



Abril 2018 - ISSN: 1988-7833

TÍTULO: LA ENTREGA DE VALES AL CONSUMIDOR EN EJERCICIO DE SU DERECHO DE DESISTIMIENTO DEL CONTRATO ON LINE

Autor: Consuelo Camacho Pereira

Doctora en Derecho Civil. Profesora en Centro Universitario San Isidoro, adscrito a la Universidad Pablo de Olavide, de Sevilla.

ccamacho@centrosanisidoro.es

Para citar este artículo puede utilizar el siguiente formato:

Consuelo Camacho Pereira (2018): "La entrega de vales al consumidor en ejercicio de su derecho de desistimiento del contrato on line", Revista Contribuciones a las Ciencias Sociales, (abril 2018). En línea:
<https://www.eumed.net/rev/cccss/2018/04/vale-consumidor.html>

Resumen:

El presente trabajo tiene por objeto delimitar si cuando el consumidor ejercita el derecho de desistimiento de un contrato on line, el empresario puede imponerle la entrega de un vale canjeable por un producto, en lugar de reembolsarle las sumas satisfechas. Para el estudio de esta cuestión, es fundamental tener en cuenta que, en España, siguiendo normativa europea, el derecho de desistimiento se encuentra reconocido en el 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, para el supuesto de la contratación on line, siendo su regulación imperativa, mientras que este mismo texto legal regula el derecho de desistimiento en la contratación en presencia de empresario y consumidor, con carácter dispositivo. Por tanto, mientras que en este segundo caso será válida la entrega de vales, siempre y cuando se encuentre expresamente prevista en el contrato, en la contratación on line la ley obliga al empresario a devolver al consumidor que desiste las sumas pagadas, sin que sea válida la renuncia previa del consumidor a tal derecho. Por tanto, el empresario no puede obligar al consumidor que desiste del contrato on line a recibir un vale a canjear por otro producto, aún cuando esto constase en condiciones generales de la contratación, pudiendo considerarse tal cláusula como nula por abusiva.

Palabras clave:

Desistimiento, vales, consumidor, contrato on line, condiciones generales de la contratación.

Abstract

The purpose of this paper is to determine whether, when the consumer exercises the right of withdrawal from an online contract, the employer can impose the delivery of a voucher that can be exchanged for a product, instead of reimbursing the sums paid. For the study of this issue, it is essential to bear in mind that, in Spain, following European regulations, the right of withdrawal is recognized in Royal Legislative Decree 1/2007, of November 16, which approves the recast text of the General Law for the Defense of Consumers and Users, for the assumption of on-line contracting, being its mandatory regulation, while this same legal text regulates the right of withdrawal in the hiring in the presence of businessman and consumer, with character device. Therefore, while in this second case the delivery of vouchers will be valid, as long as it is expressly provided for in the contract, in online contracting the law obliges the employer to return the consumer who desists the sums paid, without being the consumer's prior waiver of such right is valid. Therefore, the employer can not force the consumer to withdraw from the online contract to receive a voucher to be exchanged for another product, even when this is stated in the general conditions of the contract, and such clause can be considered null and void.

Key words

Withdrawal, voucher, consumer, on line contract, general conditions of the contract.

SUMARIO

1. Introducción: Naturaleza de la normativa reguladora del derecho a desistir del contrato reconocido al consumidor. 2. La entrega de vales por el empresario en caso de ejercicio del derecho de desistimiento por el consumidor contractualmente reconocido: Tratamiento jurisprudencial y criterios administrativos. 3. La obligación del empresario de reembolsar los pagos al consumidor en el desistimiento del contrato on line. 3.1. Normativa aplicable. 3.2. Carácter irrenunciable de los derechos reconocidos al consumidor por norma imperativa. 4. BIBLIOGRAFÍA

1. Introducción: Naturaleza de la normativa reguladora del derecho a desistir del contrato reconocido al consumidor.

La normativa que tutela los intereses económicos de los consumidores y usuarios¹ ha venido reconociéndoles en determinados casos, el derecho a desistir del contrato ya celebrado. El ejercicio de tal derecho supone dejar sin efecto el contrato, siempre que se ejercite en un plazo concreto, sin que el consumidor haya de justificar su decisión, ni alegar motivo alguno, y sin que quepa aplicarle penalización por su ejercicio².

¹ El 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 y otras leyes complementarias (en adelante TRLGDCU), únicamente reconoce el ejercicio del derecho de desistimiento en favor del consumidor o usuario, definido en su art. 3 como persona física que actúa con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión, teniendo también tal consideración las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial.

² Una de las características más importantes del derecho de desistimiento, es que no requiere alegar causa alguna; en este sentido, EVANGELIO LLORCA aclara que: «...cabe admitir la existencia del desistimiento como tipo general de ineficacia contractual caracterizado, esencialmente, por la posibilidad de extinguir un contrato por voluntad

El derecho de desistimiento únicamente puede tener lugar en los supuestos previstos legal o reglamentariamente, o bien cuando el empresario o profesional así lo reconozca al consumidor en la oferta, promoción, publicidad o en el propio contrato por cortesía comercial, como técnica de captación de clientela.

Teniendo en cuenta que el derecho de desistimiento puede reconocerse o en la norma o por voluntad del empresario, nos planteamos si el consumidor que tiene reconocido el derecho a desistir, puede reclamar siempre las sumas pagadas por el mismo, o si ha de admitir la entrega de vales por el empresario, para la adquisición de otros bienes en el mismo establecimiento en que se produjo la adquisición inicial o en otro distinto o/y el cambio por otro producto.

Para delimitar tal cuestión, se ha utilizado una metodología analítica y comparativa, ya que es fundamental comparar el tratamiento que hace la normativa española protectora de los consumidores del desistimiento contractual, con la regulación imperativa que contempla para el desistimiento legalmente reconocido en la contratación on line.

En el caso de que el derecho de desistimiento sea reconocido por voluntad del empresario o profesional, los términos de su ejercicio y sus efectos serán delimitados, por lo general, de forma unilateral, en la información precontractual o en el condicionado aplicable al contrato; sólo si faltasen previsiones específicas acerca de algún aspecto de tal derecho, en la oferta, promoción, publicidad o en el contrato, como señala el art. 79 TRLGDCU, se aplicarán las normas del Título I (Contratos con los consumidores y usuarios), del Libro II (Contratos y garantías) TRLGDCU, y en concreto, el Capítulo II, que regula el «Derecho de desistimiento» del consumidor, con carácter supletorio³ (aunque el art. 79 TRLGDCU regula algunos aspectos de aplicación imperativa⁴). Entre tales normas aplicables supletoriamente al desistimiento contractualmente reconocido, el art. 76 TRLGDCU contempla la obligación del empresario de devolver las sumas abonadas por el consumidor que desiste.

