensible”, lo que presenta la incerteza propia de las fórmulas vagas, abstractas y subjetivas. Una vez más, han sido los Tribunales los que han venido a suplir esta carencia urgidos por la necesidad que impone la práctica: “el control de transparencia a la postre supone la valoración de cómo una cláusula contractual ha podido afectar al precio y a su relación con la contraprestación de una manera que pase inadvertida al consumidor en el momento de prestar su consentimiento, alterando de este modo el acuerdo económico que creía haber alcanzado con el empresario, a partir de la información que aquel le proporcionó”³.

Paradójicamente, como tantas veces sucede, una definición de seis líneas tal vez no sea un ejemplo de transparencia. Tras todas estas palabras, lo que quiere decir el Tribunal Supremo es que para que haya transparencia en una cláusula el consumidor tendrá que conocer tanto la carga económica (precio) como jurídica (consecuencias o alcance de las obligaciones que asume y cómo se relacionan entre ellas).

El problema se trata entonces de determinar el alcance de este control y cuándo la falta de transparencia altera “de este modo el acuerdo económico que creía haber alcanzado” el consumidor. No es otra cosa que el tradicional vicio en el consentimiento trasladado a los contratos en masa. Lo que parece fuera de toda duda es que, ya sea a la hora de contratar un circuito vacacional, un préstamo hipotecario o de alquilar un vehículo, el consumidor conoce a grandes rasgos lo que está consintiendo, al menos desde una perspectiva simplificada y limitada

2 La célebre sentencia del pleno del Tribunal Supremo nº 241/2013, de 9 de mayo de 2013 (Rollo de casación 485/2012), separa con claridad el control de transparencia, cuyo doble análisis realiza una vez superado el de incorporación y con carácter previo al de contenido. Sintetiza su argumentación en las páginas 41 y 42 de la resolución, aunque se trata de una cuestión sobre la que cabe un amplio debate.

3 STS de 9 de marzo de 2017

al objeto del contrato. Lo que hay que analizar es cuándo ese consentimiento genérico, mayoritario o principal es suficiente y cuándo no.

Esta distinción la hace desde un primer momento el artículo 4.2 de la Directiva 93/13⁴. Lo que este precepto establece es una clara diferenciación entre aquellas cláusulas de carácter esencial y las de carácter accesorio. Sobre las primeras sí habrá de practicarse el control de transparencia y, sólo si lo superan, el de contenido⁵. Las accesorias, dada su menor incidencia en el contrato e incluso la presunción de que no son leídas con detenimiento por el consumidor, no precisan ser transparentes y se procede directamente al control de contenido. Para determinar qué cláusulas son esenciales, el TJUE tiene establecido que corresponde a los juzgadores nacionales, “atendiendo a la naturaleza, al sistema general y a las estipulaciones del contrato de préstamo y a su contexto jurídico y de hecho, apreciar si la cláusula de que se trata constituye un componente esencial de la prestación del deudor...”⁶, entendiendo como esencial todas las que caracterizan el objeto principal del contrato.

En resumen, el control de transparencia se aplica a aquellas condiciones esenciales que afectan al objeto principal del contrato e influyen en el conocimiento por parte del consumidor del precio del contrato y sus consecuencias. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea aborda este control desde el punto de vista de la información suministrada y la publicidad de la misma. Este mecanismo se refleja claramente en varios pronunciamientos que el propio Tribunal incluye en su sentencia de 20 de septiembre de 2017 (C-186/16): “...esta exigencia (...) no puede reducirse sólo al carácter comprensible de éstas en un plano formal y gramatical, sino que, por el contrario, toda vez que el sistema de protección establecido por dicha Directiva se basa en la idea de que el consumidor se halla en situación de inferioridad respecto al profesional en lo referido, en particular, al nivel de información, esa exigencia de redacción clara y comprensible de las cláusulas contractuales, y por ende de transparencia, debe entenderse de manera extensiva”; “incumbe al juez nacional (...) verificar que, en el asunto de que se trata, se comunicaron al consumidor todos los elementos que pueden incidir en el alcance de su compromiso, permitiéndole evaluar, en particular, el coste total de su préstamo. Desempeñan un papel decisivo en dicha apreciación, por una parte,

4 “4.2. La apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible”.

