

UNIVERSIDAD DE SALAMANCA

FACULTAD DE DERECHO

DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO

DOCTORADO EN NUEVAS TENDENCIAS EN DERECHO PRIVADO

TESIS DOCTORAL

The seal of the University of Salamanca is a circular emblem. It features a central shield with various symbols, including a crown at the top, a castle on the left, and a figure holding a staff in the center. The shield is surrounded by a ring of smaller shields, each containing a different heraldic symbol. The entire seal is rendered in a light gray color.

EL DERECHO DE DESISTIMIENTO: ESPECIAL
CONSIDERACIÓN AL DESISTIMIENTO CONTRACTUAL

ELABORADA POR: ERICK NÚÑEZ RODRÍGUEZ

DIRIGIDA POR: DRA. ESTHER TORRELLES TORREA

SALAMANCA, 2012

ÍNDICE

ÍNDICE	3
INTRODUCCIÓN	7
TABLA DE ABREVIATURAS	15
CAPÍTULO I.- DERECHO DE DESISTIMIENTO	17
A.- Consideraciones iniciales:	17
B.- Concepto de Derecho de desistimiento:	28
1.- Figuras similares en el Código Civil:	34
a.- Nulidad y anulabilidad:	39
b.- La rescisión contractual:	41
c.- La resolución contractual:.....	46
d.- La venta a prueba:	48
e.- La denuncia, receso o finalización unilateral de la relación contractual:	51
C.- Fundamento del Derecho de desistimiento:	59
D.- Naturaleza Jurídica del Derecho de desistimiento:	68
1.- El Derecho de desistimiento como derecho potestativo:.....	70
2.- El Derecho de desistimiento como causa de ineficacia jurídica.	80
3.- El Derecho de desistimiento como manifestación de voluntad:	90
a.- Los vicios de la voluntad en el derecho a desistir:.....	100
i.- Error:	103
ii.- Dolo:	108
iii.- Violencia e Intimidación:	111
CAPÍTULO II.- REGULACIÓN DEL DERECHO DE DESISTIMIENTO:	115
A.- Regulación Europea:	118
1.- Desarrollo histórico normativo:	119
a.- Directiva 85/577/CE, del Consejo de 20 de diciembre de 1985, referente a la protección de los consumidores en el caso de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales:	119
b.- Directiva 94/47/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 1994, relativa a la protección de los adquirentes en lo relativo a determinados aspectos de los contratos de adquisición de un derecho de utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido:	122
c.- Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 1997, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia:	125
d.- Directiva 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de septiembre de 2002 relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores, y por la que se modifican la Directiva 90/619/CEE del Consejo y las Directivas 97/7/CE y 98/27/CE :	129

EL DERECHO DE DESISTIMIENTO: ESPECIAL CONSIDERACIÓN AL DESISTIMIENTO CONTRACTUAL

e.- Directiva 2008/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de abril de 2008, relativa a los contratos de crédito al consumo y por la que se deroga la Directiva 87/102/CEE del Consejo	132
f.- Directiva 2008/122/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de enero de 2009 relativa a la protección de los consumidores con respecto a determinados aspectos de los contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio: (Deroga a la Directiva 94/47/CE)	135
g.- 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:	137
B.- Regulación en España:	139
1.- Desarrollo histórico normativo Español:	142
a.- Ley 50/1965, sobre ventas de bienes muebles a plazos:	143
b.- Ley 26/1984, de 19 de julio, general para la defensa de los consumidores y usuarios:	146
c.- Ley 26/1991, de 21 de noviembre, de contratos celebrados fuera de establecimiento mercantil:	149
d.- Ley 21/1995, de 6 de julio, reguladora de viajes combinados:	150
e.- Ley 7/1996, de 15 de enero, de ordenación de comercio minorista:	152
f.- Ley 28/1998, de 13 de julio, de venta a plazo de bienes muebles:	158
g.- Ley 42/1998, de 15 de diciembre, reguladora de los derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico y normas tributarias:	162
h.- 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.	165
i.- Ley 22/2007, de 11 de julio. Sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores:	167
j.- Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito	170
k.- Real Decreto-ley 8/2012, de 16 de marzo, de contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio.	172

CAPÍTULO III- ELEMENTOS DEL DERECHO DE DESISTIMIENTO: 175

A.- Elemento subjetivo:	175
1.- Consumidor:	176
a.- Concepto:	178
b.- Nociones de consumidor:	181
i.- Noción objetiva del acto de consumo:	181
ii.- Noción de consumidor en sentido abstracto:	183
iii.- Noción de consumidor en sentido estricto:	184
iv.- Noción de consumidor jurídico:	186
vi.- Noción de consumidor activo y pasivo:	187
vii.- Noción de consumidor medio:	197
c.- Regulación Comunitaria:	201
d.- Regulación en España:	208
e.- Derechos del consumidor:	213

ÍNDICE

i.- Derecho a la protección contra los riesgos que afecten a la salud o seguridad de los consumidores:	215
ii.- Derecho a la protección de los intereses económicos de los consumidores y transparencia del mercado:	218
iii.- Derecho de indemnización y reparación:	219
iv.- Derecho a la información, educación y divulgación:	220
v.- Derecho de audiencia y fomento de asociacionismo:	223
vi.- Derecho a los medios eficaces de protección jurídica:	224
2.- Empresario:	225
a.- Concepto:	225
b.- El empresario, perfil subjetivo de la empresa:	230
c.- El empresario y el Derecho de información:	236
i.- Régimen general:	236
ii.- Régimen especial:	239
iii.- Papel de la publicidad:	244
d.- El empresario y el Derecho de información y documentación en el Derecho de desistimiento:	248
B.- Elemento objetivo:	258
C.- Contenido:	264
1.- Ejercicio del derecho	267
a.- Ausencia de formalidades:	267
2.- Plazo para su ejercicio	277
a.- Plazo ordinario:	278
b.- Plazo ampliado:	287
c.- Plazo ordinario dentro del plazo ampliado:	291
3.- Gratuidad:	294
a.- Principio general de no penalización:	294
b.- Exención de gastos derivados:	298
i.- Reintegro de los gastos útiles y necesarios:	299
CAPÍTULO IV.- EFECTOS DEL DERECHO DE DESISTIMIENTO:	305
A.- Extinción de la relación jurídica:	305
B.- La restitución de la situación jurídica al estado original:	307
1.- Restitución mutua de las prestaciones:	309
a.- Obligaciones del empresario (efecto liberatorio):	311
i.- Obligación de devolución:	311
ii.- Plazo de devolución:	316
b.- Obligaciones del consumidor (Efecto restitutorio):	317
i.- Imposibilidad de devolución e imputación del riesgo de pérdida de la cosa:	324
ii.- Responsabilidad por mal uso o abuso del bien:	329
c.- Derecho de retención:	331
d.- Efectos de la restitución frente a los contratos vinculados:	336
e.- Lugar de devolución:	349
CAPÍTULO V.- DERECHO CONTRACTUAL DE DESISTIMIENTO:	353

EL DERECHO DE DESISTIMIENTO: ESPECIAL CONSIDERACIÓN AL DESISTIMIENTO CONTRACTUAL

A.- Concepto de derecho contractual de desistimiento:	354
1.- Manifestaciones del Derecho de desistimiento contractual:	366
a.- Oferta contractual	367
b.- Promociones o ventas especiales:.....	371
c.- Publicidad:	376
d.- Consensualidad:	381
i.- Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas:.....	382
CONCLUSIONES	389
BIBLIOGRAFÍA	395

INTRODUCCIÓN

Hoy en día, el Derecho de desistimiento, se erige como uno de los principales institutos con que cuenta el Derecho de consumo para defender los intereses de los consumidores.

Su importancia radica en que rompe con el dogma tradicional de *Contractus Lex, Pacta Sunt Servanda*, así como con la prohibición de arbitrio unilateral del acuerdo. Ello permite, que en un contrato de consumo, el consumidor, con su simple decisión, pueda sentenciar la ineficacia del negocio. Y todo, sin consecuencia alguna para sus intereses y sin tener que acudir a ningún tipo de instancia administrativa o judicial para ello.

Y lo más importante aún es que puede desistir sin necesidad de justificación alguna, es decir, no requiere de un incumplimiento de la contraparte, o de un vicio en el acuerdo mismo, ni de ningún otro supuesto civilista de ineficacia contractual; con su simple decisión basta para decretar extinguir la relación jurídica.

Aunque en su momento esta opción fue pensada para ser aplicada en ciertos contratos de consumo, sobre todo en aquellos en los que el factor sorpresa juega en contra del consumidor, en la actualidad, la posibilidad de desistir se puede extender a prácticamente cualquier negocio en que las partes así lo convengan.

Por ello es que se plantea la necesidad de realizar esta investigación ya que es evidente que estamos ante una figura novedosa que rompe paradigmas en materia de contratación privada y con ello, abre todo un abanico de posibilidades en el tema de la finalización unilateral de los contratos.

Además, porque es una figura moderna que en la coyuntura socioeconómica actual, cobra especial relevancia, ya que no solo puede ser interpretado como un mecanismo de ineficacia, o de defensa del consumidor, sino que también puede ser visto como una importante herramienta de estímulo económico y de protección del mercado.

Igualmente, porque, como veremos, contiene muchísimas más consecuencias de las que tradicionalmente se le imputan y porque en su modalidad contractual, se convierte en un ejercicio de libertad del consumidor, ya que de manera indirecta, se le otorga a éste, la libertad de decidir y disponer de propia mano, el nivel de tutela y protección que desea recibir, eso sí, siempre dentro de los límites pre-establecidos por el Estado.

Finalmente, porque si bien es cierto, que la facultad de desistir en los términos apuntados, es relativamente moderna y corresponde a un desarrollo histórico del Derecho de consumo de tan solo unas cuantas décadas, también es cierto, que si miramos retrospectivamente, en diferentes momentos del desarrollo del derecho privado, encontramos figuras afines, que nos permiten afirmar que ésta no es una creación absoluta del Derecho de consumo, sino que es una más de los institutos que éste ha tomado de otras ramas del Derecho, para darles existencia y autonomía propia.

Por ello, resulta fundamental que de una vez por todas se haga un trabajo como el presente, que analice a profundidad la figura en la actualidad, pero con vista a las expectativas futuras.

Conforme lo anterior, los objetivos de la presente tesis doctoral son:

- Objetivo General: Investigar el Derecho de desistimiento, como figura del Derecho de consumo y como tal, hacerlo con especial consideración al desistimiento contractual.
- Objetivos Específicos:
 - Analizar el concepto, fundamento y naturaleza jurídica de la figura.
 - Profundizar en la regulación del Derecho de desistimiento, tanto a nivel europeo, como a nivel español.
 - Examinar los elementos del Derecho de desistimiento, a saber, los sujetos, el objeto y su contenido.
 - Establecer los efectos de la figura.

INTRODUCCIÓN

- Distinguir las características del Derecho contractual de desistimiento.

Conforme lo expuesto, el trabajo se ha dividido en cinco capítulos, los cuales se han desarrollado de la siguiente manera:

En el primer capítulo denominado "*Derecho de desistimiento*", en cuatro secciones expondremos algunas consideraciones introductorias que nos permitirán abordar posteriormente el estudio de la figura. Para ello, en la sección primera, expondremos lo que hemos denominado consideraciones iniciales del estudio, en la cual trataremos algunos temas relevantes en torno a la protección del consumidor. En la segunda sección, analizamos el concepto del Derecho a desistir, en sus diferentes acepciones. En la tercera, haremos un ejercicio de aproximación y comparación conceptual. En la cuarta, citamos la justificación social, económica y jurídica para que exista un derecho como el que analizamos y finalmente, en la quinta, su naturaleza jurídica.

En este primer capítulo resulta de especial interés el ejercicio de identificación que hacemos de la figura, además, del análisis de similitud que hacemos con institutos del Derecho civil, el cual nos permite acreditar posteriormente que las características actuales del desistimiento son el resultado de un proceso de desarrollo histórico normativo dentro del Derecho de consumo, que en España nace alrededor de 1965 y en Europa 20 años después; pero que deviene de la facultad de finalización unilateral propia del Derecho civil.

En este apartado, además, se procura identificar ese nuevo contenido que el Derecho de consumo le otorga a esa facultad de finalización unilateral de los contratos propia de la materia civil, cosa que se hace, como dijimos en las secciones D y E.

Siendo, precisamente, en esta última sección en donde exploramos algunas ideas interesantes, como aquella que identifica al desistimiento, como un Derecho subjetivo, de carácter potestativo y de naturaleza negativa; y como tal, como una verdadera manifestación de voluntad, capaz de causar ineficacia jurídica. Y es en ese tanto, que

también que se propone la aplicación de la teoría de los vicios de la voluntad para proteger el *ánimus* del consumidor.

En el segundo capítulo denominado “*Regulación del Derecho de desistimiento*”, en dos secciones diferentes, una dedicada al Derecho Europeo y otra al Derecho español, analizaremos la regulación de la figura, para ello, haremos un estudio histórico normativo en el que expondremos todas y cada una de las directivas y leyes en las que se ha regulado el instituto.

En este acápite, resulta de especial interés el análisis que se hace del instituto en cada uno de los cuerpos legales expuestos, ya que a través del él podemos identificar el desarrollo histórico de la figura y sus expectativas hacia futuro.

El tercer capítulo denominado “*Elementos del Derecho de desistimiento*”, se compone de tres secciones, la primera dedicada al análisis de los elementos subjetivos de la figura jurídica, a saber, consumidor y empresario. La segunda, dedicada al análisis del elemento objetivo. Y la tercera, dedicada al estudio del contenido del derecho.

En el estudio de los elementos subjetivos, se le da preponderancia al consumidor, ya que es él quien centra el afán tuitivo de la figura, se expone su conceptualización, así como las diferentes nociones que sobre él, encontramos en la doctrina y ley. Además, exponemos, su regulación a nivel comunitario e interno, para finalizar con los derechos que en el marco de consumo se le otorgan. Tampoco podemos dejar de mencionar, el estudio de los derechos que, como elemento central del Derecho de consumo, se le otorgan; estudio que será fundamental para posteriormente analizar los derechos y obligaciones de las partes en el Desistimiento.

En cuanto al empresario, exponemos su conceptualización y su rol dentro de la empresa comercial. Además, analizamos su papel dentro del Derecho de desistimiento, sobre todo, en lo que a sus obligaciones se refiere.

El capítulo finaliza con un par de secciones, una dedica al estudio del elemento objetivo de la figura, en la cual resulta de relevancia la descripción que se hace del mismo, para evitar confundirlo con los llamados bienes de consumo. Y la otra, enfocada al análisis de su contenido, en la que se investiga sobre los mecanismos de

INTRODUCCIÓN

ejercicio de la facultad, el plazo y el principio de gratuidad que ampara toda la construcción.

El cuarto capítulo denominado “*Efectos del Derecho de desistimiento*”, como su nombre lo indica se dedica al estudio de las consecuencias que el ejercicio del Derecho de desistimiento conlleva. Dedicando una sección concreta a cada una de ellas.

Así, la primera sección se dedica al estudio de la extinción de la relación jurídica, tema que si bien, había sido tratado en el acápite de análisis del desistimiento como Derecho subjetivo, ahora se retoma para ser directamente tratado, como consecuencia directa de su ejercicio.

En la segunda sección, se trata todo aquello referente a la necesaria restitución de la situación jurídica al estado original, en concreto, de la obligación de restitución mutua de las prestaciones, en donde se comparan los deberes inherentes al consumidor y al empresario, los efectos de esa restitución, así como el lugar en donde se descarga la obligación.

En este capítulo resulta de especial interés el análisis que se hace de las obligaciones mutuas que surgen luego de que el consumidor decide desistir del acuerdo, incluso, derivando en el nacimiento de otros derechos accesorios como lo son el pago de intereses, frutos, mejoras y hasta de un derecho de retención. Derechos sobre los cuales, haremos nuestro propio planteamiento.

El quinto capítulo llamado “Derecho contractual de desistimiento”, se dedica al estudio de la figura en su modalidad contractual, para ello se hace énfasis en lo que es, una especie del género y como tal, que debe partir de sus postulados normativos. Además, se analizan los mecanismos previstos por el legislador para que la cláusula de desistimiento sea incorporada al acuerdo, a saber, a través de la oferta de contrato, de las promociones o ventas especiales, de la publicidad y finalmente, de la consensualidad, en donde también se analiza el abuso del que puede ser objeto el consumidor, a través de las llamadas cláusulas generales de la contratación y de las cláusulas abusivas.

En cuanto a su elaboración, se empleará la siguiente metodología:

- Método histórico: Básicamente en el estudio de la evolución histórica que ha tenido la figura del desistimiento de contratos, así como del concepto de consumidor.
- Método comparativo: Sobre todo en la comparación que se hará de los elementos del desistimiento, citados a lo largo del trabajo, con la regulación que de ellos se hace a nivel Comunitario y en otros países europeos, a saber, Francia, Italia y Alemania.
- Método argumentativo: En el que, en una primera etapa se expondrá todo lo pertinente al Derecho de desistimiento, incluyendo en esta fase las referencias que se hagan a los diferentes tipos de desistimiento legal. Luego en una segunda etapa, expondremos todo lo relativo al desistimiento contractual, tomando como base lo ya expuesto sobre las generalidades de la figura.

En cuanto a la técnica empleada, se acudirá básicamente a la búsqueda y examen de doctrina, normativa y jurisprudencia. En relación con los textos utilizados, he hecho un esfuerzo por consultar su versión impresa y solo cuando esa consulta no ha sido posible (p. ej., porque no hay un ejemplar disponible en las bibliotecas de la Universidad de Salamanca), he acudido a la versión digital, señalando en cada cita que he hecho el apartado específico de la obra al que hago referencia. Mi pretensión, con esto, es que el lector pueda ubicarse en el texto que se encuentra en internet cuando éste carece de número de páginas. Siempre con relación a los documentos que se encuentran en internet, no omito manifestar que en la bibliografía se indica la fecha en la que accedí por última vez a los mismos. La constante actualización de ese dato tiene el propósito de confirmar que los textos siguen disponibles para el lector que desee consultarlos, o en caso de no ser así, poder indicarlo oportunamente.

Resulta oportuno a esta altura advertir además, que el presente es un trabajo de Derecho de consumo, por lo cual, el análisis propuesto se hará desde esta perspectiva. Eso sí, ello no impide que en ocasiones, cuando el desarrollo del tema lo demande, se manejen otras ramas del derecho, eso sí, sin olvidar la propuesta original. Además, su contenido básico, parte del sistema legal español, por lo que, se le dará prioridad al

INTRODUCCIÓN

mismo, lo cual, tampoco impide que si el desarrollo del tema lo requiere, se citen otros sistemas legales a manera de Derecho comparado, o bien, el sistema comunitario.

Igualmente, hemos de advertir que aunque sabemos la diferencia existente entre un Derecho subjetivo y una facultad jurídica, en muchas secciones de este trabajo, utilizaremos ambos conceptos como especie de sinónimos para referirnos al Derecho a desistir, con ello hablaremos de derecho y facultad para referirnos a él.

Finalmente, quiero agradecer a quienes de una u otra manera han hecho posible la realización de este trabajo:

A mi directora, la profesora Esther Torrelles Torrea, quien con su amistad, acertada dirección y sobre todo con su saber, fue mi guía en esta aventura.

Al profesor José Antonio Martín Pérez, quien siempre tuvo una voz amiga y clarificadora.

A Patricia y a mis bebés, Sofía y Mariana, esto es por y para ustedes.

A mi familia, que siempre ha estado conmigo.

Y finalmente, a todos mis amigos, los salmantinos y los de mi tierra.

¡A todos, muchas gracias!

TABLA DE ABREVIATURAS

ADC	Anuario de Derecho Civil
BGB	Código Civil Alemán o Bürgerliches Gesetzbuch.
C2C	Contrato de consumidor a consumidor (consumer to consumer).
CC	Código Civil.
CC CC	Códigos Civiles.
CE	Constitución Española de 1978.
CEE	Comunidad Económica Europea.
CFR	Common Frame of Reference (Marco Común de Referencia).
LATBIUT	La Ley 42/1998, de 15 de diciembre, reguladora de los Derechos de Aprovechamiento por Turno de Bienes Inmuebles de Uso Turístico.
LCC	Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo.
LCD	Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal.
LCFEM	Ley 26/1991, de 21 de noviembre, de Contratos Celebrados Fuera de Establecimientos Mercantiles.
LEC	Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.
LGDCU	Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.
LGP	Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad.
LOCM	Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista.

LOPJ	Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.
PMCR o DCFR	Proyecto de Marco Común de Referencia
PSF	Perspectivas del Sistema Financiero. El Consumidor en la Contratación Bancaria Electrónica
PYME	Pequeña y mediana empresa
RDCGO	Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obligazioni
RDP	Revista de Derecho Privado.
RDPat	Revista de Derecho Patrimonial
RFDUG	Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada.
RIDC	Rivista di Diritto Civile
ss	siguientes
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional.
STJCE	Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.
STS	Sentencia del Tribunal Supremo.
TJCE	Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.
TRLDGCU	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.
UE	Unión Europea.

CAPÍTULO I. DERECHO DE DESISTIMIENTO

A.- Consideraciones iniciales:

El derecho de consumo es una rama que se caracteriza por recorrer de manera transversal el ordenamiento jurídico en busca del equilibrio de las relaciones negociales entre empresario y consumidores.

Es el resultado de un proceso normativo que se fundamenta en los grandes cambios que la sociedad vivió en la segunda mitad del siglo pasado, en el renacer de las condiciones económicas, políticas, sociales y tecnológicas de la postguerra¹.

Definitivamente *“el descubrimiento de nuevas materias, la puesta en práctica de nuevos métodos de fabricación, el desarrollo de los nuevos medios de comunicación, la ampliación de los mercados, la aparición de nuevos métodos de venta... han provocado que el consumidor de otros tiempos, comprador generalmente aislado en un mercado local de escasas dimensiones, se haya transformado en un elemento de un mercado de masas, siendo objeto de campañas publicitarias, de presiones de productos y distribuidores fuertemente organizados, que ha provocado la ruptura del equilibrio entre productores y consumidores en beneficio de los primeros”*².

La existencia de nuevas tecnologías, así como su facilidad de acceso, los procesos de apertura política y económica de los países que procuran un libre comercio y con él la creación de mercados únicos y/o comunitarios; son elementos que impulsan lo que hoy llamamos la sociedad de la información y con ella, surgen una serie de nuevos fenómenos a los que el Derecho debe darles efectiva respuesta, con imaginación para proponer cosas nuevas y sobre todo, rompiendo paradigmas. *“Aunque se trata de una realidad incipiente, todavía no consumada, existen ya indicios más que suficientes para pronosticar que, a buen seguro, el desarrollo de las nuevas tecnologías de la*

¹ A mayor abundamiento ver: DÍEZ-PICAZO Y PONDE DE LEÓN, LUIS. “¿Una nueva doctrina general del contrato?”, en *Anuario de Derecho Civil (ADC)*, Tomo XLVI, Fascículo III, julio–setiembre, MCMXCIII, p. 1705 y ss.

² REYES LÓPEZ, MARÍA JOSÉ. “Capítulo I: Génesis y delimitación del Derecho de consumo en los ámbitos comunitario, estatal y autonómico”, en REYES LÓPEZ, MARÍA JOSÉ (Coord.). *Derecho de Consumo*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999. P. 22.

información y de la comunicación —que tan galopantemente viene produciéndose desde inicios de la década de los años noventa— y su aplicación con fines comerciales va a suponer a la larga, una alteración del comercio y de los sistemas de promoción y distribución de los bienes y servicios en el mercado de importancia análoga o similar a las que tuvieron lugar en otros momentos históricos merced al nacimiento de la ciudad o a la aparición y posterior desarrollo de la denominada «sociedad industrial» o «postindustrial»³.

Estos nuevos fenómenos que hoy son totalmente normales y cotidianos, como la globalización, la unificación de mercados, la masificación de la producción, el comercio electrónico, nos obligan a replantear muchos de los conceptos que tradicionalmente hemos aceptado como inamovibles. Es innegable que el legislador que a finales del siglo XIX redactó el Código Civil, nunca tuvo conciencia de los fenómenos jurídicos a los que su obra debería dar respuesta jurídica⁴.

³ MIRANDA SERRANO, LUIS MARÍA. “Derecho de desistimiento del consumidor en la contratación electrónica”, en Botana García, Gema Alejandra (Coord.). *Comercio electrónico y protección de los consumidores*. La Ley, Madrid, 2001, p. 575.

⁴ Autores como FONT GALÁN, mencionan como fundamental el cambio en los paradigmas económicos, sociológicos, industriales. Ideológicos y jurídicos. Y entre los principales agentes de transformación de este nuevo sistema menciona los siguientes:

- *“Cambio económico: de una economía de laissez faire, a una economía fuertemente intervenida por los poderes públicos.*
- *Cambio industrial y tecnológico provocado por el maquinismo, la producción en masa, las nuevas tecnologías, la avalancha incontenible de bienes y servicios ofrecidos al mercado.*
- *Cambio sociológico, marcado por la aparición de la sociedad de consumo ingenuamente enseñoreada por un nuevo modelo de adquirente o cliente —el homo consumens— dotado de un enorme atractivo político desde el punto de vista electoralista.*
- *Cambio ideológico y político jurídico, incluso en el ámbito del Derecho privado, una vez superados los últimos vestigios del iusnaturalismo y del liberalismo, y sustituidos estos por nuevos ideales e imperativos económicos y sociales que —asumidos y promovidos en el campo del Derecho privado por la Escuela histórica y hegeliana y por los representantes del llamado socialismo jurídico (Solari)— quedan condensados y expresados en la idea modélica de las Constituciones modernas avanzadas, del Estado Social.*
- *Cambio técnico-empresarial promovido por la mecanización y despersonificación de las relaciones económicas y jurídicas en el mercado y en el tráfico, las nuevas formas de contacto social y jurídico entre empresarios y consumidores, la publicidad, el marketing, los sistemas «agresivos» de promoción y ventas al consumo, y la informatización de los sistemas o técnicas de producción, distribución, comercialización y adquisición en el mercado.*
- *Cambio en el volumen, envergadura y frecuencia de los riesgos y daños arrojados al mercado, inferidos a los consumidores y soportados por éstos (riesgos y daños «en masa» generados por el sistema industrial y tecnológico).*
- *Cambio socioeconómico, que propicia la organización de mecanismos aseguradores de las nuevas «constelaciones» de riesgos y daños, lo que constituye uno de los máximos exponentes del Welfare State (estado de bienestar).*

I. DERECHO DE DESISTIMIENTO

La contratación privada es uno de los campos en los que más se nota el desfase existente entre la teoría tradicional y la realidad, hoy nuestra vida no es de autoconsumo, hoy vivimos gracias a los bienes y servicios que encontramos en un mercado ilimitado. Las nuevas maneras de contratación, los nuevos tipos de contratos, la apertura de mercados, el comercio electrónico y las facilidad de tránsito de sujetos, mercaderías y capitales; son todos factores que desencadenan una ruptura entre los postulados tradicionales de contratación y la realidad moderna⁵.

Hoy día las relaciones se caracterizan por la ausencia de los límites impuestos por los sistemas económicos tradicionales. En la Sociedad de la Información, el mercado no tiene fronteras, lo mismo contratamos con un sujeto en nuestro país, como lo hacemos con alguien ubicado al otro lado del mundo. Lo importante es que el acceso a los medios, así como a los mecanismo de socialización (y de contratación en nuestro caso), están al alcance de todos, los límites nos los imponemos nosotros mismos.

-
- *Y cambio jurídico que, en su esencia, viene presidido por la quiebra de dos grandes dogmas clásicos que, heredados de la tradición y aprovechados al máximo por el liberalismo económico y jurídico, han dominado poderosamente de facto y de iure el funcionamiento jurídicos privado del tráfico en el mercado: de un lado, el dogma de la autonomía de la voluntad –como principio inhibitor del Estado en las relaciones negociales inter privados y promotor de la iniciativa económica privada y del lucro empresarial, aún a costa tantas veces de la parte débil de un contrato masificado, unilateralmente predispuesto por el empresario y funcionalmente dispuesto, en ocasiones, a su inmoderado lucro–; de otro, el dogma de la culpa como responsabilidad (como principio «desresponsabilizador» e incentivador de un sistema productivo e industrial de enormes proporciones, pero generador de riesgos y daños en masa).”* En FONT GALÁN, JUAN IGNACIO. LÓPEZ MENUDO, FRANCISCO. *Curso sobre el nuevo derecho del consumidor*, Instituto Nacional del Consumo, Madrid, 1990, p. 17. Entre paréntesis subrayado es propio.

⁵ Sobre el punto LLOBET I AGUADO, nos dice: “Uno de los requisitos para que exista contrato es la existencia de consentimiento (artículo 1261 del Código Civil), y este consentimiento debe ser serio, espontáneo y libre.

Tradicionalmente, la protección de este consentimiento se ha hecho a través de la teoría de los vicios. Así, la parte víctima de error, violencia o intimidación, puede invocar este vicio para impugnar el contrato (artículos 1265 y 1300 y ss del Código civil).

En los contratos de compraventa y arrendamiento, el comprador y arrendatario disponen, bien que a posteriori, de una garantía adicional específica: la del saneamiento por vicios ocultos de la cosa vendida o arrendada.

Este planteamiento tradicional puede verse afectado por la nuevas circunstancias y formas de contratación, en las cuales destaca, como sujeto digno de protección, el consumidor.

En efecto, se puede decir que las exigencias actuales del tráfico jurídico han transformado el esquema clásico de la conclusión del contrato.” En LLOBET I AGUADO, JOSEP. “El periodo de reflexión y la facultad de retractación. Algunas reflexiones en torno a la Ley 26/1991, de 21 de noviembre sobre Protección de los Consumidores en el caso de contratos celebrados fuera de los establecimientos comerciales”, en *Revista General de Derecho*, año II, número 604-605, enero – febrero 1995, p. 143.

Por ello, es que podemos afirmar que vivimos en una sociedad de dispendio, la de hoy, es una sociedad que se organiza para consumir bienes y servicios. El sistema está diseñado para que los sujetos produzcan y gasten y cuando la ecuación se rompe, el sistema entra en crisis. Por ejemplo, en España actualmente se vive la peor crisis económica de la democracia y uno de sus principales efectos es el del decaimiento de los índices de consumo⁶.

En este contexto, podemos hacer otra afirmación importante y es que a pesar de vivir en una *Aldea Global* y a pesar de la relación entre sociedad y consumo, así como la innegable masificación de las relaciones entre sujetos, el consumir es un acto de libertad de cada sujeto, cada uno de nosotros ingresa al mercado en función de sus propios intereses y de su capacidad patrimonial. *“Lo antes expuesto, nos remite a entender sin temores, que el consumir implica una práctica social homogénea y diferenciada; la cual tendrá como acto esencial genérico, la transformación de un objeto o servicio en una práctica de uso o disfrute. Ello en la cualidad diferenciada del objeto o servicio adquirido, según las determinaciones o capacidades económicas de los consumidores”*⁷.

Además, no podemos negar que el consumir es un ejercicio de libertad individual pero visto hoy día como un acto de trascendencia social, por ello resulta fundamental

⁶ Según informes publicados, la crisis viene afectando el consumo desde el inicio de la crisis económica actual, así para el año 2009 se dijo que: *“Las expectativas de crecimiento del consumo privado para el año 2009 han sido revisadas drásticamente a la baja. Así, del 0,2% de crecimiento que se esperaba en el mes de octubre del año pasado, se ha pasado ahora a una previsión de caída del 3,4%. Para Caixa Catalunya esta situación refleja el «insólito empeoramiento de la confianza, de la renta y de otras variables relevantes del gasto de los hogares, en especial desde el pasado mes de octubre»*. Tomado de <http://www.libertaddigital.com/economia/espana-registrara-la-mayor-caida-del-consumo-privado-de-su-historia-1276356186/>, fecha visita: 15/Diciembre/2009. Y para los años 2010 y 2011, el panorama se mantenía: *“La economía española caerá un 0,7% en 2010, más del doble que lo previsto por el Gobierno (-0,3%), y no pasará de un crecimiento cero (+0,02%) en 2011, lejos del 1,3% del cuadro macroeconómico, según el Consenso Económico correspondiente al segundo trimestre de 2010 de PricewaterhouseCoopers. «Los expertos y empresarios creen que la economía española ha encallado en la crisis y no perciben que se vaya a producir una salida en el medio plazo»* Tomado de http://www.finanzas.com/noticias/economia/2010-07-12/314248_crisis-permanecera-economia-espanola-hasta.html, fecha visita: 28/Octubre/2010. Finalmente, sobre el panorama venidero, los augurios no resultan nada halagüeños, ya que el Fondo Monetario Internacional calcula que España no recuperará su PIB de 2008, hasta el año 2017, con lo cual se vaticina una década entera de crisis. En http://economia.elpais.com/economia/2012/04/19/actualidad/1334862142_848426.html, fecha de visita: 9 de julio de 2012.

⁷ CHINCHILLA COTO, JOSÉ CARLOS. “El objeto, el consumo y la sociedad contemporánea”, en CONAMAJ. *Defensa efectiva de los derechos del consumidor*, San José, 1999, p.14.

I. DERECHO DE DESISTIMIENTO

que el Estado garantice la libertad de mercado, el libre acceso de todos sus ciudadanos a esa dinámica, pero que dicho acceso se haga dentro de un marco de tutela y protección que imponga orden en las relaciones que se entablen, garantizando así un marco de convivencia social adecuado.

Dicho orden se justifica en las características propias de las fuerzas que intervienen en las relaciones de oferta y demanda, las cuales en el caso de los contratos de consumo, parten de la disparidad real que existe entre el empresario que desarrolla una actividad profesional enfocada a la colocación de sus productos, sin más interés que el de lucrar y que además, de ese objeto que procura vender, lo conoce todo, sus fortalezas y debilidades, frente a un consumidor que accede a él, en función de satisfacer una necesidad personal, con un coste económico para él y con una expectativa del objeto, lograda a través de información que el propio vendedor le proporcione.

“En efecto, la necesidad de que el consumidor sea protegido es consecuencia del reconocimiento de que existe una gran masa –la inmensa mayoría- de personas que al realizar las operaciones normales de la vida diaria, referidas principalmente a la adquisición de bienes y servicios, no estén en condiciones de conseguir por si solas unas calidades y unos precios adecuados. El prototipo de consumidor necesitado de protección es la persona que individualmente no está en condiciones de hacer valer sus justas exigencias sobre los productos o servicios que adquiere y carece de los medios necesarios para enfrentarse a con las grandes empresas con las que contrata”⁸.

⁸ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, RODRIGO. “La protección de los consumidores, la Constitución española y el Derecho mercantil”, En BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, ALBERTO. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, RODRIGO. *Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores*, Editorial Tecnos, Madrid, 1987, p.22. Sobre el punto PALACIOS GONZÁLEZ, agrega: “Es lugar común afirmar que la contratación en masa ha supuesto la ruptura de la igualdad de las partes en el mercado, que a su vez, fundamentaba el principio de autonomía de la voluntad como criterio jurídico inspirador de la regulación contractual privada. La superioridad de la posición de los empresarios frente a la de los consumidores se manifiesta, entre otros factores, en los recursos con que cuentan los primeros para la captación de clientela. No se debe solo a los mayores medios económicos de que la empresa dispone sino también a la posibilidad de acceder a la información sociológica sobre preferencias y comportamientos de los consumidores, de realizar estudios de mercado e incluso de obtener y utilizar información sobre técnicas que afectan y pueden influir en aquellas preferencias y comportamientos.” En PALACIOS GONZÁLEZ, MARÍA DOLORES. “La incidencia de la noción de consumidor medio en la protección de los consumidores: Protección frente a la publicidad engañosa, la información falsa o engañosa y la falta de información previa a la contratación”, en *Revista de Derecho Privado (RDP)*, enero – febrero, 2012.

Esta ecuación es la que justifica que el Estado intervenga mediante un sistema jurídico que equilibre la balanza de esas negociaciones comerciales y le dé a los adquirentes finales del mercado, herramientas suficientes para que en caso de que se presente un conflicto, puedan manejarse como iguales frente a sus contrapartes.

Esta es la explicación de un sistema de protección especial, el dar el equilibrio a las relaciones de oferta y demanda que el mercado liberal nunca ha podido garantizar y con ello, buscar un sistema de relaciones comerciales más estables y seguras para todos los actores en él.

Aunque, como indica LEÓN DÍAZ⁹, la tarea no es sencilla, ya que en un espacio de respeto a las libertades, no resulta sencillo imponer límites y regulaciones. El lograr ese equilibrio entre control, intervencionismo y libertad de mercado y por qué no, autodeterminación individual, es todo un reto.

Es una labor que implica equilibrar el ejercicio del derecho a la libertad patrimonial como manifestación de la propiedad privada, junto con la libertad de empresa y la libertad contractual.

En este contexto es que el Derecho de consumo ha moldeado la teoría de la contratación privada, para darnos un nuevo enfoque, el de la creación de un nuevo sistema que modernice y supere la ideología arrastrada del liberalismo predominante en 1889¹⁰ y que además garantice la intervención estatal en aras de regular el mercado para beneficio de sus actores y del sistema económico mismo. *“De ahí la necesidad de crear si no una rama específica, porque este derecho no puede constituir por sí mismo un derecho autónomo al estar vertebrado sobre instituciones y principios de Derecho Privado, si erigirse en una nueva vertiente del Derecho que obliga al replanteamiento de algunos aspectos fundamentales del Derecho, entre los que podemos citar: la nueva*

⁹ LEÓN DÍAZ, JOSÉ RODOLFO. “Algunas reflexiones en torno a los principios que informan la protección del consumidor”, en CONAMAJ. *Defensa efectiva de los derechos del consumidor*, Op. Cit., p. 19 y ss.

¹⁰ Fecha de promulgación del Código Civil. Además, hablamos de ideología liberal, porque no debemos olvidar que muchos de los Códigos Civiles actuales, emulan al Código Civil Francés, el cual se construyó a partir de las ideas de libertad e igualdad derivadas del movimiento revolucionario de 1789. En él, el individuo obtiene el derecho fundamental al gozo y disfrute de aquellos bienes y servicios a los que pueda acceder, con ello el eje propiedad y contrato pasa a ser el motor del desarrollo. Así la libertad de contratación y de empresa son las consecuencias naturales de todo el proceso.

*orientación de la praxis jurisprudencial en la interpretación de la responsabilidad civil y la remodelación de la estructura en las relaciones contractuales*¹¹.

Así, dentro de la libertad en la economía de mercado que prevé el artículo 38 de la CE, nace el Derecho de los consumidores que se plasma en el artículo 51, como un mecanismo de construcción histórica, ideado por el legislador para suplir las deficiencias de las viejas regulaciones de finales de siglo XIX y para dar tutela efectiva a quienes en calidad de usuarios entablan relaciones jurídicas con comerciantes o empresarios en este entorno actual, relaciones que por su naturaleza, desde ya adelantaremos, suelen ser dispares ya que se componen por una parte que ostenta una posición dominante en la negociación, frente a otra que necesita de un apoyo externo para tratar de igual a igual.