Para la contratación a distancia, en la que se incluye la contratación on line, el derecho de desistimiento se regula expresamente en el Capítulo III («Derecho de desistimiento»), del Título III («Contratos celebrados a distancia y contratos celebrados fuera del establecimiento

unilateral de una de las partes sin necesidad de justificar una causa (rasgo, éste último, que lo distinguiría de las demás clases de ineficacia -sin invalidez- basadas en la voluntad de uno solo de los contratantes, a saber: la rescisión, la revocación y la resolución del contrato)». EVANGELIO LLORCA, R., «¿Es abusiva la entrega de vales en la compraventa de productos de consumo? Reflexiones en relación con el desistimiento unilateral del consumidor y la resolución del contrato», *Revista de derecho privado*, nº.95, mes 4, 2011, pág. 28.

³ GALLEGO DOMÍNGUEZ advierte que pese a que el TRLGDCU ha pretendido crear un «derecho común del derecho de desistimiento», poco provecho tiene, ya que se trata de «un marco normativo supletorio a la figura, a aplicar en los casos en que se encuentre consagrada normativamente su existencia o se pacte entre las partes». GALLEGO DOMÍNGUEZ, I., «Comentario al Capítulo II. Derecho de desistimiento», en *La Defensa de los consumidores y usuarios. Comentario sistemático del Texto Refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007* (Dirigido por REBOLLO PUIG, M./IZQUIERDO CARRASCO, M.), ed. Iustel, Madrid, 2011, págs. 1.228-1.229.

⁴ El art. 79 TRLGDCU dispone: «El consumidor y usuario que ejercite el derecho de desistimiento contractualmente reconocido no tendrá en ningún caso obligación de indemnizar por el desgaste o deterioro del bien o por el uso del servicio debido exclusivamente a su prueba para tomar una decisión sobre su adquisición definitiva», y: «En ningún caso podrá el empresario exigir anticipo de pago o prestación de garantías, incluso la aceptación de efectos que garanticen un eventual resarcimiento en su favor para el caso de que se ejercite el derecho de desistimiento».

mercantil»), del Libro II TRLGDCU, y conforme indica el art. 68.3.TRLGDCU, en defecto de regulación de algún aspecto en tales disposiciones legales, se aplicará lo dispuesto en el Título I. Esta regulación tiene carácter imperativo, ya que otorga una protección específica al consumidor, dada las especiales características del contrato que celebra. Como indica el Considerando 37 de la Directiva 2011/83/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores⁵:

«Dado que en las ventas a distancia el consumidor no puede ver los bienes antes de celebrar el contrato, debe disponer de un derecho de desistimiento. Por el mismo motivo, el consumidor debe estar autorizado a probar e inspeccionar los bienes que ha comprado en la medida suficiente que le permita determinar la naturaleza, las características y el buen funcionamiento de los bienes. En cuanto a los contratos celebrados fuera del establecimiento, debe permitirse al consumidor que ejerza un derecho de desistimiento, ya que puede haber un elemento sorpresa o presión psicológica».

Para este supuesto de contratación on line, el art.107 TRLGDCU, contempla con carácter imperativo, la obligación del empresario de devolver las sumas satisfechas por el consumidor, cuando éste ejercita el derecho de desistimiento. Pese a ello, navegando por internet, pueden encontrarse páginas web de empresas con venta on line, en las que se contempla la existencia del derecho de desistimiento, llamando la atención que, entre las condiciones de su ejercicio se prevea la devolución de vales en caso de ejercicio del derecho de desistimiento por el consumidor⁶.

2. La entrega de vales por el empresario en caso de ejercicio del derecho de desistimiento por el consumidor contractualmente reconocido: Tratamiento jurisprudencial y criterios administrativos.

Teniendo en cuenta la naturaleza dispositiva, salvo excepciones, de las normas que pueden aplicarse al desistimiento contractual, y el carácter imperativo de las normas que reconocen el desistimiento legal, la validez de la previsión de entrega de vales, en lugar de la devolución de sumas satisfechas por el consumidor, en el caso de ejercicio por el mismo del derecho de desistimiento, puede tener distinto alcance, aunque en ocasiones, los Tribunales y los organismos administrativos especializados en consumo, hayan dado un trato similar a ambos supuestos. Por ello, y antes de abordar esta cuestión en el ámbito de la contratación on line, se hará referencia al tratamiento que ha tenido la entrega de vales en el ejercicio del derecho de desistimiento contractual por el consumidor, ya que alguno de los argumentos utilizados en tales casos, son aplicables actualmente a la contratación on line.

⁵ Directiva 2011/83/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo. (DOUE L 304/64, 22.11.2011).

⁶ Entre las cláusulas encontradas en webs a la fecha de presente trabajo, podemos señalar:

«El desistimiento conlleva la devolución del importe pagado, si el periodo de devolución es menor a dos días hábiles se efectuará devolución del importe pagado y si supera ese periodo se procederá a la devolución mediante un vale por el importe pagado»; La empresa «procederá al cambio de la mercancía devuelta por otra indicada previamente por el cliente o por un vale por el importe de la compra, sin incluir los gastos de envío»; la empresa «procederá a la devolución del importe de la compra o a la emisión de un bono para próximas compras».

En cuanto a las consecuencias del ejercicio del derecho de desistimiento contractualmente reconocido al consumidor, son varias las sentencias que se han pronunciado acerca de si cabría que el empresario, en lugar de devolver el precio pagado por el consumidor, le entregase vales o/y le concediese la posibilidad de escoger otro producto a cambio del que devuelve, aunque los fundamentos jurídicos utilizados por las mismas no siempre han sido afortunados. Sin perjuicio de otras sentencias, nos referiremos a las siguientes por lo que pueden aportar a nuestro estudio:

La sentencia de la Audiencia Provincial de Gijón, nº de Resolución: 342/2006, de 23 de junio de 2006⁷, resuelve un recurso de apelación interpuesto por el establecimiento vendedor, contra sentencia de la instancia, que estima la reclamación realizada por la compradora de un abrigo de piel al establecimiento, con objeto de que se le devuelvan los 1.000 euros pagados por el mismo. Como indica el FJ1º de la sentencia, la actora señala que quedó de acuerdo en comprar un abrigo que se hallaba en el escaparate de la tienda, el cual no se le entregó por haber sido transmitido previamente a otra persona y fue sustituido por otro que no se acomodaba a sus características, de modo que decidió devolverlo, facilitando la tienda un vale por dicha cantidad con un plazo de caducidad de tres meses, siendo aceptado por la reclamante, según manifiesta, en la creencia de que, en dicho plazo, se le serviría un artículo idéntico al solicitado, lo que no realizó la demandada, por lo que pide la restitución del dinero percibido.

La sentencia resuelve en relación con un contrato en presencia de ambas partes, tratándose de un desistimiento contractual, sin embargo, aplica la normativa vigente en aquel momento relativa al desistimiento en los contratos a distancia, por tanto relativa a un desistimiento legal, contenida en el art. 44 de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista (en adelante, LOCM)⁸. Por lo que, aun cuando consideramos que dicho artículo no era aplicable al caso planteado, las conclusiones de esta sentencia pueden ser relevantes para aquellos supuestos de desistimiento reconocido en la norma.