5 El Tribunal Supremo, analizando préstamos hipotecarios, ha llegado a validar cláusulas potencialmente abusivas (limitativas del tipo de interés, referenciadas a IRPH) tras constatar que se trataba de cláusulas transparentes sobre las que el consumidor había comprendido el alcance de su consentimiento, de modo que queda vinculado por el mismo. (i.e. STS de 1 de diciembre de 2017 o 14 de diciembre de 2017). Esta decisión entraría en aparente contradicción con el contenido del artículo 86 LGDCU, supuestos a los que no alcanzaría esta convalidación. Existe debate abierto entre ambas posiciones.

6 Sentencia TJUE de 26 de febrero de 2015 (C-143/13)

la cuestión de si las cláusulas están redactadas de forma clara y comprensible, de forma que permitan a un consumidor medio, a saber, un consumidor normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, evaluar tal coste y, por otra parte, la falta de mención en el contrato de crédito al consumo de la información que se considere esencial a la vista de la naturaleza de los bienes o de los servicios que son objeto de dicho contrato”; “es jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia que reviste una importancia fundamental para el consumidor disponer, antes de la celebración de un contrato, de información sobre las condiciones contractuales y las consecuencias de dicha celebración. El consumidor decide si desea quedar vinculado por las condiciones redactadas de antemano por el profesional basándose principalmente en esa información”.

A la vista de las citas reproducidas, se concluye que el eje sobre el que ha de pivotar la transparencia es el de la información: primero durante la negociación previa al contrato desde el punto de vista de la publicidad de las cláusulas; después sobre el funcionamiento de cada cláusula en relación al resto (consecuencias). En este sentido, los Tribunales españoles se han enfrentado ya a todo tipo de casuística que dificulta la extracción de conclusiones absolutas más allá de la premisa indicada. En la Teoría General de Contratos cualquier falta u ocultación de información daría lugar a hablar de un vicio en el consentimiento, que siempre ha de analizarse caso por caso y que acabaría dando lugar a la nulidad del contrato (artículo 1265 del Código Civil).

En materia de Consumidores, sin embargo, no se atiende a si la cláusula fue efectivamente comprendida en el caso concreto, sino a la idoneidad de la publicidad e información suministrada para la comprensión del consumidor medio⁷. Así, lo que al comienzo de este epígrafe era un concepto abstracto e indeterminado, gracias al vehículo de la información, alcanza un grado de control objetivo cuya sanción no afecta a la validez del contrato tal y como ocurre entre particulares, sino que supone exclusivamente la nulidad de lo no consentido (artículo 5.5 LGCC).

III.- ESPECIALIDADES DE LA CONTRATACIÓN A DISTANCIA

Aunque la tendencia es a pensar que la contratación a distancia es cosa de los últimos años, el Código Civil ya regula estos contratos en su artículo 1.262. Los fundamentos, por tanto, no son nada revolucionario o novedoso. La proliferación de las nuevas tecnologías, aunque también la venta telefónica entra dentro de este tipo de contratación, es lo que ha motivado la especial regulación fruto de la necesidad de protección de un consumidor que ha visto multiplicadas sus vulnerabilidades.

⁷ En este sentido, la última de las citas utilizadas anteriormente y extractadas de las STJUE de 20 de septiembre de 2017 (C-186/16)

Se entenderá realizada a distancia, de acuerdo al artículo 92.I LGDCU⁸, cualquier contratación en la que concurren, acumuladamente, estos tres requisitos: existencia de un sistema organizado de contratación, distancia geográfica entre empresario y consumidor y utilización exclusiva de técnicas de comunicación a distancia.