El sistema no es perfecto, en la realidad comercial, hay una gran cantidad de distorsiones que impiden que las relaciones comerciales se den dentro del marco de transparencia deseada: *“abundan los mercados imperfectos, la información en muchas ocasiones es desigual, hay posiciones dominantes (de compradores y de vendedores) que tienen siempre la tentación del abuso (imponiendo condiciones de pago, de entrega, de riesgos, que pueden ser inicuas) y así sucesivamente. Por ello, hay que asegurar el mercado como institución en el marco de una institucionalidad más amplia –el sistema legal- de la que forma parte. Y esto es misión del Estado – de los poderes públicos en general- en todos sus niveles: central, autonómico y local”*¹². Buscamos pasar de un sistema de mercado liberal¹³ a uno de intervención estatal, en donde será el Estado el que se encargue de planificar el desarrollo de la actividad comercial, entre la cual estará las relaciones entre comerciantes y consumidores¹⁴.

¹¹ REYES LÓPEZ, MARÍA JOSÉ. “Capítulo I: Génesis y delimitación del Derecho de consumo en los ámbitos comunitario, estatal y autonómico”, *Op cit.*, p. 23.

¹² *Idem.*

¹³ Libertad de mercado compuesta por otro tipo de principios como el de propiedad privada, libertad de precios, libre competencia, soberanía del consumidor, beneficio y libre decisión empresarial, entre otros. El modelo de libertad se caracteriza, además, porque es el propio mercado el que se autorregula, a través de la oferta y demanda de productos y servicios, en una relación directa y pura.

¹⁴ El modelo de intervención a diferencia del de libertad, no es absoluto, es decir, puede presentar diferentes matices, dependiendo del nivel de intervención que el Estado ejerza habrá sistemas en los que la intervención es mínima y por ejemplo, se regulen únicamente algunos elementos de la oferta de productos, tales como los compuestos en la llamada “canasta básica” alimenticia, como los precios y

Es claro que: *“No se trata de proteger al consumidor porque es el último eslabón de la cadena de distribución, ni de arroparlo jurídicamente porque desconoce el terreno en que se mueve frente al empresario, profesional y experto en el ramo, la “ratio” de la protección es intrínsecamente jurídica: frente a la (siempre teórica) igualdad de las partes, establecida como pilar básico sobre el que los códigos decimonónicos construyen su teoría general de los contratos, la realidad socioeconómica de nuestra época ha desequilibrado las posiciones de las partes, con lo que no podemos pretender que todo permanezca igual; por el contrario, se reconoce con carácter general que la legislación debe intervenir para reequilibrar la balanza de las relaciones entre suministradores de productos o servicios y los receptores finales de los mismos”*¹⁵.

Así, dentro de este marco de protección¹⁶ el Derecho de consumo nace como un mecanismo de regulación de mercado, que busca la igualdad y protección de los consumidores en las relaciones de oferta de demanda¹⁷. Como un producto del

otros con una intervención mucho más fuerte y directa en la además de los precios de bienes de primera necesidad se entre a controlar horarios, ubicaciones y apertura de nuevos comercios, etc.

¹⁵ ÁLVAREZ MORENO, MARÍA TERESA. *El desistimiento unilateral en los contratos con condiciones generales*. EDERSA, Madrid, 2000, p. 22.

¹⁶ El artículo 8 del Texto refundido de la ley general para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias (TRLDGCU), indica que: *“Son derechos básicos de los consumidores y usuarios: a) La protección contra los riesgos que puedan afectar su salud o seguridad. b) La protección de sus legítimos intereses económicos y sociales; en particular, frente a la inclusión de cláusulas abusivas en los contratos. c) La indemnización de los daños y la reparación de los perjuicios sufridos. d) La información correcta sobre los diferentes bienes o servicios y la educación y divulgación para facilitar el conocimiento sobre su adecuado uso, consumo o disfrute. e) La audiencia en consulta, la participación en el procedimiento de elaboración de las disposiciones generales que les afectan directamente y la representación de sus intereses, a través de las asociaciones, agrupaciones, federaciones o confederaciones de consumidores y usuarios legalmente constituidas. f) La protección de sus derechos mediante procedimientos eficaces, en especial ante situaciones de inferioridad, subordinación e indefensión.”*

¹⁷ En este sentido, MAX WEBER nos indica que: *“libertad de mercado es el grado de autonomía de los partícipes particulares en la lucha de precios y de competencia.”* Y *“regulación de mercado es, por el contrario, la situación en que está materialmente limitada por una ordenación efectiva la mercabilidad de posibles objetos de cambio o la libertad de mercado para posibles contratantes.”* Agrega que las regulaciones de mercado pueden estar condicionadas de cuatro maneras posibles, a saber de modo tradicional, de modo convencional, el modo voluntario y el cuarto que es el que nos interesa de modo jurídico, el cual lo define como una *“limitación legal efectiva del cambio o de la libertad de la lucha de precios y de competencia, en general o para determinado círculo de personas o para determinados objetos de cambio; esto, en el sentido de influir sobre la situación de mercado de objetos de cambio (regulaciones de precios) o en el sentido de la limitación de la posesión, adquisición o cambio de poderes de disposición sobre bienes a determinados círculos de personas (monopolio legalmente garantizado o limitaciones legales de la libertad de gestión económica”*. WEBER, MAX. *Economía y Sociedad. Esbozo de sociología comprensiva*, traducción de JOSÉ MEDINA ECHAVARRÍA, JUAN ROURA PARELLA, EUGENIO IMAZ, EDUARDO GARCÍA MÁYNEZ Y JOSÉ FERRATER MORA, segunda edición, Editorial Fondo de Cultura Económica, México, 1964, p. 62.

I. DERECHO DE DESISTIMIENTO

nacimiento del Estado Social de Derecho, el cual por naturaleza es político, pero con contenido social, es decir, tan democrático que las libertades sean ejercitables y exigibles, pero tan social que la igualdad sea real. Es decir, como un Estado en que se modere la existencia entre los derechos fundamentales de primera generación, junto con los de segunda, en fin, como un Estado que logre el equilibrio entre los derechos civiles y políticos, junto con los económicos, sociales y culturales¹⁸.

En este sentido, nos parece bastante acertada la definición apuntada por CORCHERO Y GRANDE MURILLO, al indicar que: *“El Estado social y democrático constituye la forma jurídica del capitalismo moderno. Es la forma de Estado que responde a las exigencias de nuestra sociedad. Nos encontramos ante una transformación del Estado para hacer frente a las insuficiencias del Estado liberal de Derecho. Transformación que tendrá como consecuencia que el Estado de Derecho sea, además social y democrático. Esta nueva forma de Estado se encuentra especialmente vinculada con el sistema que la sustenta, el sistema capitalista. Vinculación que se produce en un doble sentido: por un lado tratar de atender las insuficiencias del capitalismo (vinculación de respuesta); por otro, supone la readaptación del Estado liberal de Derecho a las necesidades del capitalismo (vinculación de adaptación)”*¹⁹.

Además, el Derecho de consumo no es producto de una moda pasajera, sino que obedece a todo un desarrollo histórico que inició a finales del siglo XIX con la Liga de Consumidores en Nueva York y que posteriormente fue reafirmado por diversos acontecimientos en América y Europa que poco a poco le fueron moldeando. Entre ellos podemos citar a manera de ejemplo los siguientes: En Alemania, la promulgación de la Ley contra la competencia desleal en la República Federal de Alemania de 1909 y de la Ley sobre condiciones generales de los contratos de 1957. En Inglaterra, en 1960, la creación de la primera comisión de trabajo para buscar una mayor protección

¹⁸ Hoy día agregaría a los derechos de tercera generación, los llamados derechos de solidaridad.

¹⁹ CORCHERO, MIGUEL. GRANDE MURILLO, ANA. *La protección de los consumidores*, primera edición, Editorial Aranzadi, Navarra, 2007, p. 16. Posición reforzada por FONT GALÁN, quien resumidamente agrega que: *“Las profundas transformaciones que los aludidos cambios operan en la Sociedad, la Economía y el Derecho, preparan y abonan el terreno donde va a crecer una nueva sementera de ideales e imperativos sociales de defensa del consumidor, inicialmente coadyuvantes del Estado de Bienestar...y actualmente propugnados con fuerza por el Estado Social.”* En FONT GALÁN, JUAN IGNACIO. LÓPEZ MENUJO, FRANCISCO. *Curso sobre el nuevo derecho del consumidor*, Op Cit., p. 18.

de los consumidores, cuya labor culminó con el llamado informe *Molowny*²⁰. En Dinamarca, en 1947, la creación del Consejo de Consumidores. En Estados Unidos, el mensaje electoral que el entonces aspirante a presidente de los Estados Unidos, John F. Kennedy, dirigió al Congreso de su país en 1962, en el cual se comprometía a tomar una serie concreta de medidas de protección a los consumidores dirigidas sobre todo en cuatro sentidos muy concretos: “*seguridad, información, elección y audiencia*”²¹. En Suecia, la creación del *Ombudsman* de los consumidores en 1971. Y en España, la creación del Gabinete de Orientación al Consumo, en 1965, el cual 10 años después, se convierte en el Instituto Nacional del Consumo.

Como los anteriores, podríamos seguir citando ejemplos, como el estudio de 1972 de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE), relativo a la protección de los consumidores en sus Estados miembros, así como la resolución del Consejo de la Comunidad Económica Europea de 14 de abril de 1975, relativa a establecer en la C.E.E. un programa preliminar sobre protección a los consumidores. Sin embargo, me parece que lo importante es resaltar que el nacimiento del Derecho de consumo, no es un episodio aislado que podamos ubicar en un único acontecimiento o en un único lugar, sino que es la suma de muchos acontecimientos y experiencias tan diversas como los lugares en que han acaecido.

Dentro de esta evolución, en los últimos tiempos se ha entrado en una etapa de auto crítica en la que se cuestiona el nivel de protección otorgado y si más bien, estamos ante una situación de sobreprotección de los consumidores que acarrea

²⁰ El Informe Molowny en Inglaterra, dio lugar a la primera normativa que podemos catalogar como la primera manifestación legislativa de protección a los consumidores, nos referimos al conjunto compuesto por la Consumer Protection Act de 1971, el Fair Trading Act de 1973 y el Unfair Contract Terms de 1977.

²¹ Las palabras textuales pronunciadas por el ex presidente Kennedy fueron: “*Los consumidores, todos nosotros por definición, representan el grupo económico más importante y se hallan interesados en casi todas las decisiones económicas, públicas y privadas. Sus gastos representan las dos terceras partes de los gastos económicos totales. Sin embargo, constituye el único grupo que no está organizado realmente y cuya opinión casi nunca es tomada en cuenta*”, añadiendo posteriormente “*consumidores somos todos*”. A mayor abundamiento ver: RUIZ MUÑOZ, MIGUEL. “Lección 1: Introducción a la protección jurídica de los consumidores”, en BOTANA GARCÍA, GEMA Y RUIZ MUÑOZ, MIGUEL. *Curso sobre protección jurídica de los consumidores*, McGraw-Hill Interamericana de España, S.A.U., Madrid, 1999, p. 9. CORCHERO, MIGUEL. GRANDE MURILLO, ANA. *La protección de los consumidores*, Op. Cit., p. 17. ACEDO PENCO, ÁNGEL. “La noción de consumidor y su tratamiento en el Derecho Comunitario, Estatal y Autonómico. Breve referencia al concepto de consumidor en el Derecho Extremeño”, en *Anuario de la Facultad de Derecho*, número 18, 2000. Documento, localizable en <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=831211>, fecha de visita: 24 de julio de 2012.

I. DERECHO DE DESISTIMIENTO

situaciones contrarias a las deseadas, como pueden ser posibles abusos de los derechos otorgados, que más bien causen un desbalance del sinalagma jurídico en perjuicio del empresario²². O si por el contrario, en la situación de crisis económica actual, la rama que nació para tutelar al consumidor, más bien le está perjudicando al estimular un sobre consumo que se refleja en los altos índices de endeudamiento actual²³. En fin, son todos temas sobre los que se debe analizar de tomando insumos de la experiencia recabada en estos años de avance.

Así, dentro de este contexto es donde encontramos el Derecho de desistimiento, como una más de las estrategias utilizadas por el legislador para modernizar la teoría de la contratación privada y lograr con ello, el deseado equilibrio en las relaciones jurídicas. Proceso que en etapas se puede resumir así: *“1. Protección en la etapa precontractual, imponiendo en general las normas un especial deber de información a los profesionales o empresarios que ofertan bienes y servicios; 2. En la fase contractual se impone la celebración por escrito del contrato, así como un contenido mínimo al mismo, se protege al consumidor de cláusulas abusivas y se imponen requisitos de incorporación de condiciones generales; 3. En una fase postcontractual, se consagra a favor del adquirente el Derecho de desistimiento ad nutum del contrato”*²⁴.

²² Para mayor abundamiento, sobre la buena fe del consumidor ver: BARCELLONA, EUGENIO. “Recesso ad nutum fra principio di buona fede e abuso del diritto: «solidarietà sociale» o inderogabilità del «mercato»? (Note a proposito di Cass. n. 20106/2009)”, en *RDCGO*, número 2, año 2011, p. 172. En igual sentido ver PANETTI, FRANCESCO. “Buona fede, recesso ad nutum e investí non recuperabili dell’affiliato nella disciplina dei contratti di distribuzione: in margine a Cass. 18 settembre 2009, n. 20106”, en *Rivista di Diritto Civile* (RiDC), número 6, noviembre-diciembre, año 2010, p. 653 y siguientes.

²³ Idea que se extrae del INFORME DEL CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL, Aprobado en la sesión del Pleno del Consejo Económico y Social celebrada el día 17 de febrero de 1999, localizable en: <http://ces.es/documents/10180/18510/inf00199>, fecha de visita: 15 de setiembre de 2012. Igualmente, del trabajo de TRUJILLO DÍEZ, IVÁN JESÚS. “El sobreendeudamiento de los consumidores”, documento localizable en <http://www.ecri.eu/new/system/files/13+Sobreendeudamiento-spanish-Trujillo.pdf>, fecha de visita: 15 de setiembre de 2012. Y de ALAZNE MUJICA ALBERDI, GIBAJA MARTÍNS, JUAN JOSÉ. GARCÍA ARRIZABALAGA, IÑAKI. “Un estudio sobre el endeudamiento del consumidor: el caso de los hogares vascos”, documento localizable en: <http://www.revista-eea.net/documentos/27207.pdf>, fecha de visita: 15 de setiembre de 2012.

²⁴ GALLEGO DOMÍNGUEZ, IGNACIO. “Capítulo II. Derecho de desistimiento”, en REBOLLO PUIG, MANUEL. IZQUIERDO CARRASCO, MANUEL (DIR.). *La Defensa de los consumidores y usuarios. Comentario sistemático del Texto Refundido, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007*, IUSTEL, Madrid, 2011, p. 1218. Es importante destacar, además, que el Derecho a desistir igualmente lo encontramos en el derecho interno de los países que hemos mencionado de la siguiente manera: En países del Common Law, a través de la figura del Period of Cooling, o, Withdrawal Right. En Francia, a través, del Droit de Retractation. En Italia, a través, del Recesso dal Contratto. Y en Alemania, a través, de la figura del Widerrufsrecht.

B.- Concepto de Derecho de desistimiento:

Según el diccionario de la Real Academia Española, desistir en su acepción legal es “*Abdicar o abandonar un derecho o una acción procesal*”²⁵ y aunque lacónica dicha definición, no está en nada alejada de la realidad ya que ciertamente esta figura es un mecanismo jurídico para darle la posibilidad a un sujeto de renunciar a un derecho del que es titular, o bien, para sustraerse de una relación de la que es parte.

Cabanellas, en su diccionario jurídico reafirma la línea al definirlo como “*Acción o efecto de desistir*”²⁶, es decir, como el “*Abandono o abdicación de un derecho. Renuncia de un pacto o contrato cuya ejecución ha comenzado*”²⁷. Y tiene razón, ciertamente el Derecho de desistimiento también es la posibilidad de renunciar a un derecho subjetivo previamente adquirido.

Como vemos, por sus características, la de desistir, es una facultad sumamente amplia que puede ser aplicada en diferentes ámbitos del ordenamiento jurídico. Entre ellos podemos mencionar el Derecho civil, el Derecho procesal y por supuesto el que interesa, el Derecho de consumo²⁸.

²⁵ En: <http://lema.rae.es/drae/?val=desistir>, fecha de visita 91 de julio de 2012.

²⁶ CABANELLAS DE TORRES, GUILLERMO. *Diccionario jurídico elemental*, undécima edición, Editorial Heliasta S,R,L., Buenos Aires,1993. En <http://es.scribd.com/doc/27671641/Diccionario-Juridico-de-Guillermo-cabanellas-de-Torres>, fecha de visita: 6 de junio de 2011.

²⁷ Idem.

²⁸ Aunque también encontramos el desistimiento en el Derecho penal, reconocido como el desistimiento voluntario del delito, el cual se tipifica en el artículo 16.2 del Código Penal: “2. *Quedará exento de responsabilidad penal por el delito intentado quien evite voluntariamente la consumación del delito, bien desistiendo de la ejecución ya iniciada, bien impidiendo la producción del resultado, sin perjuicio de la responsabilidad en que pudiera haber incurrido por los actos ejecutados, si éstos fueren ya constitutivos de otro delito o falta.*” Y algún sector de la doctrina habla también de desistimiento en el Derecho de familia, en este sentido ver: LÓPEZ MARCO, PILAR. “Desistimiento unilateral en el contrato de matrimonio”, en *Revista de Derecho de Familia*, número 37, octubre – diciembre, año, 2007, p. 55 y siguientes.

I. DERECHO DE DESISTIMIENTO

En materia civil, por ejemplo, ALONSO PÉREZ nos dice que la de desistir, es la *“facultad de una de las partes del contrato de poner fin a la relación”*²⁹, con ello, lo que pretende indicarnos es que en el fondo, es que esta es una vía de excepción que se le otorga a un sujeto de sustraerse de un acto jurídico del que no le interesa ser parte, aún y cuando ello signifique la extinción del mismo. Y aunque *“en el Código Civil no se incluye una definición de lo que se entiende por desistimiento, pero sí se hace referencia a la cesación o ruptura del vínculo contractual por la voluntad de una sola de las partes respecto de algunos contratos, aunque la terminología utilizada para referirse a esta posibilidad no siempre es la misma. En algunas ocasiones se emplea el término «renuncia», en otras el término «resolución» y, en fin, en otras se usa el término «rescisión». Todos estos vocablos comparten un elemento común, cual es su alusión a supuestos de supresión de la relación contractual por la voluntad de una de las partes una vez que el contrato ya ha nacido válidamente”*³⁰.

En materia procesal, la facultad unilateral de poner fin a una relación jurídica, también la encontramos presente en la posibilidad que se otorga a que una de las partes del proceso, el actor, pueda desistir de la acción³¹. Así *“el desistimiento constituye una de aquellas formas que la doctrina denomina «terminación anormal del*

²⁹ ALONSO PÉREZ, MARÍA TERESA. “El desistimiento unilateral en el contrato de servicios propiamente dichos (Estudio jurisprudencial)”, en *Aranzadi Civil*, volumen III, Editorial Aranzadi, SA, Pamplona. 1998, p. 2. Referencia Aranzadi: BIB 1999/99, fecha de visita: 15 de agosto de 2012.

³⁰ CEINOS SUÁREZ, ÁNGELES. *El desistimiento como causa de extinción del contrato de trabajo*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2008, p. 17. A diferencia por ejemplo del Codice Civile Italiano, cuyo artículo 1373 dice: *“Recesso unilaterale:*

Se a una delle parti è attribuita la facoltà di recedere dal contratto, tale facoltà può essere esercitata finché il contratto non abbia avuto un principio di esecuzione.

Nei contratti a esecuzione continuata o periodica, tale facoltà può essere esercitata anche successivamente, ma il recesso non ha effetto per le prestazioni già eseguite o in corso di esecuzione.

Qualora sia stata stipulata la prestazione di un corrispettivo per il recesso, questo ha effetto quando la prestazione è eseguita.

E' salvo in ogni caso il patto contrario.” Traducido: “El retiro unilateral.

Si una de las partes tiene la facultad de rescindir el contrato, este derecho podrá ser ejercido hasta que el contrato no ha iniciado su ejecución.

En los contratos de ejecución continua o periódica, dicha facultad se ejercerán posteriormente, pero el retiro no tendrá efecto en el trabajo ya realizado o en ejecución.

Si se ha concluido la prestación, el retiro no tendrá efectos.

Lo anterior, salvo pacto en contra.”

³¹ Prevista en el artículo 20.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil: *“Artículo 20. Renuncia y desistimiento 1. Cuando el actor manifieste su renuncia a la acción ejercitada o al derecho en que funde su pretensión, el tribunal dictará sentencia absolviendo al demandado, salvo que la renuncia fuese legalmente inadmisibile. En este caso, se dictará auto mandando seguir el proceso adelante.”*

proceso»³² y se aclara que “no hay dudas en reconocer que el desistimiento es una actitud propia del actor, así viene aceptado en toda la doctrina. Corresponde a la parte activa de la relación jurídico-procesal entablada, deshacer lo que ella misma ha iniciado, en este caso el proceso; es decir, el actor, con el desistimiento, lo que intenta es paralizar el proceso que ha sido iniciado a su instancia”³³.

En el campo del Derecho de consumo, algunos autores la visualizan como, “la facultad para el consumidor de desligarse de contrato o compromiso contraído – denominado con distintos términos (renuncia, rescisión, resolución...)-, en un plazo determinado y sin justificación de causa («ad nutum»)”³⁴. Otros como “la facultad atribuida a una de las partes de una relación obligatoria de poner fin a la misma por su libre determinación”³⁵. O bien, como “aquella declaración de voluntad unilateral y recepticia, ad nutum o sujeta a la expresión de una justa causa, por la cual se extingue, normalmente con eficacia ex nunc, una relación obligatoria”³⁶.

Es esta última conceptualización es la que nos interesa, ya que como bien lo indica la ley, es la única que se visualiza como una “facultad del consumidor y usuario de dejar sin efecto el contrato celebrado, notificándose así a la otra parte contratante

³² PÉREZ MARÍN, MARÍA ÁNGELES. *El desistimiento en el proceso civil (Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil)*, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 2001, p.83. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, también lo define como: “una declaración de voluntad del demandante de no continuar el proceso y separarse de él. Encuentra su fundamento en el principio dispositivo”, en PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, CARLOS MAURO. *El arbitraje. La conciliación. Los modos anormales de terminación del proceso (El desistimiento. La renuncia. El allanamiento. La transacción. La caducidad) Textos legales, comentarios y fórmulas*, Editorial COMARES, Granada, 1991, p. 123.

³³ PÉREZ MARÍN, MARÍA ÁNGELES. *El desistimiento en el proceso civil (Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil)*, Op. Cit., p. 85.

³⁴ ARROYO APARICIO, ALICIA. *Los contratos a distancia en la Ley de Ordenación del Comercio Minorista*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2003, p. 327.

³⁵ PARRA LUCÁN, MARÍA ÁNGELES. “Comentario al artículo 10: Derecho de desistimiento”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, RODRIGO. LEGUINA VILLA, JESÚS (COORD.). *Comentarios a las leyes de ordenación del comercio minorista*, Editorial Tecnos S.A., Madrid, 1997, p. 155.

³⁶ GARCÍA VICENTE, JOSÉ RAMÓN. *Ley de contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles. El derecho de revocación*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1997, p. 142. Aunque posteriormente, el mismo autor en otra obra, lo califica como “el mecanismo más radical de control sobre la subsistencia del contrato consiste en atribuir a una de las partes (o a ambas) la facultad de desvincularse de él. Su eficacia será mayor si además se opta por atribuirla incondicionadamente, esto es, por no sujetar su ejercicio a alegación ni acreditación de causa y sin carga económica alguna («sin penalización»), permitiendo su ejercicio ad nutum.” Ver GARCÍA VICENTE, JOSÉ RAMÓN. “Comentario al artículo 68. Contenido y régimen del Derecho de desistimiento”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, RODRIGO (COORD.). *Comentario del texto refundido de la ley general para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007)*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2009, p.846.

I. DERECHO DE DESISTIMIENTO

*en el plazo establecido para el ejercicio de ese derecho, sin necesidad de justificar su decisión y sin penalización de ninguna clase*³⁷.

De todas las expuestas, esta es la única que parte de un marco de tutela a una parte que requiere de una protección especial de Estado y que como tal, ubica al desistimiento como un mecanismo de defensa de los intereses del consumidor³⁸.

Solo el derecho de consumo otorga al consumidor la prerrogativa irrenunciable³⁹ de disponer a su antojo del contrato que ha suscrito, y ello, de manera *ad nutum* porque *“su ejercicio es discrecional sin que deba alegarse causa alguna, de manera que es difícilmente concebible su rechazo por considerarlo abusivo (art. 7.2 CC), puesto que el fin al que se endereza es de valoración enteramente subjetiva para su titular y además se juzga irrevisable. El criterio de la normalidad en su ejercicio se confía a un elemento que no puede controlarse, ni previamente (no hay alegación de causa), ni tampoco «después» (no puede exigirse, único modo de contrastar que excede del fin para el que se concedió). La libertad de su ejercicio también se sustancia en la nulidad de las cláusulas que fijen cargas económicas adosadas a su ejercicio, así se explica la reiteración con que el art. 68.1 I in fine y su párrafo segundo se pronuncian sobre la «penalización»*⁴⁰.

³⁷ Artículo 68.1 del TRLDGCU.

³⁸ En este sentido, la jurisprudencia agrega que es *“un medio de protección del adquirente, que tiene por finalidad ofrecerle la posibilidad de reconsiderar y evaluar mejor las obligaciones derivadas del contrato celebrado. Para lograr ese objetivo se concede al consumidor un plazo dentro del cual podrá desvincularse del contrato lícitamente y sin coste alguno, a su libre albedrío, o en atención a la expresión legal, sin necesidad de justificar su decisión. Se trata de proteger la correcta formación del consentimiento, el que se puede considerar no prestado libremente, o al menos con la adecuada información, ante la presión del empresario para llevar a cabo la operación comercial, o incluso el propio desconocimiento del consumidor de la necesidad y utilidad del bien o servicio que adquiere.”* SAP de Murcia, sección 5, número 298/2009 de 15 de setiembre. Ponente: Ilmo. Sr. D. Miguel Ángel Larrosa Amante. AC/2010/645.

³⁹ La irrenunciabilidad de los derechos reconocidos al consumidor y usuarios, es un postulado básico contenido en el Derecho de consumo que viene regulado en España desde la derogada ley 26/1984, de 19 de julio, ley general para la defensa de los consumidores y usuarios, la cual en su artículo 2.3 indicaba que: *“3. La renuncia previa de los derechos que esta Ley reconoce a los consumidores y usuarios en la adquisición y utilización de bienes o servicios es nula. Asimismo son nulos los actos realizados en fraude de esta Ley, de conformidad con el artículo 6 del Código Civil.”* Actualmente regulado en el artículo 10 del TRLDGCU y reiterada en el art. 101.2 del mismo cuerpo legal cuando referido a los contratos celebrados a distancia indica que: *“2. 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.*

⁴⁰ GARCÍA VICENTE, JOSÉ RAMÓN. “Comentario al artículo 68. Contenido y régimen del Derecho de desistimiento”, *Op. Cit.*, p. 852. En igual sentido, BELUCHE RINCÓN, quien indica que: *“En teoría general, el*

Ahora, este desistimiento del Derecho de consumo, es especial, entre sus características podemos citar las siguientes⁴¹:

desistimiento unilateral se conceptúa como una facultad que, atribuida convencionalmente en el negocio constitutivo de una obligación o EX LEGE, permite, a una o ambas partes de la relación obligatoria, concluirla discrecionalmente, esto es, sin necesidad de explicación o causa alguna. La facultad de desistir posibilita al contratante que la ejercita poner fin a la relación liberándose de las obligaciones.” En BELUCHE RINCÓN, IRIS. *El Derecho de desistimiento del consumidor*, editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009, p. 23. Posteriormente, la misma autora cita los que a su criterio son las tres características esenciales del Derecho de desistimiento: “*Se trata, en primer lugar, de una facultad extintiva de la relación obligatoria perfeccionada que va permitir al usuario desligarse del contrato; una facultad de extinguir la relación contractual ejercitable sólo durante un determinado lapso-de tiempo, que ha sido calificado como “período de reflexión”, en la medida que permite al usuario la recapitación sobre el reciente vínculo asumido. Estamos, en segundo término, ante una facultad discrecional de resolver la relación que es ejercitable, mediante una simple notificación en un concreto plazo de vigencia, libremente, sin necesidad de alegar motivo alguno que la justifique (lo que no excluye que efectivamente pueda concurrir, pero que, en todo caso, no será preciso manifestar ni demostrar). Un derecho dependiente del libre arbitrio, conducente a la extinción del vínculo, cuyo ejercicio, como último elemento definitorio, no puede llevar aparejada penalización alguna.”* *Idem*, p. 38.

⁴¹ Tomado de BUSTO LAGO, JOSÉ MANUEL. ÁLVAREZ LATA, NATALIA. PEÑA LÓPEZ, FERNANDO. *Reclamaciones de consumo, Derecho de consumo desde la perspectiva del consumidor*, Editorial Aranzadi S.A., Navarra, 2008, p. 232 y ss. Igualmente, PUIG PEÑA, indica una serie de características referidas a la facultad de desistir unilateralmente en contratos civiles, que por su naturaleza y por ser estos, antecedente directo del desistimiento de consumo, le son plenamente aplicables. Entre ellas mencionamos resumidamente, las siguientes: a.- El desistimiento unilateral es un acto jurídico, mejor, un negocio que supone una «declaración de voluntad de carácter recepticio», perteneciente en buena técnica jurídica a la categoría general de la denuncia, que, como es bien sabido, ha sido definida por los tratadistas como declaración unilateral de voluntad, con lo cual se pone término a una relación de derecho cuya duración depende, por tanto, de la voluntad del declarante. b.- Por virtud del Derecho de desistimiento unilateral se produce solo la cesación de los efectos jurídicos de una relación de derecho. c.- La cesación de los efectos del negocio ha de producirse, como es lógico, a virtud de la manifestación de voluntad hecha por una sola de las partes. d.- Finalmente, el desistimiento unilateral sólo puede tener lugar en los términos y con las condiciones que marca la ley. En PUIG PEÑA, FEDERICO. “Desistimiento unilateral”, en MASCAREÑAS, CARLOS. *Nueva enciclopedia jurídica, Tomo VII*, Francisco Seix editor, Barcelona, 1955, p 291 y ss. Larrosa Amante, por su parte indica que las características del desistimiento de consumo, resumidamente son: “1.- Es un derecho personal exclusivamente del consumidor y usuario...2.- Se trata de un derecho discrecional...3.- Irrenunciable para el consumidor y usuario...4.- Tiene carácter temporal...5.- No está sometido a forma alguna en su ejercicio...6.- Estamos en presencia de una declaración de voluntad recepticia... 7.- No lleva aparejada penalidad alguna por su ejercicio...8.- Su ejercicio determina la extinción del contrato de consumo concertado... 9.- Puede tener un contenido legal o contractual” en LARROSA AMANTE, MIGUEL ÁNGEL. “El Derecho de desistimiento del consumidor en los contratos de consumo”, en *Práctica de Tribunales*, año VI, número 61, junio 2009, p. 19. GALLEGO DOMÍNGUEZ refiriéndose a la regulación legal de la figura, apunta las siguientes características: “*señalemos que los caracteres o notas que se deducen del art. 68.1 TRDCU son los siguientes: 1) A pesar de que inicialmente se habla de un «derecho», realmente se trata de una «facultad» que corresponde al consumidor dentro de la relación jurídica que surge derivada de un concreto contrato de consumo, de un contrato celebrado con un empresario o profesional (arts. 2, 3 y 4 TRDCU); 2) Consiste en la posibilidad de dejar sin efecto un contrato por su sola voluntad. No se exige causa y por tanto nada habrá que justificar; 3) Como único requisito se contempla la notificación —declaración de voluntad recepticia a la otra parte, al empresario o profesional— en el plazo establecido para su ejercicio; 4) No debe conllevar penalización alguna al consumidor. Añade el párrafo 2 del art. 68.1: «Serán nulas de pleno de derecho las cláusulas que impongan al consumidor y usuario una penalización por el ejercicio de su Derecho de desistimiento»”, en GALLEGO DOMÍNGUEZ, IGNACIO. “Capítulo II. Derecho de desistimiento”. *Op Cit.*, p. 1219.*

I. DERECHO DE DESISTIMIENTO

- a) No se consolida como un derecho general del consumidor en el ámbito contractual. El derecho de desistimiento no es una facultad aplicable en todos los contratos de consumo, sino que aplica únicamente en aquellos acuerdos en los que la ley indique o las partes, así lo decidan.
- b) Es una facultad discrecional *-ad nutum-*, es decir, es enteramente libre y para aplicarlo, no es necesario que el consumidor justifique su decisión.
- c) *“Es un derecho gratuito para el consumidor, lo cual se proyecta en dos niveles: en el propio ejercicio del derecho, ya que no podrá pactarse penalización o prima en los contratos como contraprestación a su ejercicio; y, en los efectos del mismo, ya que aunque pudiera, en ocasiones, desencadenar algunos gastos (como los de devolución del bien) éstos son absolutamente ridículos. No en vano la gratuidad del derecho se convierte en la mejor arma para proteger el propio ejercicio del desistimiento, que sufriría importantes limitaciones en el caso de imponerle al consumidor penas o indemnización”*⁴².
- d) Es unilateral, pero de carácter recepticio, es decir, para que la figura tenga eficacia jurídica plena, debe ser notificada al empresario.
- e) Debe realizarse en el plazo señalado por la ley o las partes.
- f) El desistimiento realizado por el consumidor implica su desvinculación del contrato, por lo tanto, acarrea su ineficacia. Pero ello, establece un par de efectos conexos, el abono de ciertos gastos realizados y la devolución de las prestaciones recibidas.
- g) Con el ejercicio del desistimiento, no limita la posibilidad de que el consumidor posteriormente pueda impugnar el contrato utilizando remedios jurídicos como la resolución o la nulidad contractual, cuando así proceda.
- h) No es un derecho ilimitado, sino que para su procedencia deben cumplirse ciertos requisitos fundamentales a saber:
 - Es necesario que el titular del derecho sea consumidor.
 - Debemos estar en presencia de un contrato de consumo de aquellos en los que legal o consensualmente se admita la procedencia del derecho a desistir del acuerdo.

⁴² BUSTO LAGO, JOSÉ MANUEL. ÁLVAREZ LATA, NATALIA. PEÑA LÓPEZ, FERNANDO. *Reclamaciones de consumo, Derecho de consumo desde la perspectiva del consumidor, Op. Cit.*, p. 232.

- El objeto del contrato a desistir debe ser un bien o servicio de consumo.

Finalmente, tenemos que tener claro que el Desistimiento de consumo, no solo existe en virtud del mandato legal, sino que puede cobrar vigencia en campos mucho más extensos de los que el mismo legislador inicialmente previó. Ello, a través de su modalidad contractual, la cual si se ejerce dentro de los mínimos legalmente impuestos, no encuentra mayor límite que el que las partes convengan. Caso en el cual el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (en adelante TRLDGCU)⁴³ funcionaría como una normativa de mínimos de negociación.

Ahora, es claro que el antecedente directo del Derecho de desistimiento tal y como lo hemos analizado, como figura de Derecho de consumo, lo hallamos en el CC, en donde encontramos algunos casos en los que a pesar de los rígidos criterios civilistas, se admite la finalización unilateral de ciertos de acuerdos⁴⁴, finalización que si bien, está bastante alejada de lo que es el desistimiento como tal, si guardan ciertas similitudes que hacen que erróneamente se les califique como desistimientos civiles.

1.- Figuras similares en el Código Civil:

⁴³ 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.

⁴⁴ Sobre el punto, en el Proyecto de Marco Común de Referencia (PMCR, DCFR), se indica: *“The principle of binding force. If the parties have concluded a contract freely and with adequate information, then the contract should normally be treated as binding on them unless they (again freely) agree to modification or termination or, where the contract is for an indefinite period, one has given the other notice of a wish to end the relationship. ... A more modern development is the right of withdrawal granted to consumers in certain situations.”* Traducción: *“El principio de fuerza vinculante del contrato. Si las partes han celebrado un contrato libremente y con información adecuada, entonces el contrato debe ser entendido como la unión obligatoria de ellos, a menos que (una vez más libremente) se acuerde su modificación o extinción, o bien, si el contrato es por tiempo indefinido, que se haya dado un aviso de finalizar la relación... Un desarrollo más moderno de finalizar, es con el derecho de desistimiento, que se concede a los consumidores en determinadas situaciones.”* En, STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE. RESEARCH GROUP ON EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP). *Principles. Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, p. 20. Documento localizable en http://ec.europa.eu/justice/contract/files/european-private-law_en.pdf, fecha de visita: 10 de agosto de 2012.

I. DERECHO DE DESISTIMIENTO

Como sabemos, el Derecho de desistimiento rompe con el sistema tradicional de finalización unilateral de los acuerdos, previsto en el CC en los artículos 1091 y 1256 y ss del CC español⁴⁵, el cual, a su vez, es heredado del Code Civil Francés⁴⁶.

En este sentido, la figura constituye una salvedad a los principios *contractus lex* y *pacta sunt servanda*⁴⁷, por cuanto otorga únicamente a uno de los sujetos

⁴⁵ El artículo 1256 que indica que: “La validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes”. Aunque autores como Díez-PICAZO nos dicen que esta norma hay que entenderla de manera relativa y no absoluta: “Es muy difícil determinar si la expresión «validez» que utiliza el art. 1256 tiene un significado técnico preciso, pues no parece que pueda referirse al régimen de nulidad o, en general, de la ineficacia del contrato. Por ello, creemos que debe entenderse aludida su vigencia o el comienzo su obligatoriedad. Así entendida, la regla no debe tener carácter absoluto y ha de valorarse desde el punto de vista de la causa del negocio la posibilidad del otorgamiento a una de las partes de la facultad unilateral del ponerlo en vigor o de determinar su finalización.” En Díez-PICAZO, LUIS. *Fundamentos del Derecho civil patrimonial I, introducción, teoría del contrato*, sexta edición, editorial Aranzadi S.A., Navarra, 2007, p. 519. En el mismo sentido MUÑOZ GARCÍA, indica que: “La expuesta doctrina general contenida en el art. 1256 está sujeta a alguna modificación, al admitirse que la relación obligatoria pueda extinguirse por la voluntad unilateral de una de las partes por una atribución ex lege, o por estar previsto expresamente en la relación contractual, mediante un acto voluntario y libre, que no tiene que fundarse en una causa concreta o especial. En definitiva, estamos ante una facultad de desistimiento de origen legal, o bien contractual. El obligado pues, en esos casos, puede apartarse del contrato al que está sujeto, sin que se requiera para su eficacia del asentimiento de la otra parte, bastando para ello, como presupuesto de eficacia, el solo conocimiento, que sí debe darse en todo caso, en cuanto afecta al conjunto de la relación jurídica que media entre las partes en virtud del contrato.” en MUÑOZ GARCÍA, CARMEN. “Particularidades del desistimiento unilateral en el contrato de obra inmobiliaria. Derecho civil y derecho administrativo”, en *Diario La Ley*, año XXVIII, número 6814, martes 6 de noviembre de 2007, p. 12. En <http://diariolaley.laley.es>, fecha de visita 29 de febrero de 2012.

⁴⁶ “Article 1174: Toute obligation est nulle lorsqu'elle a été contractée sous une condition potestative de la part de celui qui s'oblige.” Traducido: Artículo 1174: Toda obligación será nula cuando hubiera sido contraída bajo una condición potestativa por parte de quien se obligue.