La referida sentencia se centra en examinar si en el desistimiento, se convino de mutuo acuerdo sustituir la devolución del dinero por el vale canjeable, cuestión ésta que examina desde la perspectiva de la renuncia a los derechos legalmente reconocidos, basándose en el hoy derogado art. 44. 6º de la LOCM, que declaraba que cuando el comprador haya ejercido el derecho de desistimiento o el de resolución conforme a lo establecido en el presente artículo, el vendedor estará obligado a «devolver las sumas abonadas por el comprador sin retención de gastos», y en el artículo 44. 3º in fine de dicha norma, que también se encuentra actualmente derogado, según el cual: «Serán nulas de pleno derecho las cláusulas que impongan al consumidor una penalización por el ejercicio de su derecho de desistimiento o la renuncia al mismo», concluyendo conforme a estos preceptos que su redacción:

⁷ Id Cendoj: 33024370072006100295

⁸ Derogada actualmente por la Disposición Derogatoria Única.1 de la 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, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre.

«[...]obliga a interpretar muy restrictivamente una renuncia siquiera parcial y convenida como la que nos ocupa, que no tuvo en ningún caso los efectos pretendidos por el apelante, ya que la demandante firmó el vale sin abandonar el derecho a la restitución de lo entregado y persuadida en todo momento de que el establecimiento le iba a entregar un abrigo idéntico al que vio en el escaparate, lo que finalmente no sucedió» (FJ3º).

Considera la sentencia que aún estando firmado el vale, tal firma no supone:

«[...]renuncia expresa ni tácita a la restitución y no se cumplen los requisitos de la renuncia de derechos que señala la jurisprudencia, entre otras, en sentencia del Tribunal Supremo de 11 de octubre de 2001, la cual indica que la renuncia...ha de ser expresa y contundente, con manifestación indiscutible de criterio de voluntad determinante de la misma, o deducida de actos o hechos de los que se deduzca inequívocamente y sin ambigüedad alguna (Sentencias de 5-3, 3-6, 28 y 31-10 y 5-12-1991, 14-2-1992, 31-10-1996 y 19-12-1997)». El recurso se desestima y la sentencia se confirma en cuanto al fondo.

Aun siendo criticable la aplicación de los artículos señalados al supuesto de una compraventa en presencia de ambas partes, y la aplicación imperativa de los mismos al desistimiento reconocido voluntariamente por el empresario, lo cierto es que podemos extraer como criterio interpretativo que, en los casos en que sea aplicable el desistimiento legalmente reconocido, el consumidor que desiste tendrá derecho a la restitución de las sumas abonadas, debiendo interpretarse la renuncia a tal derecho restrictivamente.

Por otra parte, en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 9 de octubre de 2008, nº de Resolución: 544/2008⁹, la demandante descambia en una tienda unos pantalones que compró de una talla equivocada, y en lugar de las suma entregada, recibe otra prenda que elige de la misma tienda y un vale de 50 euros, diferencia entre el bien que devuelve y el que se lleva, vale sujeto a un plazo de caducidad de tres meses, que parece ser, fue aceptado por la demandante sin objeciones. Al tratar de adquirir otro bien con dicho vale, pasados los tres meses, en la tienda le informan que había caducado, alegando la demandante que la cláusula que «obliga» a aceptar un vale con caducidad es nula, y solicitando la devolución del metálico. En primera instancia se desestima la demanda, y se apela la sentencia, siendo estimado el recurso por la Audiencia Provincial de Barcelona.

En su FJ3, la sentencia que comentamos señala que la de instancia parece partir de que existió un desistimiento, de común acuerdo, por el que se convino sustituir la devolución del dinero por el vale canjeable, pero entiende que este caso podría ser analizado, no desde la perspectiva de los actos propios (aceptación del vale sin reservas), sino desde la de la renuncia a derechos legalmente reconocidos, y de la normativa protectora de consumidores. Para la sentencia de la AP de Barcelona, se aplicaba tanto la LOCM, que se refería en sus arts. 10 y 11 al derecho de desistimiento, como la normativa vigente de garantías, si bien entendemos que esta última no era aplicable al caso, por no tratarse de un supuesto de no conformidad del

⁹ Id Cendoj: 08019370132008100437

bien con el contrato¹⁰. Al aplicar tal normativa de garantías, y basarse en que procedía la resolución del contrato conforme al art. 1.124 Cc, la sentencia consideró que se impone una interpretación restrictiva de la renuncia, siquiera parcial y «aparentemente» convenida, máxime cuando no tuvo, en ningún caso, los efectos pretendidos por la actora, porque se recibe el vale que no es dinero y en condiciones impuestas a la actora. Consideró que no puede otorgarse eficacia abdicativa a dicha recepción no expresamente aceptada en el vale por la actora, en el sentido de impedir el derecho a la devolución de la suma representada en el mismo, aparte de que: «toda renuncia, ha de ser expresa y contundente o deducible, inequívocamente y sin ambigüedad, alguna, de hechos, o actos, concluyentes (SSTS 14.2.1992, 31.10.1996, 19.12.1997, 11.10.2001)».

En su FJ4 esta sentencia concluye que:

«[...]a) no es identificable el vale con el precio (y ya “nunca” será dinero efectivo, y el dinero efectivo “no caduca”); b) se limita, la libertad de compra de la consumidora, dado que con el vale sólo se pueden adquirir bienes por el «importe» del vale en los establecimientos de la vendedora (es obvio que, como se ha expuesto la recitada normativa recoge cómo derecho del comprador el de exigir el precio, como consecuencia de la resolución); b) la demandada impone hacerlo efectivo en su cadena de tiendas; c) y además, impone plazo de caducidad, de tres meses que ni consta informado ni expresamente aceptado.....era mucho más favorable para la consumidora exigir desde el principio la devolución del resto del importe del precio, pues eso le dejaba total libertad para destinarlo al fin que deseara (adquirir una prenda en el mismo establecimiento o en otro, o invertirlo en lo que quisiera porque era suyo)».

La sentencia, estimando la demanda procede a la declaración de nulidad por abusiva de la cláusula que «obliga» a, en vez de devolver la diferencia de precio en metálico, a aceptar un vale con una limitación temporal de tres meses, y asimismo, condena a la tienda a abonar a la actora la suma reclamada..