1. Información precontractual y requisitos formales.

Se ha señalado ya en este trabajo que el eje central y razón de ser de la transparencia es la información proporcionada al consumidor. A estos efectos, el artículo 97 LGDCU es muy clarificador y, si bien la forma de hacerlo variará en función de la modalidad elegida, al menos enumera con precisión todos los aspectos del contrato celebrado a distancia a los que debe alcanzar la información suministrada al consumidor:

El artículo 98 LGDCU⁹, por su parte, bajo el título de “Requisitos formales de los contratos a distancia”, pone de manifiesto el interés del legislador en proteger al consumidor. Ello es así por la contradicción que supone romper con la tradición de libertad de forma que consagra el Código Civil, en la que los contratos se perfeccionan con el mero consentimiento (artículo 1254).

El primer requisito formal que se regula es precisamente el relativo a la información exigida en el artículo 97.I LGDCU. A continuación, especialmente para los casos en los que la contratación implica una obligación de pago para el consumidor, será necesario que al menos la información relativa a las características principales del objeto del contrato, el precio total y la duración de las obligaciones asumidas por el adherente sea puesta a su disposición con anterioridad al consentimiento. El esmero y detalle puesto en especificar la forma de la puesta a disposición para garantizar que resulten accesibles y comprensibles al consumidor no parece que responda tanto a que sea un elemento esencial del contrato como a asegurar el llamado control de incorporación.

El resto del artículo recoge requisitos específicos de la contratación telefónica y electrónica, pero como el propio precepto incluye una remisión expresa de compatibilidad con la ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, se analizará en el apartado correspondiente.

2. Contratación telefónica.

En los apartados 5 y 6 del artículo 98 LGDCU se detallan los requisitos parciales de la contratación telefónica, siendo quizás lo más destacable que se

⁸ Equivalente a los recogidos en el artículo 2.7 de la Directiva europea 2011/83

⁹ Equivalente al artículo 8 de la Directiva europea 2011/83

pospone el momento de la vinculación del consumidor más allá del acuerdo de voluntades, siendo imprescindible la aceptación expresa. Ésta tendrá lugar cuando el empresario confirme la oferta al consumidor por escrito en cualquier soporte de naturaleza duradera. De acuerdo al artículo 98.7 LGDCU, esta confirmación deberá proporcionarse como muy tarde al momento de entrega de los bienes o al comienzo de ejecución del servicio. De este modo, el contrato no se perfecciona ni despliega su eficacia hasta que tenga lugar esta exigida aceptación del clausulado, conservando el consumidor intactos todos los derechos que tiene reconocidos por la normativa. A este respecto, requiere especial mención el de desistimiento, que se extenderá durante doce meses adicionales si no se produce la confirmación o catorce días naturales desde el momento en que se produjera si es que tiene lugar con retraso. En cualquier caso, la confirmación por escrito constituye un elemento esencial para la formación del contrato, hasta el punto de que el artículo 110.1 LGDCU permite la anulación del mismo si falta este requisito.

3. Contratación vía electrónica.

En este tipo de contratación, más extendida hoy en día que la telefónica, han de aplicarse los requisitos de confirmación que ya se referían anteriormente en el artículo 98.7 LGDCU. Sin embargo, la regulación más específica de la ley 34/2002 de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico¹⁰, lo que hace es matizar esta exigencia en la mayoría de los casos, de la forma en que se dirá.

Esta ley distingue entre las comunicaciones comerciales por vía electrónica (artículos 19 a 22) y la contratación electrónica propiamente dicha (artículos 23 a 29). Lo más destacado sin duda es la confirmación por parte del artículo 23.1 LSSI de que para que los contratos desplieguen todos sus efectos será necesario un consentimiento cualificado, esto es, deberá concurrir junto con “los demás requisitos necesarios para su validez”.