⁴⁷ En este sentido CORRAL GARCÍA refiriéndose al tema que nos ocupa, indica que: “hay que tener en cuenta que si se califica a este derecho como desistimiento, el contrato ha quedado previamente perfeccionado, por lo que automáticamente surge la consideración de que nos encontramos ante una ruptura del principio *pacta sunt servanda*, recogido en el Código Civil español, en el artículo 1256, que establece la fuerza obligatoria de los contratos”, en CORRAL GARCÍA, EDUARDO. “El ¿desistimiento? unilateral de algunos contratos con consumidores”. En HERRERA CAMPOS, RAMÓN (COORD.). *Homenaje al profesor Bernardo Moreno Quesada*, edita Servicio de Publicaciones Universidad de Almería, Universidad de Granada, Universidad de Jaén, Almería, 2000, p. 420. En la misma línea se expresa SAINZ-CANTERO: “Las consideraciones hechas más arriba en orden al principio *pacta sunt servanda* y a la excepcionalidad de la posibilidad de resolver el contrato unilateralmente, acompañan, sin embargo, al ya indiscutible derecho del consumidor de resolver el contrato de duración indefinida en las mismas condiciones que lo suscribe, y con toda la información necesaria al respecto, suministrada al contratar y de forma gratuita.” En SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, MARÍA BELÉN. “El Desistimiento ad nutum en los contratos con consumidores tras la Ley 44/2006 y el Texto Refundido 1/2007 de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias”. En *Actualidad Civil*, número 9, mayo de 2008, Editorial La Ley (LA LEY 15974/2008), en www.laleydigital.es, fecha de consulta 23 de julio de 2012. En igual sentido, GALLEGO DOMÍNGUEZ: “Esta facultad atribuida unilateralmente al consumidor choca a priori con el tradicional principio «*pacta sunt servanda*» que obliga a las partes a mantenerse fieles a la palabra dada y que imposibilita, en vía de principio, desligarse de un modo unilateral de un contrato celebrado. Esta posibilidad supone ir, siquiera sea en un corto espacio de tiempo —el plazo de caducidad otorgado para su ejercicio—, en contra del tradicional principio recogido en nuestro CC, en concreto en su art. 1.256, conforme al cual: «La validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al

contractuales la posibilidad de romper potestativamente la relación jurídica, sin justificación, ni consecuencia alguna. *“Comparado con cualquier otra excepción a tal principio (derecho de resolución en caso de infracción contractual, derecho de anular el contrato en caso de dolo o caso de infracción contractual, derecho de anular el contrato en caso de dolo o intimidación, cláusula rebus sic stantibus), éste es completamente novedoso puesto que el consumidor no debe alegar causa o razón alguna para desistir del contrato. Puede ejercerlo por el simple hecho de arrepentirse de haberlo concluido. Sin embargo, todavía estamos tratando con un <mecanismo procedimental>, que trata de evitar una posible fuente de desequilibrio contractual”*⁴⁸.

*“En efecto, en el Derecho común de contratos la perfección del contrato por la coincidencia de oferta y aceptación obliga irreversiblemente a las partes, a menos que el consentimiento adolezca de algún tipo de deficiencia (vicios, falta de capacidad) causante de anulabilidad. Es verdad que en algunos contratos la ley o la jurisprudencia permiten el desistimiento unilateral. Suele tratarse de contratos basados en la confianza (mandato, prestación de servicios, obra, agencia) que generan una relación duradera; si no se ha establecido un plazo de duración, cabe el desistimiento con previo aviso, y con algunas consecuencias indemnizatorias -siempre, eso sí, menores de las que comportaría un simple incumplimiento de contrato— para el perjudicado por la repentina ruptura de la relación contractual”*⁴⁹.

Conforme lo expuesto, entonces, podríamos indicar *a priori* que la facultad de finalizar unilateralmente un acuerdo, es una opción ajena al Código Civil, sin embargo, dicha afirmación no es del todo cierta, ya que como dijimos en líneas anteriores, a

arbitrio de uno de los contratantes.” En GALLEGO DOMÍNGUEZ, IGNACIO. “Capítulo II. Derecho de desistimiento”, *Op. Cit.*, p. 1219. Aunque hay quienes como FERNÁNDEZ-ALBOR BALTAR, que sostienen lo contrario: *“Por ello, podría afirmarse que el derecho de revocación no constituiría una derogación e la regla de fuerza obligatoria de los contratos plasmada en nuestro Ordenamiento en el artículo 1256 del Código Civil, sino más bien de la regla de la perfección del contrato por el mero encuentro de las declaraciones de voluntad consagrada en el artículo 1256.I del Código Civil.”* En FERNÁNDEZ-ALBOR BALTAR, ÁNGEL. *“El derecho de revocación del consumidor en los contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles: algunos problemas derivados de la Ley 36/1991”*, en *Revista de Derecho Mercantil*, número 207, enero – marzo, 1993, p.598.

⁴⁸ ZIMMERMANN, REINHARD. *El nuevo Derecho Alemán de obligaciones, un análisis desde la historia y el derecho comparado*, traducción de Esther Arroyo i Amayuelas, Editorial Bosch, S.A., Barcelona, 2008, p.249.

⁴⁹ PASQUAU LIAÑO, MIGUEL. “Comentario al artículo 44: Derecho de desistimiento”. En PIÑAR MAÑAS, JOSÉ LUIS. BELTRÁN SÁNCHEZ, EMILIO. (DIR). *Comentarios a la Ley de Ordenación del Comercio Minorista y a la Ley Orgánica complementaria*. Editorial Civitas S.A., Madrid, 1997, p. 335.

I. DERECHO DE DESISTIMIENTO

pesar de la rigidez de sus principios, en el CC si encontramos algunas figuras que por sus características podemos calificar como similares al desistimiento.

Esta similitud que se basa sobre todo, en su capacidad de permitir que la simple declaración unilateral de voluntad de un sujeto, ponga fin a la relación jurídica bilateral que le une.

Ello nos demuestra una vez más que el desistimiento actual, tiene su génesis en las formas del Derecho civil⁵⁰. *“Visto lo cual, partiendo de la premisa de que nuestro Código Civil sí admite excepcionalmente la facultad de desistir en determinados supuestos, en esencia, en aquellas obligaciones nacidas de contratos que por su propio contenido presuponen una relación de confianza entre las partes”*⁵¹.

Pero hay que tener cautela, ya que aunque podamos decir que hay ciertos institutos civiles similares al nuestro, lo cierto del caso es que por sus características son componentes creados para un sistema distinto, por ello, su comparación no pasará de eso, de una cierta semejanza y nada más⁵².

⁵⁰ Sin embargo, hay que ser cuidadosos al buscar similitudes entre el desistimiento como ente de Derecho de consumo y el Código Civil, ya que como bien lo expone BERCOVITZ ÁLVAREZ, cuando al analizar los tipos de condiciones viables en el Código Civil, concluye que las condiciones puramente potestativas están vedadas por los artículos 1256 y 1115, siendo definidas como aquellas que dependen únicamente de la voluntad de las partes, sin condicionamiento externo alguno, como es el caso del Derecho de desistimiento. En este sentido resulta legítimo comparar los antecedentes de la figura en dicho marco normativo, pero siempre teniendo en cuenta que son figuras diferentes. A mayor abundamiento ver BERCOVITZ ÁLVAREZ, GERMÁN. “Comentario al artículo 1115”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, RODRIGO. (COORD.). *Comentarios al Código Civil*, tercera edición, Editorial Aranzadi, Madrid, 2009, p. 1326.

⁵¹ MUÑOZ GARCÍA, CARMEN. “Particularidades del desistimiento unilateral en el contrato de obra inmobiliaria. Derecho civil y derecho administrativo”, *Op. Cit.*, p. 12. Igualmente, ROGEL VIDE, quien en su artículo “El desistimiento unilateral causal pactado” analiza la figura del Derecho de desistimiento en el Código Civil. En ROGEL VIDE, CARLOS. *Estudios de Derecho civil*, Editorial Reus, S.A., Madrid, 2008, p. 139 y ss.

⁵² Sobre el punto LAZARTE ÁLVAREZ, cuando al referirse a los efectos del artículo 1256 C.C. y a la posibilidad de flexibilizar la regla de que *“la validez y el cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes”*, nos advertía: *“Efectivamente, si en algún caso se dejara a la libre determinación, arbitrio o capricho de una o de cada una de las partes contratantes la producción de efectos de los contratos, en realidad se estaría admitiendo la ausencia de vinculación contractual, al no ser exigible jurídicamente la observancia de la prestación debida; bastaría con que el incumplidor adujera que hace uso de su facultad de desvincularse libre y unilateralmente del compromiso asumido. Esta regla, sin embargo, parece ser ignorada o flexibilizada por el legislador en una serie concreta de supuestos, que se caracterizan porque en determinados contratos se reconoce a una o a cada una de las partes contratantes la posibilidad de extinguir la relación contractual por su libre decisión. No se recoge así con carácter general una categoría de extinción de la relación obligatoria que pudiera llamarse desistimiento unilateral en la regulación del Código civil; pero sí se regulan supuestos concretos lo suficientemente importantes como para demandar su análisis, con la finalidad de, por una parte*

En concreto, nos referimos a la nulidad y anulabilidad contractual, a la rescisión de contratos, a la resolución, al derecho de revocación y a la venta a prueba; figuras todas que por su naturaleza tienen la capacidad de finiquitar contratos, de manera similar a como el desistimiento lo hace. Sobre el punto PICATOSTE indica: *“En este marco, cabe subrayar que entre los regímenes de ineficacia típicos, esto es, aquellos que disponen de una regulación específica y amplia en el propio Código Civil, no suele señalarse el derecho de desistimiento. En efecto, la nulidad, la anulabilidad y la rescisión, son las figuras comúnmente aceptadas como las manifestaciones más representativas de la ineficacia contractual. Es llamativo, de hecho, que el término «rescisión», precisamente, sea el que se emplea habitualmente en la versión española de las Directivas europeas que regulan el denominado derecho de desistimiento”*⁵³.

Veamos cada una de ellas.

deslindar los casos de otras hipótesis de extinción del contrato parecidas pero diferentes y, en segundo lugar determinar (o intentarlo) los presupuestos comunes a esos supuestos que pueden hacer extender esa modalidad de extinción de los contratos (de ciertos contratos) a supuestos diferentes de los cuales no dice nada el legislador.” En LASARTE ÁLVAREZ, CARLOS. “La protección del consumidor como principio general del derecho”, en MONSERRAT QUINTANA, ANTONIO. (DIR). *Cuadernos de derecho judicial VI, Nuevos derechos fundamentales en el ámbito privado*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007, p. 96.

⁵³ PICATOSTE BOBILLO, VICTORIA. “El intento de unificación del Derecho de desistimiento en el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y Otras Leyes Complementarias: La obligación de información”, en GARCÍA RUBIO, MARÍA PAZ (COORD.). *Estudios jurídicos en memoria del profesor José Manuel Lete Del Río*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2009, p. 736. Sobre el punto RODRÍGUEZ MARÍN cita como excepciones al principio de irrevocabilidad contractual las siguientes:

- 1.- *La revocación por causa de ingratitud o supervivencia de hijos en las donaciones (artículos 644-648 del Código civil).*
- 2.- *El desistimiento unilateral que se admite en ciertos contratos especiales, como el mandato, el de sociedad, el de prestación de ciertos servicios o de trabajo, etc.*
- 3.- *La facultad de pedir la resolución que, en los contratos bilaterales, se concede a cada una de las partes cuando la otra no cumpliera lo que le incumbe (artículo 1.124 del Código civil).*
- 4.- *La rescisión por lesión en los contados casos en que nuestro Código la admite (artículos 1.291 y 1.293).*
- 5.- *La revisión o modificación de cláusulas que puede pedir una de las partes en el contrato de arrendamiento, según las leyes recientes, que estudiaremos en su lugar oportuno.*
- 6.- *La posibilidad que muchas teorías modernas preconizan de instar, en los contratos de prestaciones periódicas o ejecución diferida, la resolución, la suspensión o la revisión del contrato en aquellos casos en que, por virtud de acontecimientos posteriores a la conclusión del mismo y que no se pudieron prever, resulta extremadamente onerosa para una de las partes. Se trata aquí del problema, tan discutido hoy, de la influencia de la alteración de las circunstancias en la relación obligacional o, en otros términos de la resolución o revisión judicial del contrato.”* En RODRÍGUEZ MARÍN, CONCEPCIÓN. *El desistimiento unilateral (como causa de extinción del contrato)*, Editorial Montecorvo, Madrid, 1991, p. 49.

a.- Nulidad y anulabilidad:

Para iniciar debemos recordar que en el campo de las nulidades, se parte de una premisa muy diferente a la del desistimiento, la de los defectos de los elementos constitutivos del contrato.

La nulidad absoluta parte de una ineficacia *“estructural porque deriva de una irregularidad en la formación del contrato (contrato defectuoso, viciado o imperfecto). Es también una ineficacia radical o automática en el sentido en que se produce ipso iure y sin necesidad de que sea ejercitada ninguna acción por parte de los interesados. El contrato nulo nace inatendible y nadie debe prestar amparo ni al contrato ni a las pretensiones que en el contrato tengan su fundamento. El juez puede declarar de oficio la nulidad”*⁵⁴.

Según LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, *“como supuestos orientativos de nulidad contractual, pueden mencionarse los siguientes: los contratos que no reúnan los requisitos exigidos por el art. 1261 CC, falta de consentimiento, objeto o causa; aquellos contratos cuya causa sea lícita o sea ilícito el objeto o esté tal objeto totalmente indeterminado; los que carecen de la forma exigida excepcionalmente para la validez del contrato, forma ad solemnitatem; aquellos en los que los contratantes traspasan los límites de la autonomía privada, infringiendo una norma imperativa o prohibitiva, salvo que de la contravención se derive un efecto distinto (art. 1255 y 6º-3 CC)”*⁵⁵.

En cuanto a los efectos, el contrato absolutamente nulo no produce ninguno, es decir, nunca tuvo eficacia jurídica debidamente reconocida por el sistema jurídico, las partes contratantes nunca estuvieron vinculadas por el acuerdo y todo lo que de él se derive, es igualmente nulo, ineficaz e inválido.

⁵⁴ Díez-PICAZO, LUIS. *Fundamentos del Derecho civil patrimonial I, introducción, teoría del contrato*, Op. Cit, p. 577.

⁵⁵ LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, CARMEN. *La nulidad de los contratos*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009, p. 29.

En la nulidad relativa partimos de una normalidad del negocio, de una eficacia inicial, pero aquejada por un vicio o defecto que en algún momento puede aflorar y eliminar, total o parcialmente, el reconocimiento jurídico.

La nulidad parcial también se caracteriza por plantear la dicotomía entre dos situaciones aparentemente antagónicas, cuales son la impugnación total del acuerdo, por evidente ilegalidad del mismo, cuyo efecto se retrotraería hasta antes del momento de su celebración. Y por otro lado, la posibilidad de que en aplicación del principio de conservación del contrato, la parte afectada pueda optar por mantener el acuerdo únicamente en aquellas estipulaciones en que resulte legítimo, lo cual significa que dependiendo del defecto, el contrato puede anularse total o parcialmente. O bien, si se subsana el vicio, el acuerdo puede subsistir en su totalidad.

En este sentido, *“la anulabilidad es una medida protectora del contratante que ha sufrido un vicio en su voluntad contractual (violencia, intimidación, error o dolo) o de quien contrata sin tener capacidad suficiente para ello (menor de edad, persona incapaz) o de uno de los cónyuges cuando el otro contrata sin su consentimiento y este consentimiento sea preceptivo”*⁵⁶.

Resulta claro que el Derecho de desistimiento no tiene nada que ver con la teoría de las nulidades, son institutos diferentes que parten de supuestos y efectos disímiles. En la nulidad absoluta partimos de la inexistencia jurídica, es decir, a pesar de que el contrato existe en la realidad, el mismo tiene defectos tan graves que impiden que el ordenamiento jurídico le avale y en virtud de su ilegalidad, el mismo carece de toda eficacia, es decir, el contrato es jurídicamente inexistente, él y todo aquello que de él se derive. En la nulidad relativa, por el contrario, partimos de defectos y sanciones menos graves de las que presenta su similar, llegándose incluso a permitir la continuidad del contrario si la parte “perjudicada” considera que ello es mejor para sus intereses.

Para desistir de un contrato, tenemos que partir de la premisa de que este acuerdo es totalmente válido y eficaz, sin vicios que afecten su eficacia o legalidad. Un

⁵⁶ Idea tomada de LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, CARMEN. *La nulidad de los contratos*, Op. Cit., p. 37.

I. DERECHO DE DESISTIMIENTO

contrato nulo o anulable nunca podrá ser desistido, porque jurídicamente no existe no hay derecho subjetivo de qué desistir y en ese tanto, el instituto es inaplicable⁵⁷.

Un contrato que tenga que ser desistido es un contrato que despliega eficacia jurídica plena, es decir, es un contrato que desde su etapa de formación se han respetado todas y cada una de las exigencias legales para que no adolezca de vicios o taras que de alguna u otra manera venga a restarle capacidad de cumplir su cometido que es obligar a las partes y el Derecho de desistimiento lo que hace es eliminar esa eficacia perfecta.

Y aunque haya autores que sostengan la semejanza entre las figuras⁵⁸, lo cierto del caso es que son institutos diferentes previstos por el legislador para ser aplicados en circunstancias totalmente disímiles.

b.- La rescisión contractual:

Otra figura tradicionalmente reconocida como causal de ineficacia contractual es la rescisión de contratos, la cual es definida como *“el remedio que el ius commune, basándose en el derecho justiniano creó para reparar la lesión en los contratos. Por lesión, entendemos el perjuicio patrimonial injusto que sufre un contratante a causa del desequilibrio entre las prestaciones de un contrato oneroso válido, que a su vez, provoca un enriquecimiento para la otra parte.*

*La rescisión permite solicitar la ineficacia de ese contrato, con la consiguiente reposición de las cosas a la situación anterior a su celebración, u optar por el reajuste equitativo de las prestaciones manteniendo el contrato”*⁵⁹.

⁵⁷ O al menos no sea ratificado o subsanado el defecto, en caso de nulidades relativas.

⁵⁸ A manera de ejemplo podemos citar a MIRANDA SERRANO, quien indica que: *“Al tratar de coadyudar al restablecimiento de la autodeterminación negocial del consumidor, este derecho de revocación se aproxima bastante en su función a la anulabilidad correspondiente a los vicios del consentimiento contractual.”* En MIRANDA SERRANO, LUIS MARÍA. *“La contratación fuera de los establecimientos mercantiles”*, en OLIVENCIA RUIZ, MANUEL. FERNÁNDEZ NOVOA, CARLOS. JIMÉNEZ DE PARGA, RAFAEL. (DIR.). *Tratado de derecho mercantil, tomo 30: La contratación mercantil. Disposiciones generales. Protección de los consumidores*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid-Barcelona, 2006, p. 259.

Indica DECASTRO Y BRAVO que: *“la rescisión es también, como la anulabilidad, una figura de ineficacia en la que el ejercicio de la acción impugnatoria se deja en poder de la persona protegida; pero que a diferencia de la anulabilidad, no deriva de un vicio del negocio, ni viene a declarar la existencia de éste, sino que se limita a ser un remedio «in extremis», arbitrado para evitarle al protegido un perjuicio resultante del juego normal de la ley, pero que se estima especialmente injusto. Cabe por ello, decir que el negocio rescindible es: un negocio válidamente celebrado, pero que produciendo perjuicio a una de las partes o a un tercero (perjuicio que la ley estima especialmente injusto, y para el que no hay otro recurso legal de obtener su reparación) podrá ser declarado ineficaz (o reducida su eficacia) a petición del perjudicado”*⁶⁰.

El C. C., regula la rescisión para ser aplicada en contratos onerosos, a través de una acción procesal (de impugnación del contrato) de naturaleza excepcional y supletoria, pero además, restringida únicamente a aquellos casos en que la misma ley sustancial así lo permita (art. 1291 CC)⁶¹.

Todos los supuestos enumerados en la ley guardan un común denominador, cual es la existencia de un contrato bilateral y oneroso que provoca un desbalance en las obligaciones contractuales, causando con ello, un daño patrimonial a una de las partes. Perjuicio que puede ser producido de dos maneras diferentes: Por lesión patrimonial (artículo 1291. 1º y 2º CC). O bien, por fraude (artículo 1291. 3º y 4º, 1292 CC). En todo

⁵⁹ MARTÍN PÉREZ, JOSÉ ANTONIO. *La rescisión del contrato (En torno a la lesión contractual y el fraude de acreedores)*, J. H. Bosch Editor, S.A., Barcelona, 1995, p.19. Para DÍEZ PICASSO, es: *“es un remedio jurídico para la reparación de un perjuicio económico que el contrato origina a determinadas personas, consistente en hacer cesar su eficacia, por lo que es un supuesto de ineficacia sobrevinida. El contrato es válido, pero en razón de aquél perjuicio, y siempre que no haya otro remedio para repararlo, se concede a las personas perjudicadas la acción rescisoria”*. En DÍEZ PICASSO, LUIS. GULLÓN, ANTONIO. *Sistema de Derecho civil, volumen II, El contrato en general, la relación obligatoria, contratos en especial, cuasi contratos, enriquecimiento sin causa, responsabilidad extracontractual*, novena edición, Editorial TECNOS, 2002, p. 112.

⁶⁰ DE CASTRO Y BRAVO, FEDERICO. *El negocio jurídico*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1967, p.521.

⁶¹ *“Artículo 1291: Son rescindibles: 1. Los contratos que pudieren celebrar los tutores sin autorización judicial, siempre que las personas a quienes representan hayan sufrido lesión en más de la cuarta parte del valor de las cosas que hubiesen sido objeto de aquéllos. 2. Los celebrados en representación de los ausentes, siempre que éstos hayan sufrido la lesión a que se refiere el número anterior. 3. Los celebrados en fraude de acreedores, cuando éstos no puedan de otro modo cobrar lo que se les deba. 4. Los contratos que se refieran a cosas litigiosas, cuando hubiesen sido celebrados por el demandado sin conocimiento y aprobación de las partes litigantes o de la Autoridad judicial competente. 5. Cualesquiera otros en que especialmente lo determine la Ley.”*

I. DERECHO DE DESISTIMIENTO

caso, será siempre la parte perjudicada la única legitimada para alegarla en los tribunales, siempre y cuando carezca de otro recurso legal para obtener la reparación del perjuicio sufrido⁶².

Respecto a la rescisión por lesión patrimonial, hay que indicar que la lesión al patrimonio que puede ser objeto de impugnación, no se refiere a un quantum económico del objeto contractual, ni a un valor objetivo del bien o servicio dentro del mercado, ni tampoco tiene que ver con la valoración subjetiva que la parte pueda hacer. En realidad la lesión es un concepto complejo que parte de la generalidad de equilibrio y buena fe de la contratación privada. Por ello, se aclara que: *“Los casos de rescisión se dan como medidas correctoras, para evitar una consecuencia injusta, resultante del juego normal del sistema jurídico. La rescisión opera sobre los contratos válidamente celebrados (art. 1290), para reparar el perjuicio que sin ella sufrirían determinadas personas (arts. 1294, 1295, pár 3, 1298, 1077)”*⁶³. Por un desbalance en las prestaciones contractuales, agregaría yo, ya que en el fondo se trata de un tema de justicia contractual y de proteccionismo jurídico, como bien lo llama MARTÍN PÉREZ⁶⁴.

En cuanto al fraude, MARTÍN PÉREZ también nos indica que *“detrás de toda lesión hay un cierto indicio de dolo o fraude, incluso que «el precio vil es una forma de fraude», lo cual es sustancialmente cierto en los dos casos de aparente lesión que se admiten en el art. 1291.1º y 2º, donde más que poner remedio a una lesión se trata de perseguir la conducta, cuando menos negligente, del administrados de los bienes ajenos. Además, el perjuicio que deriva de esa conducta repercute sobre el patrimonio de un tercero – el incapaz o ausente-, al igual que ocurre en el fraude respecto de los*

⁶² Artículo 1294 CC., por ello decimos que es una acción de naturaleza excepcional y supletoria.

⁶³ DE CASTRO Y BRAVO, FEDERICO. *El negocio jurídico*, Op. Cit., p.519.

⁶⁴ A mayor abundamiento ver, MARTÍN PÉREZ, JOSÉ ANTONIO. *La rescisión del contrato (En torno a la lesión contractual y el fraude de acreedores)*, Op. Cit., p. 70 y ss. Respecto a la conceptualización de la rescisión por lesión, el autor dice que: *“La rescisión por lesión pretende reparar la objetiva iniquidad de un contrato, que irroga un perjuicio patrimonial injusto para una parte y un enriquecimiento para la otra. La rescisión mira esencialmente al fenómeno del intercambio y, en particular, a los efectos patrimoniales que se reflejan en la esfera de los contratantes, atribuyendo un alcance a la onerosidad que va más allá de la mera relación de reciprocidad entre ventaja y sacrificio Establece un control sobre la «justicia» intrínseca del contrato, mediante la concesión al contratante lesionado de un «derecho de crítica» sobre el reparto de intereses contenido en él, que le permite poner en discusión la funcionalidad práctica de toda la operación contractual. Surge así la idea de lesión como ruptura del equilibrio contractual, falta de proporcionalidad entre prestaciones, en incluso como «organización de intereses muy desfavorable para una de las partes.»*

acreedores. Por otra parte, la acción frente a la lesión y el fraude tendrían un fundamento común de admitirse la argumentación de DE CASTRO, cuando justifica la impugnación de los actos fraudulentos por el vicio o la anomalía que contiene la causa de ese negocio, que debilita la adquisición del tercero”⁶⁵.

Respecto a la legitimación activa en la aplicación de la figura, tenemos que: *“La rescisión por lesión en sentido propio -no contemplada en el art. 1291- se concede a uno de los contratantes cuando el contrato celebrado le es lesivo y pretende restablecer el equilibrio entre prestaciones. Mientras la acción revocatoria se concede a un tercero –acreedor defraudado- contra los actos de disposición patrimonial del deudor realizados en perjuicio de su derecho para impedir el fraude y la mala fe, alcanzando también a los terceros inmediatos del deudor”.*

Sobre sus efectos, tenemos que la principal consecuencia de la rescisión, es el cese de la eficacia jurídica, es decir, el cese de los efectos del contrato (Art. 1295 CC)⁶⁶. Pero, resulta llamativo mencionar que a pesar de que el mismo CC establece una diferencia entre rescisión por lesión y/o por fraude, curiosamente establece la misma sanción para cada una de ellas, cual es eliminar de plano la eficacia jurídica del acuerdo.

Aunque, dicha ineficacia si se puede ver de dos maneras diferentes: *“Una, con los caracteres propios de la acción restitutoria, que, conforme a su origen en la «restitutio in integrum», supone tornar las cosas al estado que antes tenían. Entendiéndose se consecuencia de ello que no haya lugar para la restitución cuando quien la pretende no puede devolver lo por él recibido (art. 1295, art. 1078 CC; comp. Art. 1175 Proyecto de*

⁶⁵ MARTÍN PÉREZ, JOSÉ ANTONIO. *La rescisión del contrato (En torno a la lesión contractual y el fraude de acreedores)*, Op. Cit., p. 346

⁶⁶ Artículo 1295: *“La rescisión obliga a la devolución de las cosas que fueron objeto del contrato con sus frutos, y del precio con sus intereses; en consecuencia, sólo podrá llevarse a efecto cuando el que la haya pretendido pueda devolver aquello a que por su parte estuviese obligado. Tampoco tendrá lugar la rescisión cuando las cosas objeto del contrato se hallaren legalmente en poder de terceras personas que no hubiesen procedido de mala fe. En este caso podrá reclamarse la indemnización de perjuicios al causante de la lesión.”*

Aunque debemos recordar que en materia de desistimiento contractual, no es de aplicación el párrafo segundo, en tanto impide el ejercicio de la rescisión si no puede devolverse *“aquello a que por su parte estuviese obligado”*, ya que al desistirse del contrato, las partes, en principio, están obligadas a retornar las cosas al estado original, al momento antes de suscribirse en contrato, es decir, el consumidor debe reintegrar el bien comprado y el vendedor a devolver el precio recibido.

I. DERECHO DE DESISTIMIENTO

1851). La otra será la típica acción revocatoria o acción pauliana, por la que, rescindido el título del tercero, queda abierta al acreedor la posibilidad de obtener satisfacción sobre las cosas fraudulentamente enajenadas (art. 1111)”⁶⁷.

Conforme lo expuesto, es claro que al comparar la rescisión con el derecho de desistir del acuerdo, concluimos que entre ambos institutos no hay relación alguna, es claro que las condiciones que generan la ineficacia en cada una de ellas, son totalmente diferentes.

Los principios de justicia contractual que fundamentan la existencia de la rescisión, no tienen nada que ver con el principio tuitivo que alimenta al Derecho de desistimiento.

Ahora, con lo anterior no estoy diciendo que en el contrato de consumo no se debe aplicar, en los casos en que proceda, la rescisión de contratos, sino que el Derecho de consumo tiene particularidades propias que justifican la existencia de institutos diferentes a los civiles, que dan respuestas propias a los problemas que surjan⁶⁸. Y dentro de ellos encontramos al Derecho de desistimiento como el mejor ejemplo de ello⁶⁹.

⁶⁷ DE CASTRO Y BRAVO, FEDERICO. *El negocio jurídico*, Op. Cit, p.524.

⁶⁸ Resumidamente, ÁLVAREZ LATA indica que las principales características que diferencian al Derecho de consumo con cualquier otra rama jurídica son:

1.- “La fuerte europeización del derecho de consumo, a través del juego de las Directivas comunitarias”. En este sentido, tiene razón la autora al indicar que a diferencia de lo que sucede en otras ramas del derecho, en el caso del Derecho de consumo, gran parte de su creación legislativa nace como consecuencia de la transposición de la normativa europea. Ello redundo, no solo en que esta sea una de las ramas más uniformes dentro de la Unión, sino que además sea una de las más completas, ya que se nutre tanto del *common law*, como del llamado derecho continental.

2.- Y, “El principio de protección al consumidor”, el cual al estar regulado al más alto nivel en el artículo 51 de la Constitución Española y en el título XIV de protección de los consumidores, artículo 153, del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, nos garantiza que se permea el resto del ordenamiento jurídico sobre el tema. Permeabilización que según la autora, en cuanto a la eficacia, influye primordialmente de dos maneras diferentes:

a.- “Por una parte, se dota a la norma que acoge la sanción de carácter imperativo, excluyendo, por lo tanto, cualquier acto de exclusión de ley aplicable o la renuncia al derecho que confieren”. Así derechos como el de desistimiento son irrenunciables.

b.- “Se concede cierta flexibilidad o disponibilidad sobre la ineficacia, pero sólo para el consumidor, que pudiera preferir la eficacia de un contrato irregular que su ineficacia”. Llegándose al punto de elegir la anulabilidad, frente a la nulidad absoluta, en aras de la protección de los intereses del consumidor, siempre y cuando él considere que ello le beneficia más.

c.- Finalmente, se asegura “el establecimiento de un cuadro de acciones que aseguren el acceso a la justicia de los consumidores.” Tanto a nivel individual, como a nivel colectivo.

c.- La resolución contractual:

Por su capacidad de extinguir contratos, la facultad de desistir también suele ser confundido con la resolución contractual. La confusión parte a mi criterio, de exigir requisitos innecesarios al Derecho de desistimiento que más bien, son propios de la resolución de contrato, como lo es el incumplimiento contractual previo. Un ejemplo es el caso de ÁLVAREZ LATA, quien indica que: *“En efecto, al margen de la denominación legal, creemos que la clave de la cuestión radica en discernir, para los diferentes supuestos, la siguiente circunstancia: el carácter ad nutum o causal de la facultad extintiva. Es decir, al margen de otras variantes que se despejarán al analizar concretamente los diferentes supuestos, a la luz de las leyes analizadas es posible hacer dos grupos claros: 1º) aquellos casos en los que el consumidor está facultado para desvincularse, dentro del plazo señalado, del vínculo contractual existente, sin alegar causa alguna, ni mucho menos, incumplimiento de la otra parte; 2º) las demás hipótesis en las que el consumidor ha de alegar causa justificada para desistir, y, concretamente, su desvinculación ha de venir precedida del incumplimiento de alguna de las obligaciones de la contraparte –generalmente, del deber de información”*⁷⁰.

O bien, cuando se confunden elementos importantes de las figuras, como el plazo ampliado para desistir en aquellos casos en que el empresario no cumple con su obligación de informar y documentar al consumidor, previstos en el artículo 71.3 del TRLDGCU, el cual en lo que interesa indica: *“Si el empresario no hubiera cumplido con el deber de información y documentación sobre el Derecho de desistimiento, el plazo para su ejercicio será de tres meses a contar desde que se entregó el bien contratado o*

En, ÁLVAREZ LATA, NATALIA. *Invalidez e ineficacia en el derecho contractual de consumo español, Análisis de los supuestos típicos de ineficacia en los contratos con consumidores*, Editorial Aranzadi S.A., Navarra, 2004, p.39 y ss.

⁶⁹ Para mayor abundamiento respecto de las diferencias entre la rescisión de contratos y el Derecho de desistimiento, ver: PICATOSTE BOBILLO, VICTORIA. “El intento de unificación del Derecho de desistimiento en el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y Otras Leyes Complementarias: La obligación de información”, *Op. Cit.*, p. 737 y siguientes.

⁷⁰ ÁLVAREZ LATA, NATALIA. “El Derecho de desistimiento”, en BUSTO LAGO, JOSÉ MANUEL. ET AL. *Reclamaciones de consumo. Derecho de consumo desde la perspectiva del consumidor*, segunda edición, Editorial Aranzadi, Navarra, 2008, p 231.

I. DERECHO DE DESISTIMIENTO

se hubiera celebrado el contrato si el objeto de éste fuera la prestación de servicios. Si el deber de información y documentación se cumple durante el citado plazo de tres meses, el plazo legalmente previsto para el ejercicio del Derecho de desistimiento empezará a contar desde ese momento.”

Lo cierto del caso es que para establecer las diferencias entre ambos institutos, primero debemos recordar que la resolución contractual, es *“una extinción de la relación obligatoria que se produce como consecuencia de una declaración de voluntad o del ejercicio de una acción judicial, que no es, sin embargo reflejo de una facultad absolutamente libre, sino que tiene que encontrarse fundada en un supuesto previsto legalmente como causa de resolución”*⁷¹. Supuestos que se reducen a la resolución por incumplimiento contractual, conforme el artículo 1124 CC, el cual en lo que interesa indica que: *“La facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliere lo que le incumbe.”*

Igualmente, hay que tener presente que los presupuestos de procedibilidad de la acción resolutoria, según SAN MIGUEL PRADERA⁷², son: Existencia de un vínculo contractual vigente; reciprocidad entre las obligaciones pactadas y exigibilidad de la obligación incumplida; incumplimiento grave de una de las partes; y finalmente que el contratante que resuelve haya cumplido lo que le incumbe, con ello, nos aseguramos que el acreedor contractual es quien estará activamente legitimado para ejecutar la acción resolutoria, solo él, podrá pedir al Juez que le otorgue el cumplimiento forzoso de la obligación, o bien, la resolución del acuerdo con la correspondiente indemnización de daños y perjuicios.

En nuestro caso, la principal diferencia que encontramos con el Derecho de desistimiento, es que para aplicar este último, no se requiere que haya incumplimiento de las obligaciones contractuales, simplemente basta que se decida poner fin al acuerdo para que la figura sea válidamente aplicada. Es totalmente irrelevante que el

⁷¹ DÍEZ PICASSO, LUIS. GULLÓN, ANTONIO. *Sistema de Derecho civil, volumen II, El contrato en general, la relación obligatoria, contratos en especial, cuasi contratos, enriquecimiento sin causa, responsabilidad extracontractual, Op. Cit.*, p. 247.

⁷² SAN MIGUEL PRADERA, LIZ PAULA. “Comentario artículo 1124”, en DOMÍNGUEZ LUELMO, ANDRÉS (DIR.). *Comentarios al Código Civil*, LEX NOVA, S.A.U., Valladolid, 2010, p.1247.

empresario haga o deje de hacer algo para efectos de admitir el desistimiento del contrato, simplemente bastará con que el consumidor muestre su deseo y nada más.

En cuanto a la extensión del plazo para desistir que algunas leyes contienen y que es mal llamado plazo de resolución, a mi criterio ello no es más que una sanción para el empresario que incumple con sus deberes y no una desnaturalización de la figura que obligue al consumidor a dejar el Derecho de consumo y regresar al Derecho civil. Es decir, se trata de un Derecho de desistimiento con plazo ampliado y no un caso de incumplimiento contractual.

Así y conforme lo analizado, de nuevo concluimos que resolución y desistimiento son mecanismos totalmente distintos y sin ninguna relación uno del otro.

d.- La venta a prueba:

La última de las figuras con las que se puede confundir al Derecho de desistimiento es la llamada venta a prueba o venta *ad gustum* regulada en el 1453 del CC⁷³, ello, porque que es entendible que cuando digamos que en un contrato de compraventa una de las partes tiene la posibilidad de probar el bien y devolverlo sin mayor motivación, pensemos que se hace a través de un derecho a desistir del negocio, pero no, tiene razón DÍAZ ALABART, cuando advierte que eso también puede ser una venta a prueba o gusto: *“la frase «satisfacción total garantizada o devolución de su dinero», no es solamente un popular eslogan publicitario propio de los grandes almacenes, sino un aspecto importante del marketing. El comerciante añade a su oferta de contrato un componente atractivo que le proporcionará clientela. Que sean los propios compradores los que a sus libres voluntades decidan si el contrato realizado desplegará todos sus efectos, o se resolverá, devolviendo comprador y vendedor cosa y*

⁷³ “Artículo 1453: La venta hecha a calidad de ensayo o prueba de la cosa vendida, y la venta de las cosas que es costumbre gustar o probar antes de recibirlas, se presumirán hechas siempre bajo condición suspensiva.”

precio intercambiados...Puede encuadrarse dentro de la tradicional venta a prueba o ad gustum”⁷⁴.

La regulación española de la figura parte de su tipificación bajo los dos supuestos enunciados, a saber, la compraventa a prueba y la compraventa a gusto⁷⁵, sin embargo, resulta curioso que aunque se manejen dos situaciones diferentes, el legislador optase por darles un tratamiento único a cada una de ellas, el cual, conforme la norma indicada, es presumir que la misma fue realizada bajo condición suspensiva⁷⁶.