A diferencia de las anteriores sentencias, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, de 9 de diciembre de 2008¹¹, nº de Resolución: 293/2008, admite la posibilidad de que, en los casos de desistimiento contractual, el empresario condicione el desistimiento a la devolución de un vale u otra prenda. Esta sentencia resuelve recurso de apelación contra sentencia desestimatoria para la consumidora final de un vestido, la cual desiste de la compra y reclama devolución del dinero. Se resuelve atendiendo al art. 10 LOCM, en su redacción original. En concreto, la apelante compró en la tienda de la demandada un vestido para una boda, dicho vestido era de una talla superior y necesitaba un arreglo para adaptarlo a la talla de la cliente, además, presentaba un desperfecto en la parte trasera del mismo que también precisaba de arreglo. Al tratar de devolverlo, el establecimiento parece ser que condicionó la

¹⁰ En el mismo sentido, EVANGELIO LLORCA considera que no existió falta de conformidad del bien con el contrato, no comparte las afirmaciones de la AP de Barcelona sobre que se llega a resolver el contrato, ni que al admitirse la devolución de los pantalones por el vendedor, se acepta que la prenda «*por cualquier razón, no era conforme con el contrato*», afirma que lo que existe es desistimiento unilateral». EVANGELIO LLORCA, R., *ob.cit.*, pág. 19.

¹¹ Id Cendoj: 30016370052008100217

devolución a la entrega de otra prenda de la tienda o bien a la entrega de un vale para una compra posterior.

En sus FJ3 y 5, la sentencia de la Audiencia reconoce que la compradora ha ejercitado un derecho de desistimiento al cambiar de opinión con respecto al vestido después de ser adquirido, y examina si la demandada había reconocido a la compradora tal derecho, considerando probado que así fue, aunque no constase en la documentación aportada a la cliente por la tienda. Señalando que:

«[...]no existe imposibilidad legal alguna para que el derecho de desistimiento se conceda en los términos condicionales señalados, pues al ser una concesión voluntaria del empresario, éste puede fijar aquellas condiciones para su ejercicio que considere oportunas, siempre que las mismas no puedan ser consideradas como abusivas o como contrarias a los derechos de los consumidores...En consecuencia podrá condicionar el derecho de desistimiento a la no devolución de las cantidades percibidas y su sustitución por un vale u otra prenda a elección del cliente. Pero tales condiciones deben de quedar absolutamente acreditadas para poder ser exigibles al comprador, y esta prueba no se ha dado en las presentes actuaciones...».

En esta sentencia se permite, que en el caso de desistimiento contractual, el empresario condicione su efectividad a la aceptación por el cliente de la devolución mediante entrega de un vale u otro bien del establecimiento, y, en general que se configure por el empresario o de mutuo acuerdo, siempre que las condiciones no sean abusivas o contraríen el derecho de los consumidores. Ahora bien, en caso de que no quede acreditada la existencia de la condición de devolver cosa distinta de lo efectivamente entregado, como ocurrió en el supuesto planteado, la sentencia recurre, a falta de previsión expresa en este sentido del antiguo art. 10 LOCM, al Código Civil, estimando el recurso, atendiendo a la resolución del contrato: «lo que implica la necesaria devolución recíproca por ambas partes de aquello que había constituido el objeto del contrato, esto es, la devolución del vestido por parte de la compradora y el reintegro del dinero percibido por parte de la vendedora».

Por tanto, la anterior sentencia atiende, a falta de acreditación de pacto acerca de los efectos del desistimiento, a la aplicación de normativa supletoria, el Código Civil; mientras que con la normativa vigente, procedería igualmente la restitución de las sumas satisfechas, pero no como consecuencia de la resolución del contrato, sino en aplicación de la regulación supletoria del desistimiento prevista en el art. 76 TRLGDCU, según el cual, cuando el consumidor y usuario haya ejercido el derecho de desistimiento, el empresario estará obligado a devolverle las sumas abonadas sin retención de gastos, sin demoras indebidas y, en cualquier caso, antes de que hayan transcurrido 14 días naturales desde la fecha en que haya sido informado de la decisión de desistimiento del contrato por el consumidor y usuario. Transcurrido dicho plazo sin que haya recuperado la suma adeudada, tendrá derecho a reclamarla duplicada, además de poder recamar indemnización de daños y perjuicios que se le hayan causado en lo que excedan de dicha cantidad.

Por su parte, la Comisión de Cooperación de Consumo, en consulta 7/2008, tras la entrada en vigor del TRLGDCU, señaló en relación con los artículos 76 y 78 TRLGDCU, que la referencia en estos artículos a «sumas abonadas», supone considerar que ha de procederse a la devolución del dinero líquido que se entregó sin contemplar otro modelo de devolución como el de vales o cambios por otros productos; sin embargo posteriormente, tal Comisión cambia su criterio, y en Consulta 4/2010, trata de la legalidad de la práctica consistente en admitir el cambio o devolución del producto únicamente mediante la entrega de un vale de compra en lugar de reembolsar el dinero que fue abonado, en casos de desistimiento contractual, cuando se ha informado debidamente al consumidor sobre tal extremo. Esta Consulta comienza recordando otras resueltas por la Administración de Consumo, conforme al procedimiento aprobado por la 8ª Conferencia Sectorial de Consumo, anteriores al reconocimiento del derecho de desistimiento del consumidor, en las que se advertía respecto a la práctica de entregar vales por parte de determinados establecimientos comerciales cuando los clientes quieren devolver artículos sin defecto alguno pero que no les gustan o no le sirven de la forma en que habían pensado cuando los adquirieron; al efecto señala que en 1996, se advertía que se trata de «técnicas de promoción de ventas» y que, «para la utilización correcta de esta técnica debe explicarse claramente la mecánica de funcionamiento de estos vales para que el consumidor sepa en qué condiciones se ofrecen. La información que se le dé al consumidor sobre esta oferta debe ser veraz y completa». En el año 1997 se emite otro informe que señala que, en los supuestos de concesión voluntaria del derecho por parte del comerciante, «no se observa impedimento legal para la emisión de esos vales, siempre y cuando no haya existido previamente un compromiso, por ejemplo, mediante publicidad, de devolver dinero en efectivo, en cuyo caso, la entrega de vales resultaría fraudulenta, habida cuenta de que la publicidad forma parte del contrato y obliga al comerciante». El informe de 2010, continúa haciendo referencia a que en el año 2009, se emitió un informe sobre una consulta planteada por la Junta de Andalucía en la que se trataba también de este tema y en la que se hacía referencia al TRLGDCU, en este caso:

«[...]las dudas se plantean respecto al segundo de los supuestos previstos en el artículo 68, es decir, aquellos casos en que el derecho de desistimiento del consumidor haya sido reconocido por el propio comerciante en la oferta, promoción, publicidad o el propio contrato. Pues bien, del estudio de las disposiciones del Capítulo II del citado Real Decreto Legislativo sobre el derecho de desistimiento, no puede concluirse que al comerciante no le esté permitido condicionar el derecho de desistimiento a la entrega de vales de compra cuando el consumidor desee devolver un producto, ya que esta es una cuestión sobre la que no se pronuncia el Real Decreto Legislativo y por lo tanto queda fuera del ámbito de regulación de la norma y se deja a la libre disposición del comerciante, que deberá, eso sí, informar adecuadamente a los consumidores de las condiciones en que libremente otorga un derecho de devolución de los productos. Por ello, cuando el artículo 76 se refiere a la obligación de devolver *las sumas abonadas por el consumidor y usuario sin retención de gastos*, cabe entender que dicha devolución puede tener lugar mediante la entrega de un vale de compra...».