El aspecto que más interés se pone en regular es, cómo no, el relativo a la información contractual y las condiciones generales de contratación que, conforme al artículo 27.4 LSSI, deben ser puestas a disposición del consumidor con carácter previo a la contratación y no sólo eso, sino que lo han de ser “de manera que éstas puedan ser almacenadas y reproducidas por el destinatario”. No creo que éste requisito se cumpla en muchas ocasiones ni que siempre se encuentren en lugares accesibles de la web. En cualquier caso, el mismo precepto puesto en relación con el artículo 98.4 LGDCU facilita que, si esta información precontractual cubre la exigida en el artículo 97.1 LGDCU, la confirmación posterior del contrato quede reducida a una simple comunicación por el empresario.

¹⁰ Promulgada para transponer el contenido de la Directiva europea 2000/31

Adicionalmente, el artículo 28 LGDCU obliga al empresario oferente a confirmar al consumidor la recepción de la aceptación de la oferta, que es el acuse de recibo que habitualmente llega al correo electrónico tras cualquier contratación electrónica.

En todo caso, esta regulación tiene un carácter general y los contratos electrónicos pueden requerir de distintas interpretaciones en función de su propia modalidad o naturaleza. Así, la contratación de un servicio de streaming se ejecuta completamente en la red, mientras que la compra de una silla habrá de completarse necesariamente con la entrega física en el domicilio. Ni siquiera todos los contratos se completan íntegramente en el sitio web, exigiéndose en ocasiones actuaciones adicionales del consumidor a través del correo electrónico. Del mismo modo, pueden requerirse pagos mediante tarjeta bancaria, transferencia o servicios de pago derivado (PayPal, ApplePay) que incluso suponen una nueva contratación electrónica en sí mismos. Por ello, la contratación electrónica se compone de distintas fases (al menos preparatoria, de perfección y de ejecución) que, dependiendo de su modalidad, van a requerir respuestas diferentes del Derecho.

4. Conclusiones parciales sobre la regulación de la contratación a distancia.

Es cierto que la exigencia de este tipo de requisitos formales para la contratación a distancia viene a solucionar algunos de los principales problemas que plantea este tipo de contratación. Estoy pensando, por ejemplo, en la falta de reflexión por parte del consumidor, fruto de la inmediatez de la comunicación. Más importante si cabe, regulando de manera tan exhaustiva, se evita también la omisión de la información no elemental^{II}, que sobre todo por teléfono es casi imposible de cubrir y menos aún de manera accesible. Sin embargo, en la búsqueda de garantizar la transparencia, uno se pregunta si no se está incurriendo en una tutela excesiva del consumidor, especialmente si se considera que para ello se están modificando algunas de las instituciones más básicas del Ordenamiento, como es la libertad de forma y la perfección mediante el consentimiento. Es más, cabe preguntarse también hasta qué punto se está desnaturalizando la contratación a distancia, en especial cuando una de sus ventajas más atractivas es precisamente la inmediatez en su ejecución. En cualquier caso, lo más importante de todo, a la vista de la casuística que llega a los Tribunales, puede que sea que se ha optado por centrar la regulación en la protección excesiva del consumidor frente a un traslado de la responsabilidad a las empresas. Lo que quiero decir es que el legislador ha impuesto por imperativo legal una transparencia formal que,

II En los casos en los que la técnica de comunicación empleada supone algún tipo de limitación espacio-temporal, el propio artículo 98.4 LGDCU reduce la información exigida a las "características principales de los bienes o servicios, la identidad del empresario, el precio total, el derecho de desistimiento, la duración del contrato y, en el caso de contratos de duración indefinida, las condiciones de resolución".

en la práctica, impide el acceso a una transparencia material de comprensión por parte del consumidor. Las empresas predisponentes cumplen exhibiendo en algún lugar del proceso de contratación web la información exigida, cuya aceptación es necesaria para poder continuar el proceso, de modo que el consumidor medio acepta sin leer. La razón por la que no se plantean más controversias de este tipo ante la jurisdicción es porque la contratación a distancia está tan implantada que la mayor parte de las transacciones realizadas tienen una cuantía económica que hacen antieconómica la defensa por parte del consumidor. Por esta causa, y porque es contradictorio asumir que un consumidor que necesita tanta protección por parte del legislador va a tener la diligencia de leer y entender las condiciones de contratación cuando sólo quiere comprar unos zapatos o ver una película, pienso que si se quiere garantizar la transparencia real debería de trasladarse el enfoque desde la protección al consumidor hasta la exigencia al empresario.