⁷⁴ DÍAZ ALABART, SILVIA. “Prólogo”, en CALVO ANTÓN, MANUELA. *La venta a prueba*, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 1995, p.9. En igual sentido, FERNÁNDEZ-ALBOR BALTAR, quien dice: “El tipo negocial diseñado por el legislador español en los contratos relativos a la entrega de una cosa podría, a grades rasgos, sintetizarse en base a las dos siguientes observaciones: en primer lugar, nos encontramos ante un negocio en el que existe un lapso de tiempo posterior a la entrega de las mercancías, durante el cual el consumidor puede examinar lo entregado; en segundo lugar, debe resaltarse que al consumidor compete una libertad absoluta para decidir acerca de la conveniencia o no de las mercancías suministradas, pudiendo devolverlas dentro del periodo de reflexión, sin tener que alegar causa laguna. Ello significa que nos encontramos ante un negocio en el que se produce la entrega de las mercancías, que el comprador puede examinar y devolver posteriormente si hace uso del derecho de revocación. Pues bien, a la vista de tales consideraciones, somos del parecer que estamos ante un contrato de opción. Tratándose de una operación de compraventa, tal como ocurrirá de ordinario, nos hallamos ante una opción de compra, coincidente con la existente en las denominadas “ventas salvo aprobación” o “ventas ad gustum”. En FERNÁNDEZ-ALBOR BALTAR, ÁNGEL. “El derecho de revocación del consumidor en los contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles: algunos problemas derivados de la Ley 26/1991”, *Op. Cit.*, p. 603. O bien, PARRA LUCÁN, quien también lo visualiza como una condición resolutoria en una venta a prueba: “Parece sensato entender que nos encontramos, entonces, ante una venta a prueba —y nada impide, como admite la jurisprudencia, que la condición sea configurada por las partes como resolutoria, y no como suspensiva— en la que al comprador se le reserva la facultad de resolver el contrato, a su mero arbitrio, y no en virtud de criterios objetivos: «si no queda satisfecho». Ahora bien, en la práctica resulta extremadamente difícil comprobar la razón por la que se devuelve el producto: realmente no ha quedado satisfecho, el producto no le gusta tanto como pensaba en el establecimiento. O bien, el producto le satisface plenamente, pero se replantea que, quizás, no debiera haberlo adquirido, por ser de precio elevado, o no necesitarlo. La «satisfacción» es algo tan subjetivo de quien ejercita la facultad reconocida por el vendedor que en la práctica resulta de imposible comprobación y, por el contrario, debe entenderse que basta la afirmación en sentido negativo para admitir la resolución de la venta. Esto hace que, en la práctica, se esté reconociendo al consumidor un derecho a extinguir el contrato, a desistir de él sin alegar ninguna causa.” En PARRA LUCÁN, MARÍA DE LOS ÁNGELES. “Artículo 10: Derecho de desistimiento”, *Op. Cit.*, p. 157.

⁷⁵ Situación que es criticada por LÓPEZ DE ZAVALÍA, FERNANDO J. *Teoría de los contratos, tomo II*, Zavalia editor, Buenos Aires, 2000, p.309. En igual sentido, ALBALADEJO quien sobre el artículo 1453 dice: “Este regula sólo la típica venta a prueba (venta que, además de en aquellos casos en que así se pacte explícitamente, se entiende celebrada en las dos hipótesis que el 1453 prevé), pero no regula (como equivocadamente —a mi parecer— entiende una opinión) dos ventas distintas”, en ALBALADEJO, MANUEL. *Derecho civil II Derecho de Obligaciones*, duodécima edición, Edita Edisofer S.A., Madrid, 2004, p. 549. En igual sentido,

⁷⁶ Situación que a su vez, es criticada por LACRUZ BERDEJO quien al referirse al artículo 1453 del C.C. indica que: “De su lectura se deduce que se refiere este precepto a dos tipos diferentes de venta: la hecha a calidad de ensayo o prueba, y la llamada venta ad gustum; diferentes, necesitadas de distinto régimen

Respecto a la venta *ad gustum*, es aquella en la que una vez pactada o invocada, quien adquiere el bien o servicio, se guarda la posibilidad de degustarla o ensayarla, así como de poder rechazarla si luego de probarla no satisface sus requerimientos, expectativas, intereses o motivaciones. Como vemos legalmente hay una condición suspensiva legal⁷⁷, que en este caso es que el comprado acepte “*la cosa*” una vez que la ha probado. A partir de aquí, el contrato se perfecciona y surge el derecho a exigir el pago⁷⁸. Por el contrario, si el comprador rechaza la cosa, su voluntad es absoluta y el vendedor no puede exigir nada a cambio, ya que es una facultad absoluta del adquirente, debiendo recibir el objeto en devolución.

La venta a prueba o ensayo, por el contrario, es aquella en la que en el contrato se incluye una cláusula de prueba, generalmente por costumbre en ese sentido, limitada a tiempo y a las condiciones del objeto. No es tan abierta como la venta a gustar, sino que se refiere a una facultad mucho más restringida para el comprador, ya que éste se verá obligado a mantener el contrato si la cosa cumple con todas las especificaciones estipuladas, ello implica que si bien es cierto, hay alguna flexibilidad respecto a la prueba o ensayo, éste estará limitado razonablemente a un ejercicio de verificación de las condiciones pactadas del bien. En otras palabras, “*es una venta subordinada, por su eficacia, a la comprobación o determinación o aprobación de la existencia de algunas cualidades de la cosa que han formado el presupuesto (motivo determinante) de la declaración de voluntad del comprador, conocido por el otro contrayente, y por eso, teniendo eficacia jurídica*”⁷⁹.

Si al finalizar la prueba el comprador manifiesta que el objeto del contrato cumple con las condiciones preestablecidas, el contrato queda inmediatamente perfecto.

por serlo en la realidad y en el tráfico, no obstante su tratamiento unitario.” En LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS. ET AL. Elementos de Derecho civil, Tomo II Derecho de Obligaciones, Volumen Primero, Parte general. Teoría general del contrato, Editorial Dykinson, S.L., Madrid, 2005, p. 62.

⁷⁷ La cual, sin embargo, debe ser entendida como una presunción iuris tantum.

⁷⁸ Hasta ese momento lo único que mantenía era exigir el derecho de que la cosa fuese únicamente probada.

⁷⁹ DEGNI, FRANCISCO. “*La compraventa*”, traducción de Francisco Bonet Ramón, Editorial *Revista de Derecho privado*, Madrid, 1957, p. 177.

I. DERECHO DE DESISTIMIENTO

En nuestro caso, el Derecho de desistimiento se diferencia de la venta a gusto o de la venta a prueba por varias razones concretas. Primero, porque el supuesto en que se desarrolla el desistimiento tal y como lo hemos venido analizando, se da en un tipo de negociación muy diferente al de la negociación en la que se dan este tipo de cláusulas. El Derecho de desistimiento es un instituto propio del Derecho de consumo, regulado como tal en el TRLDGCU y aplicable únicamente en contratos amparados por este fuero especial. Mientras que los tipos especiales de compraventa que hemos visto, son propios del derecho civil, dentro de contratos entre dos sujetos de derecho privado, sin ningún tipo de consideración especial, como si lo tienen el consumidor y el empresario.

Y aunque el artículo 10.1 de la LOCM hable de una prueba para tomar una decisión para desistir⁸⁰, lo cierto del caso es que el Derecho de desistimiento, va mucho más allá de la simple prueba o degustación del bien. En nuestro caso, hablamos de la posibilidad de que un contrato instantáneo y perfecto pueda eficacia por la decisión unilateral e irrestricta del consumidor, no hablamos de contratos con cláusulas suspensivas, ni nada por el estilo. El contrato que se desiste es un contrato válido y eficaz y nunca diferido o suspendido.

e.- La denuncia, receso o finalización unilateral de la relación contractual:

En el CC encontramos supuestos de desistimiento unilateral de las obligaciones contractuales, que en el fondo también son excepciones al principio de mutuo disenso ya que son capaces de extinguir una relación obligatoria creada a partir del acuerdo de voluntades individuales⁸¹.

⁸⁰ En lo que interesa indica: "Artículo 10. Derecho de desistimiento: 1. Cuando en el ejercicio de un derecho previamente reconocido se proceda a la devolución de un producto, el comprador no tendrá obligación de indemnizar al vendedor por el desgaste o deterioro del mismo debido exclusivamente a su prueba para tomar una decisión..." (Subrayado es propio).

⁸¹ Supuestos que son denominados de diferentes maneras por la doctrina, por ejemplo ARIAS y TRIVISONNO, les llaman casos de "desistimiento unilateral incausado" o 'denuncia del contrato', a mayor abundamiento ver: ARIAS, MARÍA PAULA. TRIVISONNO, JULIETA BELÉN. "La rescisión unilateral en los contratos

En estos casos, la ley permite que mediante un acto unilateral, libre y voluntario, se pueda poner fin a una relación obligatoria suscrita por acuerdo de sujetos. Independientemente de la voluntad del co-contratante, pero siempre y cuando se cumplan los requisitos establecidos para la procedencia de cada caso concreto.

El primer ejemplo lo encontramos en el contrato de obra, previsto en el artículo 1594 CC, el cual indica que: *“El dueño puede desistir, por su sola voluntad, de la construcción de la obra aunque se haya empezado, indemnizando al contratista de todos sus gastos, trabajo y utilidad que pudiera obtener de ella.”*

Esta figura lo que busca es *“evitar al dueño cargas que no podría soportar –por un cambio de circunstancias o por resultar la obra más gravosa de lo previsto–, o bien continuar con la ejecución de una obra que ya no le es útil o conveniente. Como dueño que es, la ejecución de la obra está a su servicio y, si no le interesa, puede desistir”*⁸².

Además, para desistir correctamente en estos contratos, a diferencia de lo que ocurre en Derecho de consumo, se debe indemnizar al contratista la inversión realizada en la obra inconclusa, indemnización que debe abarcar tanto los gastos, como el trabajo empleado en la obra, así como la utilidad que debió recibir; de manera tal que la decisión unilateral del comitente no le cause perjuicio alguno⁸³. *“Facultad de*

de duración”, Ponencia presentada a las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Tucumán, 29 de setiembre al 1º de octubre de 2011. Documento localizable en: <http://revista.cideci.org/index.php/trabajos/article/viewFile/117/159>, fecha de visita: 5 de noviembre de 2011. Alonso Pérez, por su parte les denomina “desistimiento con justa causa”, ver: ALONSO PÉREZ, MARÍA TERESA. “El desistimiento unilateral en el contrato de servicios propiamente dichos (Estudio jurisprudencial)”, *Op. Cit.*, p. 8 y ss.

⁸² MARTÍNEZ ESCRIBANO, CELIA. “Comentario artículo 1594”, en DOMÍNGUEZ LUELMO, ANDRÉS (DIR.). *Comentarios al Código Civil*, LEX NOVA, S.A.U., Valladolid, 2010, p. 1740.

⁸³ Sobre el punto la jurisprudencia ha dicho: *“La sentencia de esta Sala de 4 de febrero de 2002 (RJ 2002, 1595) cita la de 24 de enero de 1970 (RJ 1970, 254) que ya establecía que «el derecho del contratista a percibir la indemnización a que se refiere el art.1594 del Código Civil (LEG 1889, 27) , no depende en absoluto de los móviles o razones que hayan inducido al propietario del terreno a desistir del contrato de obra concertado y mucho menos de que concurran o no los requisitos exigidos por el art. 1124 y doctrina legal que lo desenvuelve para obtener la resolución de las obligaciones recíprocas, por tratarse de preceptos autónomos e independientes entre sí que contemplan figuras diferentes y se someten a distinto tratamiento al quedar la facultad que el primero otorga, al libre arbitrio de su titular, sin necesidad de justificación de ninguna clase y depender la eficacia de la acción conferida por el segundo de la conducta observada por ninguno de los contratantes», doctrina jurisprudencial recogida en sentencias de 5 de mayo de 1983 (RJ 1983, 2624) , 19 de noviembre de 1984, 7 de octubre de 1986 (RJ 1986, 5332) y 20 de febrero de 1993 (RJ 1993, 1003) y que permanece inalterada. Las consecuencias indemnizatorias de la decisión del comitente de desistir de la ejecución o continuación de la obra se establecen en el art. 1594 del Código Civil (LEG 1889, 27) , comprendiendo esa indemnización al*

I. DERECHO DE DESISTIMIENTO

desistir sí, pero dejando indemne a la otra parte de las consecuencias que deriven del desistimiento, y primando claro está, el ejercicio del derecho conforme a las exigencias de la buena fe (art. 7.1 CC)”⁸⁴.

El desistir –para un consumidor– no implica una indemnización como la que plantea el art. 1594 CC, además, tampoco requiere de ningún tipo de desbalance contractual o algo por el estilo, cosa que si se tutela en el supuesto indicado. Simplemente se requiere una decisión encaminada a finalizar el contrato y eso será suficiente para que el contratista deje de ejecutar la obra y dé por terminado el contrato.

Como vemos, estamos en presencia de una figura que, si bien es cierto, guarda alguna semejanza con su homóloga en Derecho de consumo, en la realidad son muy diferentes, en el desistimiento del contrato de obra, el contratista no ve frustrada su expectativa económica, por cuanto la vinculación contractual de mantiene indemne desde el punto de vista económica, ya que igualmente percibe la prestación económica derivada del acuerdo desistido⁸⁵. A diferencia de lo que si sucede en los contratos de consumo, en donde el empresario, ante la acción del consumidor si pierde la venta realizada y con ella, la ganancia obtenida en la transacción⁸⁶.

contratista en todos sus gastos, trabajo y utilidad que pudiera obtener de la realización de la obra, sin que para su cuantificación puedan tenerse en cuenta circunstancias relativas al cumplimiento o incumplimiento por los contratantes de sus obligaciones, susceptibles de ser invocadas al amparo del art. 1124 del Código Civil, o relativas a los móviles que impulsaron al comitente a desistir de la prosecución de la obra.” STS (Sala de lo Civil, Sección 1º), número 679/2005 de 29 de setiembre, ponente: Excmo Sr. Pedro González Poveda (RJ 2005/8892).

⁸⁴ MUÑOZ GARCÍA, CARMEN. “Particularidades del desistimiento unilateral en el contrato de obra inmobiliaria. Derecho civil y derecho administrativo”, *Op. Cit.*, p. 13.

⁸⁵ Artículo 1124 C.C.: “La facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliere lo que le incumbe.

El perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos. También podrá pedir la resolución, aun después de haber optado por el cumplimiento, cuando éste resultare imposible.

El Tribunal decretará la resolución que se reclame, a no haber causas justificadas que le autoricen para señalar plazo.

Esto se entiende sin perjuicio de los derechos de terceros adquirentes, con arreglo a los artículos 1.295 y 1.298 y a las disposiciones de la Ley Hipotecaria.”

⁸⁶ Para mayor información sobre el desistimiento en el contrato de obra, ver: DE LUCAS FERNÁNDEZ, FRANCISCO. “Resolución, cláusula penal y desistimiento en el contrato de obra”, en CABANILLAS SÁNCHEZ, ANTONIO. CAFFARENA LAPORTA, JORGE. MIQUEL GONZÁLEZ, JOSÉ MARÍA. MONTÉS PENADÉS, VICENTE. MORALES MORENO, ANTONIO MANUEL. PANTALEÓN PRIETO, FERNANDO (COM. ORG.). *Estudios Jurídicos en homenaje al*

El segundo ejemplo, lo encontramos en el contrato de sociedad, sobre todo en la posibilidad del artículo 1705 CC, el cual prevé la disolución del acuerdo por decisión unilateral de uno de los socios: *“La disolución de la sociedad por la voluntad o renuncia de uno de los socios únicamente tiene lugar cuando no se ha señalado término para su duración, o no resulta éste de la naturaleza del negocio. Para que la renuncia surta efecto, debe ser hecha de buena fe en tiempo oportuno; además debe ponerse en conocimiento de los otros socios”*⁸⁷.

“Contempla este precepto lo que en la doctrina científica es conocido como «denuncia ordinaria» de uno de los socios, causa de disolución de la sociedad, que se distingue de la «denuncia extraordinaria» que recoge el art. 1707 CC, en que la primera puede ejercitarse libremente, y la segunda requiere la concurrencia de un «justo motivo». En ambos casos se trata de un derecho potestativo cancelatorio concedido a todos los socios, a fin de que puedan poner término al vínculo societario; estando sometida la eficacia de la primera de las denuncias, a la condición de que haya llegado a conocimiento de todos los socios, sin que sea necesario su consentimiento, y que tiene su fundamento en la inadmisibilidad de las vinculaciones perpetuas,

profesor Luis Díez-Picazo, Tomo II Derecho civil, Derecho de obligaciones, Civitas Ediciones S.L., Madrid, 2003, p. 2329 y siguientes.

⁸⁷ Resulta interesante citar que el Code Civile Italiano, maneja otros requisitos para admitir el desistimiento en el contrato de sociedad, Así, el artículo 2437 indica: *“Diritto di recesso: I soci dissenzienti dalle deliberazioni riguardanti il cambiamento dell'oggetto o del tipo della società, o il trasferimento della sede sociale all'estero (2369) hanno diritto di recedere dalla società e di ottenere il rimborso delle proprie azioni, secondo il prezzo medio dell'ultimo semestre, se queste sono quotate in borsa, o, in caso contrario, in proporzione del patrimonio sociale risultante dal bilancio dell'ultimo esercizio.*

La dichiarazione di recesso deve essere comunicata con raccomandata dai soci intervenuti all'assemblea non oltre tre giorni dalla chiusura di questa, e dai soci non intervenuti non oltre quindici giorni (2964) dalla data dell'iscrizione della deliberazione nel registro delle imprese (2188; att. 100).

E' nullo (1421 e seguenti) ogni patto che esclude il diritto di recesso o ne rende più gravoso l'esercizio.”
Traducción: *“Derecho de desistimiento:*

Los accionistas disidentes de las deliberaciones sobre el cambio del objeto o el tipo de sociedad, o el traslado de domicilio al extranjero (2369) tienen el derecho de separarse de la sociedad y obtener el reembolso de sus acciones, de acuerdo con el precio medio del último semestre si se cotiza en bolsa, o sino, en proporción a los activos resultantes del presupuesto del año pasado.

La declaración de desistimiento deberá ser notificada por correo certificado a los socios asistentes a la reunión no más tarde de tres días a partir de que se desista y los miembros ausentes a más tardar quince días (2964) a partir de la fecha de inscripción de la resolución en el Registro Mercantil (2188; al. 100).

Es nula (1421 en adelante) todo acuerdo que implique la renuncia o limite el derecho a desistir.” A mayor abundamiento sobre el Derecho a desistir en el contrato de sociedad en Italia ver: MASTURZI, SABRINA. *“Il recesso ex art. 2343 C.C.”* en *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obligazioni (RDCCGO)*, número 4, año 2011, p. 905 y siguientes. Sobre el desistimiento en Italia aplicado a contratos de consumo ver: FERRARI, CAMILLA. *“Ipotesi di qualificazione per il «recesso» del consumatore”*, en *RiDC*, número 1, gennaio-febbraio, año 2010, sección comentarios, página 1 y siguientes.

I. DERECHO DE DESISTIMIENTO

incompatibles con la libertad personal, pero que sólo puede ejercitarse cuando no se ha señalado término para la duración de la sociedad, ni cuando éste resulte de la naturaleza del negocio”⁸⁸.

Al igual que en el caso anterior, la opción que da el CC de desistir unilateralmente del contrato de sociedad, parte de situaciones totalmente diferentes de las que justifican el Derecho de desistimiento en contratos de consumo.

Es claro, que esta norma lo que busca es resguardar la libertad individual de asociación, es decir, yo como sujeto de Derecho privado, tengo el derecho de asociarme o desasociarme en función de mis intereses y ello, nada tiene que con situaciones de desventaja negocial o contractual y por ello, es entendible que se exija la buena fe, oportunidad y comunicación, para su ejercicio; precisamente para no causar perjuicio a la contraparte. Cosa que como sabemos no sucede en el caso de los consumidores.

El tercer ejemplo está en el contrato de mandato, el cual, permite la posibilidad de revocación por el mandante y la de renuncia por el mandatario, artículo 1732 CC, incisos 1 y 2: *“El mandato se acaba: 1.- Por su revocación. 2.- Por renuncia o incapacitación del mandatario.”*

La revocación del contrato de mandato, encuentra su fundamento en la cuota de confianza que el mandante otorga a su mandatario, perdida la misma y en virtud, de la facultad de gestión y representación que el mandato conlleva, resulta entendible que el legislador permita la revocación unilateral del acuerdo, ya que es ilógico que se deniegue a un sujeto la facultad de decidir unilateralmente quien le representa. *“Se trata de una declaración de voluntad unilateral y recepticia, sujeta a la libertad de forma, cuyo destinatario es el mandatario”⁸⁹.*

“En sede de mandato, el mandante puede poner fin a la relación cuando lo estime oportuno, tal y como disponen los artículos 1732 y 1733; aunque es cierto que

⁸⁸ CRESPO ALLUÉ, FERNANDO. “Comentario artículo 1705”, en DOMÍNGUEZ LUELMO, ANDRÉS (DIR.). *Comentarios al Código Civil*, LEX NOVA, S.A.U., Valladolid, 2010, p. 1841.

⁸⁹ AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, CRISTINA. “Comentario artículo 1733”, en DOMÍNGUEZ LUELMO, ANDRÉS (DIR.). *Comentarios al Código Civil*, LEX NOVA, S.A.U., Valladolid, 2010, p. 1876.

esta facultad del mandante se ha atenuado en la práctica, ya que la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha venido entendiendo que sólo existe tal cuando el contrato es de duración indefinida, matizando esa posibilidad de desistimiento cuando el contrato tiene un plazo de duración determinado 4. El mandatario, sin embargo, parece que sólo puede desistir si concurre justa causa, ya que, si no, deberá indemnizar los daños que se renuncia porque al mandante –artículo 1736–; además debe poner en conocimiento del mandatario su decisión”⁹⁰.

Como sabemos el fundamento del desistimiento de contratos de consumo es diametralmente opuesto, nada tiene que ver con cuestiones de confianza, de gestión y/o representación; tiene que con condiciones objetivas de igualdad y de tutela de intereses en el mercado.

El cuarto ejemplo, es el del contrato de comodato, el cual por su naturaleza, deja abierta la posibilidad de que el comodante pueda extinguir el acuerdo y recuperar el bien. Art. 1750, el cual en lo que interesa indica que: *“Si no se pactó la duración del comodato ni el uso a que había de destinarse la cosa prestada, y éste no resulta determinado por la costumbre de la tierra, puede el comodante reclamarla a su voluntad.”*

En el comodato, la opción de finalizar unilateralmente del acuerdo tiene que ver con el derecho de su titular de reivindicar la cosa que ha cedido a través del contrato mismo. En el desistimiento por el contrario, como sabemos, no hay cosa que reivindicar, sino que simplemente se finaliza el acuerdo por decisión del consumidor y más bien, podríamos agregar, el consumidor rechaza la titularidad del bien que ha adquirido a través de él.

El quinto caso es el del contrato de donación, en donde la revocación contractual, aplica en las siguientes situaciones: Art. 644 CC, por superveniencia o supervivencia de los hijos. Art. 648 CC, por ingratitud del donatario. Y, art. 647 CC, por incumplimiento de condiciones impuestas.

⁹⁰ ALONSO PÉREZ, MARÍA TERESA. “El desistimiento unilateral en el contrato de servicios propiamente dichos (Estudio jurisprudencial)”, *Op. Cit.*, p. 3.

I. DERECHO DE DESISTIMIENTO

El primer supuesto (Art. 644 CC), parte de la hipótesis de que *“el donante quizá no la hubiese hecho de haber tenido hijos o de conocer que vivía aquél que erróneamente daba por muerto. Parece que el CC intenta proteger los intereses del donante, ya que la posibilidad de revocación queda a su arbitrio, no tiene lugar ipso iure. Pero también puede pensarse que se están protegiendo los intereses de los hijos, pues en base a su existencia se concede la facultad de revocar la donación”*⁹¹.

El segundo supuesto (Art. 648 CC), opera cuando *“el donatario realiza algún acto o lleva a cabo comportamientos que denotan, no ya una falta de agradecimiento al donante, sino una ofensa para el mismo, puede surgir en éste un sentimiento de decepción y consecuente arrepentimiento de haber realizado la donación. El legislador protege estos sentimientos del donante concediéndole la posibilidad de revocar la donación por ingratitud de aquél, siendo el CC el que, ante la ambigüedad del término «ingratitud», fija las conductas determinantes de la misma”*⁹². Que puede ser por la negación de alimentos, por situaciones de violencia, comisión o acusación de un delito contra el honor, el patrimonio o la persona misma del donante o su familia; o cualquier otra conducta grave que denoten esa falta de gratitud que la donación debe derivar.

Finalmente, el tercer supuesto (Art. 647 CC), tiene que ver con el incumplimiento de las cargas u obligaciones que se impongan en la donación recibida, las cuales no deben ser de mayor onerosidad que la donación misma, ello, para no desnaturalizar la naturaleza unilateral y gratuito del contrato.

Conforme lo expuesto, resulta evidente que el Derecho de desistimiento, parte de situaciones distintas, que en nada tienen que ver con los supuestos de la donación. Para empezar, los contratos de consumo, son por naturaleza onerosos y es en ese tanto, que las condiciones que válidamente se permiten en un contrato gratuito, les son inaplicables, ya que podrían limitar los derechos de los consumidores a favor de los empresarios. Así, en un contrato de consumo, la facultad de desistir no puede depender de las condiciones que ponga el empresario, o de la gratitud o ingratitud del consumidor hacia él y mucho menos, de la superveniencia o supervivencia de hijos de

⁹¹ SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, BLANCA. “Comentario artículo 644”, en DOMÍNGUEZ LUELMO, ANDRÉS (DIR.). *Comentarios al Código Civil*, LEX NOVA, S.A.U., Valladolid, 2010, p. 755.

⁹² Ibid, p. 761.

ninguna de las partes. En fin, son simplemente supuestos para situaciones diferentes e incompatibles.

En resumen, con respecto al tema, indica DIEZ PICAZO, que en materia civil, *“puede admitirse una libre denuncia o desistimiento unilateral, cuando, aunque la ley o el negocio jurídico no concedan una facultad semejante, la relación obligatoria reúna las siguientes características”*⁹³, las cuales resumidamente exponemos a continuación:

1. Que se trate de una relación obligatoria duradera o de tracto sucesivo.
2. Que se trate de relaciones que no tengan previsto un plazo de duración temporal, de manera que, de acuerdo con la ley y con el negocio jurídico haya de ser indefinida.
3. Que se trate de relaciones obligatorias en las que exista un *intuitus personae*, de manera que fundadas tales relaciones en la confianza, que las partes recíprocamente se merecen, cuando tal confianza se frustra, aparece como justa la posibilidad de poner fin a la relación.

En todos los casos, el desistimiento se debe hacer mediante una declaración de voluntad unilateral que deberá comunicarse a la contraparte y producirá efectos a partir de que sea conocido por él (contraparte). Además, en aquellos casos en que proceda, *“por regla general, tratándose de relaciones obligatorias duraderas, que es la hipótesis, los efectos deben considerarse ex nunc y, por consiguiente, sin retroactividad, de manera que las prestaciones que se encontraran ya ejecutadas y las atribuciones realizadas como consecuencia de ellas, quedan efectivamente consolidadas”*⁹⁴.

Es claro que entre estos supuestos de finalización unilateral de los contratos en materia civil y el Derecho de desistimiento que estudiamos, no hay semejanza alguna, ya que el nuestro es un instituto mucho más flexible y con una previsión de aplicación más extendida que los supuestos del CC.

⁹³ DÍEZ-PICAZO, LUIS. *Fundamentos del Derecho civil patrimonial II, las relaciones obligatorias*, sexta edición, editorial Aranzadi S.A., Navarra, 2008, p. 1086.

⁹⁴ *Ibid*, p. 1089.

C.- Fundamento del Derecho de desistimiento:

Identificar el fundamento del Derecho de desistimiento, tal cual lo conocemos hoy en día, puede resultar ser una tarea tan complicada como la de definirlo⁹⁵. Habrá tantos intentos de explicar a la figura como los hay para definirlo, sin embargo, al igual que sucede con el caso anterior, mi criterio es que el verdadero sentido del desistimiento está en la unión de todas y cada una de las diferentes posiciones y no en la identificación con sola una de ellas.

Las posiciones doctrinales son tan variadas que no dejan de causar cierta dispersión que afecta la legitimación del desistimiento como instituto de defensa del consumidor. Así, a manera de ejemplo, podemos mencionar que para los civilistas es un modo extintivo de obligaciones, ya que tiene la facultad de extinguir una relación jurídica pre-existente. Dentro de un ámbito eminentemente contractualista, el desistimiento es una oportunidad que se le da al consumidor de reflexionar acerca del consentimiento otorgado al momento de suscribir el acuerdo. Oportunidad que también lo legitima a retirar su asenso con el acuerdo efectuado. Si partimos de una posición pétrea de defensa del consumidor, el desistimiento entonces será un mecanismo de defensa de la parte más débil en contratos de consumo⁹⁶. Desde una posición economicista, el Derecho de desistimiento es un instrumento de política económica, de confianza y seguridad para los mercados. Y finalmente, el Derecho de desistimiento también es un mecanismo de resolución alterna de conflictos en

⁹⁵ Autores como RODRÍGUEZ MARÍN denuncian la dispersión terminológica con que la doctrina, jurisprudencia y el propio legislador se han referido a la figura utilizando nombre como el de desistir, denunciar, disolver, renunciar, rescindir, resolver y revocar. Para mayor información ver: RODRÍGUEZ MARÍN, CONCEPCIÓN. *El desistimiento unilateral (como causa de extinción del contrato)*, Op. Cit., p. 53 y siguientes.

⁹⁶ Son muchos los autores que le dan un contenido proteccionista al Derecho de desistimiento, entre ellos encontramos a JUSTE MENCÍA quien analizando la figura en los contratos realizados a distancia indica: “La principal razón de proteger al consumidor mediante el otorgamiento de una facultad discrecional está la lejanía que necesariamente le separa de la cosa objeto del contrato,” en JUSTE MENCÍA, JAVIER. “Contratación a distancia y protección de los consumidores en el Derecho comunitario europeo, Algunas consideraciones sobre la directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de mayo de 1987”, en *Estudios de derecho mercantil, homenaje al profesor Justino Duque Domínguez*, volumen II, Universidad de Valladolid, Valladolid, 1998, p. 1029. En igual sentido, DIÉGUEZ OLIVA, ROCÍO. “El Derecho de desistimiento en el marco común de referencia”, en *InDret* 2/2009, p.3.Y, CORRAL GARCÍA, EDUARDO. “El ¿desistimiento? unilateral de algunos contratos con consumidores”. Op. Cit., p.419.

contratos de consumo, ya que al permitir que el consumidor pueda desistir del contrato y con ello, obligar a repetir las prestaciones contractuales hechas, evitamos la fuente de conflicto que puede degenerar en un proceso judicial⁹⁷.

Como decía, en realidad el verdadero sentido del Derecho de desistimiento no corresponde a ninguno de los extremos que las posiciones mencionadas nos indican, corresponde a la suma de todas ellas. Es decir, lo que se pretende con una figura como esta, es dotar a los consumidores de un mecanismo que les permita poner fin al contrato de una manera directa y eficaz, casi que en las mismas condiciones en que se suscribió⁹⁸.

Así, el Derecho de desistimiento es una garantía de protección de los consumidores. Es también una respuesta del legislador contra los abusos cometidos por comerciantes en ciertos contratos que, por sus características, pueden utilizarse como medio para lucrar a costa de consumidores inexpertos o confiados⁹⁹. Ello explica

⁹⁷ Aunque debemos indicar que aunque con menor frecuencia, en doctrina también encontramos otras acepciones del concepto, entre las cuales podemos citar a aquellas que lo califican como una opción *“para que el consumidor conserve el poder de decisión sobre su propio interés durante toda la vigencia del contrato, sobre todo cuando se trata de contratos de tracto sucesivo o que imponen una notable carga económica hacia el futuro”*, o bien, otras que lo visualizan como *“un mecanismo útil para remediar el sobreendeudamiento del consumidor, ocasionado por la adquisición innecesaria de bienes o servicios o por la asunción de obligaciones superfluas que comprometen su patrimonio futuro”*. En éste sentido para mayor abundamiento ver GARCÍA VICENTE, JOSÉ RAMÓN. *“Comentario al artículo 68. Contenido y régimen del Derecho de desistimiento”*, *Op Cit*, p. 850.

⁹⁸ Y así lo entienden autores como ÁLVAREZ MORENO, con quien coincidimos en fundamentar la figura en un conjunto de motivos. Sobre el punto indica: *“La atribución al consumidor de una facultad unilateral cuyo ejercicio supone la extinción del contrato por su propia voluntad, encuentra su fundamento básicamente en tres tipos de motivos: 1) En general, se revela como una necesidad primordial el proteger al consumidor, por su indefensión ante el profesional que impone el contenido contractual, de ahí la necesidad de salvaguardar los principios de buena fe y equilibrio contractual. 2) La necesidad de proteger el consentimiento del consumidor al contratar, para garantizar la formación de una voluntad contractual libre y suficientemente madurada. Así ocurre, por ejemplo, en el ámbito de los contratos celebrados fuera de establecimiento mercantil, o en la venta a distancia. 3) Es menester proteger al consumidor, por la situación de inferioridad estructural en que se encuentra frente a su contraparte: en información, medios, conocimiento del objeto, etc. Tal es el caso de la adquisición de derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles, o de los dos supuestos citados en el segundo apartado. Por ello, se plantea la concesión de un mecanismo extintivo automático al consumidor, como instrumento idóneo para equilibrar las posiciones de las partes.”* En ÁLVAREZ MORENO, MARÍA TERESA. *El desistimiento unilateral en los contratos con condiciones generales*, *Op. Cit.*, p. 380.

⁹⁹ Legalmente el desistimiento está previsto para ser aplicado en los contratos de venta a distancia, en los contratos de viaje combinado, así como en los contratos realizados fuera de establecimiento mercantil y en los contratos de *time sharing* o tiempo compartido. Sobre los abusos a los que se enfrentan los consumidores, FERNÁNDEZ-ALBOR BALTAR, indica: *“En efecto, los empresarios, en su lucha por la supervivencia y por la conquista de cuotas de mercado, recurren a métodos de promoción de sus bienes o servicios dirigidos a lograr la realización del mayor número de operaciones posible. Para ello*

I. DERECHO DE DESISTIMIENTO

el por qué la facultad de desistir únicamente se otorgue a la llamada parte débil de la relación comercial, el consumidor.

Por otro lado, el desistimiento también es una segunda oportunidad dada al consumidor de repensar o meditar acerca de la decisión que ha tomado –la de suscribir el contrato- y si decide retractarse, pueda hacerlo sin consecuencia alguna, independientemente de la etapa de ejecución en la que nos encontremos. *“El legislador presupone en todos los casos una situación de desequilibrio contractual y otorga a la parte que se encuentra en situación de inferioridad un periodo de reflexión O «cooling off-period» tras la celebración del contrato, que le permite meditar sobre el negocio realizado y, en su caso, desistir del mismo”*¹⁰⁰.

inducen al consumidor a adquirir sus productos por medio de continuas ofertas contractuales o invitaciones para realizar ofertas contractuales. De este modo, se intenta, en última instancia, obtener el consentimiento preciso para la conclusión de los contratos en que se traduce jurídicamente su actividad económica.

A poco que se reflexione sobre esta situación se llegará a la conclusión de la necesidad de arbitrar los instrumentos jurídicos adecuados para evitar los posibles abusos que se puedan producir en este proceso de oferta y elección.” En FERNÁNDEZ-ALBOR BALTAR, ÁNGEL. “El derecho de revocación del consumidor en los contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles: algunos problemas derivados de la Ley 36/1991”, *Op. Cit.*, p. 590., Igualmente, CLEMENTE MEORO indica: *“En efecto, en la contratación a distancia el consumidor sufre un déficit de información, pues solo conoce el producto por la presentación comercial que de él hace el empresario o profesional mediante catálogos, imágenes televisivas o páginas web, y puede sufrir un déficit de reflexión en la medida en que la oferta le llega fuera de los espacios habituales de contratación. Es por ello que cabe hablar de una relación contractual asimétrica en la que los consentimientos de ambas partes (empresario o profesional y consumidor) no son homologables; lo que justifica la concesión al consumidor de un Derecho de desistimiento o arrepentimiento que puede ejercitar sin necesidad de alegar causa alguna.”* En CLEMENTE MEORO, MARIO E. “Consecuencias del ejercicio del Derecho de desistimiento en los contratos electrónicos”, en *Noticias de la Unión Europea*, número 263, año 2006, p. 5.

¹⁰⁰ EBERS, MARTIN. ARROYO AMAYUELAS, ESTHER. “«Heninger» y las sanciones a la infracción del deber de información sobre el Derecho de desistimiento ad nutum (Sentencia TJCE de 13 de diciembre de 2001, asunto C-481/99)”, en *Evolución y tendencias del derecho europeo, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada (RFDUG)*, número 9, 2006, p. 409. Igualmente, sobre el punto CARRASCO PERERA agrega que: *“En el Código Civil se contempla la acción de anulabilidad por error en el art. 1301. Pero en la legislación sobre consumo existen diversos supuestos en los que se reconoce al consumidor un plazo de reflexión después de la perfección del contrato, durante el cual puede examinar objeto de consumo, informarse y meditar, para definitivamente denunciar el contrato, si cree que el producto o servicio de consumo no le interesa.”* En CARRASCO PERERA, ÁNGEL (DIR.). *El derecho de consumo en España: presente y futuro*. Instituto Nacional de Consumo, Madrid, 2002, p. 225. Además, ÁLVAREZ LATA, refiriéndose a la definición legal del Derecho de desistimiento, indica que: *“Se consolida como un derecho de arrepentimiento del consumidor, por el que se le concede la posibilidad de arrepentirse o desligarse del contrato celebrado, en un periodo de tiempo determinado, librándose del mismo, sin que haya que alegar causa o justificación alguna y sin que, por lo general haya de desembolsar gastos o pagos”*, en ÁLVAREZ LATA, NATALIA. “El Derecho de desistimiento”, *Op. Cit.*, p. 230. Por su parte GARCÍA VICENTE, indica: *“Se establece el desistimiento para remediar las imperfecciones del sistema codificado de vicios de la voluntad, sometido a fuertes exigencias de estabilidad de los contratos tanto en sus requisitos como en su acreditación. También puede enfocarse como una medida preventiva de los*

Es igualmente, una vía que se le da al consumidor para solucionar fácilmente aquellos extremos del contrato con los que está inconforme, es decir, si no está de acuerdo con el contrato, porque una vez que ha meditado sobre él, decide que no le es beneficioso, o bien, considera que el vendedor le manipuló o que le vendió un producto que no era el que necesitaba, sin mayor complicación puede desistir del acuerdo, sin tener que recurrir a las vías ordinarias previstas en la legislación civil ordinaria.