Respecto a este último argumento, consideramos que existe un planteamiento erróneo de la cuestión, ya que no se trata de que el art. 76 haya de interpretarse en el sentido de que la

referencia a la devolución de las cantidades abonadas incluya la devolución mediante vales, sino que, al ser norma dispositiva, el empresario que conceda el desistimiento contractual al consumidor, puede configurar los efectos de este derecho, pudiendo prever la entrega de vales¹², siempre que lo haya informado previamente, y si no lo hecho así, el art. 76 se aplica como norma supletoria, pudiendo el consumidor exigir las sumas abonadas, y no pudiendo el empresario obligarle a aceptar una vale.

En relación con la previsión de una fecha de caducidad en el vale, existen argumentos enfrentados. Para EVANGELIO LLORCA¹³, con la normativa vigente, sería admisible fijar plazo de caducidad al vale, aún cuando ello perjudica a los consumidores:

«[...]sin proporcionar ventajas evidentes a los empresarios...Antes al contrario, puede implicar incluso una pérdida de clientela. En todo caso...también en la actualidad la validez del plazo de caducidad queda condicionada a una adecuada información al consumidor, por aplicación de los arts. 5 LCGC y 80 TRLGDCU. Consiguientemente, no cabría admitir la limitación temporal del vale si en él no se expresase de forma clara ni el vendedor pudiera demostrar que el consumidor fue informado de su existencia de cualquier otro modo».

Sin embargo, como vimos, la SAP de Barcelona disponía que no es identificable el vale con el precio, y ya *nunca* será dinero efectivo, y el dinero efectivo *no caduca*, y es que, entendemos que realmente, una vez devuelto el bien, el vale debiera ser equivalente a la entrega de la suma pagada a los efectos de adquirir otro producto sin limitación en el tiempo (sin perjuicio de que pueda conllevar la limitación de su utilización en el mismo establecimiento del vendedor); si su uso caduca, podría ocurrir que el consumidor que ya se ha desprendido del producto, perdiese también el dinero invertido en el mismo, y el empresario tendría en su poder el bien y el dinero que se pagó por él, por lo que le puede hasta ser rentable reconocer el

¹² En este sentido, GARCÍA VICENTE se muestra partidario de la validez de la mencionada cláusula, al afirmar expresamente que: «...son lícitas las cláusulas que no aseguren el reembolso del precio en el mismo modo en que se pagó, sino que se entreguen vales para la adquisición de otros bienes al mismo empresario o profesional». GARCÍA VICENTE, J.R., «Comentario al art.79. Derecho contractual de desistimiento», en *Comentario del texto refundido de la Ley de General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007)*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. (Coordinador). Aranzadi Thomson Reuters, Navarra, 2009, pág. 881. Para BERMÚDEZ BALLESTEROS: «En particular se consideran lícitas las cláusulas que permiten al consumidor restituir el bien durante un período de tiempo acotado para cambiarlo por otros bienes del propio establecimiento, o las que no aseguran el reembolso del precio en el mismo modo en que se pagó, sino mediante la entrega de vales para la adquisición de otros bienes». BERMÚDEZ BALLESTEROS, M.S., en Consulta remitida por la OMIC del Ayuntamiento de Cartagena en relación con el derecho de desistimiento del consumidor y la resolución del contrato de consumo por falta de conformidad, (20 de septiembre de 2013, págs., 4 y 5). www.uclm.es/centro/cesco, señala que, uno de los aspectos que puede configurar el empresario, en el caso de desistimiento contractual, es la determinación de las consecuencias de su ejercicio: «En particular, la inserción de cláusulas que no aseguren el reembolso del precio en el mismo modo en que se pagó, sino mediante la entrega de vales para la adquisición de otros bienes del empresario en el mismo establecimiento en que se produjo la adquisición inicial o en otro distinto. Es preciso recalcar que, aun tratándose de una práctica comercial habitual (sobre todo, en las grandes superficies y establecimientos), no se trata de un derecho legal ejercitable en cualquier compraventa de productos de consumo, sino sólo de una facultad reconocida convencionalmente por el empresario (puede reconocerse o no), y cuyas condiciones de ejercicio pueden ser fijadas arbitrariamente por el empresario (salvo las limitaciones fijadas por el art. 79)». En el mismo sentido, EVANGELIO LLORCA, considera que: «...si en virtud del art. 79 TRLGDCU, el art. 76 del mismo texto legal -que impone al empresario la obligación de devolver, sin retención de gastos, las sumas abonadas por el consumidor, cuando éste desista del contrato- debe entenderse de aplicación meramente supletoria al derecho contractual de desistimiento, no queda más remedio que admitir que el empresario puede sustituir la restitución de las sumas percibidas por otra consecuencia, como, por ejemplo, la entrega de un vale canjeable en su (o sus) establecimiento(s)». EVANGELIO LLORCA, R., *ob.cit.*, pág. 46.

¹³ EVANGELIO LLORCA, R., *Ibid.*

derecho de desistimiento a cambio de vales con plazo de caducidad¹⁴, sobre todo si éste es breve.

3. La obligación del empresario de reembolsar los pagos al consumidor en el desistimiento del contrato on line.

3.1. Normativa aplicable.

Como ya hemos señalado, en el supuesto de que el derecho de desistimiento se encuentre reconocido legal o reglamentariamente, será la normativa aplicable la que determine su contenido específico, y para el caso de que no delimite algún aspecto, se aplicaría subsidiariamente lo previsto en el Capítulo II, del Título I del Libro Segundo del TRLGDCU¹⁵.

Concretamente, el derecho de desistimiento en la contratación a distancia, se regula en el Capítulo III, del Título III, del Libro Segundo TRLGDCU, fruto de la transposición a nuestro derecho interno de la Directiva 2011/83/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores¹⁶; con este reconocimiento expreso del derecho de desistimiento en las ventas a distancia, el consumidor tiene un período para probar e inspeccionar los bienes que ha comprado en la medida suficiente que le permita determinar la naturaleza, las características y el buen funcionamiento de los mismos.

El derecho de desistimiento es reconocido en la contratación on line, como modalidad de contratación a distancia, con las excepciones del art. 103 TRLGDCU, y conforme al art. 102 TRLGDCU, confiere al consumidor un período de 14 días naturales para su ejercicio, computados atendiendo al artículo 104 TRLGDCU¹⁷ o un periodo más amplio conforme al art.