IV.- INEFICACIA PRÁCTICA EN CASOS REALES

Hasta la fecha, la inmensa mayoría de las cuestiones sobre la transparencia a las que se han enfrentado los Tribunales es en relación a productos financieros. Los préstamos hipotecarios aún requieren de escritura pública, por lo que no entran dentro del radio de acción de la contratación telemática. Sin embargo, su protocolo de comercialización no es tan diferente del de los préstamos personales o las tarjetas de crédito, que cada vez pueden contratarse más rápido desde dispositivos móviles. Rapidez e inmediatez son siempre enemigas de la transparencia, de ahí muchos de los especiales requisitos que se exigen por el legislador, pero lo cierto es que el ciudadano del siglo XXI carece de las herramientas para exigir transparencia en una sociedad en la que predominan las contrataciones predisuestas y, en su mayoría, carecen de la trascendencia económica que exige la ley aunque no lo diga expresamente.

Planteo a continuación el ejemplo de dos cláusulas por las que me han consultado en el despacho y frente a las que no se llegó a actuar:

I. Seguro de vehículo, periodo de carencia oculto entre las condiciones accesorias.

Tengo un cliente con un *quad* en el pueblo que sólo utiliza cuando está de vacaciones. Lo que hace es asegurarlo únicamente los días que lo va a usar. En el caso del ejemplo, del 1 al 7 de abril. La tarde anterior, se sienta en el sofá para comparar precios y acaba contratando con la compañía Axa para una semana. Al día siguiente, día 1, lo para la Guardia Civil mientras circula con el vehículo y le pone una multa de doscientos euros por no ir asegurado.

Cuando vino al despacho supuse que el problema sería que no había dado tiempo a que la aseguradora diera de alta el contrato y que sería fácil de acreditar. Al analizar la póliza observo que la cláusula 2 establece claramente que la duración del contrato va del 1 de abril de 2019 al 7 de abril de 2019. Sin embargo, la cláusula 17 decía: “Ninguna de las coberturas tendrá efecto hasta transcurridas 24 horas desde la contratación del seguro, momento en el que entrará en vigor el contrato”. La redacción es clara y comprensible. Lo que ocurre es que se trata de una de esas cláusulas que el Tribunal Supremo llama sorprendivas porque se esconden entre las accesorias y dificultan que el consumidor se percate de su existencia. Por lo tanto, sigue siendo una falta de transparencia porque afecta a un elemento tan esencial del contrato como es la duración del mismo.

En este caso, lo transparente hubiera sido especificar que la duración iba desde el día 2 hasta el 7, o quizás incluir la salvedad de la cláusula 17 en la misma cláusula de duración a la que afecta. A posteriori, es irrelevante la información que le mostrarán en la pantalla del móvil al consumidor al momento de contratar, ni plantearse si hubiera o no contratado. El problema del consumidor cuyos derechos se han visto vulnerados es que cualquier asesoramiento profesional le va a suponer un desembolso adicional que no se le va a reintegrar ni siquiera en el caso de éxito procesal, haciendo antieconómica su defensa. El coste del servicio de restitución del derecho es mayor que el perjuicio sufrido, lo que hace que para el predisponerte sea rentable la falta de transparencia en este caso.

2. Paquete vacacional con el precio sujeto al cumplimiento de determinadas condiciones

Unos clientes contrataron una oferta de última hora en una agencia de viajes online que les ofertaba un ochenta y cinco por ciento de descuento: cuatro días y tres noches con desayuno incluido en un hotel de cinco estrellas en Lanzarote. En esta ocasión, la última cláusula del contrato era la que escondía la trampa: “Los precios ofertados están sujetos a que los huéspedes hagan uso de los servicios de comida y cena del restaurante del hotel”. Ni siquiera en esta cláusula se menciona el precio real del paquete.