Pero en este tema tenemos que ser sumamente cuidadosos ya que con esta facultad de desistir del contrato: *“No se trata tampoco de permitir al comprador comprobar la utilidad de la cosa (como sucederá en la compra ad gustum) sino de permitir al comprador reflexionar sobre la obligación financiera de futuro que acaba de contraer”*¹⁰¹. El desistimiento es entonces una posibilidad que da la ley o el contrato mismo, al consumidor de poder meditar *a posteriori*, la utilidad o el beneficio del negocio pactado. Y es que: *“la finalidad de la norma es evidente. Una adecuada protección del consumidor se consigue cuando éste puede reflexionar detenidamente sobre el contrato celebrado, y si lo estima conveniente, desligarse de él”*¹⁰².

métodos agresivos de venta: la posibilidad de reconsiderar el contrato «después» de su celebración incentiva al empresario que quiere mantener los contratos a comportarse lealmente. Con razón se han denominado a los derechos de desistimiento como derechos (o plazos) de reflexión, arrepentimiento o de enfriamiento de la decisión contractual.” En GARCÍA VICENTE, JOSÉ RAMÓN. “Comentario al artículo 68. Contenido y régimen del Derecho de desistimiento”, Op. Cit., p. 845. Finalmente, GIAMPETRAGLIA simplemente lo califica como *“un derecho de arrepentimiento gratuito y libre”*, en GIAMPETRAGLIA, ROSARIA. “El nuevo Derecho de desistimiento en la propuesta COM 2008-614”, en RDP, julio – agosto, 2011, p. 62. Finalmente, la jurisprudencia ha dicho: *“En el ámbito del derecho del consumo el desistimiento puede operar durante un lapso de tiempo posterior a la celebración del contrato, lo que supone reconocer al consumidor una suerte de derecho a la reflexión. Así ocurre en la Ley de reforma de la Ley 7/1996, de 15 de enero (RCL 1996, 148, 554) , de Ordenación del Comercio Minorista, para la transposición al ordenamiento jurídico español de la Directiva 97/7/CE (LCEur 1997, 1493) , en materia de contratos a distancia, de 19 de diciembre de 2002 (RCL 2002, 2980) ; con la Ley de venta a plazos de bienes muebles de 13 de julio de 1998 (RCL 1998, 1740) ; o con la Ley sobre los derechos de aprovechamientos por turnos de 15 de diciembre de 1998 (RCL 1998, 2916).”* SAP Málaga (Sección 5), número 923/2005, de 15 de setiembre. Ponente: Illma. Sra. Inmaculada Melero Claudio. (JUR 2006/30498).

¹⁰¹ GARCÍA SOLÉ, FERNANDO. *Comentarios a la ley de venta a plazos de bienes muebles (ley 28/1998, de 13 de julio)*, Civitas Ediciones S.L., Madrid, 1999, p.188.

¹⁰² MARÍN LÓPEZ, MANUEL JESÚS. “La protección del consumidor de crédito en Alemania. Análisis de la Verbraucherkreditgesetz”, en: NIETO CAROL, UBALDO (DIR). *Crédito al consumo y transparencia bancaria*, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1998, p.438.

I. DERECHO DE DESISTIMIENTO

Así, el Derecho de desistimiento es también un mecanismo de política económica que busca resguardar el mercado,¹⁰³ incentivando el flujo de capital en él a través de una política de intervención que incite la demanda de bienes y servicios y con ello, la competencia entre empresarios. En este sentido tiene razón MARÍN LÓPEZ cuando al referirse a los contratos de crédito, indica que al darle al consumidor la posibilidad de desistir se logra *“no solo facilitar al prestatario la comprensión de las obligaciones que asume, a través de un riguroso análisis de las cláusulas contractuales, sino también incentivar la competencia entre los prestamistas, puesto que el consumidor podrá comparar ese contrato con las ofertas contractuales que hagan otros prestamistas”*¹⁰⁴.

En este sentido, al permitirse desistir de cierto tipo de acuerdos, se procura dar mayor confianza al consumidor para que interactúe en la relación oferta y demanda. Es decir, un consumidor seguro es aquél que demandará muchos más bienes y servicios de aquél que desconfía de la protección que el Estado le pueda otorgar a sus intereses, con ello a mayor confianza, mayor consumo¹⁰⁵.

¹⁰³ Aunque en los últimos tiempos un sector de la doctrina se inclina por indicar que su fundamento económico es el de constituirse como mecanismo de tutela de las economías familiares y de evitación del endeudamiento de los consumidores. A mayor abundamiento sobre el tema ver: TRUJILLO DÍEZ, IVÁN JESÚS. “El sobreendeudamiento de los consumidores”, documento localizable en <http://www.ecri.eu/new/system/files/13+Sobreendeudamiento-spanish-Trujillo.pdf>, fecha de visita: 15 de setiembre de 2012. Igualmente, RIBÓN SEISDEDOS, EUGENIO. “Sobreendeudamiento del consumidor: Sin segunda oportunidad. El consumidor ante la crisis económica: análisis y soluciones”, documento localizable en http://www.google.es/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=4&sqi=2&ved=0CDkQFjAD&url=http%3A%2F%2Fwww.ceaccu.org%2Fcomponent%2Fdocman%2Fdoc_download%2F334-sobreendeudamiento-del-consumidor-sin-segunda-oportunidad&ei=XINUUMTXC4HLOQWE4IH0Bw&usq=AFQjCNF474oBb25qHN7TGK08YyB8-pk9hQ&cad=rja, fecha de visita: 15 de setiembre de 2012.

¹⁰⁴ Idem.

¹⁰⁵ Posición seguida por FUENTESECA DEGENEFEE, quien citando a HÜTTTERBRÄUKER y a HERNÁNDEZ DÍAZ-AMBRONA, indica que *“es preciso resaltar que cuando se alude a la protección del consumidor en el tema objeto del presente trabajo, en el fondo se detecta, sobre todo, una protección de la economía. Se tutela a los consumidores para que confíen en el mercado y muevan la economía.”* En FUENTESECA DEGENEFEE, CRISTINA. *La venta de bienes de consumo y su incidencia sobre la legislación española (Ley 23/2003, de 10 de julio)*, edita La Ley, Madrid, 2007, p. 62. HERNÁNDEZ DÍAZ-AMBRONA, por su parte indica que: *“Se trata de establecer una regulación en interés de la parte que se considera más débil en el contrato de compraventa de bienes de consumo con introducción en el derecho de obligaciones de norma que se reputan más socializadoras a las subsistentes en el Cc, como son las reglas reguladoras de la identidad, integridad e indivisibilidad de la cosa objeto del contrato, que son las que configuran de manera general la cooperación del acreedor al cumplimiento de las obligaciones, a fin de que la prestación se realice tal como se haya convenido en el contrato y sea exacta, íntegra e indivisible.”* En HERNÁNDEZ DÍAZ-AMBRONA, MARÍA DOLORES. “Capítulo II, el concepto de falta de conformidad”, en DÍAZ ALABART, SILVIA (COORD.). *Garantía en la venta de bienes de consumo (Ley 23/2003, de 10 de julio)*, EDISOFER, S.L., Madrid, 2006, p. 66.

Por último, es innegable que la potestad que tiene el consumidor de desistir de un acuerdo con el que no esté satisfecho, sea por acción u omisión imputable al empresario, o por falta de conformidad con la cosa, por variación de las circunstancias contractuales o por la razón que sea, es una gran oportunidad de solucionar un posible conflicto antes de que éste surja a la realidad. Ante la insatisfacción o el simple cambio de interés el consumidor puede desistir del acuerdo, devolver el bien y recuperar el dinero pagado, así como cualquier otra prestación otorgada, lo cual de seguro serían las pretensiones de cualquier tipo de litigio derivado de ello. E igualmente, ante una eventual insatisfacción del cliente, estoy seguro que el empresario preferirá que le devuelva en bien, antes de tener que someterse a un posible litigio por incumplimiento, en caso de que haya pagos u otro tipo de prestación pendiente. Y aún más, no solo gana en tiempo, sino que gana en confianza y posición de mercado, ya que esta actitud se reflejará en satisfacción por el servicio al cliente.

Ciertamente el Derecho de desistimiento es una opción real de resolución alterna y/o de evitación del conflicto derivado de los contratos de consumo en los que la figura sea aplicable. Innegablemente, a ambas partes del acuerdo les resulta mejor aceptar el Derecho de desistimiento para solucionar un eventual conflicto, que someterse a la carga onerosa, engorrosa y tardía que significa un proceso administrativo, en caso de que recurran a la vía arbitral de consumo, o a la bien judicial en donde aparte de tener que soportar el lento caminar del proceso, deberán afrontar la complicada demostración de un eventual incumplimiento contractual.

Sobre el tema, GARCÍA VICENTE nos dice que el Derecho de desistimiento *“puede servir para limitar la discusión sobre el cumplimiento (o conformidad) del contrato cuando su ejercicio es discrecional, en la medida en que no se sujeta a los requisitos propios de los remedios frente al incumplimiento (en concreto prescinde de los requisitos propios de la «resolución» contractual), ya se trate de acreditar el incumplimiento o bien de demostrar su importancia en relación con la economía del contrato. Las expectativas del consumidor derivan de las afirmaciones o representaciones formuladas por el empresario. La resolución exige el incumplimiento importante según la economía del contrato (así lo afirma explícitamente el art. 121 TRLGDCU): con lo cual el contratante que resuelve debe acreditar el incumplimiento (o*

falta de conformidad) y su importancia. El Derecho de desistimiento permite prescindir de estos requisitos”¹⁰⁶.

Es claro que es una expedida de resolución de conflictos porque se le da al consumidor la oportunidad de que si no está satisfecho con lo adquirido o recibido, pueda solucionar el conflicto simplemente haciendo uso de su derecho a finalizar el acuerdo sin necesidad de someterse a ningún tipo de litigio administrativo o judicial. Y es que este punto tiene trascendental importancia en ciertos contratos en los que por su naturaleza el desistimiento se constituye como pieza clave del sistema económico. *“La concesión de un Derecho de desistimiento elimina la necesidad de intervención judicial en el examen del contenido del contrato. Seguramente, podría argumentarse que este mecanismo de protección del consumidor es mucho más eficiente que el recurso a los medios generales como la nulidad, ex § 138 I BGB, o la restitución en términos de culpa in contrahendo, puesto que mientras que generalmente el consumidor no es consciente de su posición jurídica, en cambio siempre debe ser informado sobre su derecho a desistir del contrato. A partir de ese momento, debe ejercerlo en un plazo relativamente breve”¹⁰⁷.*

Nos referimos a aquellos acuerdos en los que los sujetos, como dice ZIMMERMANN son *“tomados por sorpresa”*: *“las hipótesis típicas son los contratos celebrados fuera de establecimientos comerciales: especialmente, cuando el vendedor visita al comprador a su domicilio o lugar de trabajo, sin que éste haya solicitado previamente la visita; pero también ocurren con frecuencia cuando el empresario aborda en la calle, en el metro o en el autobús, al potencial cliente, o a, propósito de una excursión organizada. En ninguna de esas situaciones el consumidor está preparado para las negociaciones y, además, generalmente es incapaz de comprar de comparar la calidad y el precio del producto con otras ofertas. Es, pues, el elemento sorpresa que coloca al consumidor en una situación especial de desventaja”¹⁰⁸.*

¹⁰⁶ GARCÍA VICENTE, JOSÉ RAMÓN. “Comentario al artículo 68. Contenido y régimen del Derecho de desistimiento”, *Op. Cit.*, p. 850.

¹⁰⁷ ZIMMERMANN, REINHARD. *El nuevo Derecho Alemán de obligaciones, un análisis desde la historia y el derecho comparado*, *Op. Cit.*, p. 249.

¹⁰⁸ *Ibid*, p. 248.

No debemos olvidar que si bien el autor únicamente cita en su ejemplo a los contratos realizados fuera de establecimiento mercantil, lo cierto del caso es que la misma situación se puede dar en las otras formas contractuales como lo son los contratos de utilización de inmuebles en régimen compartido o *time sharing*, en donde no solo, se suelen utilizar las mismas estrategias comerciales de los contratos realizados fuera de establecimiento comercial, sino que además son ventas que se suelen ofrecer mientras los consumidores disfrutan de sus vacaciones en un entorno que le sustrae totalmente de su realidad económica, impresionados por el entorno en que se encuentran disfrutando. En resumen, de nuevo nos encontramos en una situación de desventaja.

Similar situación ocurre en los contratos a distancia, en donde si bien es cierto, se da una situación diametralmente opuesta a las analizadas en las que el consumidor se encuentra fuera de su entorno y es abordado por el empresario, en este caso, la sorpresa recae sobre el objeto mismo del contrato, ya que por la naturaleza de la contratación a distancia, en donde el comprador no tiene acceso a la realidad del bien, sino únicamente a una imagen suya en un catálogo, o en internet, es común que la insatisfacción en el comprador aflore cuando lo que recibe no corresponde con aquello que le fue presentado y que en última instancia fue lo que le motivó a contratar. En este sentido, de nuevo nos encontraríamos en una situación de desventaja que se busca resolver¹⁰⁹.

Derivado de los casos anteriores, encontramos el desistimiento en los contratos de crédito al consumo, como un mecanismo de garantizar la posibilidad de desistir del contrato principal sin consecuencia alguna, es decir, hemos venido indicando que el Derecho de desistimiento garantiza al consumidor la posibilidad de desistir de un contrato sin que ello le genere ningún tipo de consecuencia, pues, en el caso de que el

¹⁰⁹ Es importante mencionar que sobre el tema, la nueva Directiva 2011/83/, sobre los derechos de los consumidores, en su Considerando 37 indica: *“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. El ejercicio del Derecho de desistimiento debe poner fin a la obligación de las partes contratantes de ejecutar el contrato.”*

I. DERECHO DE DESISTIMIENTO

contrato de consumo se haya hecho en conjunto con un contrato paralelo de crédito que lo financie, en este sentido se le procura otorgar al consumidor un plazo mayor de meditación sobre la verdadera necesidad del crédito para financiar el contrato de consumo, además, incluso, para que pueda averiguar si en el mercado alguna otra entidad crediticia le otorga mejores condiciones en el crédito, ya que en caso afirmativo puede desistir del crédito original y tomar el nuevo.

Así como vemos podríamos simplemente concluir que el Derecho de desistimiento es simplemente un instituto de Derecho de consumo que busca la protección de los consumidores, ya que su regulación jurídica parece enfocarse en ese ámbito. Sin embargo, si leemos “entre líneas” nos damos cuenta que la figura tiene un trasfondo mucho más complejo ya que se convierte en una poderosa herramienta para incentivar la confianza en el mercado y el consumo, buscando incentivar la economía del sistema que le adopta.

Y es que como veremos posteriormente la ecuación es muy simple: a mayor confianza de los consumidores en su mercado, mayor interacción, mayor consumo, mayor demanda y mayor movimiento de capital; en sentido contrario, en un mercado en el que sus consumidores no confíen, no genera seguridad para gastar impidiendo en flujo económico, el cual es vital para la sanidad económica.

Y cómo genera confianza una figura como la del desistimiento contractual, pues de manera muy simple dando la posibilidad al comprador (consumidor) de sentirse protegido frente a los empresarios, en una situación de igualdad y en un trato de “tú a tú”, es decir, sintiéndose protegido por el Estado y el derecho si debe enfrentar una situación potencialmente conflictiva, cuál sería el desistir de un contrato de compraventa perfecto. Y más aún, cuando ese desistimiento lo puede realizar sin siquiera justificarse frente a su disímil “pero equivalente, jurídicamente”, el vendedor.

Dicha protección estatal, parte desde la aplicación de la más estricta aplicación de la CE y como tal resulta “*de aplicación general por ampararse en la competencia*”

exclusiva del Estado para regular el contenido del derecho privado de los contratos, resultante de los números 6 y 8 del artículo 149.1 de la Constitución”¹¹⁰.

D.- Naturaleza Jurídica del Derecho de desistimiento:

Una vez justificada la existencia de la figura que nos ocupa queda ahora por examinar su naturaleza jurídica, es decir, por encontrar la manera de cómo podemos catalogar el Derecho de desistimiento dentro del espectro de derechos que el ordenamiento jurídico contiene y sobre todo, dentro del catálogo de derechos y obligaciones que los sujetos de Derecho privado tienen frente a sus semejantes y frente a los sujetos de Derecho público.

En primer lugar, tenemos que indicar que a diferencia de lo que ocurre en los puntos anteriormente expuestos, en donde como vimos, son muy pocos los puntos de comunión doctrinal, en el tema de la determinación de la naturaleza jurídica sucede todo lo contrario, es decir, pareciese que si hay uniformidad en identificar al Derecho de desistimiento como un derecho subjetivo. Y como tal, como un derecho potestativo de naturaleza negativa.

Sobre todo, por su capacidad de dejar sin eficacia un acuerdo jurídicamente válido a simple discreción de su titular. Característica que a mi criterio, le convierte en una nueva manifestación de ineficacia jurídica aplicable únicamente, tal cual lo analizamos, en el campo de la contratación de consumo.

Por ello, es que dentro de la temática de la naturaleza jurídica del Derecho de desistimiento, también debemos analizar la figura del consumidor, pero enfocada sobre todo, en su calidad de titular de un derecho subjetivo y así, a partir de ahí,

¹¹⁰ MARÍN LÓPEZ, JUAN JOSÉ. “Comentario Artículo 44: Derecho de desistimiento”, en ARIMANY, MANUBENS & ASOCIADOS (COORD.). TORNOS MAS, JOAQUÍN. MARÍN LÓPEZ, JUAN JOSÉ. CASES PALLARES, LLUIS. ARIMANY LAMOGLIA, ESTEBAN. MANUBENS FLORENSA, CARLOS (DIR). *Ordenación del Comercio Minorista, Comentarios a la ley 7/1996 y a la Ley Orgánica 2/1996, ambas de fecha 15 de enero*. Editorial Praxis, Barcelona, 1º edición, 1996, p.324.

I. DERECHO DE DESISTIMIENTO

determinar cómo su voluntad determina la ineficacia que posteriormente a través del ejercicio de la figura se pueda causar.

Lo que se propone es profundizar sobre aquello que SAVIGNY o WINDSCHIED, llamaban: “*el señorío de la voluntad*”¹¹¹, es decir, en cómo la voluntad del sujeto juega un papel preponderante en el ejercicio o no, del derecho que posee, que en nuestro caso es el de desistir. Facultad que entenderemos aplicada de una manera análoga, al menos en cuanto a exigencias se refiere, a la de la requerida para contratar. Al punto que podemos afirmar que para aplicar el Derecho de desistimiento, la voluntad del sujeto cobra tanta relevancia, como la tuvo al momento de formación del contrato.

Lo anterior significa que en aquellos contratos en donde una de las partes contratantes tenga la posibilidad de finalizar el contrato unilateralmente y de manera discrecional, es decir, con la misma libertad con que lo suscribió, en el fondo lo que encontramos es una equiparación jurídica de la categoría de voluntad en dos momentos diferentes del *iter* contractual, momentos que para efectos jurídicos, su

¹¹¹ Expresión utilizada POR WINDSCHEID, continuando la obra de SAVIGNY, para referirse a la importancia de la voluntad del titular del derecho subjetivo como elemento determinante para legitimar su libre ejercicio: “*El derecho subjetivo es «un poder o señorío de la voluntad concedidos por el ordenamiento jurídico»*”, en SORIANO, RAMÓN. *Compendio de teoría general del derecho, 2° edición, corregida y aumentada*, Editorial Ariel S.A., Barcelona, 1993, p.184. Aunque hemos de indicar que otros autores criticaron esta posición, por considerarle sumamente formalista. Un ejemplo es el de VON TUHR, quien cuestiona que se le da demasiada preponderancia a la voluntad individual, con ello se deja por fuera a aquellos sujetos incapaces de declarar su voluntad como es el caso de infantes y dementes, en: VON TUHR, ANDREAS. *Clásicos del pensamiento jurídico: Derecho civil, volumen I, los derechos subjetivos y el patrimonio*, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid, 1998, p. 57 y ss. Otro ejemplo es el de JHERING, quien dice: “*Según esto, el Derecho privado todo no es más que un vasto arenal donde la voluntad tiene absoluta libertad para moverse y ejercitarse. La voluntad es el órgano por el cual el hombre goza del derecho. Gozar de su derecho es probar todos los goces que procura el ejercicio de la fuerza, es felicitarse de haber cumplido un acto de la voluntad ; por ejemplo, haber constituido una hipoteca, haber cedido una acción, glorificándose de haber podido afirmar su personalidad. ¡Pero qué miserable estado sería que la voluntad no hubiera de ejercerse más que en los reducidos límites de la fría región del derecho! No, su verdadero imperio, el teatro de la fuerza creadora, comienza donde concluye el derecho. Los derechos no son el adorno, el objeto de la voluntad, sino su condición; no son el fin, aunque sirven de medio.*

*Si la voluntad fuese el objeto del derecho, ¿cómo vendrían a tener derecho las personas sin voluntad? ¿Serían derechos que mentirían a su fin y a su destino? ¿anteojos en manos de los ciegos?”. Finalmente, el autor plasma su posición, indicando que: “Los derechos no existen de ningún modo para realizar la idea de la voluntad jurídica abstracta; sirven, por el contrario, para garantizar los intereses de la vida, ayudar a sus necesidades y realizar sus fines. Tal es su misión, tal el fin de la medida de la voluntad. Tal es también la medida de la (sic) convenciones. Todas aquellas que no presentan ningún interés en ese orden de ideas son nulas y no dan nacimiento ni a una servidumbre ni a una obligación. Los derechos no producen nada inútil; la utilidad, no la voluntad, es la sustancia del derecho.” En: VON JHERING, RUDOLPH. *El espíritu del derecho romano en las diversas fases de su desarrollo*, traducido por Enrique Príncipe y Satorres, editorial COMARES, S.L., Granada, 1998, p1028 y ss.*

tutela, regulación y resguardo, deben ser idénticos. Es claro que nos referimos a la voluntad empleada para contratar (primer momento) y de la voluntad empleada para desistir (segundo momento).

Es además, en ese tanto, que podríamos aventurarnos a afirmar que al Derecho de desistimiento le es aplicable la teoría de la voluntad individual para contratar y con ello, sus requerimientos de validez, y sobre todo, el resguardo contra eventuales vicios que le afecten.

1.- El Derecho de desistimiento como derecho potestativo:

Antes de analizar el Derecho de desistimiento como un derecho subjetivo, resulta oportuno hacer algunas consideraciones para ubicarnos en el tema y para ello, partiremos de la definición de lo que es un derecho subjetivo, lo cual no es tarea fácil, ya que *“la dificultad de hallar un concepto satisfactorio del derecho subjetivo obedece a su complejidad en una doble dimensión, intensiva y extensiva: cuáles son las propiedades que concurren en la idea de derecho subjetivo y hasta adónde se extiende este concepto. Dimensiones todas ellas interaccionadas, puesto que la extensión, siempre ascendente con la incorporación de nuevas categorías, va progresivamente enriqueciendo caracterológicamente al concepto de derecho subjetivo”*¹¹².

Por lo pronto, podemos afirmar que el derecho subjetivo es un reconocimiento que el derecho objetivo (Estado) hace de un poder en la figura de un sujeto¹¹³, es

¹¹² SORIANO, RAMÓN. *Compendio de teoría general del derecho*, Op. Cit., p.169.

¹¹³ Definido también por REALE así: *“Derecho subjetivo es la posibilidad garantizada de exigir lo que las normas jurídicas atribuyen a alguien como propio.”* En REALE, MIGUEL. *Introducción al derecho*, quinta edición, Ediciones Pirámide S.A., Madrid, 1982, p. 203. PEÑA LÓPEZ, sobre el punto nos dice que: *“respecto que los derechos subjetivos (ya se adopte la posición más estricta que los limita a aquellos que conceden poderes sobre intereses disponibles, como aquella otra en la que la indisponibilidad del objeto del derecho no excluye la calificación como derecho subjetivo) son siempre situaciones de poder concreto o específico. Son poderes, además, que se pueden ejercer bien frente a otras personas concretas (de Derecho privado o de Derecho público), bien frente a toda la comunidad (como sucede con los bienes o derechos de la personalidad o los derechos reales), encontrándose, estos sujetos pasivos, sometidos coactivamente al poder conferido al titular del derecho”,* en PEÑA LÓPEZ, FERNANDO. *“Artículo 8. Derechos básicos de los consumidores y usuarios”,* en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, RODRIGO (COORD.). *Comentario del*

I. DERECHO DE DESISTIMIENTO

decir, “numerosas disposiciones –de acuerdo con la idea individualista en que, junto con rasgos sociales acentuados, se funda el orden económico actual– ordenan la convivencia humana para atribuir al individuo una esfera de señorío sujeta a su voluntad. El interés del Estado se satisface enteramente por el hecho de que el individuo esté en condiciones de obrar sin trabas para alcanzar sus fines egoístas o, al menos, autónomos. Por consiguiente, el orden jurídico cuida de que, en principio, en esta esfera de señorío puedan verificarse modificaciones únicamente por voluntad del sujeto (negocio jurídico)”¹¹⁴. Y hemos de agregar que esto ha sido así desde la antigua Roma, como lo apunta JHERING: “La fuerza individual es el origen del derecho”¹¹⁵.

Esta subjetividad es lo que nos interesa destacar, ya que para nuestro análisis es indudable que la voluntad individual guarda una importancia capital en el Derecho de desistimiento, pero sobre todo, cuando hablamos del desistimiento consensual, que

Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007), editorial Aranzadi S.A., Navarra, 2009, p. 116. Sobre el punto, el profesor DE CASTRO Y BRAVO nos indica: “derecho subjetivo, en nuestro Derecho, puede ser considerado como «una determinada situación de poder concreto concedida sobre cierta realidad social a una persona (como miembro activo de la comunidad jurídica) y a cuyo arbitrio se confía su ejercicio y defensa», en DE CASTRO Y BRAVO, FEDERICO. *Derecho civil de España, volumen I, Derecho civil de España, tomo I*, editorial Aranzadi S.A., Navarra, 2008, p.610. Igualmente, LACRUZ BERDEJO, lo define así: “Frente al derecho objetivo como ordenación de conductas u ordenamiento jurídico (norma agendi), se presenta el derecho subjetivo como posibilidad de actuación conforme a Derecho, como facultad o conjunto de facultades que se conceden a una persona para actuar en defensa de sus intereses en el marco de la norma general (es decir, como facultad agendi). Hay, pues, una recíproca interacción entre el Derecho objetivo y el derecho subjetivo: si el primero delimita el ámbito de poder o la posibilidad de actuación de la persona, el segundo es esa misma posibilidad de actuación conforme a la norma, mecanismo o instrumento de aquél para la ordenación de vida u orden jurídico que pretende.” En LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS. ET AL. *Elementos de Derecho civil I, parte general, volumen tercero, derecho subjetivo. Negocio jurídico*, tercera edición, Editorial Dykinson, Madrid, 2005, p. 69. LASARTE ÁLVAREZ, nos dice que: “Ese poder que el ordenamiento otorga o reconoce a los particulares para que satisfagan sus propios intereses, se conoce técnicamente con el nombre de derecho subjetivo.” En LASARTE ÁLVAREZ, CARLOS. *Principios de Derecho civil I, parte general y derecho de la persona*, décimo séptima edición, edita Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid, 2011, p. 107. Y agrega que: “El «tener derecho a...» significa ostentar el poder de exigir algo a alguien: el poder de exigir la observancia de una determinada conducta (activa u omisiva) a alguna otra persona en concreto o, en general, a todos los demás. Por ello suele definirse el derecho subjetivo como la situación de poder concreto otorgada por el ordenamiento jurídico a un sujeto para que se defienda y satisfaga sus propios intereses.” *Ibid*, p. 122. SERRANO ALONSO Y SERRANO GÓMEZ, indican. “Si consideramos que el derecho objetivo es el conjunto de normas que una determinada sociedad se da para regular en abstracto una determinada relación jurídica, el derecho subjetivo son esas mismas normas pero puestas en conexión con un sujeto concreto y determinado que se encuentra en una relación jurídica también concreta y determinada.” En SERRANO ALONSO, EDUARDO. SERRANO GÓMEZ, EDUARDO. *Manual de Derecho civil, curso I – Plan de Bolonia*, edita EDISOFER S.L., Madrid, 2011, p. 327.

¹¹⁴ VON TUHR, ANDREAS. *Clásicos del pensamiento jurídico: Derecho civil, volumen I, los derechos subjetivos y el patrimonio, Op. Cit.*, Madrid, 1998, p. 58.

¹¹⁵ VON JHERING, RUDOLPH. *El espíritu del derecho romano en las diversas fases de su desarrollo, Op. Cit.*, p. 88.

depende de la conformidad del consumidor, tanto para constituirse, como para ejercerse.

Además, como el Derecho de desistimiento es un derecho subjetivo, su validez como causa de ineficacia contractual parte de la conjunción de dos situaciones diferentes, por un lado, de la titularidad del derecho que el sujeto ostenta del derecho y que le permite hacer uso de él a través del señorío del que goza y por otro lado, del reconocimiento que el Estado hace de la figura a través de la normativa que le sustenta (derecho objetivo)¹¹⁶ y con ello, ampara la decisión unilateral que se tome, aún y cuando ello implique poner fin al contrato unilateralmente rompiendo los esquemas tradicionalmente reconocidos.

Elementos que resultan totalmente coincidentes con la caracterización que nos da LACRUZ BERDEJO¹¹⁷, el cual nos dice que un derecho subjetivo:

a) Es una situación de poder concedido por el ordenamiento jurídico a una persona, lo cual significa que *“todo derecho se manifiesta por la concesión de su titular de una posibilidad de hacer algo (las que tiene el propietario de un caballo o de una finca) – la que tiene el consumidor de desistir del acuerdo, agregaría yo–, o de exigir algo (el acreedor, frente a su deudor); se traduce en una o varias facultades de actuación.”* Entre guiones es propio.

b) *“Es un poder «institucionalizado y tipificado por el ordenamiento jurídico. El ordenamiento concede esos poderes en la medida en que lo exigen o aconsejan imperativos éticos, conveniencias económicas y sociales, etc., y en esa misma medida delimita su contenido, que en alguna forma supone una limitación*

¹¹⁶ Primordialmente los artículos 68 y ss del TRLDGCU y en el caso del desistimiento consensual podríamos mencionar también, el artículo 79, junto con el artículo 1258 del C.C., aplicado supletoriamente. Igualmente, tampoco podemos dejar de mencionar el cúmulo de normas que también regulan las diversas modalidades de la figura, entre las que mencionamos los artículos 107 a 113 también del TRLDGCU, que regulan el Derecho de desistimiento en contratos realizados fuera de establecimiento comercial. Los artículos 92 al 106 de mismo marco legal, que regulan el Derecho de desistimiento en contratos a distancia. Los artículos 150 a 165, igualmente del Texto Refundido, que regulan el desistimiento en contratos sobre viajes combinados. El artículo 9, de la Ley 22/1998 de 13 de julio, que regula el desistimiento en contratos de compraventa a plazos de bienes muebles. Y finalmente, la Ley 42/1998 de 15 de diciembre, que regula el desistimiento en contratos sobre derechos de aprovechamiento por turno

¹¹⁷ LACRUZ BERDEJO, JOSE LUIS. ET AL. *Elementos de Derecho civil I, parte general, volumen tercero, derecho subjetivo. Negocio jurídico, Op. Cit.*, p. 73.

I. DERECHO DE DESISTIMIENTO

del ámbito de libertad de otras personas.” Al igual que el Derecho de desistimiento, legal o consensual, encuentra contenido en la normativa de defensa del consumidor.

c) *“El poder se concreta en ciertas posibilidades de actuación específica (facultades) que son componentes naturales suyos, pero no necesariamente esenciales.”*

d) *“El derecho subjetivo se presenta como una parte o lado (activo) de la relación jurídica, mas con entidad independiente de ella y vida autónoma. Esa autonomía respecto de la relación jurídica en que se inserta le da sustantividad y posibilidad de subsistir sin detrimento de su identidad al separarse del titular, lo que le hace susceptible de tráfico, desprendido de aquella relación jurídica para insertarse en otra (transmisión del derecho de propiedad o del derecho de crédito).”*

Sobre todo en el Derecho de desistimiento contractual, en donde las partes pueden manipular la figura siempre y cuando, no la desvirtúen de manera tal que termine limitándose el derecho en perjuicio del consumidor. En ese tanto, las partes (autonomía de la voluntad) pueden manipular la figura, sin alterar su “núcleo básico”.

e) *“Tal situación de poder sólo adquiere la categoría de derecho subjetivo si su manejo y ejercicio queda a discreción del titular, es decir, cuando el ordenamiento jurídico confiere a éste la protección y defensa del interés jurídico protegido.”* Caso concreto de nuestra facultad unilateral de desistir del acuerdo.

Ahora, respecto al tipo de derecho subjetivo que es el desistimiento, tenemos que recordar que estos se dividen en dos grandes grupos, los derechos de señorío y los derechos de potestad¹¹⁸. Acera de los primeros, VON TUHR, indica que: “Los derechos

¹¹⁸ A esta altura hago más las palabras de SORIANO, quien advierte que: “Ninguna clasificación es definitiva, pues todas las clasificaciones contemplan al objeto desde un aspecto parcial, y no desde su totalidad. Los criterios clasificatorios son siempre perfeccionables”. En SORIANO, RAMÓN. *Compendio de teoría general del derecho, Op Cit*, p. 171. Sin embargo, para efectos demostrativos utilizaremos la división propuesta por VON TUHR, en VON TUHR, ANDREAS. *Clásicos del pensamiento jurídico: Derecho civil, volumen I, los derechos subjetivos y el patrimonio, Op. Cit.*, p. 68. Hemos de indicar además, que otros autores proponen otro tipo de clasificaciones jurídicas, por ejemplo, MOUCHET Y ZORRAQUÍN BECÚ, los dividen en: Derechos Públicos y Privados; y dentro de estos ubican en primer orden a los derechos absolutos, que son: los derechos personales, los derechos reales, los derechos intelectuales. Y posteriormente ubican a los derechos relativos, estando dentro de estos los derechos de familia y los derechos de obligación o creditorios. En: MOUCHET, CARLOS. ZORRAQUIN BECÚ, RICARDO. *Introducción al derecho*, Librería Editorial Depalma, Buenos Aires, 1953, p.158. Igualmente, podemos citar a REALE,

subjetivos que resultan de la reunión de las diversas facultades, pueden ordenarse sistemáticamente sobre la base de aquellas que aparecen como su núcleo. La mayor parte de los derechos, y los más importantes, otorgan el señorío sobre una porción del mundo externo, existente fuera del sujeto: sobre un objeto. El objeto puede ser una cosa, una persona o un producto del espíritu, cuyo uso exclusivo se concede al sujeto. Los denominados derechos de señorío”¹¹⁹.

Para definir a los segundos, nos apoyaremos de nuevo en LACRUZ BERDEJO, quien nos dice que: *“Muchos autores agrupan como otra clase más a los que se llaman «derechos de caracterización o modificación jurídica», cuyo titular, mediante una declaración de voluntad unilateral suya, puede hacer nacer, cambiar de contenido o suprimir una relación jurídica entre él y otra persona. Puede, así, por su sola voluntad, afectar a la esfera jurídica ajena en los supuestos de ejercicio de los derechos de opción o retracto, o el de revocación de donaciones por el donante (cfr. arts. 644 y ss. Ce). Como derechos de caracterización se consideran asimismo los que se ejercitan*

quien da una primera clasificación entre derecho subjetivo simple y derecho subjetivo complejo; pero además aclara que *“hay otras distinciones fundamentales. Una de ellas es la que, basándose en el objeto, distingue entre: derechos personales, derechos de obligaciones y derechos reales, a la que ya hemos hecho referencia.*

Refiriéndose a las relaciones intersubjetivas se distingue entre derechos absolutos y derechos relativos. Los primeros valen indiscriminadamente frente a todos los miembros de la sociedad, tienen eficacia erga omnes; los segundos, se refieren a una o más personas determinadas. Ejemplo de los primeros son los derechos personales y los derechos reales; ejemplo de los segundos son los derechos de obligación”. En REALE, MIGUEL. Introducción al derecho, Op. Cit., p. 208.

¹¹⁹ VON TUHR, ANDREAS. *Clásicos del pensamiento jurídico: Derecho civil, volumen I, los derechos subjetivos y el patrimonio. Op. Cit., p. 65.* Aunque es importante aclarar que autores como LACRUZ BERDEJO, diferencian entre potestad y facultad, como poderes jurídicos diversos de un derecho subjetivo. Para ello nos indica que: *“La potestad es un poder jurídico de tal naturaleza que la autoridad que comporta se usa, no al arbitrio de su titular, sino para cumplir ciertas finalidades en interés o beneficio ajeno, y entonces debe ser ejercitada cuando el caso lo requiera. Por ejemplo, la patria potestad, o la potestad tutelar, y, aun con distintos caracteres, ocurre también en la ejecución de disposiciones a causa de muerte (albaceazgo). La potestad comporta, por ende, tanto un poder como un deber. Es una situación de derecho-deber. El titular desempeña una función, una especie de cargo u oficio de Derecho privado, para cuyo ejercicio se le confieren las facultades necesarias.”*, en cambio, respecto a la facultad indica que: *“De facultades jurídicas se habla en un doble sentido. De una parte, como denominador común de un grupo homogéneo de posibilidades de actuación del derecho subjetivo... junto con la de disponer del objeto: enajenarlo, destruirlo o modificarlo.”* Además, agrega que: *“En un sentido más limitado se considera como facultades, en hipótesis, a cualesquiera posibilidades concretas de actuación de un derecho que, con arreglo a la naturaleza del mismo, correspondan a su titular: posibilidades que carecen de autonomía y cuyo ejercicio por el titular es un medio contingente de disfrute del derecho en cuestión o de afirmación de su titularidad, pero no necesario para ello.”* En LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS. *ET AL. Elementos de Derecho civil I, parte general, volumen tercero, derecho subjetivo. Negocio jurídico, Op. Cit., p. 76.* En éste sentido y siguiendo la línea propuesta por el autor, es claro que la de desistir es una facultad jurídica otorgada al consumidor.

I. DERECHO DE DESISTIMIENTO

*mediante acciones de impugnación (de la validez de un contrato; de un matrimonio; de la filiación matrimonial o extramatrimonial, etc.), pero obsérvese la diferencia entre este supuesto de intento de supresión de una relación jurídica en la que intervino el impugnante, y el de interferencia en una relación ajena mediante la opción o el retracto*¹²⁰.

Es importante destacar que los derechos potestativos, pueden adquirir diversas manifestaciones dependiendo de su objeto, así si es una persona podríamos estar en presencia de un derecho con connotaciones propias del Derecho de familia, si estamos en presencia de una cosa, podemos estar en presencia de un derecho con connotaciones de derecho real, etc. Así las cosas, lo importante es tener claro que el objeto de este tipo de derechos puede ser de muy diversa índole, pueden ser personas, cosas o derechos mismos, como es el caso del desistimiento, lo cual lo ubica dentro del campo del Derecho de la contratación privada de consumo.

Como habíamos adelantado, entre los derechos potestativos encontramos a los llamados derechos de extinción o derechos negativos, cuyo contenido *“consiste en la facultad de destruir por voluntad unilateral una relación jurídica o un derecho subjetivo singular”*¹²¹. Y puede afectar únicamente a quien ejerce este derecho, o bien, a otros

¹²⁰ LACRUZ BERDEJO, JOSE LUIS. ET AL. *Elementos de Derecho civil I, parte general, volumen tercero, derecho subjetivo. Negocio jurídico, Op. Cit.*, p. 79. Igualmente, VON TUHR, indica que: *“Junto a los de señorío, existe otro grupo de derechos. Cuando alguien tiene la facultad de provocar modificaciones en el estado de los derechos de señorío –por ejemplo, mediante impugnación de un negocio; denuncia o resolución de un contrato; apropiación de una cosa (Derecho de desistimiento, agregaría yo) – estas potestades pueden concebirse como un derecho subjetivo. Tratase en este caso, lo mismo que para los derechos de señorío, de un poder de voluntad reconocido por el orden jurídico, pero de contenido diverso: estos derechos no dan un señorío inmediato sobre una parte del mundo externo, sino que conceden la posibilidad de crear, extinguir o modificar la relación de poder mediante un acto de voluntad. Zitelmann les aplica la denominación de «derechos de derechos de potestad». Frente a los derechos de señorío, pueden designarse como derechos secundarios”*. En VON TUHR, ANDREAS. *Clásicos del pensamiento jurídico: Derecho civil, volumen I, los derechos subjetivos y el patrimonio. Op. Cit.*, p. 65. Además, resulta importante aclarar que dentro de la categoría de derechos secundarios el autor ubica a los llamados derechos de configuración, los cuales tienen que ver con las modificaciones al estado jurídico, es decir, con aquellas acciones que un sujeto en ejercicio de su voluntad y mediante un acto reconocido por la ley, como lo puede ser un negocio jurídico, constituye, modifica o extingue derechos. Finalmente, a los llamados derechos de configuración –en su modalidad extintiva–, también los llama derechos negativos o contraderechos. Finalmente, indica en cita de pie de página que: *“Los derechos de potestad, contrariamente a los de señorío no tienen un objeto, a menos que se quiera concebir como objeto la persona o la cosa en contra o sobre la cual existe la posibilidad de constituir un derecho, o el mismo derecho que queda sujeto a ser modificado por el titular del derecho de potestad”*.