¹⁴ Como argumentos para no admitir la caducidad del vale, podríamos plantear si la caducidad podría asimilarse a una penalización del ejercicio del derecho de desistimiento, expresamente prohibida en la norma, o incluso si caducado el vale, puede exigirse que se admita la devolución de las sumas pagadas, o del producto devuelto, ante la pérdida del precio, pero también del bien adquirido, como un caso de enriquecimiento injusto del empresario, debiendo darse para ello los requisitos que exige la jurisprudencia, siendo en este caso complejo acreditar la falta de causa de la atribución patrimonial. La sentencia de 7 de abril de 2016, dictada por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo nos muestra que "los requisitos para apreciar una situación de injusto enriquecimiento son, en primer lugar, el enriquecimiento de una persona, como incremento patrimonial; en segundo lugar, el correlativo empobrecimiento de la otra parte, como pérdida o perjuicio patrimonial; en tercer lugar, inexistencia de causa que justifique la atribución patrimonial del enriquecido, presupuesto que no se da cuando media una relación jurídica que la fundamente: carácter de subsidiariedad que se ha destacado jurisprudencialmente (así, sentencias de 4 de noviembre de 2004 y 24 de junio de 2010, que cita otras anteriores). Explica el TS, citando su sentencia nº 162/2008, 29 de febrero, que: «no cabe apreciar enriquecimiento injusto cuando el beneficio patrimonial de una de las partes es consecuencia de pactos libremente asumidos, debiendo exigirse para considerar un enriquecimiento como ilícito e improcedente que el mismo carezca absolutamente de toda razón jurídica, es decir, que no concorra justa causa, entendiéndose por tal una situación que autorice el beneficio obtenido, sea porque existe una norma que lo legitima, sea porque ha mediado un negocio jurídico válido y eficaz».

¹⁵ Art. 68.3.TRLGDCU

¹⁶ DO L 304/64, 22.11.2011

¹⁷ «Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 105, el plazo de desistimiento concluirá a los 14 días naturales contados a partir de:

a) En el caso de los contratos de servicios, el día de la celebración del contrato.

b) En el caso de los contratos de venta, el día que el consumidor y usuario o un tercero por él indicado, distinto del transportista, adquiera la posesión material de los bienes solicitados, o bien:

1.º En caso de entrega de múltiples bienes encargados por el consumidor y usuario en el mismo pedido y entregados por separado, el día que éste o un tercero por él indicado, distinto del transportista, adquiera la posesión material del último de los bienes.

2.º En caso de entrega de un bien compuesto por múltiples componentes o piezas, el día que el consumidor y usuario o un tercero por él indicado, distinto del transportista, adquiera la posesión material del último componente o pieza.

105 TRLGDCU¹⁸, sin incurrir en más costes que los previstos en los artículos 107.2 y 108 TRLGDCU.

A la hora de delimitar si en el ejercicio del derecho de desistimiento por el consumidor en la contratación on line, es posible que el empresario haga entrega de vales y/o conceda la posibilidad de cambio por otro bien del establecimiento, en lugar de devolver las sumas satisfechas, hay que tener presente que, en estos casos, la normativa que regula el desistimiento tienen carácter imperativo.

El art. 107 TRLGDCU, especialmente referido al desistimiento en la contratación a distancia, al contemplar las obligaciones y derechos del empresario, señala claramente que:

«1. El empresario reembolsará todo pago recibido del consumidor y usuario, incluidos, en su caso, los costes de entrega, sin demoras indebidas y, en cualquier caso, antes de que hayan transcurrido 14 días naturales desde la fecha en que haya sido informado de la decisión de desistimiento del contrato del consumidor y usuario de conformidad con el artículo 106.

El empresario deberá efectuar el reembolso a que se refiere el primer párrafo utilizando el mismo medio de pago empleado por el consumidor para la transacción inicial, a no ser que el consumidor haya dispuesto expresamente lo contrario y siempre y cuando el consumidor no incurra en ningún gasto como consecuencia del reembolso»¹⁹.

Como puede observarse, el art. 107 con carácter imperativo obliga al empresario, caso de desistimiento del consumidor a reembolsar todo pago recibido de éste, utilizando el mismo medio de pago empleado por el consumidor para la transacción inicial, a no ser que el consumidor haya dispuesto expresamente lo contrario. La Dirección General de Justicia, de la Comisión Europea, en documento de junio de 2014²⁰, interpretando el art. 13 de la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, transpuesto en el segundo párrafo del art. 107.1. TRLGDCU, señala que el comerciante debe realizar el reembolso utilizando el mismo medio de pago empleado por el consumidor en la transacción inicial: dinero en efectivo, transferencia bancaria, reembolso en tarjeta... a no ser que el consumidor haya dispuesto expresamente lo contrario, y siempre y cuando el consumidor no incurra en ningún gasto como consecuencia del reembolso.

3.º En caso de contratos para la entrega periódica de bienes durante un plazo determinado, el día que el consumidor y usuario o un tercero por él indicado, distinto del transportista, adquiera la posesión material del primero de esos bienes.

c) En el caso de los contratos para el suministro de agua, gas o electricidad –cuando no estén envasados para la venta en un volumen delimitado o en cantidades determinadas–, o de calefacción mediante sistemas urbanos o de contenido digital que no se preste en un soporte material, el día en que se celebre el contrato».

¹⁸ «1. 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.

2. Si el empresario ha facilitado al consumidor y usuario la información contemplada en el apartado 1, en el plazo de doce meses a partir de la fecha contemplada en el artículo 104, el plazo de desistimiento expirará a los 14 días naturales de la fecha en que el consumidor y usuario reciba la información».

¹⁹ 107.3. TRLGDCU: «Salvo en caso de que el empresario se haya ofrecido a recoger él mismo los bienes, en los contratos de venta, el empresario podrá retener el reembolso hasta haber recibido los bienes, o hasta que el consumidor y usuario haya presentado una prueba de la devolución de los bienes, según qué condición se cumpla primero».

²⁰ http://ec.europa.eu/justice/consumer-marketing/files/crd_guidance_es.pdf. Págs. 51 y 52.

3.2 Carácter irrenunciable de los derechos reconocidos al consumidor por norma imperativa.

Para determinar si es posible el reembolso mediante la entrega de vales en el desistimiento de un contrato on line, hay que partir de la naturaleza imperativa de la regulación de este derecho. Las disposiciones que lo contemplan, como protectoras de los consumidores, deben ser respetadas y los derechos reconocidos al consumidor en virtud de las mismas son irrenunciables, siendo nula tal renuncia conforme al art. 10 TRLGDCU. Más en concreto, el art. 102.2 TRLGDCU dispone que serán nulas de pleno derecho las cláusulas que impongan al consumidor una penalización por el ejercicio de su derecho de desistimiento o la renuncia al mismo. Atendiendo a tal precepto, consideramos que debe entenderse nula no sólo la renuncia por el consumidor al propio derecho de desistimiento en la contratación on line, sino además, a cualquiera de sus efectos previstos en la norma, cuando tal renuncia le perjudique, y, ya hemos señalado, como el art. 107 TRLGDCU, reconoce expresamente al consumidor que contrata on line, el derecho de reembolso de lo pagado cuando desiste del contrato.