Los clientes se enteraron de esta circunstancia al llegar al hotel, cuando en recepción les informaron de que la tarifa real era casi cinco veces la que ellos creían haber contratado y de que para acceder al precio bonificado tendrían que utilizar el restaurante del hotel. Sorprendidos, o más bien acorralados, trataron de cumplir las condiciones y acabaron sobrepagando cenas de cincuenta euros el cubierto y una factura final de alrededor de novecientos euros.

Cuando regresó a casa, esta pareja ya estaba lo bastante disgustada con el precio de sus vacaciones como para asumir la responsabilidad de tomar la iniciativa

en otra reclamación. La inacción ante la vulneración de derechos es uno de los efectos de una regulación que carga al consumidor con la obligación de poner en funcionamiento los mecanismos para su defensa. La cláusula afecta al contenido principal del contrato y tiene una redacción comprensible, pero está escondida. El consumidor marca que ha leído las condiciones generales cuando es mentira, consiente y a partir de ahí empieza el partido perdiendo. Mientras no se demuestre y sentencie otra cosa, el operador podrá hacer con él lo que le plazca.

3. Obstáculos a un control de transparencia eficaz y posibles medidas correctoras.

Este tipo de prácticas se suceden. Ocurre con empresas que no cumplen con la obligación del artículo 98.3 LGDCU de informar acerca de las limitaciones en la entrega a domicilio de los productos. Es habitual en las suministradoras de materiales para obras, que los dejan en la calle sin que el consumidor pueda reaccionar ni desistir al verse de improviso en mitad de la acera con una mercancía que ya ha pagado y el suelo de su casa levantado. Estos casos se producen porque, incluso cuando esta información se suministra, no se hace con la debida transparencia. Sucede también con las tarifas promocionadas durante los primeros meses de un servicio de telecomunicaciones, o con las renovaciones automáticas de los servicios de streaming.

Eso da lugar al otro gran problema que presenta la práctica más allá del carácter antieconómico de la mayoría de reclamaciones: la incertidumbre de la fase probatoria. El TJUE tiene establecido el control de oficio de la transparencia por parte de los jueces y la obligación de promover y acordar las diligencias de prueba necesarias¹². La dificultad es que la facilidad probatoria es del empresario, puesto que es quien custodia los servidores en los que esta prueba se aloja o los registros de las grabaciones de las llamadas de contratación telefónica. Ello, de por sí, plantea serias dudas sobre la posible manipulación, pero también existen sobre la práctica de la prueba electrónica en general.

Los esfuerzos del legislador en regular la prueba electrónica no han fructificado. El legislador nacional se ha centrado especialmente en la firma electrónica, que incluso contó con su propia ley¹³, aunque los problemas que plantea la prueba de naturaleza informática deben entenderse en un sentido más amplio. En este sentido, la realidad de los tribunales pasa por que se presentan como prueba impresiones de correos electrónicos o capturas de pantalla de una página web que en realidad no acreditan nada en sí mismas más allá de que las partes convengan

¹² STJUE de 21 de febrero de 2013 (C-472/11)

¹³ Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica que transpuso la ya derogada Directiva 1999/93 por la que se establecía un marco comunitario para la firma electrónica, hoy sustituida por el Reglamento de la UE 910/2014.

en admitirlas. Se presentan como documentos tradicionales, bajo la regulación que la LEC hace de los documentos privados, y es cierto que nada impide su valoración conforme a la sana crítica, pero también lo es que en la Administración de Justicia se debe aspirar a trabajar con mayores grados de certeza.