¹²¹ VON TUHR, ANDREAS. *Clásicos del pensamiento jurídico: Derecho civil, volumen I, los derechos subjetivos y el patrimonio. Op. Cit.*, p 199.

sujetos que se encuentren dentro de la esfera jurídica de eficacia de la extinción, como lo puede ser el caso del desistimiento, cuyo ejercicio afecta de manera directa la relación jurídica contractual que une al consumidor con el empresario, afectando el *status quo* de ambas partes¹²². Así, *“en nuestra opinión, el llamado Derecho de desistimiento es, ante todo, una pretensión. Un derecho potestativo de configuración jurídica (en concreto, de carácter cancelatorio), nacido de la ley o del contrato, que permite a quien lo ostenta, mediante una declaración de voluntad recepticia, producir la ineficacia ex nunc de un contrato válido”*¹²³.

Además, para la admisión de un derecho negativo bastará únicamente una simple manifestación de voluntad. Declaración que deberá hacerla el titular del mismo, es decir, aquél sujeto que ostente el poder que el derecho objetivo reconoce, que en nuestro caso será el consumidor que se encuentre legalmente legitimado para ello, sea porque la ley le otorga esa facultad, o bien, porque se la ha reservado en el proceso de negociación del acuerdo o simplemente, porque el empresario se la ha cedido, como parte del negocio o a través de la oferta contractual¹²⁴.

Así las cosas y a manera de resumen, es claro que el Derecho de desistimiento se configura como un derecho potestativo de naturaleza negativa *“en la medida en que su ejercicio despliega un efecto vinculante sobre la otra parte, que se ve especialmente sujeta a pasar por los efectos de la voluntad del consumidor para crear o extinguir una situación jurídica”*¹²⁵.

¹²² Es importante hacer notar que en el campo del Derecho procesal también encontramos cierto tipo de derechos negativos, los cuales se ejercen a través de las defensas o excepciones procesales y su misión es la de paralizar el ejercicio de la acción procesal, es decir, paralizar las pretensiones del actor y no la de extinguir una relación jurídica, cual es nuestro caso.

¹²³ GÁLVEZ CRIADO, ANTONIO. *La relevancia de la persona en los contratos de obra y servicios (especial estudio del Derecho de desistimiento)*, edita Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008, p. 37.

¹²⁴ Oferta que en la mayoría de casos llega a consumidor, a través de las campañas de publicidad que se hagan en dicho sentido, la cual resulta vinculante para el empresario, conforme lo indicado por el artículo 61 del TRLDGCU.

¹²⁵ JUSTE MENCÍA, JAVIER. “Contratación a distancia y protección de los consumidores en el Derecho comunitario europeo (Algunas consideraciones sobre la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de mayo de 1997)”, en *Diario La Ley*, Sección Doctrina, tomo 6, 1997, p. 18. (LA LEY 11844/2001). Sobre el punto DIEGUÉZ DE OLIVA indica: *“En cualquier caso, en ambos campos, el derecho interno y el derecho europeo, la naturaleza jurídica del derecho de desistimiento responde a la categoría de los derechos potestativos, entendidos como señala CAÑIZARES (2001, p. 52), como aquellos que confieren a su titular un poder jurídico, en virtud del cual bien el nacimiento o establecimiento de una relación jurídica, al determinación de su contenido, así como su modificación o rescisión depende*

I. DERECHO DE DESISTIMIENTO

Finalmente y en cuanto a su ciclo de vida, ya tenemos muy claro que el Derecho de desistimiento nace por mandato legal, o bien, por disposición contractual. Y se extingue, por la extinción del derecho subjetivo mismo, que en nuestro caso sería por su uso o por su pérdida.

En caso de uso del derecho, éste se extinguirá cuando se haga efectivo, es decir, cuando se ejercite la opción de desistir del contrato, tal y como le fue conferido el poder a su titular. Ciertamente el Derecho de desistimiento es un derecho secundario y en ese tanto, depende de la existencia del derecho de señorío o de la relación jurídica de la cual se deriva (el contrato). Si esta se extingue, nuestro derecho también fenece.

En el caso contrario, para identificar las maneras en que el derecho se puede perder, el panorama es algo más complicado, ya que la respuesta dependerá de la naturaleza misma de desistimiento, es decir, si es de legal o contractual.

Si el desistimiento es legal, es porque estamos en presencia de un contrato de aquellos en que la ley prevé imperativamente la aplicación del mismo, con lo cual, debemos partir de la premisa que conforme el artículo 10 del TRLDGCU¹²⁶, el derecho es irrenunciable y por tanto, nula la disposición o acto encausado en ese sentido.

Así, siendo que el consumidor nunca podrá renunciar de su derecho, la única manera que podría perderlo, o más bien, dejarlo perder, es a través de lo que he llamado la “*renuncia tácita*” que es cuando el consumidor decide no ejercer su derecho, dejando simplemente que el plazo de ejercicio transcurra para así perder la opción de ejercerlo.

En cambio, si el desistimiento es de naturaleza contractual, podemos encontrar dos escenarios probables: Por un lado que la renuncia se haga de manera tácita, es

únicamente de la voluntad de su titular, manifestada mediante una declaración de voluntad recepticia, sometida a plazo de caducidad.” En DIÉGUEZ OLIVA, ROCÍO. “*El Derecho de desistimiento en el marco común de referencia*”, *Op. Cit.*, p. 5.

¹²⁶ “*Artículo 10. Irrenunciabilidad de los derechos reconocidos al consumidor y usuario: La renuncia previa a los derechos que esta norma reconoce a los consumidores y usuarios es nula, siendo, asimismo, nulos los actos realizados en fraude de ley de conformidad con lo previsto en el artículo 6 del Código Civil.*”

decir, que el consumidor conscientemente deje transcurrir el plazo contractualmente otorgado para desistir sin hacerlo –en las mismas condiciones en que ya vimos que opera para el desistimiento legal–. O bien, que como el derecho le es otorgado vía acuerdo, posteriormente se haga renuncia de él de la misma manera, es decir, consensualmente, revocando el negocio original, al menos, en lo que al desistimiento se refiere.

Hipótesis esta última que nos lleva a realizar dos preguntas: En un contrato de consumo, mediante un *addendum* al contrato original, o bien, mediante un nuevo contrato que revoque parcialmente al inicial, ¿se puede renunciar a un derecho adquirido consensualmente?, ello partiendo de la premisa de que el citado art. 10 prohíbe la renuncia de los derechos adquiridos al amparo del TRLDGPU, incluidos aquellos contractualmente adquiridos. O por el contrario y conforme el artículo 19 TRLDGPU¹²⁷, aplicamos supletoriamente el Código Civil (CC) y le damos prevalencia a la autonomía de la voluntad y con ello, permitimos que las partes puedan disponer libremente de sus derechos y obligaciones contractuales, permitiéndole al consumidor renunciar a un derecho adquirido en un contrato precedente.

A mi criterio, debemos sostener como válida la segunda opción, es decir, atenernos a la literalidad del citado artículo 10 y entender que la única irrenunciabilidad prevista por la ley es aquella que se hace de previo al contrato, tal y como la norma lo indica, por lo tanto, dar libertad a las partes para que en total ejercicio de su autonomía puedan renegociar los términos del contrato original que les une es lo correcto. En este sentido, me parece acertada la posición de PEÑA LÓPEZ quien al respecto indica: *“De cualquier manera, debe insistirse en que 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. Esta*

¹²⁷ En lo que interesa indica: *“Artículo 19. Principio general y prácticas comerciales: 1. Los legítimos intereses económicos y sociales de los consumidores y usuarios deberán ser respetados en los términos establecidos en esta norma, aplicándose, además, lo previsto en las normas civiles, mercantiles y las demás normas comunitarias, estatales y autonómicas que resulten de aplicación.”*

I. DERECHO DE DESISTIMIENTO

renuncia no se regula en el TRLGDCU y se encuentra sometida a la regla general del art. 6.2 del CC. Por lo tanto, el consumidor y usuario podrá renunciar a cualquier derecho que haya adquirido por aplicación de las normas imperativas de Derecho de consumo, siempre que esa renuncia sea clara, indubitada y terminante, y no contradiga el interés o el orden público o vaya en perjuicio de terceros. En este, sentido, es indudable que todos los derechos de carácter económico-patrimonial (la casi totalidad de los regulados en el Libro segundo) que el consumidor ya haya adquirido por virtud de la aplicación del TRLGDCU, tienen carácter disponible y su renuncia no contravendría ni el interés ni el orden público. Por lo demás, resultaría a todas luces excesiva una legislación de protección del consumidor en la que, superada la barrera del poder superior del empresario a la hora de determinar el contenido de los contratos de consumo e imponer sus condiciones, mediante la atribución de naturaleza imperativa a las normas del TRLGDCU, ni siquiera se permitiese al consumidor (como si de un incapacitado se tratase) disponer libremente de los derechos adquiridos de carácter económico”¹²⁸.

Esta posición que es la que comparte mayoritariamente la doctrina, indica que la irrenunciabilidad prevista en la ley, únicamente acarrea nulidad de la misma cuando es hecha de previo al acuerdo. En este sentido, REBOLLO PUIG E IZQUIERDO CARRASCO, son claros: *“Pero nótese que lo que el art. 10 TRDCU proscribía es la «renuncia previa». Con ello se refiere, no a la renuncia en sentido estricto, que recae sobre un derecho ya existente del que se es titular, sino a la llamada «renuncia preventiva» sobre un derecho que todavía no tiene o no es ejercitable por el consumidor, determinando, no la pérdida de un derecho sino su no adquisición, y por esta vía se aproxima, hasta casi identificarse, con la exclusión voluntaria de la ley aplicable que, como se ha visto, contempla también el art. 6.2 CC”¹²⁹.*

¹²⁸ PEÑA LÓPEZ, FERNANDO. “Artículo 10. Irrenunciabilidad de los derechos reconocidos al consumidor y usuario”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, RODRIGO (COORD.). *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007)*, editorial Aranzadi S.A., Navarra, 2009, p. 141.

¹²⁹ REBOLLO PUIG, MANUEL. IZQUIERDO CARRASCO, MANUEL. “Capítulo II. Derechos básicos de los consumidores y usuarios”, en REBOLLO PUIG, MANUEL. IZQUIERDO CARRASCO, MANUEL (DIR.). *La Defensa de los consumidores y usuarios. Comentario sistemático del Texto Refundido, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007*, IUSTEL, Madrid, 2011, p.132.

Finalmente y para reafirmar la unanimidad sobre el punto, citamos a GARCÍA CANTERO, quien dice que: *“El tenor literal del art. 10 TR-LGDCU ha conducido a la doctrina al siguiente discurso hermenéutico plenamente asentado: lo prohibido en esta norma es la renuncia previa a los derechos reconocidos en el TR, impuesta en la fase previa a la conclusión del contrato por la parte estructuralmente más fuerte. La norma no prohíbe la renuncia posterior, esto es, la renuncia al ejercicio de un derecho ya adquirido tras consolidarse la relación jurídica, pues la posibilidad de que el consumidor actúe conforme a los derechos reconocidos ex lege, si es su voluntad, ya ha quedado salvaguardada, su posición es más fuerte que en la fase anterior e incluso puede resultarle más provechoso renunciar al ejercicio del derecho ya adquirido llegando a nuevos acuerdos con el empresario”*¹³⁰.

2.- El Derecho de desistimiento como causa de ineficacia jurídica.

La facultad que otorga el Derecho de desistimiento al consumidor de finiquitar un contrato eficaz, ha sido objeto de las más diversas posiciones doctrinales y a pesar de que en la actualidad podemos afirmar que la discusión, a mi criterio, ha sido zanjada, siempre resulta interesante enumerar las diferentes posturas esbozadas para entender por qué hoy se considera que estamos ante una causa de ineficacia jurídica.

Así, podemos citar a LLOBET I AGUADO, quien en su momento dijo que el Derecho de desistimiento es un periodo de reflexión que retrasa la perfección del contrato: *“Esta distinción entre perfección y eficacia puede ser utilizada, según estos autores, para explicar la facultad de retractación. El razonamiento es como sigue: el intercambio de consentimientos conduce a la conclusión de un contrato válido. Ahora bien, la ley, a fin de proteger al consumidor retrasa la eficacia del mismo hasta el transcurso del periodo en cuestión. Transcurrido éste sin que se haya ejercido la*

¹³⁰ CÁMARA LAPUENTE, SERGIO. “Comentario al artículo 10. Irrenunciabilidad de los derechos reconocidos al consumidor y usuarios”, en CÁMARA LAPUENTE, SERGIO (DIRECTOR). *Comentarios a las normas de protección de los consumidores. Texto refundido (RDL 1/2007) y otras leyes y reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea*, Colex S.A., Madrid, 2011, p. 221.

I. DERECHO DE DESISTIMIENTO

*facultad de retractación, el contrato, ya perfecto, adquiere del pleno derecho su eficacia. Por el contrario, el ejercicio de la referida facultad conduce a la destrucción ex lege del contrato mismo*¹³¹.

Igualmente, FERNÁNDEZ-ALBOR BALTAR, lo concibió como una causal de perfección diferida de los contratos: *“Por ello, podría afirmarse que el derecho de revocación no constituiría una derogación de la regla de la fuerza obligatoria de los contratos plasmada en nuestro Ordenamiento del artículo 1256 del Código civil, sino más bien de la regla de la perfección del contrato por el mero encuentro de las declaraciones de voluntad consagrada en el artículo 1262, I del Código civil. En este sentido, podría entenderse que los contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles, sometidos a la Ley 26/1991, deberían constituir una modalidad negocial no sometida a los principios generales de la perfección de los contratos civiles o mercantiles. Se trataría de supuestos en los que la intervención tuitiva del legislador en favor del consumidor, demoraría durante el tiempo en que pueda hacerse uso del derecho de revocación, el momento de perfección del negocio. Se trataría, en definitiva, de contratos de perfección diferida*¹³².

Por su parte, VERGEZ, lo visualiza como una instancia de formación sucesiva de la voluntad: *“Desde ambos puntos de vista está claro que las características peculiares de los contratos que examinamos inciden sobre el momento mismo de formación de la voluntad del cliente y por tanto del consentimiento del contrato y si como hemos visto las circunstancias especiales en que su declaración de voluntad se realiza permiten pensar lógicamente que no existe una voluntad de contratar suficientemente madurada y que en los casos de contratos celebrados fuera del establecimiento la voluntad manifestada por el consumidor no puede considerarse como una declaración de voluntad definitiva, lo que debe existir es un proceso sucesivo de formación de voluntad en el que la firma del contrato o la oferta de contrato por su parte no es más que una etapa en ese proceso de formación del consentimiento contractual que sólo se*

¹³¹ LLOBET I AGUADO, JOSEP. “El periodo de reflexión y la facultad de retractación. Algunas reflexiones en torno a la Ley 26/1991, de 21 de noviembre sobre Protección de los Consumidores en el caso de contratos celebrados fuera de los establecimientos comerciales”, *Op. Cit.*, p. 154.

¹³² FERNÁNDEZ-ALBOR BALTAR, ÁNGEL. “El derecho de revocación del consumidor en los contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles: algunos problemas derivados de la Ley 36/1991”, *Op. Cit.*, p. 598.

entenderá perfeccionado cuando haya transcurrido el plazo durante el cual el consumidor puede ejercer su derecho de renuncia sin que lo haya ejercitado”¹³³.

Igualmente, QUESADA SÁNCHEZ Y RUIZ-RICO RUIZ, lo conciben de doble manera, para el consumidor es una declaración no perfecta de voluntad, que se perfeccionará cuando decida desistir y para el empresario será, una prolongación temporal de la oferta contractual sostenida mientras el consumidor decide. Textualmente indican, *“nos parece más adecuado, pues parece inspirar al legislador, la idea de que el contrato todavía no es perfecto hasta que transcurran los plazos señalados...(la declaración de voluntad del consumidor no será todavía perfecta porque no ha sido correctamente formada, y se le permite que reflexione, liberado de la posible capacidad captatoria del vendedor, y decida libremente si quiere o no mantener su declaración de voluntad): la firma del contrato implica, para el profesional, la obligación de mantener esa oferta realizada con todas sus circunstancias, mientras que para el consumidor surge la obligación de reflexionar, conforme a los dictados de la buena fe, durante el plazo oportuno, y decidir si perfecciona el contrato mediante su silencio o no oposición a la declaración de voluntad emitida, o bien desiste”¹³⁴.*

O bien, CORRAL GARCÍA quien luego de barajar diferentes ideas sobre el punto, concluye que estamos ante posible causal de ineficacia jurídica de momento indeterminado: *“En primer lugar, y con la finalidad de respetar el principio de la fuerza obligatoria de los contratos, el plazo de ejercicio del derecho es un plazo de reflexión -délai de reflexión- para que el consumidor medite sobre las consecuencias de su decisión, de tal modo que estaríamos ante supuestos de perfección diferida de los contratos, ya que el iter formativo quedaría concluido al transcurrir el plazo de reflexión sin que el consumidor revoque su declaración contractual. Se ha sugerido que esa perfección diferida podría provenir del sometimiento del contrato a condición suspensiva -que sería puramente potestativa, al depender del libre albedrío del*

¹³³ VERGEZ, MERCEDES. “Configuración y régimen jurídico de «los contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles (Análisis de la Ley 26/1991 de 21 de noviembre)”, EN VERGEZ, MERCEDES. ET AL. *Estudios de derecho mercantil en homenaje al profesor Manuel Broseta Pont*, Tomo III, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 1995, p. 4030.

¹³⁴ QUESADA SÁNCHEZ, ANTONIO. RUIZ-RICO RUIZ, JOSÉ MANUEL. “Comentario al artículo 10. Desistimiento y resolución del contrato”, en QUESADA SÁNCHEZ, ANTONIO. RUIZ-RICO RUIZ, JOSÉ MANUEL. *Multipropiedad y aprovechamiento por turno, comentarios sistemáticos a la ley sobre derechos de aprovechamiento por turno*, Civitas Ediciones, S.L., Madrid, 2000, p. 318.

I. DERECHO DE DESISTIMIENTO

consumidor o de la consideración del contrato como venta ad gustum... En segundo lugar, la facultad del consumidor supondría un Derecho de desistimiento unilateral, por lo que extinguiría el contrato que, lógicamente, quedó perfecto desde la concurrencia de oferta y aceptación contractuales... Por último, una tercera teoría supone considerar al contrato como perfecto desde la aceptación del consumidor, pero no sería eficaz hasta el transcurso del plazo de ejercicio de la facultad de desistir sin que el consumidor la haya puesto en marcha: la perfección sería instantánea, pero la eficacia estaría diferida... En conclusión, pensamos que puede afirmarse que la concesión de un Derecho de desistimiento a favor de los consumidores no altera la formación de los contratos concretos en los que tal facultad pueda ejercitarse. Desde este punto de vista, es indiferente el uso del término revocación o desistimiento, tomado éste en su sentido más general ya reseñado anteriormente: modo de extinguir un contrato concedido -por pacto o por disposición legal- a una de las partes, sin necesidad de alegar ni probar causa alguna... Lo anterior no impide reconocer que de modo general no es posible determinar en qué momento hay una plena eficacia de la relación contractual, si desde el momento de la perfección del contrato o desde el momento en que termina el plazo que tiene el consumidor para desistir sin que haya hecho uso de su derecho. En todo caso, los efectos del no desistir serán retroactivos -ex tunc-, es decir, si no se ha desistido, lo único que hay es un contrato celebrado en el que incluso es posible que se hayan cumplido al menos de modo parcial, si no total, las prestaciones derivadas del mismo, por lo que la transmisión de la propiedad -si el contrato tiene por objeto un bien de consumo- se produce en la fecha de la entrega de la cosa al consumidor, de acuerdo con la reglas generales”¹³⁵.

¹³⁵ CORRAL GARCÍA, EDUARDO. “El ¿desistimiento? Unilateral de algunos contratos con consumidores”. *Op. Cit.*, p. 421 y ss. Igualmente, para seguir lustrando las diferentes posiciones doctrinales acerca de la concepción de derecho a desistir, podemos citar también a PARRA LUCÁN, quien en su momento lo concibió como una condición resolutoria en contratos perfectos: “En este contexto teórico doctrinal, la experiencia muestra cómo, en el ámbito de las ventas a consumidores, es una práctica frecuente la realización de ofertas con la coletilla «si no queda satisfecho le devolvemos el dinero». Los establecimientos comerciales que vinculan esta cláusula en su publicidad, de hecho, y como política comercial, no plantean problemas cuando el cliente pretende la devolución del producto y la recuperación del dinero pagado. El eventual riesgo de devoluciones abusivas (derivadas, no de la falta de satisfacción del producto, sino del agotamiento del uso para el que efectivamente se pretendía: por ejemplo, llevar el abrigo a una recepción) se ve compensado, parece, por el atractivo de la oferta, que aumenta el número de clientes. Es difícil asegurar cuál es exactamente la calificación de un contrato celebrado en estos términos, pero parece sensato entender, como primera aproximación, que, tal como

Nosotros coincidimos con HERRERO OVIEDO, quien indica que *“el contrato se perfecciona desde que oferta y aceptación concurren (art. 1262 del Código Civil), y el legislador, en orden a las especiales características del contrato (no se tiene un conocimiento real del bien, tampoco se tiene físicamente presente al vendedor...), reconoce al adquirente una facultad de desvinculación del contrato válidamente celebrado. Con esta postura apenas se violenta la estructura y funcionamiento del Derecho de Obligaciones en cuanto que se trata de una facultad reconocida ya respecto a algunos contratos en el Código Civil. Las otras teorías que intentan explicar la incidencia de esta facultad en la formación del contrato, resultan sumamente rebuscadas, cuando no artificiales, y llegan a “estirar” tanto figuras tradicionales de nuestro Derecho que las hacen irreconocibles”*¹³⁶.

Hoy, hay aceptación unánime en identificar la figura como una causal de ineficacia contractual plena de efectos *ex tunc*¹³⁷, ya éste tiene la capacidad no solo de eliminar los efectos del negocio, sino de retrotraerlos al momento antes de su perfeccionamiento, es decir, tiene la capacidad de obligar a las partes a reintegrarse todas las prestaciones realizadas, como si el contrato nunca hubiese existido.

Así, para analizar la naturaleza jurídica del desistimiento, tenemos que partir por definir que es la eficacia contractual y para ello, tenemos que recordar que el contrato es un acto jurídico y como tal, desplegará efectos reconocidos por el ordenamiento jurídico.

suceden las cosas en la práctica, se trata de un contrato perfecto, sujeto a la condición resolutoria de que el cliente no quede satisfecho.” En PARRA LUCÁN, MARÍA DE LOS ÁNGELES. “Artículo 10: Derecho de desistimiento”, *Op. Cit.*, p. 156.

¹³⁶ HERRERO OVIEDO, MARGARITA. “El desistimiento en la venta a distancia”, en TORRES GARCÍA, TEODORA (COORD.). *Estudios de Derecho civil, homenaje al profesor Francisco Javier Serrano García*, Secretariado de Publicaciones e Intercambio Editorial, Universidad de Valladolid, 2005, p. 436.

¹³⁷ Podemos mencionar a: ÁLVAREZ LATA en ÁLVAREZ LATA, NATALIA. *Invalidez e Ineficacia en el Derecho Contractual de Consumo Español, análisis de los supuestos típicos de ineficacia en los contratos con consumidores*, *Op. Cit.*, p. 83 y ss. Y a EBERS Y ARROYO AMAÑUELAS, quienes indican que: *“El contrato es plenamente eficaz mientras el consumidor no ejerza su derecho de revocación; por tanto, cada contratante mantiene sus pretensiones al cumplimiento y eso incluye que el consumidor pueda ejercer su ejecución.”* En EBERS, MARTIN. ARROYO AMAYUELAS, ESTHER. “«Heninger» y las sanciones a la infracción del deber de información sobre el Derecho de desistimiento ad nutum (Sentencia TJCE de 13 de diciembre de 2001, asunto C-481/99)”, *Op. Cit.*, p. 419. Finalmente a PARRA LUCÁN, en PARRA LUCÁN, MARÍA ÁNGELES. (COORD.). *Obligaciones y Contratos, cuaderno II, eficacia e ineficacia del contrato*, Editorial Dykinson, S.L., Madrid, 2010, p. 101 y ss.

I. DERECHO DE DESISTIMIENTO

Estos efectos dependerán tanto de la voluntad de las partes, como del sistema legal en que el acuerdo se dé, esto es lo que llamamos la eficacia contractual típica, la cual, como sabemos, esta compuesta por dos elementos básicos, por un lado tenemos a la eficacia de los elementos voluntariamente deseados, que es la que depende de las partes y se constituye como causa del acuerdo y por otro lado, encontramos a la eficacia de los elementos normativos, cual es la que viene dada por ley, por los usos o por la buena fe; y tiene que ver con todos aquellos efectos del contrato que si bien no dependen directamente de las partes y en ocasiones ni siquiera son queridos por ellas, deben asumir por mandato legal.

En otras palabras: *“En virtud del contrato se crean o se modifican otros contenidos jurídicos. Se crean o se modifican deberes jurídicos y obligaciones, así como facultades, titularidades o poderes que no son técnicamente derechos subjetivos. Tratando de buscar una fórmula más precisa, sea dicho que el contrato se mueve en torno a relaciones jurídicas. La eficacia del contrato consiste en crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas. Aún sin negar que esta fórmula sea para la mayor parte de los casos satisfactoria, el ámbito del contrato puede ser mayor aún: afecta incluso a situaciones jurídicas que no son auténticas relaciones jurídicas”*¹³⁸.

El artículo 1258 del Código Civil nos indica que: *“Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley.”*

En este sentido legal, la eficacia del contrato significa que las partes deben cumplir todo aquello a lo que en él se han obligado, es decir, los sujetos contractuales deben asumir como obligatorias cada uno de los compromisos adquiridos en el acuerdo suscrito, modificando sus acciones en procura de la consecución del fin común, cual es el cumplimiento de lo pactado. Es claro que hay un deber de cumplimiento recíproco, así como un derecho de exigencia a ello. Estos son los llamados efectos directos –eficacia directa entre las partes- del acuerdo: obligar a

¹³⁸ DÍEZ-PICAZO, LUIS. *Fundamentos del Derecho civil patrimonial I, introducción, teoría del contrato*, Op. Cit, p.520.

aquellos quienes han contratado. Principio que se recoge en el artículo 1257 del Código Civil el cual indica en lo que interesa que: *“Los contratos solo producen efectos entre las partes que los otorgan y sus herederos”*.

Igualmente, toda regla tiene su excepción y el principio de limitación de la eficacia del acuerdo únicamente a las partes contratantes, también la tiene y es el principio de relatividad de la eficacia contractual, el cual parte de la premisa de que todo acuerdo conlleva una serie de efectos indirectos –eficacia indirecta-, reglamentaria, extra partes o hacia terceros-, que tienen que ver con todas aquellas consecuencia que el acuerdo tenga respecto a sujetos ajenos a la relación obligatoria, pero que por consecuencia legal o consensual de ésta se ven inmersos o arrastrados hacia el acuerdo. Son sujetos extra contrato o terceros de buena fe, que en virtud de que el contrato les afecta o beneficia indirectamente se ven arrastrados a él¹³⁹.

La ineficacia, por su parte es todo lo contrario a lo que hemos venido analizando es decir, a la falta de eficacia del acuerdo, *“a la falta de producción de consecuencias o, cuando menos, de aquellas consecuencias que normalmente deberían haberse*

¹³⁹ En cuanto a los efectos de los contratos frente a terceros tradicionalmente se reconocen dos mecanismos diferentes en que la eficacia jurídica puede extenderse a sujetos ajenos a la relación contractual. El primero de ellos tiene que ver con aquellos terceros que se ven involucrados voluntariamente por las partes, categoría en la cual ubicamos a aquellos terceros que, si bien es cierto no son parte contractual formalmente establecida si disfrutaban de la eficacia jurídica del acuerdo, decisión propia de quienes si son parte, en este grupo ubicamos, por ejemplo, a aquellas personas que sin ser parte, son constituidos como beneficiarios de algún objeto o prestación del negocio. En la segunda categoría tenemos a aquellos terceros que son involucrados forzosamente a la eficacia del negocio, aún y cuando las partes no lo hayan pactado, es decir, son personas que se verán involucrados en los efectos por imposición legal, entre ellos tenemos a los causahabientes de algún de los contratantes, cuando éste fallece y el contrato aún tiene eficacia, tenemos a los acreedores quirografarios, quienes pueden incorporarse a las ejecuciones contractuales en defensa de su patrimonio (acción pauliana) y por último tenemos a los llamados penitus extranei, que son todos aquellos que sin tener que ver con el acuerdo, pueden verse afectados por él, en tanto no pueden alegar desconocimiento del mismo, sobre todo en casos de bienes inscribibles. Igualmente, autores como DÍEZ-PICAZO, distingue entre eficacia directa e indirecta de los contratos, subdividiendo esta última entre: 1.- Eficacia indirecta del contrato para los terceros propiamente dicha, cual es *“aquella eficacia que se produce o se desarrolla a través de aquellas situaciones creadas o modificadas por el contrato”*. 2.- Eficacia refleja del acuerdo con relación a los terceros, indicando que: *“Puede hablarse de una eficacia refleja del contrato en la esfera de los terceros cuando un contrato repercute en la órbita ajena en virtud de un fenómeno de conexión entre diversas relaciones jurídicas. La eficacia refleja no es una «incidencia», sino una «repercusión». La idea de repercutir indica precisamente la producción de un efecto ulterior o de segundo grado”*. Y, 3.- Eficacia provocada del contrato frente a terceros, la cual tiene *“relación con los terceros cuando el negocio jurídico es utilizado como fundamento de una toma de actitud o de una pretensión a iniciativa de los titulares de los intereses en juego”*. A mayor abundamiento ver DÍEZ-PICAZO, LUIS. *Fundamentos del Derecho civil patrimonial I, introducción, teoría del contrato, Op. Cit.*, p.529 y ss.

*producido y que pueden ser razonablemente esperadas en virtud de la celebración del contrato*¹⁴⁰.

Como la ineficacia refiere a la falta de efectos jurídicos, tenemos que indicar *a priori* que esta falta de efectos tiene que ver con la valoración –negativa– que se haga del acto jurídico creado por las partes, es decir, como su nombre lo indica, la eficacia es la capacidad de un acto de producir efectos avalados por el ordenamiento jurídico, mientras que la ineficacia, al contrario es la incapacidad de que el acto despliegue efectos que sean jurídicamente válidos. En este sentido, la eficacia o ineficacia, de un acto o contrato, en principio, siempre tendrá que ver con la valoración que el sistema legal haga de él.

Así, un negocio será ineficaz porque desde su nacimiento (o formación), adolece de algún defecto o defectos que hacen imposible que surta efectos legales¹⁴¹, o bien, porque aún y cuando naciendo jurídicamente válido (sano), algún acontecimiento posterior atenta contra esa legalidad que legitima su existencia.

Igualmente, el grado de ineficacia que un defecto produzca siempre estará determinado por la gravedad con que el sistema jurídico o las partes, lo sancionen. Es decir, para el ordenamiento jurídico hay algunas irregularidades que son menos graves que otras y en ese tanto, es válido hablar de niveles o grados de ineficacia contractual, los cuales dependen de la irregularidad del contrato, de cómo lo sanciona la normativa

¹⁴⁰ DÍEZ-PICAZO, LUIS. *Fundamentos del Derecho civil patrimonial I, introducción, teoría del contrato*, Op. Cit., p.555. Igualmente, RUIZ SERRAMALERA nos dice que: “Bajo la denominación genérica de ineficacia del negocio jurídico se incluyen todos aquellos supuestos en los que un negocio no produce o deja de producir los efectos que le son propios según su naturaleza”, en RUIZ SERRAMALERA, RICARDO. *Derecho civil, el negocio jurídico, elementos y eficacia del negocio jurídico, la representación*, Universidad Complutense, Madrid, 1980, p. 359.

¹⁴¹ Sea por adolecer de algún elemento sustancial del mismo, o bien, por determinación expresa de la Ley. Aunque también hemos de mencionar que algunos autores como ALBALADEJO y LACRUZ BERDEJO se inclinan a diferenciar entre invalidez e ineficacia del negocio atendiendo a las causas de su defecto. Sin embargo, autores como DÍEZ-PICAZO y RUIZ SERRAMALERA, consideran que dicha distinción resulta poco acertada, ya que tiende a confundir causas de un mismo problema y por lo tanto, la diferenciación no tiene razón de ser. A mayor abundamiento ver: ALBALADEJO, MANUEL. *Derecho civil I, introducción y parte general*, decimoctava edición, EDISOFER, S.L., Madrid, 2009, p. 775 y ss. LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS. ET AL. *Elementos de Derecho civil I, Parte General, volumen tercero, derecho subjetivo, negocio jurídico*, Op. Cit., p. 245 y ss. Ver DÍEZ-PICAZO, LUIS. *Fundamentos del Derecho civil patrimonial I, introducción, teoría del contrato*, Op. Cit., p. 555. Ver RUIZ SERRAMALERA, RICARDO. *Derecho civil, el negocio jurídico, elementos y eficacia del negocio jurídico, la representación*, Op Cit, p. 360

vigente y sobre todo, de cómo lo valoren y califiquen las partes, eso sí, sin caer en valoraciones *praeter legem o contra legem*.

A esta altura ya podemos afirmar lo que parece obvio y es que la ineficacia contractual no es una, sino que debemos hablar de tipologías de ineficacia en la contratación privada, la cual dependerá, como hemos visto de la Ley y de las partes. Lastimosamente, no hay acuerdo generalizado en la doctrina para clasificar los tipos de ineficacia, sin embargo y a manera de ejemplo podemos citar a PUIG PEÑA¹⁴², quien los clasifica, en función del momento en que la misma se produce¹⁴³. Y para ello, nos indica una primera gran clasificación consistente en apartados inicialmente compuestos por lo que él llama “*disconformidad del acto jurídico con la norma*” y “*caída de los efectos propios del negocio por circunstancias sobrevenidas a posteriori*”; respecto al primer grupo, el autor nos indica que: “*La disconformidad del acto jurídico con la norma puede a su vez producirse por diversas situaciones que los autores suelen*

¹⁴² PUIG PEÑA, FEDERICO. *Desistimiento unilateral*, Op. Cit., p. 290 y ss.

¹⁴³ Sobre las diferentes maneras de ordenar los tipos de ineficacia, RUIZ SERRAMALERA, por ejemplo, nos dice a manera de resumen, que podemos encontrar una ineficacia inicial, la cual se produce en el mismo momento de realización del negocio, ya sea por inexistencia (cuando faltan algunos de los elementos esenciales del contrato), o por nulidad (cuando si bien están todos los elementos esenciales, una norma prohíbe su eficacia). Y lo que él llama una ineficacia subsiguiente, la cual se produce con posterioridad al nacimiento del negocio, ya sea por anulabilidad (art. 1300 CC), por rescisión (art. 1290 CC), por revocación (del testamento: Art. 737 CC, del apoderamiento: Art. 1732, o de la donación: Art. 644), por resolución (art. 1124 CC) y por caducidad (art. 703 CC, en caso de testamento por peligro de muerte o epidemia; o art. 716 y 719, en caso del testamento militar). Para mayor abundamiento ver: RUIZ SERRAMALERA, RICARDO. *Derecho civil, el negocio jurídico, elementos y eficacia del negocio jurídico, la representación*, Op. Cit., p. 362 y ss. Igualmente, en la misma línea, DE CASTRO Y BRAVO, nos dice: “*En efecto, se utilizan para distinguirlos, criterios de diferente naturaleza: 1. Se tiene en cuenta la especial condición del supuesto de hecho (propósito, estructura, contenido de las declaraciones de voluntad); en sentido positivo (requisitos y elementos del negocio) y negativo (choque con prohibiciones). 2. Se atiende al modo o procedimiento de hacerla valer; resulte ella de modo automático (“ipso iure”), requiera previa declaración judicial, haya de ser alegada por quien esté legitimado para la impugnación. 3. Se considera el resultado, es decir la cualidad de la ineficacia; definitiva e indeleble o bien salvable, sea por convalidación, conversión o confirmación. 4. Conforme al ámbito de su alcance; la ineficacia puede darse respecto de todos, de un círculo limitado de personas, de quien ejercite la impugnación o de ciertas personas, aunque no impugnen el negocio jurídico. 5. Se considera la situación existente hasta que se hace la declaración judicial o la convalidación; si entre tanto, se considera válido, en situación de eventualidad o pendencia o si en la de nulidad. 6. En fin, la ineficacia puede ser originaria o sobrevenida; darse a la vez y con la misma relación negocial o después de creada, por un acto, hecho o circunstancia extraña a la relación; con efecto “ex nunc” o retroactivo.” En DE CASTRO Y BRAVO, FEDERICO. *El negocio jurídico*, Op. Cit., p. 467. Línea que de alguna manera es seguida por el profesor DÍEZ-PICAZO, quien al proponer su clasificación, también propone que se debe atender no solo al momento de su aparición, sino a las causas de la ineficacia misma. En éste sentido, clasifica la ineficacia en: automática y provocada; absoluta y relativa; originaria y sobrevenida; total o parcial; estructural o funcional; y finalmente, sanable e insanable. A mayor abundamiento ver DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, LUIS. *Eficacia e ineficacia del negocio jurídico*, en ADC, Tomo XIV, Fascículo IV, Octubre-Diciembre, publicaciones del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1961, p. 825.*

I. DERECHO DE DESISTIMIENTO

agrupar en esta enumeración de cuatro miembros: inexistencia, nulidad de pleno derecho, anulabilidad y rescisión”¹⁴⁴.