En relación con la nulidad de la renuncia a derechos reconocidos al consumidor en la norma, aclaran REBOLLO PUIG e IZQUIERDO CARRASCO²¹, que lo que el art. 10 TRLGDCU proscribe es la «renuncia previa» a un derecho que todavía no es ejercitable por el consumidor, determinando no la pérdida del derecho, sino su no adquisición, pero nada impide que surgido ya, se renuncie al derecho dentro de los límites del art. 6.2 del Código Civil²², o que sea objeto de un acuerdo transaccional en que se renuncie a un derecho ya nacido y ejercitable a cambio de alguna otra ventaja²³.

Por su parte, PEÑA LÓPEZ²⁴ considera que el espíritu y finalidad del art. 10 TRLGDCU, es:

«[...]impedir que mediante el juego de la autonomía de la voluntad se pueda llegar a reducir el nivel de protección que el legislador ha decidido conceder al consumidor...Si se pudiese renunciar previamente a los derechos que confieren las normas de Derecho de consumo, o eludir su contenido tuitivo mediante cualquier manifestación del juego de la autonomía de la voluntad, el poder de determinación unilateral del contenido de los negocios jurídicos que posee el empresario en las relaciones de consumo condenaría, en una medida sustancial, el esfuerzo del legislador a la esfera de las buenas intenciones». Para este autor: «[...] lo que el art. 10 TRLGDCU prohíbe es la renuncia previa, total o parcial, de los derechos y facultades que el TRLGDCU concede a los consumidores y usuarios. No está prohibida, por consiguiente, la renuncia total o parcial de estos derechos y facultades en sentido estricto, es decir, una vez que se han adquirido tras la celebración del negocio jurídico de consumo de que se trate, e integrado en el patrimonio del consumidor...

²¹ REBOLLO PUIG, M. e IZQUIERDO CARRASCO, M., «Capítulo II. Derechos básicos de los consumidores y usuarios, en *La Defensa de los consumidores y usuarios. Comentario sistemático del Texto Refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007*». REBOLLO PUIG, M./IZQUIERDO CARRASCO, M.(Directores), ed. Iustel, Madrid, 2011, págs. 132, 133, 135.

²² «La exclusión voluntaria de la ley aplicable y la renuncia a los derechos en ella reconocidos sólo serán válidas cuando no contraríen el interés o el orden público ni perjudiquen a terceros».

²³ REBOLLO PUIG, M. e IZQUIERDO CARRASCO, M., *ob.cit.*, pág.137.

²⁴ PEÑA LÓPEZ, F., «Comentario al art. 10», en *Comentario del Texto Refundido de la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007)*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. (Coordinador), Aranzadi. Thomson Reuters, Navarra, 2009, págs., 137 a 139.

siempre que esta renuncia sea clara, indubitada y terminante, y no contradiga el interés o el orden público o vaya en perjuicio de terceros»²⁵.

En este sentido se pronunciaba, como vimos anteriormente, la SAP de Gijón, de 23 de junio de 2006, que aún cuando resolvía sobre un contrato en presencia de ambas partes, lo hacía aplicando la normativa vigente en aquel momento, relativa al desistimiento en los contratos a distancia, contenida en el art. 44 LOCM, y con referencia a la falta de devolución de las sumas satisfechas, consideró que aún estando firmado el vale, tal firma no supone «renuncia expresa ni tácita a la restitución y no se cumplen los requisitos de la renuncia de derechos que señala la jurisprudencia...».

Atendiendo a lo anterior, podríamos concluir que el derecho a reembolso de las sumas satisfechas una vez ejercido el derecho de desistimiento por el consumidor en la contratación on line, le es reconocido por la ley en su beneficio, con carácter imperativo, por lo que será nula toda cláusula que limite o excluya la posibilidad de que al consumidor le sean devueltas tales sumas, y, por tanto, aquellas que prevean la devolución en un vale y/o la posibilidad de devolver el bien por otro del mismo establecimiento o empresa, pudiendo ser considerada abusiva, atendiendo al art. 82.4 b) en relación con el art. 86.7 TRLGDCU, que considera abusiva la «imposición de cualquier otra renuncia o limitación de los derechos del consumidor o usuario»²⁶.

En la contratación on line, las condiciones y efectos del ejercicio de desistimiento suelen aparecer en la página web del vendedor, tratándose de condiciones generales de la contratación, prerredactadas por la empresa. Por ello, dada la desigualdad de posiciones en dicha contratación, aún cuando a la hora de hacer la compra, el consumidor hubiera aceptado el condicionado en el que se contemplara la devolución de un vale en casos de desistimiento, la empresa no puede alegar que la aceptación de tal condicionado por el consumidor le supone renunciar a los derechos reconocidos por la norma, como ya apuntaba la SAP de Barcelona, de 9 de octubre de 2008. Como indican algunos autores²⁷:

«[...] aceptar sin más que el reembolso pueda hacerse en bonos supone que el consumidor, aun habiendo desistido del contrato y habiendo devuelto el bien, no va a lograr volver a la situación anterior a la celebración del contrato, puesto que los bonos solo podrá utilizarlos en contratos con el mismo comerciante de la transacción original, y estará limitado a contratar respecto a los productos que este mismo comercialice. Es decir, para el consumidor supone un perjuicio».

No obstante lo anterior, podríamos plantearnos si, en algún caso, el consumidor podría considerar más favorable a sus intereses la cláusula prevista en el condicionado de compra, que los efectos legales del desistimiento. Por ejemplo, supongamos una cláusula que permite al consumidor devolver el bien en el plazo de dos meses, plazo sustancialmente mayor que el que concede la ley, pero prevé que la devolución se hará en un vale de compra a utilizar en el establecimiento del vendedor; ejercitado el desistimiento por el consumidor, éste podría reclamar las sumas abonadas,

²⁵ PEÑA LÓPEZ, F., *ob.cit.*, pág. 141.

²⁶ REBOLLO PUIG, M., e IZQUIERDO CARRASCO, M., *ob.cit.*, pág.137.

²⁷ DÍAZ ALABART, S., HERNÁNDEZ DÍAZ-AMBRONA, M.D., FUENTESECA DEGENEFEE, C., REPRESA POLO, M.P., ÁLVAREZ MORENO, M.T.,(Coord.), DÍAZ ALABART, S.(Dir.), *Contratos a distancia y contratos fuera del establecimiento mercantil. Comentario a la Directiva 2011/83*. Ed. Reus, Madrid, 2014, pág. 321.

ya que la ampliación del plazo de desistimiento respecto al plazo legal le beneficia. Por nuestra parte entendemos que el art. 107 TRLGDCU es un mínimo indisponible, por lo que, si ejercita el derecho de desistimiento en el plazo legal, el consumidor siempre va a poder reclamar el reembolso de las sumas abonadas, si bien, si ejercita el derecho de desistimiento más allá del plazo legal, la cláusula de devolución del vale, actuará como desistimiento convencional, de libre configuración por el empresario²⁸.