Para ello, se deberían desarrollar más algunas herramientas que volteen el reparto actual de la carga probatoria. Mientras el consumidor tenga que contratar a un perito informático para poder afrontar con relativas garantías la fase de prueba porque carece de acceso real a los servidores que la alojan, su validación efectiva seguirá estando en manos del empresario incumplidor. En este sentido, a la idea del Registro CCGG le falta desarrollo desde el punto de vista de su utilidad práctica para el consumidor. No es razonable dejar en manos de alguien al que el legislador considera tan vulnerable como para proteger la facultad de acudir a consultar este tipo de registro a la hora de contratar. El mismo fundamento de información vigente puede mantenerse imponiendo al predisponente la obligación de dar publicidad no sólo a su existencia, sino informando de manera expresa a sus clientes, antes de contratar, de las cláusulas que incluye su contrato que pudieran ser abusivas y que, de hecho, en otras ocasiones han sido anuladas mediante fallo judicial. Eso sí sería transparencia contractual.

Tampoco es descabellado, con los medios actuales, promover la creación de una sede electrónica estatal, una plataforma en la que las compañías que quieran operar a distancia deban darse de alta y en la que queden registradas todas las transacciones electrónicas que ocurren en las webs y apps de esas compañías, de modo que se produzca un volcado automático que acredite qué y cómo se reflejaba en la web en el momento de la contratación. Así, si en el futuro se produjera una controversia, sería esta especie de Notaría electrónica la que facilitaría la prueba necesaria y lo haría sin género de duda, sin grandes costes ni esfuerzos para el consumidor, mediante un documento público que no dependería de ninguna de las partes.

V.- CONCLUSIONES

Tras realizar una aproximación a las fuentes normativas que regulan la contratación a distancia y contrastarlas con la experiencia profesional planteada en mi propio despacho, las conclusiones provisionales que fueron formuladas en el cuerpo de este artículo sólo pueden consolidarse. Resultan de lo más llamativo las exigencias formales que rompen con la tradición de la teoría general por la que los contratos se perfeccionan con el consentimiento. Sin ir más lejos, en aras a garantizar la información al consumidor para asegurar la transparencia, el artículo 23 de la ley de sociedades de la información dice claramente que habrán de concurrir “el consentimiento y los demás requisitos necesarios para su

validez". Se trata por tanto de un consentimiento cualificado, que al tiempo que pretende proteger al consumidor, trata de minimizar efectos no deseados como la contratación impulsiva o irreflexiva. Sin embargo, los requisitos de información, tal y como están regulados, juegan en contra del propio consumidor. Es así porque garantizan la transparencia formal y, bajo esta apariencia, dificultan el control de una comprensión efectiva por el consumidor, que ha de ser el objetivo principal previo a la contratación. En realidad, el bombardeo de información al que la propia legislación obliga lo que hace es fomentar la confusión del consumidor al tiempo que se blinda al empresario predisponerte, que parece haber cumplido facilitando esa información. Resulta contradictorio transformar las reglas tradicionales en materia de contratación con el pretexto de la vulnerabilidad del consumidor cuando a la vez se asume que ese mismo consumidor vulnerable que requiere protección va a ser capaz de procesar toda esa información para prestar un consentimiento válido y consciente.

Esa ineficacia de la regulación se confirma en la práctica a través de dos grandes obstáculos: el carácter antieconómico de la mayoría de las reclamaciones y las dificultades probatorias que han de sortearse y cuya iniciativa y financiación ha de correr a cuenta de la parte más débil. A la espera de dotar al consumidor de herramientas útiles que le faciliten la prueba en los procesos, quizás sea el momento de dar la vuelta al enfoque que se le ha venido dando a la regulación: dejar de centrarse en la protección al consumidor y focalizarse en la exigencia al predisponerte, buscando asegurar que los incumplimientos tengan consecuencias reales. Si hay consenso sobre cuál es el eslabón más débil, lo lógico es cargar el peso sobre el más fuerte. De nada sirven las normas técnicamente más perfectas del mundo si las empresas pueden permitirse especular en sus presupuestos con la falta de transparencia como un activo más del que obtener un rendimiento económico que, en definitiva, les sale a cuenta.