Respecto al segundo grupo, nos expone que: *“Junto a este primer apartado de la ineficacia sitúa la doctrina la ineffectividad del negocio por causas actualizadas a «posteriori», aunque hayan podido ser previstas por las partes, en una visión de superficie o de fondo. Los autores agrupan la hipótesis de este segundo apartado en tres supuestos fundamentales: las condiciones resolutorias, la resolución por inexecución de una de las partes y la revocabilidad”¹⁴⁵.*

DÍEZ-PICAZO quien también trata este tipo de fenómenos, llama a este segundo grupo, la ineficacia provocada¹⁴⁶ y nos dice que tiene la capacidad de hacer claudicar los efectos del acuerdo. Agrega que en ella, *“una o varias personas son titulares de un poder de impugnación del contrato, de manera que la ineficacia solamente adviene si los titulares del poder de impugnación la provocan”*. Por último, manifiesta que: *“El poder de impugnación, en la ineficacia provocada, ha de ser considerado como un derecho potestativo o como una facultad de configuración (Gestaltungredrt), puesto que se trata de un poder del individuo de modificar o conformar la realidad jurídica, frente a la posibilidad de actuación que otorga lo que hemos venido llamado(sic) ineficacia automática, que origina una acción declarativa. De aquí deriva una importante diferencia. La acción dirigida a obtener la declaración de una ineficacia radical o ipso iure no está sometida a ningún plazo de ejercicio, puesto que las acciones declarativas son imprescriptibles. En cambio, la puesta en marcha del poder de impugnación, en cuanto derecho potestativo, está normalmente sometida a un plazo que debe ser considerado, en línea de principio, como plazo de caducidad”¹⁴⁷.*

Es evidente que podemos ubicar al Derecho de desistimiento dentro de este grupo de ineficacia provocada (o subsiguiente, o posterior, como también la llama ALBALADEJO¹⁴⁸, o sobrevenida, como la denomina DE CASTRO Y BRAVO¹⁴⁹), ya que

¹⁴⁴ PUIG PEÑA, FEDERICO. *Desistimiento unilateral*, Op. Cit., p. 291.

¹⁴⁵ Idem.

¹⁴⁶ DÍEZ-PICAZO, LUIS. *Fundamentos del Derecho civil patrimonial I, introducción, teoría del contrato*, Op Cit, p. 566.

¹⁴⁷ Idem.

¹⁴⁸ ALBALADEJO, MANUEL. *Derecho civil I, introducción y parte general*, Op. Cit., p. 774.

ciertamente estamos en presencia de un instituto que es capaz de provocar que un contrato que nace cumpliendo con todos los requisitos para su validez plena y sin defecto alguno, por decisión de una de las partes contratantes pierda totalmente esa eficacia, al punto que sus efectos se retrotraen hasta antes de su nacimiento.

No estamos en presencia de un defecto coyuntural del contrato, como puede ser la falta o deficiencia de alguno de sus elementos esenciales, ni es el caso de situaciones de inexistencia, de nulidad o anulabilidad, o de defectos que afecten total o parcialmente al negocio. Estamos en presencia de un presupuesto diferente, de uno que mediante un Derecho subjetivo, de carácter potestativo, se da la posibilidad para que dentro de un término perentorio, la parte pueda hacer ineficaz aquello que es perfecto.

En este sentido, sería un error negar la calificación de causa de ineficacia al desistimiento, por cuanto, ninguno de los supuestos tradicionalmente reconocidos como tales, cumple la función de esta figura. Son sanciones diferentes para problemas diferentes dentro de la contratación privada.

3.- El Derecho de desistimiento como manifestación de voluntad:

El Derecho de desistimiento como ya hemos dicho en párrafos anteriores, es una figura particular porque parte de una doble manifestación de voluntad del mismo sujeto y referente al mismo tema: un contrato de consumo. Y ambas voluntades exteriorizadas, se caracterizan por ser totalmente contradictorias entre sí (en una aceptación del acuerdo y otra posterior, que lo desiste). Este *“ejercicio de la facultad de desistimiento se realiza mediante una declaración unilateral de voluntad, de*

¹⁴⁹ DE CASTRO Y BRAVO, FEDERICO. *El negocio jurídico, Op. Cit.*, p. 467.

I. DERECHO DE DESISTIMIENTO

*carácter recepticio. Es el consumidor quien debe dirigir dicha declaración de voluntad al empresario, produciendo sus efectos desde que la declaración llega al destinatario*¹⁵⁰.

Con lo expuesto, hablamos de dos manifestaciones de voluntad realizadas en momentos diferentes que permiten que el consumidor al momento de suscribir el acuerdo, manifieste su aceptación del mismo y con ello lo perfeccione, pero también hablamos de un cambio de opinión, deseo o interés, que le hacen realizar una segunda manifestación contraria a la inicial y con ella, finiquitar el acuerdo recién pactado.

A esta ecuación, a la que si le agregamos el plazo para ejercer el derecho a desistir, nos da como resultado, que el consumidor en un periodo sumamente corto, primero otorga una manifestación de voluntad para contratar, para luego cambiarla y posteriormente desistir del negocio. Son dos momentos diferentes del *iter* contractual, ambos con fines opuestos, pero con características jurídicas similares.

Vemos entonces, cómo la facultad de desistir guarda semejanza con el derecho a la contratar¹⁵¹, ambos parten del ejercicio de un derecho y de una libertad que el sistema les otorga (de la libertad contractual y del respeto a la autonomía privada de la voluntad)¹⁵². Con fundamento en ella, los sujetos se obligan (art. 1254 CC), pero

¹⁵⁰ DOMÍNGUEZ LUELMO, ANDRÉS. "Comentario al artículo 70. Formalidades para el ejercicio del desistimiento.", en CÁMARA LAPUENTE, SERGIO (DIR.). *Comentarios a las normas de protección de los consumidores. Texto refundido (RDL 1/2007) y otras leyes y reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea*, Colex S.A., Madrid, 2011, p. 633. En igual sentido, GALLEGO DOMÍNGUEZ, "Se trata de una declaración de voluntad recepticia, dirigida al empresario con el que contrató el consumidor", en GALLEGO DOMÍNGUEZ, IGNACIO. "Capítulo II. Derecho de desistimiento", *Op. Cit.*, p. 1268.

¹⁵¹ Sobre el punto MIRANDA SERRANO, indica: "*Tan pronto se acometa la tarea indicada, se llegará a la conclusión de que las normas codificadas con las que se hermana el derecho de desistimiento del consumidor en los contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles son las relativas a los vicios del consentimiento negocial (arts. 1265 y ss. CC). El hermanamiento entre unas y otras se explica por el hecho de que ambas comparten un mismo objeto de tutela: el procedimiento libre, racional y consciente de formación de las voluntades negociales de los sujetos contratantes, es decir, la autodeterminación negocial de las partes intervinientes en la celebración de los contratos.*" En MIRANDA SERRANO, LUIS MARÍA. "El desistimiento del consumidor en la contratación fuera de los establecimientos mercantiles: Fundamentación y disciplina", en *Revista de derecho de Extremadura*, número 5, 2009. Documento localizable en <http://www.penjex.es/>, fecha de visita: 19 de agosto de 2012.

¹⁵² Sobre el concepto de autonomía privada DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN indican:

- Primero, que es un auto poder: "*La autonomía privada es el poder de dictarse uno a sí mismo la ley o el precepto, el poder de gobernarse uno a sí mismo. Podría también definirse como un poder de gobierno de la propia esfera jurídica, y como está formada por relaciones jurídicas que son el cauce de realización de intereses, la autonomía privada puede igualmente conceptuarse como el poder de la persona para reglamentar y ordenar las relaciones jurídicas en las que es o ha de ser parte.*"
- Segundo, que es una libertad individual: "*Reconocer libertad significa permitir hacer, dar al individuo una esfera de actuación, pero reconocer autonomía es decir algo más, que el individuo no*

también, finiquitan esas obligaciones. Incluso, con derechos nacidos de su mismo ejercicio. *“Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise. Elles doivent être exécutées de bonne foi”*¹⁵³.

Por ello, es que a esta altura resulta necesario retomar algunas nociones fundamentales del concepto de voluntad individual, sobre todo, para precisar su aplicación en el campo que nos ocupa, ya que es claro que si *“el elemento fundamental del negocio jurídico es la declaración de voluntad”*¹⁵⁴, también debe serlo para ejercer el Derecho de desistimiento.

Así, como el elemento fundamental para desistir es la declaración de voluntad, entonces, esta voluntad debe cumplir con las mismas exigencias que se le exigen para contratar. *“La voluntad interna e individual de cada contratante ha de dar lugar al consentimiento o voluntad contractual (concordada y coincidente de las partes: acuerdo de voluntades), por el que se establece una reglamentación de intereses. Estas voluntades han de ser conscientes, deliberadas y libres, pues si falta discernimiento o la*

solo es libre, sino que es además soberano para dictar su propia ley en su esfera jurídica. En otras palabras, un reconocimiento del valor jurídico de sus actos, que serán vinculantes y preceptivos.”

- Tercero, que es un poder de la persona como realidad inminente: *“La autonomía no se ejercita queriendo –función de la voluntad– sino estableciendo disponiendo, gobernando. La voluntad o el querer es un requisito indudable del acto de autonomía (que ha de ser siempre libre y voluntario), pero para ejercitar la autonomía es preciso el despliegue de las demás potencias.”*
- Cuarto, que *“la autonomía es un poder de ordenación de la esfera privada de la persona, entendiéndose por tal el conjunto de derechos, facultades, relaciones, etc., que ostente o que se le hayan atribuido, aunque no se quiere decir con ello que el poder sea total y absoluto. Existen posiciones de dicha esfera para las cuales el Derecho excluye la autonomía como poder ordenador.”*

En Díez-PICAZO, LUIS. GULLÓN, ANTONIO. *Sistema de Derecho civil, volumen I: Introducción. Derecho de la persona. Autonomía Privada. Persona Jurídica*, novena edición, 2º reimpresión, Editorial TECNOS S.A., Madrid, 1998, p. 373. Igualmente, DE CASTRO Y BRAVO, define a la autonomía de la voluntad como *“aquel poder complejo reconocido a la persona para el ejercicio de su» facultades, sea dentro del ámbito de libertad que le pertenece como sujeto de derechos, sea para crear reglas de conducta para sí y en relación con los demás, con la consiguiente responsabilidad en cuanto actuación en la vida social.”* En DE CASTRO Y BRAVO, FEDERICO. *Derecho civil de España, volumen I, Derecho civil de España, tomo III*, editorial Aranzadi S.A., Navarra, 2008, p. 12.

¹⁵³ Artículo 1134, Código Civil Francés, traducido: *“Los acuerdos legalmente formados tendrán fuerza legal entre quienes los hayan efectuado. Podrán ser revocados por mutuo consentimiento, o por las causas que autoriza la ley. Deberán ser ejecutados de buena fe.”*

¹⁵⁴ GARCÍA AMIGO, MANUEL. *Instituciones de Derecho civil, I. Parte General*, Editoriales de Derecho Reunidas, S.A., Madrid, 1979, p. 677.

libertad de alguna de las partes del consentimiento (acuerdo de voluntades) estará viciado"¹⁵⁵ (Subrayado es propio).

Por ello, conviene que en toda declaración de desistimiento se proceda a verificar la existencia de los presupuestos y requisitos que tradicionalmente se le exigen a las declaraciones de voluntad para su eficacia. Esto, independientemente de las otras cuestiones formales que el TRLDGCU ordene sobre las maneras de comunicar el desistimiento al empresario¹⁵⁶.

Entre los presupuestos a verificar, tenemos que verificar la legitimación y capacidad del sujeto, es decir, la voluntad no solo debe venir dictada por aquél que esté legitimado para ello, sino que además, este sujeto también deberá estar capacitado para actuar, es decir, debe tener capacidad jurídica para realizar el acto jurídico que se le imputa, en nuestro caso de contratar y de desistir.

La capacidad contractual significa que el sujeto quien realiza la declaración de voluntad tenga capacidad jurídica para consentir, *"no se trata de que el consentimiento pueda o no pueda ser prestado, sino de si el negocio jurídico generado por este consentimiento es o no es un negocio jurídico válido y eficaz"*¹⁵⁷. *"En realidad, este requisito no es un presupuesto de la existencia del consentimiento, sino de la validez y eficacia del negocio"*¹⁵⁸.

El Código Civil español regula la capacidad de contratar partiendo de una reglamentación negativa, es decir, parte de la premisa de que todos tienen capacidad para contratar, salvo que se encuentre en algunas de las situaciones de incapacidad previstas en él, es decir, no nos dice qué es la capacidad de contratación privada, pero si nos dice quiénes son incapaces y por ende, no pueden contratar válidamente.

¹⁵⁵ LETE DEL RÍO, JOSÉ MANUEL. MANUEL. LETE ACHIRICA, JAVIER. *Derecho de obligaciones, volumen I teoría general de la relación obligatoria y del contrato. Derecho de daños*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2005, p. 420.

¹⁵⁶ Aunque el art. 70 del TRLDGCU, indica que: *"El ejercicio del Derecho de desistimiento no estará sujeto a formalidad alguna"*, si es claro, que se considerará válidamente efectuado *"mediante el envío del documento de desistimiento o mediante la devolución de los productos recibidos"*, lo cual debe entenderse como un mínimo obligatorio a cumplir.

¹⁵⁷ Díez-PICAZO, LUIS. *Fundamentos del Derecho civil patrimonial I, introducción, teoría del contrato*, Op. Cit., p.169.

¹⁵⁸ LETE DEL RÍO, JOSÉ MANUEL. MANUEL. LETE ACHIRICA, JAVIER. *Derecho de obligaciones, volumen I teoría general de la relación obligatoria y del contrato. Derecho de daños*, Op. Cit. , p. 420.

Diferente es en el sistema francés en donde el *Code Civil* en su artículo 1263, nos dice que: *“Toute personne peut contracter si elle n'en est pas déclarée incapable par la loi”*¹⁵⁹.

El CC español, además, en los artículos 1263 y 1264, nos dice que están inhabilitados para prestar consentimiento: Los menores no emancipados y los incapacitados¹⁶⁰.

En materia de desistimiento, la capacidad y legitimación del sujeto, es reflejo de aquella existente al momento de suscripción del acuerdo. Un sujeto que no tiene capacidad jurídica para contratar, también es incapaz de realizar actos jurídicos como el de desistir. Así, siendo que la falta de capacidad del sujeto a quien afecta de manera directa es a la legalidad del contrato como un todo, resulta un tanto absurdo cuestionarse si para efectos de desistir el sujeto es capaz o no. Ello porque no se puede desistir de un contrato absolutamente nulo.

Con la legitimación sucede algo similar, ya que resulta un tanto ilógico que se permitiese desistir de un contrato que adolece de un vicio en la legitimación del sujeto que lo suscribió y en ese tanto, nulo o anulable. Al igual que en el caso anterior, sería ilegítimo que se permitiese desistir de un contrato que legalmente no tiene vida.

¹⁵⁹ *“Toda persona puede contratar, si no ha sido declarada incapaz por la ley.”*

¹⁶⁰ Entendiendo por incapaz, según DÍEZ-PICAZO a *“los locos o dementes y los sordomudos que no sepan escribir”*, en DÍEZ-PICAZO, LUIS. *Fundamentos del Derecho civil patrimonial I, introducción, teoría del contrato, Op. Cit.*, p. 170. Aunque el autor luego atenúa la clasificación indicando que los menores de edad no son total y absolutamente incapaces, incluso los define como personas *“con una capacidad de obrar limitada”*. Esto por cuanto sí pueden realizar determinados actos jurídicos siempre y cuando sean realizados a través de su representante legal o al menos ratificados por éste o por el mismo menor cuando cumpla la mayoría de edad. En éste sentido, aclara que: *“Nuestro Código Civil en el artículo 1263 se refiere solamente a los contratos de los «menores no emancipados». Sin embargo, hay que entender que la misma suerte corren los contratos celebrados por los menores emancipados cuando se realizan en contra de las limitaciones establecidas en la ley”*. En cuanto a los incapacitados, el mismo autor posteriormente indica que: *“Es la sentencia que declara la incapacitación la que establecerá su extensión y el régimen de tutela o guarda a que ha de quedar sometido el incapacitado.... De ahí que incapaz de contratar será la persona incapacitada siempre que la sentencia que declare su incapacidad lo establezca, supliendo esa incapacidad por la actuación de su representante legal, lo mismo que en el supuesto del menor no emancipado.”* En DÍEZ-PICAZO, LUIS; GULLÓN, ANTONIO. *Sistema de Derecho civil, volumen II: El contrato en general. La relación obligatoria. Contratos en especial. Cuasi contratos. Enriquecimiento sin causa. Responsabilidad extracontractual*, novena edición, 2º reimpresión, Editorial Tecnos S.A., Madrid, 2002, p. 40.

I. DERECHO DE DESISTIMIENTO

A pesar de lo anterior, si podemos encontrar algún caso en donde la legitimación es relevante para el Derecho de desistimiento y es referente a la determinación del sujeto que estará legitimado para desistir de un contrato válido y eficaz.

Pensamos en el caso de que quien quiera desistir no sea el titular del derecho subjetivo, sea un tercero o un representante sin poder suficiente para esos efectos. Entonces, debemos tener claro que la legitimación contractual es *“la cualificación de la persona capaz para celebrar un contrato en particular”*¹⁶¹. El concepto se refiere en el fondo, a la posición del sujeto frente al objeto de la relación jurídica y a su compatibilidad con el negocio jurídico mismo. En otras palabras, tiene que ver con el poder de disponer del bien, así como con su situación particular frente a la cosa y el acuerdo¹⁶². Y lo mismo aplicará, entonces, para desistir.

Así, si un tercero, no tiene poder suficiente para desistir, no puede hacerlo. Igualmente, si desistir de un acuerdo, es incompatible con su función o cargo, tampoco podrá hacerlo. Y si lo hacen, en ambos casos estaremos en presencia de desistimientos ilegales y por lo tanto, inválidos, incapaces de surtir efectos jurídicos. Por lo tanto, el contrato de consumo al que se refieren, debería continuar con su eficacia intacta.

Ahora y en otro orden de ideas, toca analizar el tema de los requisitos exigidos a la voluntad en el momento de ejercer el derecho a desistir del acuerdo. Con ello, en

¹⁶¹ GARCÍA AMIGO, MANUEL. *Lecciones de Derecho civil II, Teoría general de las obligaciones y contratos*, McGraw-Hill/Interamericana de España, S.A., Madrid, 1995, p. 143.

¹⁶² Hay que aclarar que en algunos negocios se requiere también que el sujeto tenga la titularidad del objeto que va a negociado. Este elemento señala la posición de la parte contratante como destinatario actual, no potencial de efectos jurídicos. Así en una compraventa quien podrá vender será aquél que tenga la titularidad de la relación propietaria sobre el bien. Igualmente, en algunas otras ocasiones para que el contrato sea válido se requiere la compatibilidad del sujeto hacia el acuerdo realizado, es decir, nos referimos a aquellos acuerdos en donde la parte contratante se encuentra limitada por una situación especial, la cual puede ser un cargo o función –de naturaleza laboral, judicial, etc.- que puede a su vez, constituir un obstáculo para realizar algunos actos jurídicos. Nos referimos a lo que la doctrina llama *“las prohibiciones legales para contratar”* y que ALBALADEJO define así: *“Dentro del ámbito en el que las personas con capaces para contratar, o podrían hacerlo con las autorizaciones debidas (de padre, etc.), puede ocurrir que determinados contratos les estén prohibidos.*

Se trata – entiéndase bien- no de que les impida celebrar un tipo de contrato (como si se dijese, por ejemplo, que, quien reúna determinadas condiciones, es capaz, en general, de contratar, pero se le prohíbe celebrar contratos de donación, de permuta, o de venta, u otros), sino de que siendo capaces para celebrarlo (por ejemplo, se es capaz para donar), les está vedado en algún caso concreto”. En ALBALADEJO, MANUEL. *Derecho civil II, derecho de obligaciones, volumen primero, la obligación y el contrato en general*, Novena edición, José María Bosch editor, S.A., Barcelona, 1994, 362.

primera instancia, tenemos que indicar que la voluntad debe existir como un ejercicio real y discrecional de la intención del consumidor de desistir del negocio.

En el fondo, se trata de una nueva declaración que deberá de realizarse posteriormente a la primera, a la pactar y cuyo contenido será la intención de desistir del contrato. En este sentido es claro que la voluntad de desistir debe ser el “*elemento voluntario intencional de querer producir los efectos jurídicos*”¹⁶³ de finiquitar el acuerdo.

Además, se requiere que esa voluntad esté sana, es decir, que no esté viciada por ninguna anomalía que afecte su validez. En este sentido, el artículo 1265 del CC. Indica que: “Será nulo el consentimiento prestado por error, violencia, intimidación o dolo.”

Igualmente, la decisión tomada es de carácter recepticia, es decir, debe ser comunicada directamente al empresario para que éste no solo tenga certeza jurídica acerca de la continuidad del contrato, sino también para que proceda a cumplir con su parte ante el desistimiento ejercido. Con ello, la voluntad debe exteriorizarse mediante mecanismos de comunicación válidos y accesibles para el común de las personas¹⁶⁴.

Esta exteriorización debe de realizarse de manera tal que el mensaje debe llegar de manera eficaz al interlocutor, en nuestro caso al empresario, “*la voluntad como fenómeno psicológico interno, carece de eficacia jurídica en tanto no se manifiesta exteriormente mediante una declaración; es decir, la voluntad interna debe manifestarse o exteriorizarse para que pueda ser conocida por la otra parte como por las demás personas o terceros*”¹⁶⁵. En resumen, se requiere que el ejercicio de voluntad

¹⁶³ GARCÍA AMIGO, MANUEL. *Instituciones de Derecho civil, I. Parte General, Op. Cit.*, p. 678. Igualmente, definida por Díez-Picazo así: “*Como voluntad interna individual puede valorarse el querer de cada uno de los sujetos y el propósito o motivación que guía a ese querer*”, en DÍEZ-PICAZO, LUIS. *Fundamentos del Derecho civil patrimonial I, introducción, teoría del contrato, Op. Cit.*, p. 173.

¹⁶⁴ En este sentido, debemos tener claro que: “*Al derecho solo le interesa, en principio, el elemento externo de la voluntad (la declaración), de manera que una vez que comprueba su existencia, lo considera como acto jurídico y determina objetivamente cual es el resultado que puede alcanzar*”, en RUIZ SERRAMALERA, RICARDO. *Derecho civil, el negocio jurídico, elementos y eficacia del negocio jurídico, la representación, Op. Cit.*, p. 54.

¹⁶⁵ LETE DEL RÍO, JOSÉ MANUEL. MANUEL. LETE ACHIRICA, JAVIER. *Derecho de obligaciones, volumen I teoría general de la relación obligatoria y del contrato. Derecho de daños, Op. Cit.*, p. 420. DÍEZ-PICAZO, también nos dice que: “*La declaración que cada uno de los contratantes emite, que es la comunicación exterior a*

I. DERECHO DE DESISTIMIENTO

“debe, en fin, producirse dentro del ámbito de la libertad jurídica, delimitado por el ordenamiento legal imperativo”¹⁶⁶.

En la doctrina se admite que para exteriorizar la voluntad para efectos de suscribir el acuerdo, la declaración puede realizarse expresa o tácitamente. En materia de desistimiento el asunto no tiene porqué variar, así la declaración: *“Es expresa cuando el declarante se comunica con el destinatario de su declaración por medio de signos idóneos para hacer llegar a éste su pensamiento. El medio normal de realizar una declaración expresa de voluntad es obviamente el lenguaje, tanto verbal como escrito, pero son también declaraciones expresas aquellas que se realizan mediante signos inequívocos (por ejemplo, levantar el brazo en una subasta, recoger el periódico y dejar las monedas en el quiosco, etc.), de valor acostumbrado o de valor socialmente reconocido”¹⁶⁷.* Y es tácita cuando *“se realiza por medio de actos concluyentes e inequívocos (falta concludentia), está sometida siempre a una interpretación y valoración en los tribunales, que debe realizarse en forma objetiva, o buscando tanto la inducción de una voluntad oculta bajo ellos, cuando el sentido que el comportamiento tiene y la confianza que suscita en los demás”¹⁶⁸.*

En Derecho de consumo, la exteriorización no solo debe ser conforme a lo indicado, sino que además, como mínimo, tiene que ser vista en concordancia con el artículo 68.1 del TRLGDCU¹⁶⁹ que indica que: *“1. El Derecho de desistimiento de un contrato es la facultad del consumidor y usuario de dejar sin efecto el contrato celebrado, notificándose así a la otra parte contratante en el plazo establecido para el ejercicio de ese derecho, sin necesidad de justificar su decisión y sin penalización de ninguna clase.”*(subrayado es propio). Conjuntamente con el artículo 70 del mismo cuerpo, el cual agrega que: *“El ejercicio del Derecho de desistimiento no estará sujeto a formalidad alguna, bastando que se acredite en cualquier forma admitida en derecho.*

través la cual su voluntad interna es conocida o inducida tanto por el otro contratante como por las demás personas o terceros”. En DÍEZ-PICAZO, LUIS. *Fundamentos del Derecho civil patrimonial I, introducción, teoría del contrato, Op. Cit.*, p. 173.

¹⁶⁶ GARCÍA AMIGO, MANUEL. *Instituciones de Derecho civil, I. Parte General, Op. Cit.*, p. 677.

¹⁶⁷ En DÍEZ-PICAZO, LUIS. *Fundamentos del Derecho civil patrimonial I, introducción, teoría del contrato, Op. Cit.*, p. 175.

¹⁶⁸ *Ibid*, p. 176.

¹⁶⁹ Debemos recordar que el TRLDGCU es una normativa de mínimos, por ello, nada impide que las partes puedan negociar algún otro mecanismo de comunicación del desistimiento.

En todo caso se considerará válidamente ejercitado mediante el envío del documento de desistimiento o mediante la devolución de los productos recibidos.”

Como vemos, lo que se busca es imponer la obligación al consumidor a comunicar de manera fehaciente la intención de desistir al empresario para que éste tenga conocimiento absoluto del deseo del consumidor y con ello, tener por extinta la relación contractual. Lo cual resulta lógico y entendible ya que con ello se garantiza que al empresario se le tenga que informar que el contrato va a ser o ha sido desistido.

Ahora, la informalidad que garantiza el artículo 70, también tiene otra consecuencia directa y es que al igual que se permite que para efectos de formalizar el acuerdo, la declaración de voluntad pueda ser expresa o tácita, para efectos de desistirlo, la declaración del consumidor en ese sentido, también puede ser realizada de las mismas dos maneras, bastando tal y como dice la norma, que la comunicación se pueda acreditar por cualquier medio de prueba legítimo. Incluso, la misma norma reafirma la posibilidad de que la manifestación de voluntad para desistir pueda ser tácita al indicar que para estos efectos bastará con el simple envío del documento de desistimiento o bien, de la devolución del bien. Lo cual significa que ante este supuesto, el empresario debe interpretar como desistido el acuerdo.

Y es que resulta lógico que en ciertos casos baste la mera devolución para tener por desistido el acuerdo, podríamos pensar en un contrato realizado a distancia, en donde, el comerciante vea devuelva la mercancía enviada, o bien, en una devolución realizada por un cliente en uno de tantos almacenes comerciales que suelen publicitar esa opción como parte de sus políticas de servicio al cliente. Es claro que en ambos ejemplos, el ánimo de desistir es obvio y manifiesto.

Otro punto que resulta interesante analizar es el del papel que juega el silencio como declaración de voluntad y si como tal puede comprometer a un sujeto en una relación contractual obligatoria, sobre todo si no ha realizado ninguna manifestación de aceptación o consentimiento con la misma. Y en nuestro caso, si a través de él se puede desistir de un acuerdo que tal vez, ha sido pactado con una exteriorización de voluntad expresa.

I. DERECHO DE DESISTIMIENTO

En este sentido, DIEZ-PICAZO nos dice que debemos analizar el problema desde dos puntos de vista diferentes, primero, desde la óptica de quienes indican que el silencio no declara nada. Y en éste sentido: *“No puede decirse que callando se manifieste ninguna voluntad (qui tacet non utique fatetur). El silencio, en rigor, más que una declaración de voluntad es una omisión de declaración”*¹⁷⁰. Y por otro lado, agrega el autor, tenemos a quienes indican que el silencio debe interpretarse como un *“asentimiento o una tácita aquiescencia a lo declarado o manifestado por otra persona. El que calla otorga, según dice un viejo refrán. El que calla parece consentir: quit tacet consentiré videtur”*¹⁷¹.

En materia de consumo a diferencia de lo que indica el autor, debemos ser mucho más cuidadosos. Me parece que admitir que un consumidor pueda desistir del acuerdo simplemente haciendo mutis, sin que haya algún acto unívoco del que directamente podamos inferir su intención, es inadmisibile. Primero, porque la Ley expresamente exige que el acto debe ser comunicado al empresario, es decir, éste no está obligado a estar suponiendo cuestiones que expresa o tácitamente se le deban comunicar y segundo, porque el silencio de alguna manera más bien debe ser interpretado como una manera de renuncia al derecho de desistir del acuerdo.

Para aplicar el silencio al Derecho de desistimiento, primero tenemos que partir de la premisa básica que los derechos derivados de la aplicación del TRLGDCU, en principio y como norma general, son irrenunciables y así lo indica el artículo 10. Sin embargo, dicha regla tiene su excepción, ya que si en nuestro caso unimos el Derecho de desistimiento y silencio, tenemos un resultado totalmente diferente al que hemos venido desarrollando, ya que como vimos, puede interpretarse como una renuncia tácita al derecho que nos ocupa y con ello, dejar con plena vigencia al contrato de consumo.

Es una simple cuestión de lógica ya que si el consumidor decide dejar transcurrir el tiempo sin manifestarse acerca del desistimiento en el fondo lo que hace es

¹⁷⁰ En DÍEZ-PICAZO, LUIS. *Fundamentos del Derecho civil patrimonial I, introducción, teoría del contrato*, Op. Cit, p. 176.

¹⁷¹ *Idem*.

renunciar al mismo. En este sentido, lo que hay es una renuncia tácita del derecho que se le otorga: Yo –consumidor- renuncio a ejercitar el derecho a desistir.

Y es que en la realidad negocial, esta renuncia tácita es casi más común que el desistimiento mismo, ya que la regla general suele ser que una vez realizado un contrato de consumo, los consumidores se encuentren satisfechos con los bienes y servicios adquiridos y con ello, ni se cuestionen desistir de él y simplemente dejando pasar el plazo rechacen desistir. Más bien, suelen preocuparse más por temas más comunes como el de la garantía.

En el fondo, me atrevería a decir que si un sujeto desiste de un contrato lo hace por insatisfacción hacia él, es decir, por insatisfacción con el bien y/o servicio recibido, por las condiciones del negocio mismo, tales como plazo, precio, etc., o bien, por simple cambio de parecer. Y todas ellas, son situaciones que un consumidor informado de sus derechos generalmente valora antes de pactar. Y claro está, cuando no lo hace, puede desistir.

a.- Los vicios de la voluntad en el derecho a desistir:

Hemos venido analizando cómo el Derecho de desistimiento es un acto voluntario del consumidor y en ese tanto, le es aplicable la teoría de voluntad contractual, sus elementos y requisitos. Ahora, vamos a extrapolar la concepción voluntarista de la figura y procederemos a analizar si los llamados vicios del consentimiento que afectan la voluntad individual al momento de contratar, pueden afectar la voluntad de desistir¹⁷².

¹⁷² Es importante mencionar en este punto, que anteriores intentos doctrinales de acerca el Derecho de desistimiento a la teoría de los vicios de la voluntad, se hizo con el fin de ubicar a éste como un auxiliar de la doctrina de los vicios del consentimiento. En este sentido, podemos citar a PARRA LUCÁN, quien indica: “*Más recientemente, se contiene un «derecho de revocación» en el artículo 5 de la Ley 26/1991, de 21 de noviembre, sobre contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles (BOE n.º 283, de 26 de noviembre), por la que se transpone la Directiva del Consejo 85/577/CEE, de 20 de diciembre (DO n.º L 372, de 31 de diciembre). Introducido como un instrumento auxiliar de la doctrina sobre vicios*”

I. DERECHO DE DESISTIMIENTO

No hablamos, entonces, de nulidad o anulabilidad del contrato, sino de nulidad o anulabilidad del desistimiento, lo que conllevaría a que el contrato recobre validez de nuevo, es decir, recobre su eficacia jurídica. Así, ya no estaríamos ante un supuesto de finalización del acuerdo, como lo es normalmente el desistimiento, sino que estaríamos ante una opción de “*renacimiento*” del contrato desistido ante la ilegalidad del acto que lo hizo ineficaz.

En este sentido, para crear nuestro teorema de los vicios de la voluntad del Derecho de desistimiento, partiremos necesariamente de los postulados de la teoría de los vicios de la voluntad en la etapa de formación contractual. Para ello, haremos nuestras las palabras de LACRUZ BERDEJO, cuando para referirse al tema de la voluntad nos dice que: “*El acuerdo contractual tiene como base la voluntad de los contratantes, que solo puede decidirse correctamente cuando actúan de una manera consciente, racional y libre. En todos aquellos supuestos en que falta en los contratantes la adecuada representación de las circunstancias y de la trascendencia del acto que van a llevar a cabo o la espontaneidad de su decisión, el contrato no puede ser perfecto y debe poder impugnarse para que los contratantes no se vean afectados por lo que no quisieron*”¹⁷³. En este sentido, “*será nulo el consentimiento prestado por error, violencia, intimidación o dolo*”¹⁷⁴.

del consentimiento”, en PARRA LUCÁN, MARÍA DE LOS ÁNGELES. “Artículo 10: Derecho de desistimiento”, *Op. Cit.*, p. 159. Igualmente, a GARCÍA VICENTE, quien reconoce que inicialmente: “*el fundamento del derecho de revocación parece hallarse en la tutela de la libre y racional formación de la voluntad del consumidor, siendo este derecho una defensa frente a una eventual captación; por esta razón, su parentesco con los vicios de la voluntad del Código Civil (arts. 1265-1270) es insoslayable.*” En GARCÍA VICENTE, JOSÉ RAMÓN. *Ley de contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles: El derecho de revocación*, *Op. Cit.*, p. 38. O bien, a MIRANDA SERRANO, quien sobre el punto dice: “*Según lo que acaba de exponerse, no parecerá desacertado considerar el derecho de desistimiento del consumidor en los contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles como un instrumento auxiliar de la teoría de los vicios de la voluntad. Su consagración legal evidencia un proceso evolutivo de la disciplina de los vicios del consentimiento negocial jurídicamente relevantes. Éstos ya no son solo los que preocuparon al legislador decimonónico, sino también otros más leves que se presumen objetivamente presentes en determinados sistemas de comercialización y contratación.*” En MIRANDA SERRANO, LUIS MARÍA. “El desistimiento del consumidor en la contratación fuera de los establecimientos mercantiles: Fundamentación y disciplina”, *Op. Cit.*, p. 298.

¹⁷³ LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS. ET AL. *Elementos de Derecho civil, tomo II derecho de obligaciones, volumen primero: Parte general. Teoría general del contrato*, cuarta edición, Editorial Dykinson, Madrid, 2007, p. 358.

¹⁷⁴ Artículo 1265 del Código Civil.

Partiendo de ello, debemos concluir *a priori* que el Derecho de desistimiento, como manifestación de libre albedrío, no puede ser ajeno a los factores que condicionan la legitimidad de la voluntad en la etapa de formación del acuerdo. Se debe hacer un paralelismo entre ambos momentos y analizar el proceso volitivo que les precede para determinar la legalidad que fundamenta el acto mismo, sea el de consensuar o desistir.

Ciertamente el sistema jurídico no puede permitir que un acto derivado de la falta de conocimiento, o de la falta de libertad tenga eficacia jurídica y en ese sentido, perjudique a su emisor. Y esto mucho menos, en Derecho de consumo, cuya existencia se fundamenta, entre otros extremos, como un mecanismo de tutela y protección de una de las partes contratantes.

Es claro entonces que el error, el dolo, la violencia y la intimidación que se puedan ejercer para manipular la voluntad contractual en etapa de formación del negocio, también podrían utilizarse en la etapa de desistimiento¹⁷⁵. Pensamos sobre todo, en evitar que se manipule la voluntad del consumidor para lograr que desista de un contrato válido y con ello, lograr un beneficio para el sujeto activo (que podría ser un empresario) y un perjuicio para el sujeto pasivo (que sería el consumidor)¹⁷⁶.

Ahora bien, no todos los casos en que nos encontremos en presencia de un Derecho de desistimiento, podremos aplicar la teoría de los vicios de la voluntad como causal de nulidad o anulabilidad del acto jurídico, ya que como DIEZ-PICAZO advierte, *“más que una monolítica dogmática de vicios del consentimiento contractual, que tenga que ser entendida desde un punto de vista lógico, existe lo que puede llamarse un casuismo dogmatizado o, si se prefiere, una tipificación legal de casos de justicia o injusticia de la vinculación contractual, atendiendo a los hechos ocurridos en el*

¹⁷⁵ Siempre y cuando ese acuerdo prevea la aplicación del Derecho de desistimiento, sea legal o contractualmente.

¹⁷⁶ Ya lo advierte FONT GALÁN: *“El Código Civil, en realidad solo tutela la «libertad física» del consumidor contratante, pero no su libertad psíquica tan vulnerable a las técnicas suasorias y subliminales ejercitadas por la publicidad y los sistemas de promoción de ventas. He aquí una reivindicación iusprivatista del movimiento social de los consumidores que exige una importante reforma en la teoría de la nulidad del contrato, en la que se contemple la tutela de la libertad psíquica del consumidor con vistas a su elección libre en el mercado y a su autodeterminación negocial.”* FONT GALÁN, JUAN IGNACIO. LÓPEZ MENUDO, FRANCISCO. *Curso sobre el nuevo derecho del consumidor, Op Cit.*, p. 32.

I. DERECHO DE DESISTIMIENTO

*momento de su constitución, de manera que en algunos casos se permite que quien quedó injustamente por un contrato, pueda desligarse de él y obtener una decisión judicial en virtud de la cual las cosas se restituyan o devuelvan al estado que tenían cuando el contrato se celebró, siempre que ello sea posible*¹⁷⁷. En nuestro caso, tal y como mencionamos, sería anular el desistimiento efectuado y conceder eficacia plena al contrato, para que éste se ejecute tal y como se hacía antes de haberse desistido.

Sobre todo, nos referimos a situaciones concretas, en las que el empresario pueda realizar algún tipo de acción ilegal o incorrecta en perjuicio del consumidor: Por ejemplo, podríamos pensar en el caso de una compra de una joya, que a los pocos días de ser realizada aumenta sustancialmente su valor y en un acto ilícito, el vendedor manipula un desistimiento del contrato, para luego revender el objeto a un mejor precio. O bien, de aquél contrato con el que se compra una cosa con una importante rebaja de su precio normal y si se desiste, perdemos la oferta adquirida y el empresario recupera el bien, para revenderlo al valor original.

Comunes o no, ambos son casos son perfectamente posibles dentro del marco de la realidad negocial del mercado. Por ello, es que nos planteamos la cuestión y como tal, analizamos las posibles respuestas que podemos encontrar.

i.- Error:

Antes de analizar la posible aplicación del error como vicio del Derecho de desistimiento, debemos de recordar que no todos los errores son capaces de viciar la voluntad consensual y con ella, el consentimiento. El error que se convierte en un verdadero vicio del consentimiento es únicamente aquél que se manifiesta *“en una*

¹⁷⁷ DÍEZ-PICAZO, LUIS. *Fundamentos del Derecho civil patrimonial I, introducción, teoría del contrato*, Op. Cit., p. 186.

*equivocada o inexacta creencia o representación mental que sirve de presupuesto para la realización de un acto jurídico*¹⁷⁸.

Y a pesar de que la doctrina identifica una importante cantidad de supuestos en los que podemos caer en error al momento de suscribir un acuerdo¹⁷⁹, para efectos de nuestro trabajo únicamente nos concentraremos en aquellos que afecten de manera directa a la voluntad, ya que son ellos lo que podrían afectar el derecho a desistir del contrato, o mejor dicho, el acto voluntario de acogerse al Derecho de desistimiento.