Por último, nos planteamos si cuando la Directiva 2011/83 y nuestra normativa se refieren a que el empresario debe hacer el reembolso utilizando el mismo *medio de pago* que utilizó el consumidor para la compra, «a no ser que el consumidor haya dispuesto expresamente lo contrario», esta salvedad abarca el supuesto de que el consumidor expresamente haya admitido la entrega de un vale; parece que tal interpretación es posible, atendiendo a lo previsto en el considerando 47 de la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, que señala que: «El reembolso no debe efectuarse mediante un bono, a menos que el consumidor haya utilizado bonos para la transacción inicial o los haya aceptado expresamente». Según el considerando, aunque el empresario está obligado a devolver las sumas abonadas, si el consumidor ha aceptado expresamente la devolución en vales o bonos, podrá hacerla mediante los mismos. Sin embargo, por nuestra parte consideramos que el consumidor siempre puede solicitar la devolución de las sumas abonadas conforme a la norma si ejercita el desistimiento en el plazo legal. Dentro de este plazo, siempre será más beneficioso al consumidor obtener las sumas pagadas que un vale, por lo que difícilmente podrá entenderse que el consumidor aceptó «expresamente» la entrega del vale.

Además, aun constando formalmente firmado o aceptado de otro modo el vale, una vez reclamadas las sumas por el consumidor que ha desistido en el plazo legal, entendemos que el empresario no puede alegar que éste actúa contra sus propios actos, ya que la jurisprudencia viene exigiendo que para que ello prospere es preciso, que el acto contra el que se actúa se presente como solemne, preciso, claro, determinante y perfectamente delimitado y no ambiguo, ni inconcreto, y ello no puede predicarse en los supuestos en que existe error, ignorancia, conocimiento equivocado o mera tolerancia, que es lo que parece que habrá en la renuncia por el consumidor a un derecho legalmente reconocido, en su perjuicio²⁹.

Por tanto, consideramos que, en los casos de desistimiento del contrato on line en plazo legal, no debe admitirse que la devolución mediante vales para compras en la misma tienda sustituye a la entrega de las sumas abonadas, pues de ser así, el consumidor no volvería a la

²⁸ En este sentido, destacamos como buena práctica, el condicionado sobre el desistimiento que utiliza la página web de Imaginarium (<https://www.imaginarium.es/condiciones-compra-juquetes.htm>) (Consultada 25/09/17): «Te informamos de que tienes un derecho legal para desistir de tu compra, sin justificación alguna, en el plazo de 14 días naturales desde la entrega, ... El reembolso tendrá lugar, previa entrega del producto/justificante de devolución, en el plazo máximo de 14 días naturales desde que recibamos tu notificación... Además de este derecho de desistimiento, Imaginarium te permite devolver el producto adquirido hasta un mes desde su entrega de manera que puedas gestionar más cómodamente tus devoluciones (sujeto a entrega con el embalaje original en perfecto estado, devolución únicamente del importe de la compra con exclusión de gastos de transporte u otras condiciones más beneficiosas como promociones, etc). Te recordamos que el producto deberá encontrarse en perfecto estado, de lo contrario Imaginarium no asumirá la disminución de valor resultante de una manipulación del producto (distinta a la necesaria para establecer su naturaleza, sus características o su funcionamiento). Las devoluciones en tienda serán reembolsadas mediante un vale sin fecha de caducidad. Para el reintegro del importe, deberás realizar tu gestión a través del e-mail o teléfono indicados».

²⁹ STS de 10 de noviembre de 1992, STS de 31 de enero de 1995 y 3 de febrero de 1998.

situación anterior al contrato del que ha desistido, incumpléndose de esta forma el principio de total indemnidad que constituye una de las bases del derecho de desistimiento³⁰.

4. BIBLIOGRAFÍA

BERMÚDEZ BALLESTEROS, M.S., Consulta remitida por la OMIC del Ayuntamiento de Cartagena en relación con el derecho de desistimiento del consumidor y la resolución del contrato de consumo por falta de conformidad, (20 de septiembre de 2013, págs., 4 y 5). www.uclm.es/centro/cesco

DÍAZ ALABART, S., HERNÁNDEZ DÍAZ-AMBRONA, M.D., FUENTESECA DEGENEFFE, C., REPRESA POLO, M.P., ÁLVAREZ MORENO, M.T.,(Coord), DÍAZ ALABART, S.(Director)., *Contratos a distancia y contratos fuera del establecimiento mercantil. Comentario a la Directiva 2011/83*. Ed. Reus, Madrid, 2014.

EVANGELIO LLORCA, R., «¿Es abusiva la entrega de vales en la compraventa de productos de consumo? Reflexiones en relación con el desistimiento unilateral del consumidor y la resolución del contrato», *Revista de derecho privado*, nº.95, mes 4, 2011, págs. 3 a 51.

GALLEGO DOMÍNGUEZ, I., «Comentario al Capítulo II. Derecho de desistimiento», en *La Defensa de los consumidores y usuarios. Comentario sistemático del Texto Refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007*. REBOLLO PUIG, M./IZQUIERDO CARRASCO, M.(Directores), ed. Iustel, Madrid, 2011, págs.1.217 a 1.306.

GARCÍA VICENTE, J.R., «Comentario al art. 79. Derecho contractual de desistimiento», en *Comentario del texto refundido de la Ley de General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007)*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. (Coordinador). Aranzadi, Thomson Reuters, Navarra, 2009, págs. 876 a 881.

LARROSA AMANTE, M.A., *El derecho de desistimiento en la contratación de consumo*. Tesis doctoral dirigida por Marín López, M.J. (Director tesis), Cobacho Gómez, J.A., (Director tesis), Universidad de Murcia, 2016.

PEÑA LÓPEZ, F. «Comentario al art. 10», *Comentario del Texto Refundido de la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007)*», BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Coordinador), Aranzadi. Thomson Reuters, Navarra, 2009, págs.135 a 146.

REBOLLO PUIG, M. e IZQUIERDO CARRASCO, M., «Capítulo II. Derechos básicos de los consumidores y usuarios», *La Defensa de los consumidores y usuarios. Comentario sistemático del Texto Refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007*. REBOLLO PUIG, M./IZQUIERDO CARRASCO, M.(Directores), ed. Iustel, Madrid, 2011, págs. 116 a 141.

³⁰ LARROSA AMANTE, M.A., *El derecho de desistimiento en la contratación de consumo*. Tesis doctoral dirigida por Marín López, M.J. (Director tesis), Cobacho Gómez, J.A.,(Director tesis), Universidad de Murcia, 2016., págs. 346 a 347.