En este sentido, tal y como veníamos adelantando, no todos los errores que caben en los supuestos del artículo 1265 del Código Civil, son susceptibles de invalidar el consentimiento, ya que: *“Para que el error invalide el consentimiento, deberá recaer sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato, o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo. El error sobre la persona sólo invalidará el contrato cuando la consideración a ella hubiere sido la causa principal del mismo. El simple error de cuenta sólo dará lugar a su corrección*¹⁸⁰.

Por tanto, la teoría del error es eminentemente casuística ya que debemos analizar cada caso en concreto y determinar en él si se dan las condiciones necesarias para que el error sea declarado y con él anulado el negocio. Los errores que afectan la validez del negocio tienen que ver con la formación de la voluntad contractual y su

¹⁷⁸ DÍEZ-PICAZO, LUIS. *Fundamentos del Derecho civil patrimonial I, introducción, teoría del contrato*, Op. Cit., p. 207. Definido además, por el mismo autor así: “El error es una falsa representación mental de la realidad que vicia el proceso formativo del querer interno, y que opera como presupuesto para la realización del negocio: o no se hubiera querido de haberse conocido exactamente la realidad, o se hubiera querido de otra manera.” En, DÍEZ PICASSO, LUIS. GULLÓN, ANTONIO. *Sistema de Derecho civil, volumen II, El contrato en general, la relación obligatoria, contratos en especial, cuasi contratos, enriquecimiento sin causa, responsabilidad extracontractual*, Op. Cit., p.53. Igualmente, ROCA SASTRE Y PUIG BRUTAU, en cita nos dicen que el error: *“es una representación falsa o inexacta de la realidad; consiste en creer verdadero lo que es falso, o falso lo que es verdadero (DONELLUS). Es una disconformidad entre las ideas y representaciones de nuestra mente y la realidad. Es el conocimiento falso o equivocado de una cosa, dice CASTÁN. Es el conocimiento falso de un hecho o norma jurídica (RUGGIERO)”*, en ROCA SASTRE, RAMÓN MARÍA. PUIG BRUTAU, JOSÉ. *Estudios de Derecho privado, volumen I obligaciones y contratos*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2009, p.66.

¹⁷⁹ RUIZ SERRAMALERA, indica que de entre los errores de hecho y derecho, *“se duele distinguir dentro del primero entre el error en los motivos y el error en los elementos esenciales del negocio (ya recaiga sobre la persona, el objeto o la causa)”*, el RUIZ SERRAMALERA, RICARDO. *Derecho civil, el negocio jurídico, elementos y eficacia del negocio jurídico, la representación*, Op. Cit., p. 116.

¹⁸⁰ Artículo 1266 CC.

I. DERECHO DE DESISTIMIENTO

errónea formación, tienen que ver con la percepción que el sujeto tenga del objeto contractual (sobre su sustancia o condiciones)¹⁸¹ y con la persona misma, siempre y cuando su consideración hubiere sido la causa principal del mismo (error propio)¹⁸².

Respecto al error de objeto, *“para que el error en la sustancia o en las condiciones de la cosa pueda constituir un vicio del negocio es preciso que además de recaer el consentimiento sobre un objeto cierto, sus cualidades intrínsecas estén contempladas (es decir, queridas y manifestadas de alguna manera) como motivo esencial (principal, dice el Código) para celebrar el negocio”*¹⁸³. Así, un error en el objeto contractual, únicamente podrá ser considerado como vicio de la voluntad, cuando la cualidad propia o característica del objeto sea la motivación principal del contratante y como tal, debe constar en el acuerdo. Por ejemplo, errores simples, como la mera confusión, nunca invalidarán el consentimiento.

En cuanto al error en la persona, debemos aplicar el mismo principio, es decir, será reconocido como vicio de la voluntad, *“cuando la consideración de la persona haya sido... el motivo esencial del negocio (el art. 1266 habla de causa principal)”*¹⁸⁴.

Lo realmente importante que hay que tener en cuenta para determinar la existencia del error es tener claro que *“la esencialidad del error se encuentra en la intención, pero para saber si ha existido y tiene, además, influencia sobre la causa del negocio, es necesario una labor de interpretación que habrá que tener en cuenta todos los datos que se ofrezcan o sea posible conocer. Aunque el punto de partida sea el criterio subjetivo de quien actúa (para valorar qué es lo que se pretendió) también*

¹⁸¹ A manera de ilustración mencionamos que en el antiguo Derecho romano se hablaba de error en la existencia, error *in corpore* y error *in substantia*.

¹⁸² DE SAVIGNY habla de dos tipos diferentes de errores, a saber el error propio que como hemos indicado tiene que ver con la errónea apreciación que el sujeto tenga del objeto y/o del sujeto contractual y por ello, al haber un vicio grave en la voluntad ésta puede ser anulada, correspondiéndole al sujeto al contratante errado la titularidad en la acción. En el error impropio, en sujeto no se forma erróneamente, es decir, si hay una correcta apreciación de la realidad y de las condiciones del objeto o sujetos del contrato, por el contrario, el error tiene que ver con la declaración o manifestación de esa voluntad. Así el consentimiento efectuado en el contrato está viciado ya que una de las voluntades no refleja los intereses o motivaciones de su declarante; en el fondo, no hay contrato. A mayor abundamiento ver DE SAVIGNY, M.F.C., *Sistema del derecho romano actual*, traducido del alemán por M. Ch. Guenox, vertido al castellano por Jacinto Mesía y Manuel Poley, Editorial COMARES, S.L., Granada, 2005, p. 1283 y ss.

¹⁸³ RUIZ SERRAMALERA, RICARDO. *Derecho civil, el negocio jurídico, elementos y eficacia del negocio jurídico, la representación*, Op. Cit., p. 117.

¹⁸⁴ *Ibid*, p. 118.

*habrá que ponderar cualquier elemento objetivo que haya intervenido en la decisión de la voluntad*¹⁸⁵ .

Por último, resulta fundamental tener en cuenta las recomendaciones que DIEZ-PICAZO¹⁸⁶ nos da al momento de identificar el error:

- Siempre debemos manejar el error dentro de un marco de excepcionalidad como causal de invalidación del contrato, ya que lo normal es atenernos al acuerdo y sus consecuencias, las cuales normalmente son conocidas por las partes y con ello, no dejar pasar como errores posibles equivocaciones de los sujetos contractuales, las cuales deben ser aceptadas y soportadas.
- Siempre deberá tenerse en consideración la intención del contratante equivocado respecto del objeto del negocio, ya que una cosa es el error en las consideraciones esenciales del objeto como causa del negocio y otra muy diferente es el error sobre aquellas circunstancias o elementos del objeto que están fuera de las consideraciones o motivaciones originales del contratante.
- Siempre debe analizarse con rigurosidad la responsabilidad que el mismo contratante “errado” ha tenido frente a su equivocación y con ello, ponderar la evitabilidad del error. Es decir, siempre debemos determinar si estamos en presencia de un error excusable o inexcusable.
- Por último, no debemos dejar de analizar el papel jugado por el co-contratante en el error; debemos identificar si su actuación fue de buena o mala fe, si el error fue mutuo, o bien, si éste fue partícipe dolosamente o culposamente en la equivocación alegada.

En el caso del Derecho de desistimiento que es lo que nos ocupa, todos estos extremos son importantes en la etapa de formación del acuerdo, pero en la etapa de ejecuciones contractuales que es en la que ubicamos al Derecho de desistimiento, debemos ser cuidadosos en su aplicación ya que tenemos que ubicar cómo todos los extremos teóricos que hemos expuesto podrían ser de aplicación en casos de

¹⁸⁵ *Ibid*, p. 119.

¹⁸⁶ DIEZ-PICAZO, LUIS. *Fundamentos del Derecho civil patrimonial I, introducción, teoría del contrato*, Op Cit, p.209.

I. DERECHO DE DESISTIMIENTO

desistimientos efectuados por error del consumidor y con ello, lograr su anulación y posterior rehabilitación del contrato.

Pero antes de admitir la aplicación del error como vicio del desistimiento, tenemos que plantearnos un par de cuestiones importantes: La primera, es que somos conscientes que podría resultar difícil encontrar un caso en que el desistimiento se pueda dar por error cuando el negocio ya se ha perfeccionado y el consumidor está disfrutando del objeto contractual y con ello, apreciando sus características especiales, precisamente las mismas que le motivaron a adquirirlo.

Y la segunda, es pensar en la verdadera importancia práctica que pueda el admitir la procedencia del error como causal de nulidad de un derecho de desistimiento. Sobre todo, si pensamos en cuestiones de lógica y economía, ya que pareciese que puede ser absurdo darle al consumidor la opción de declarar nulo un desistimiento por error, si puede resultar más sencillo que simplemente vaya al comercio y de nuevo compre la cosa objeto del contrato desistido.

Pero también y a pesar de lo anterior, podríamos pensar en situaciones concretas en donde sea imposible repetir el negocio en las mismas condiciones que se hizo el original, como podría ser cuando el objeto haya sido adquirido con algún tipo de oferta o rebaja en su precio, o bien, en tratándose de algún objeto de colección único y difícil de encontrar; en fin, hablo de casos en donde no se pueda repetir el negocio original y si resulte mejor buscar la nulidad del desistimiento erróneamente realizado para recuperar el bien.

Igualmente, hay que ponderar que admitir la posibilidad de que el consumidor pueda anular un desistimiento efectuado, podría ser un abuso del derecho que desvirtúe la figura ya que por un lado, el desistimiento dejaría de ser un mecanismo de protección e igualdad, para pasar a ser un mecanismo de desigualdad, en donde el perjudicado serán los comerciantes, ya que tendrían que soportar el juego que va de

suscribir el contrato, a tenerlo por desistido y luego por anular el desistimiento, para retomar el acuerdo original¹⁸⁷.

Por otro lado, hay que considerar que admitir el error en la voluntad como causa válida para anular un desistimiento efectuado, podría ser inviable por el fundamento mismo del error como causa vicio del consentimiento, cual es el elemento subjetivo de la voluntad, es decir, la intencionalidad del sujeto. En el desistimiento, no hay expectativas incumplidas y/o insatisfechas, que deban ser subsanadas con la nulidad del desistimiento mismo. Para eso se anula el contrato, no el desistimiento.

En fin, la posibilidad de admitir el error del consumidor como una posibilidad de admitir la nulidad de un Derecho de desistimiento debe ser analizado con mucho más cuidado que otro tipo de situaciones que pueden ser mucho más claras, como veremos son la violencia, el dolo o la intimidación. Para admitir como válida su aplicación, deberemos analizar cada caso en concreto y con ello, determinar si estamos en presencia de una situación especial que amerite su procedencia, o por el contrario, estamos ante un ejercicio abusivo de un derecho o una desnaturalización de la figura.

ii.- Dolo:

¹⁸⁷ Sobre el abuso del Derecho de desistimiento BARCELLONA indica: *“In termini di «abuso di diritto»: Il recesso, quand’anche ad nutum, non si sottrae al sindacato giudiziale circa la natura non abusiva del suo esercizio, la quale si dà ogni qual volta un diritto o potere sia, in fatto, esercitato in vista di finalità diverse ed ulteriori, rispetto a quelle per le quali l’ordinamento lo ha attribuito al titolare privato (se di fonte legale), o ha consentito che fosse attribuito (se di fonte contrattuale); ergo, un recesso ad nutum esercitato per finalità diverse da quelle ad esso fisiologicamente funzionali, costituisce un «abuso» non meritevole di tutela giuridica anche a prescindere dall’effettiva ricorrenza di una specifica finalità lesiva (l’animus nocendi non è più considerato condicio sine qua non dell’abuso).”* Traducción: *“En términos de «abuso de derecho»: el desistimiento ad nutum, no escapa a la obligación de un uso no abusivo del mismo, el cual se daría si se ejerce con fines diferentes a aquellos por los cuales se ha atribuido, legal o contractualmente; ergo, un desistimiento ad nutum ejercido para fines distintos de aquellos a los que creado, constituye un «abuso» y como tal, no es digno de protección legal, incluso a pesar de que se prescindiese de la finalidad lesiva (el animus nocendi se considera una condición sine qua non de abuso).”* En BARCELLONA, EUGENIO. *“Recesso ad nutum fra principio di buona fede e abuso del diritto: «solidarietà sociale» o inderogabilità del «mercato»? (Note a proposito di Cass. n. 20106/2009)”*, *Op. Cit.*, p. 172. En igual sentido ver PANETTI, FRANCESCO. *“Buona fede, recesso ad nutum e investì non recuperabili dell’affiliato nella disciplina dei contratti di distribuzione: in margine a Cass. 18 settembre 2009, n. 20106”*, *Op. Cit.*, p. 653 y siguientes.

I. DERECHO DE DESISTIMIENTO

En el caso del dolo, a diferencia de lo que sucede con el error, puede ser más probable que si encontremos situaciones de manipulaciones dolosas de la voluntad para influir en un desistimiento efectuado.

Si bien hablamos de nuevo de casos excepcionales nada impide que se puedan dar en la realidad y por ello, deban ser previstos por el derecho. Podríamos pensar en una situación en la que un empresario manipule dolosamente la voluntad del consumidor para que desista del contrato y con ello, lograr una ventaja económica de su acción. Sobre todo en situaciones en las que ha habido alguna variación posterior del precio del objeto del contrato, variación que se constituye en una ganancia para el comprador y una pérdida para el vendedor.

La mejor manera de controlar este tipo de situaciones es a través del análisis de los elementos del desistimiento, sobre todo de la manifestación de voluntad que le nutre, con ello nos daremos cuenta si hay algún tipo de manipulación insidiosa que cause perjuicio al consumidor y que amerite anular el acto.

En este sentido, debemos recordar que según el Código Civil, *“hay dolo cuando, con palabras o maquinaciones insidiosas de parte de uno de los contratantes, es inducido el otro a celebrar un contrato que, sin ellas, no hubiera hecho”*¹⁸⁸, es decir, *“dolo es todo complejo de malas artes, contrario a las leyes de la honestidad e idóneo para sorprender la buena fe ajena, generalmente en propio beneficio. Desde este punto de vista, el dolo se asimila a la mala fe y se contrapone a la noción ética de buena fe. Para la existencia del dolo no es necesaria una específica intención de causar a otro un daño o un perjuicio. Basta que se infrinja, de una manera consciente y voluntaria, un deber jurídico que pesa sobre el que actúa. En este sentido genérico, la idea de dolo pertenece no solo al Derecho Civil, sino también al Derecho Penal y constituye una de las formas que reviste la culpabilidad, entendida como valoración que merece un acto antijurídico o un acto realizado con infracción al ordenamiento jurídico. Bajo este ángulo se habla de dolo en el Derecho Penal y también en el Derecho Civil cuando se*

¹⁸⁸ Artículo 1269 CC.

*alude al incumplimiento doloso de una obligación o a la contravención de una obligación incurriendo el deudor en dolo*¹⁸⁹.

Resulta importante agregar además, que para identificar el dolo como posible vicio de la voluntad y ahora, del desistimiento, no solo se estudia al sujeto pasivo (declarante o consumidor), sino que también y sobre todo, se debe investigar a la contraparte (vendedor o empresario), ya que se debe tener muy claro cuál fue el grado de insidia en el ánimo del sujeto para que éste manifestara su voluntad de la manera en que lo hizo. Así, el dolo civil es comparable al dolo de las defraudaciones penales, el cual para ser imputable y sobre todo sancionable, requiere de un sujeto activo que realice un ardid, el cual a su vez, de manera directa y causal, induzca a error a su contrario y a partir de ahí, que ese error le cause un perjuicio patrimonial a favor del causante (Relación directa entre: Ardid, error y perjuicio).

En nuestro caso y retomando el ejemplo con el que empezamos, el dolo del empresario se ubicaría en la acción que realiza para manipular al consumidor, el error, sería el convencimiento a que injustamente arriba y el perjuicio lo ubicamos en la pérdida patrimonial para el consumidor y consiguiente enriquecimiento ilícito del vendedor.

Conforme el ejemplo y para volver al campo de derecho civil, para que el dolo sea reprochable debe ser parte de una conducta insidiosa del causante, resultado de “*palabras o maquinaciones*”. Conducta que puede ser resultado de acciones u omisiones (dolo negativo). Eso sí, tiene que afectar la voluntad del sujeto pasivo. Y como dice la ley, debe inducirle a tal grado, que lo condicione a realizar una conducta que sin su intervención no hubiera realizado. Además, exige el artículo 1270 CC, que el dolo debe ser grave, pero grave no de la conducta en sí, sino de su afectación en la declaración de voluntad, es decir, lo importante no es la conducta dolosa realizada como tal, sino su incidencia en la voluntad del sujeto pasivo.

Finalmente, el dolo que determine maliciosamente la voluntad del consumidor al momento de desistir, debe acarrear la nulidad del acto jurídico y con ello, retrotraer

¹⁸⁹ DÍEZ-PICAZO, LUIS. *Fundamentos del Derecho civil patrimonial I, introducción, teoría del contrato*, Op. Cit, p. 198.

I. DERECHO DE DESISTIMIENTO

sus efectos al momento previo de su declaración, lo cual implica necesariamente que el desistimiento debe anularse y el contrato adquirir eficacia plena, tal y como lo tuvo desde el momento en que se suscribió, declarando además, la responsabilidad del causante por sus actos ilícitos.

Es claro que si encontramos un caso en el que un empresario ha manipulado la voluntad del consumidor para lograr su desistimiento, en los términos que hemos venido analizando, la acción debe ser sancionada como mínimo anulando el acto ilegal. Sostener lo contrario, implicaría de nuevo, desnaturalizar la figura para convertirla en una instancia de provecho para vendedores o empresarios inescrupulosos y no en un mecanismo de defensa de consumidores.

Al igual que ya advertimos en el caso del error, debemos ser cuidadosos al momento de admitir como válida la nulidad o anulabilidad del desistimiento del contrato por presencia de acciones dolosas de la contraparte, para ello, lo conveniente es analizar cada caso con concreto dentro de los parámetros expuestos.

iii.- Violencia e Intimidación:

Al igual de lo que sucede con el error y el dolo, en el tema de la violencia e intimidación, también podríamos encontrar casos en que será perfectamente admisible la aplicación de estos vicios al Derecho de desistimiento.

Para ello, el Código Civil en su artículo 1265 cataloga a la violencia y a la intimidación como vicios del consentimiento y a pesar de que *a priori* podríamos afirmar que son conceptos muy similares, en tanto que ambos son manifestaciones violentas y normalmente toda violencia causa intimidación, lo cierto es que son figuras de tipificación de acciones ilícitas muy diferentes.

El artículo 1267, nos dice que: *“Hay violencia cuando para arrancar el consentimiento se emplea una fuerza irresistible”*, y, *“hay intimidación cuando se*

*inspira a uno de los contratantes el temor racional y fundado de sufrir un mal inminente y grave en su persona o bienes, o en la persona o bienes de su cónyuge, descendientes u ascendientes*¹⁹⁰.

Así, para que haya violencia debe concurrir un mal inmediato, actual, inminente e inevitable; y el sujeto pasivo debe sentirlo como tal. En la intimidación, en cambio, lo que se recibe es una amenaza o una coacción de un hecho maligno, futuro, aunque próximo; el sujeto pasivo percibe el mensaje como un hecho casi seguro, aunque evitable, a través de la aceptación de aquello (un contrato) que en condiciones normales se rechazaría. La violencia o la intimidación además, pueden ser causadas por un tercero, es decir, no necesariamente tiene que ser la contraparte del acuerdo para que el vicio se configure, basta con la amenaza cause temor, racional y fundado, para que la voluntad se encuentre viciada¹⁹¹.

¹⁹⁰ Sobre el concepto de violencia Díez-PICAZO, indica: “De acuerdo con la letra del precepto legal citado, la violencia aparece como una forma de fuerza o de coacción física que bien excluye por completo el consentimiento o bien determina el carácter defectuoso del que sea emitido bajo ella. «Arrancado» lo llama nuestro Código Civil. La característica general del supuesto es la coacción física o fuerza empleada, en cuanto ha sido el móvil impulsor del acto jurídico. En cambio, en la intimidación el elemento característico no radica en el instrumento empleado, sino en el resultado obtenido mediante él. Así como la violencia mira más el comportamiento del sujeto agente, la intimidación contempla de forma especial la actitud del sujeto paciente. La característica de la intimidación es un miedo o un temor producido en una persona”, en Díez-PICAZO, LUIS. *Fundamentos del Derecho civil patrimonial I, introducción, teoría del contrato*, Op. Cit, p. 188. Además, RUIZ SERRAMALERA, agrega que: “A) Habrá que entender que hay violencia cuando exista un temor de sufrir un mal grave (parece que hay que admitir tanto en la persona como en los bienes) inmediato o presente y no inminente como ocurre con la intimidación. El mal en la violencia tiene como fundamento la conciencia de que va ocurrir en el instante en que sufre el temor, mientras que en la intimidación puede, y de hecho suele, estar referido a un acontecimiento más o menos próximo o incierto.... B) También puede entenderse que hay violencia cuando sin reunir el temor el requisito de producirse un mal inminente, trasciende de tal manera que supone un obstáculo para que haya libertad de decisión... En todo caso, lo que sí parece seguro es que la violencia, sea cualquiera el criterio que se acepte, consiste en una privación de libertad para decidir el sujeto cuál sea su voluntad, y que casi siempre será difícil distinguirla de la intimidación o de la inexistencia de consentimiento”. En cuanto a la intimidación, el autor nos indica que: “A diferencia de la violencia moral (ya que la violencia física supone la inexistencia de la voluntad), en la intimidación hay voluntad pero coaccionada y no libremente formada.” En RUIZ SERRAMALERA, RICARDO. *Derecho civil, el negocio jurídico, elementos y eficacia del negocio jurídico, la representación*, Op. Cit., p. 136.

¹⁹¹ Es importante destacar que respecto a la violencia “algunos importantes sectores doctrinales han distinguido dos modalidades diferentes, que se caracterizan por los efectos que produce. La consecuencia que de ello se extrae es que en la llamada violencia absoluta, la presión ejercida o los medios utilizados producen una total inexistencia de voluntad contractual, que queda totalmente excluida, mientras que en la llamada violencia relativa o compulsiva, que recibe también en ocasiones el nombre de violencia moral, como consecuencia de la presión o de la fuerza, se consigue arrancar un consentimiento viciado”, en Díez-PICAZO, LUIS. *Fundamentos del Derecho civil patrimonial I, introducción, teoría del contrato*, Op. Cit, p. 189. Sin embargo, dicha diferenciación, nos indica, el autor no tiene razón

I. DERECHO DE DESISTIMIENTO

En cuando a la sanción de la violencia y la intimidación, el Código Civil prevé la nulidad del negocio como respuesta a su utilización. Solo que una nulidad diferenciada entre cada una de ellas.

En el caso de la violencia, se parte de la premisa de que hay falta de voluntad en el acuerdo suscrito, ya que la misma ha sido manipulada coactiva, forzosa y violenta por el sujeto activo, por ello, al faltar uno de los requisitos esenciales del mismo, la única respuesta es la de la nulidad absoluta¹⁹².

Y en el caso de la intimidación, como hemos visto, sí hay una manifestación de voluntad del sujeto, tomada “*voluntariamente*” por él, solo que sin la libertad necesaria para que la misma pueda surtir efectos jurídicos. Es una decisión coaccionada y manipulada como una respuesta a la amenaza recibida, por ello, el contrato resultante de ese consentimiento, si bien es cierto que *a priori* reúne todos los requisitos para su eficacia, lo cierto del caso, es que conforme al artículo 1300 CC está viciado en uno de esos elementos básicos, por lo tanto, puede ser anulable.

En el caso del Derecho de desistimiento, debe existir una tutela jurídica de aquellos consumidores que puedan ser expuestos a situaciones como las que apuntamos. Ciertamente, al igual que ya expusimos con el error y el dolo contractual, en el caso de la violencia y/o la intimidación, no debe hacerse excepción, ya que las acciones ilegítimas que pueden favorecer un comportamiento doloso, igualmente podrían favorecer la aparición de un comportamiento violento o intimidatorio que coarten el libre albedrío del consumidor y manipulen su intencionalidad hacia una decisión contraria a sus intereses.

Es claro, que nada impide que en la realidad encontremos diversos ejemplos de acciones violentas o intimidatorias de sujetos frente a sus contrapartes y no hablo solo de aquellas que se puedan realizar en la etapa de formación del acuerdo, sino que considero también todas aquellas que se puedan presentar en las otras fases de la vida del negocio. Por ello, la sanción que el sistema prevea, debe aplicarse siempre,

de ser ya que la misma tienda a favorecer al autor de la violencia al darle la posibilidad de anular el acuerdo, facultad que únicamente debe tener el violentado.

¹⁹² Artículos 1261 y 1300 del Código Civil.

independientemente del momento en que nos encontremos, ya que tan grave e ilegítima es una, como lo es la otra y el sistema legal, no debe ser omiso ante ello.

Un desistimiento realizado mediante intimidación y/o violencia, nunca puede ser amparado por la ley, ya que ello sería legitimar la aplicación injusta y desnaturalizada de un instituto que fue hecho para proteger, a quien en el caso concreto, se estaría perjudicando.

Eso sí, de nuevo advertimos que para anular un desistimiento efectuado por presunta presencia de violencia y/o intimidación del consumidor, primero debemos analizar muy bien el caso concreto y determinar si ciertamente las acciones efectuadas permiten aplicar la sanción prevista, o si por el contrario, podemos estar en presencia de un ejercicio abusivo del derecho, hecho por un consumidor inescrupuloso.

CAPÍTULO II. REGULACIÓN DEL DERECHO DE DESISTIMIENTO

La falta de uniformidad que hemos podido comprobar en el derecho de desistimiento, tanto en su conceptualización, como en la identificación de su verdadera naturaleza jurídica, es producto de la heterogeneidad de instrumentos normativos que lo regulan, tanto a nivel europeo, como interno.

Lo anterior significa que la regulación jurídica del Derecho de desistimiento resulte ser bastante compleja, ya que a nivel europeo no se ha contado con más que una serie de Directivas que de manera individual y dispersa, pretendían tipificar la figura y no es sino hasta finales de 2011, con la promulgación de la nueva Directiva sobre derechos de los consumidores, que se pretende unificar el sistema.

A nivel de derecho interno, el panorama tampoco varía mucho, ya que igualmente se padecía de una regulación fragmentada y parcializada, la cual se pretendió corregir con la promulgación del TRLDGPU en 2007, el cual no solo unificaba el sistema, sino que también incorporaba al sistema español, las últimas Directivas Europeas sobre el tema. Sin embargo, dicho cuerpo legal, ahora y tan solo 5 años después, de nuevo se encuentra desfasado con el sistema comunitario, es decir, otra vez, habrá que implementar una reforma de sistema para trasponer los cambios introducidos en el sistema comunitario a finales del año pasado¹⁹³.

¹⁹³ Sobre el intento de unificación del TRLDGPU, Picatoste indica: *“En virtud de lo expuesto, por tanto, cabe afirmar en primer término la absoluta impericia del legislador en la pretendida labor de unificación y simplificación del régimen de desistimiento en los contratos con consumidores. Como se ha tenido oportunidad de mostrar, las especificaciones que se mantienen en este texto legal respecto a las modalidades de contratación a distancia y la realizada fuera de establecimiento, no responden a una justificación razonada y puesta al servicio a los intereses dignos de protección en estas categorías. Además, tampoco parece que se haya tenido en cuenta en ningún momento, la existencia de otras normas especiales, no refundidas en la norma de referencia, que mantienen unos regímenes particulares del derecho de desistimiento y que en ocasiones, como se ha señalado, devienen partícipes además de las disposiciones comunes arrojando un resultado del todo incierto. Sin entrar a juzgar las consideraciones que han llevado al legislador nacional para discriminar algunas de esas normas que pudieran ser objeto de refundición, parece que en todo caso no serían un obstáculo para que se sustrajeran de su contenido las disposiciones dedicadas al régimen del desistimiento y se avinieran al previsto en el Texto refundido.”* En PICATOSTE BOBILLO, VICTORIA. “El intento de unificación del Derecho de desistimiento en el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y Otras Leyes Complementarias: La obligación de información”, *Op. Cit.*, p. 755.

La dispersión y falta de uniformidad normativa que indico, se hace patente con una simple enunciación de los diferentes textos legales que han regulado a través de los años la figura del derecho de desistimiento. Así, a nivel comunitario, encontramos las siguientes Directivas:

- Directiva 85/577/CE, Directiva del Consejo de 20 de diciembre de 1985, referente a la protección de los consumidores en el caso de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales.
- Directiva 94/47/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 1994, relativa a la protección de los adquirentes en lo relativo a determinados aspectos de los contratos de adquisición de un derecho de utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido.
- Directiva 97/7/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 1997, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia.
- Directiva 2002/65/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores, y por la que se modifican la Directiva 90/619/CEE del Consejo y las Directivas 97/7/CE y 98/27/CE.
- Directiva 2008/48/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2008, relativa a los contratos de crédito al consumo y por la que se deroga la Directiva 87/102/CEE del Consejo.
- Directiva 2008/122/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de enero de 2009 relativa a la protección de los consumidores con respecto a determinados aspectos de los contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio.
- 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.

II. REGULACIÓN DEL DERECHO DE DESISTIMIENTO

Y a nivel interno, encontramos la siguiente normativa (la cual he ordenado atendiendo a la tipo de desistimiento que trate)¹⁹⁴:

- Respecto a la regulación general:
 - Artículos 68 y ss del TRLDGCU, así como el artículo 10 de la LOCM.
- Respecto al Derecho de desistimiento de tipo legal:
 - En contratos fuera de establecimiento comercial: Artículos 107 a 113 del TRLDGCU, junto con la remisión al régimen general.
 - En contratos a distancia: Artículos 92 a 106 del TRLDGCU, junto con la remisión al régimen general. Incluidos los contratos financieros realizados a Distancia (Ley 22/2007, de 11 de junio) y los contratos realizados telefónica o electrónicamente (artículo 80 TRLDGCU)¹⁹⁵.
 - En contratos de compraventa a plazos de muebles: Artículo 9 de la Ley 22/1998, de 13 de julio, de venta a plazos de bienes muebles.
 - En contratos sobre derechos de aprovechamiento por turno: Capítulo IV, del Real Decreto-ley 8/2012, de 16 de marzo, de contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición

¹⁹⁴ Lista formulada atendiendo únicamente a contratos de derecho privado, por ello, se excluye el marco regulador de servicios públicos, como lo pueden ser los servicios de agua, gas, electricidad, calefacción mediante sistemas urbanos y de contenido digital, sobre los cuales dicho sea de paso, la nueva Directiva sobre derechos de los consumidores plantea ampliar su regulación, en concreto el artículo 3 indica: *“Artículo 3: Ámbito de aplicación: 1. La presente Directiva se aplicará, en las condiciones y en la medida fijadas en sus disposiciones, a los contratos celebrados entre un comerciante y un consumidor. Se aplicará igualmente a los contratos de suministro de agua, gas, electricidad y calefacción mediante sistemas urbanos, incluso por parte de proveedores públicos, en la medida en que esas mercancías se suministren sobre una base contractual.”*

¹⁹⁵ Aunque BERMÚDEZ BALLESTERO, nos advierte que “en lo referente al ejercicio del derecho de desistimiento en la contratación a distancia llevada a cabo por medios electrónicos habrá que atender, además de a las normas contenida en el TRLCU sobre contratación a distancia, a la normativa específica sobre esta modalidad contractual. Dicha normativa específica se conforma por la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y comercio electrónico (LSSICE). Además, si el contrato electrónico que se realice contiene condiciones generales, será de aplicación la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación (LCGC), así como el RD 1906/1999, de 17 de diciembre, por el que se regula la contratación telefónica o electrónica con condiciones generales.” En, BERMÚDEZ BALLESTERO, MARÍA DEL SAGRARIO. “Informe sobre el posible Derecho de desistimiento ad nutum o facultad de cancelación con Derecho de reembolso que tienen los usuarios que contratan on line la compra de billetes de avión con compañías aéreas de bajo coste”, p.3. Documento localizable en: <http://www.uclm.es/centro/cesco/pdf/trabajos/13/2011/13-2011-1.pdf> Fecha de visita: 29/3/2011. A mayor abundamiento sobre el Derecho de desistimiento en la contratación electrónica ver: CAMACHO CLAVIJO, SANDRA. “El Derecho de desistimiento unilateral en la contratación electrónica (Ley 47/2002, de 19 de diciembre, de Reforma de la Ley Ordenación del Comercio Minorista)”, en *Diario La Ley*, número 6466, 20 Abril de 2006. Referencia La Ley 984/2006.

de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio.

- En contratos sobre viajes combinados: Artículo 160 del TRLDGCU¹⁹⁶.
- En contratos de préstamos o créditos hipotecarios: Artículo 21.2 de la Ley 2/2009, de 31 de marzo.
- Respecto al Derecho de desistimiento contractual:
 - Artículo 79 del TRLDGCU.

A.- Regulación Europea:

A nivel Comunitario es evidente que el derecho de desistimiento es una construcción histórica aún en un proceso de formación. Con ello, lo que queremos decir es que la regulación que encontramos en la actualidad es producto de un largo camino de regulación normativa, el cual a través de un proceso “*de prueba y ensayo*” ha consolidado una figura de contenido tuitivo, lo suficientemente fuerte y completa, como para cumplir su cometido de defensa del consumidor, pero que aún hoy en día, sigue sufriendo cambios que lo adapten a la realidad del mercado¹⁹⁷.

Por lo anterior, es que resulta acertado realizar un análisis histórico normativo de la figura, ya que atendiendo a sus antecedentes, comprenderemos de mejor manera

¹⁹⁶ Es importante hacer notar que el TRLDGCU habla de un derecho de resolución y no de desistimiento. Además, esta facultad podría cuestionarse en virtud de la STJCE (Sala Primera), de 10 de marzo de 2005. Asunto *esyCar (UK) Ltd contra Office of Fair Trading*.(TJCE 2005/66); la cual restringe la aplicación del derecho a desistir en contratos de alquiler de vehículos, con lo cual podría extenderse a otros tipo de servicios. A mayor abundamiento ver CÁMARA LAPUENTE, SERGIO. “Tipos contractuales, excepciones sectoriales y metodología hermenéutica del derecho de consumo según la jurisprudencia comunitaria: «easycar» o el desistimiento en el alquiler a distancia de vehículos (Sentencia TJCE de 10 de marzo de 2005, Asunto C-336/03)”, en *Evolución y Tendencias del Derecho Europeo, RFDUG*, número 9, 2006, p. 374 y ss. Igualmente, en la nueva Directiva sobre derechos de los consumidores en su considerando 27, también se dice: “En cuanto al transporte de mercancías y el alquiler de vehículos que son servicios, los consumidores deben poder acogerse a la protección que presta esta Directiva, salvo en lo que se refiere al derecho de desistimiento.”

¹⁹⁷ Cambios que se reflejan sobre todo en las propuestas realizadas a través del PMCR y en la nueva Directiva sobre derechos de los consumidores. Para mayor información ver: JIMÉNEZ MUÑOZ, FRANCISCO JAVIER. “Perspectivas de regulación del derecho de desistimiento en el (posible) futuro Derecho europeo de contratos”, en BOSCH CAPDEVILA, ESTEVE (DIR.). *Nuevas perspectivas del Derecho contractual*, Editorial Bosch S.A., Barcelona, 2012, p

su regulación actual. Análisis que se basará primordialmente en sus principales elementos, a saber, su denominación, el plazo previsto para su ejercicio, el mecanismo de ejercicio, el efecto causado y finalmente cualquier otro extremo que resulte de interés.

1.- Desarrollo histórico normativo:

a.- Directiva 85/577/CE, del Consejo de 20 de diciembre de 1985, referente a la protección de los consumidores en el caso de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales:

El primer instrumento europeo en el que encontramos una referencia a un posible derecho a desistir del contrato, es en la Directiva del Consejo de 20 de diciembre de 1985, referente a la protección de los consumidores en el caso de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales (85/577/CEE).

En sus artículos 4 y 5¹⁹⁸ encontramos detalle de un derecho a rescindir y/o renunciar el contrato del consumo (aplicable en aquellos descritos en su artículo 1¹⁹⁹,

¹⁹⁸ "Artículo 4

El comerciante estará obligado a informar por escrito al consumidor, en el caso de transacciones contempladas en el artículo 1, sobre su derecho a rescindir el contrato durante los plazos definidos en el artículo 5, así como sobre el nombre y dirección de una persona con respecto a la cual pueda ejercer dicho derecho.

Dicha información estará fechada y mencionará los elementos que permitan identificar el contrato y se dará al consumidor:

a) en el caso del apartado 1 del artículo 1, en el momento de la celebración del contrato;
b) en el caso del apartado 2 del artículo 1, a más tardar, en el momento de la celebración del contrato;
c) en el caso del apartado 3 del artículo 1 y del apartado 4 del artículo 1, cuando el consumidor haya propuesto la oferta.

Los Estados miembros procurarán que la legislación nacional prevea medidas adecuadas que tiendan a proteger al consumidor en caso de que no se haya proporcionado la información contemplada en el presente artículo.

Artículo 5.-

1. El consumidor tendrá el derecho de renunciar a los efectos de su compromiso mediante el envío de una notificación en un plazo mínimo de siete días, a partir del momento en que el consumidor haya recibido la información contemplada en el artículo 4 y de acuerdo con las modalidades y condiciones establecidas en la legislación nacional. En lo referente al respecto del plazo, bastará con que la notificación se haya expedido antes de transcurrido dicho plazo.

2. La notificación realizada tendrá por efecto liberar al consumidor de toda obligación que resulte del contrato rescindido."

¹⁹⁹ "Artículo 1

salvo las excepciones previstas en el artículo 3²⁰⁰. Derechos que se ejercerá en un plazo de siete días, contados desde que el momento en que el consumidor haya sido informado de su derecho.

1. La presente Directiva se aplicará a los contratos celebrados entre un comerciante que suministre bienes o servicios y un consumidor:

- durante una excursión organizada por el comerciante fuera de sus establecimientos comerciales o
- durante una visita del comerciante :

i) al domicilio del consumidor o de otro consumidor;

ii) al lugar de trabajo del consumidor, cuando la visita no se haya llevado a cabo a instancia expresa del consumidor.

2. La presente Directiva se aplicará igualmente a los contratos referentes al suministro de otro bien o servicio que no sea el bien o servicio a propósito del cual el consumidor haya solicitado la visita del comerciante, siempre que el consumidor, en el momento de solicitar la visita, no haya sabido, o no haya podido, razonablemente, saber que el suministro de dicho otro bien o servicio formaba parte de las actividades comerciales o profesionales del comerciante.

3. La presente Directiva se aplicará, igualmente, a los contratos para los cuales el consumidor haya realizado una oferta en condiciones similares a las descritas en el apartado 1 o en el apartado 2, aunque el consumidor no haya estado vinculado por dicha oferta antes de la aceptación de ésta por el comerciante.

4. La presente Directiva se aplicará, igualmente, a las ofertas realizadas contractualmente por el consumidor en condiciones similares a las descritas en el apartado 1 o en el apartado 2 cuando el consumidor esté vinculado por su oferta.”

²⁰⁰ “Artículo 3

1. Los Estados miembros podrán decidir que la presente Directiva se aplique únicamente a los contratos para los cuales el contravalor que deba pagar el consumidor exceda de un importe determinado. Dicho importe no podrá ser superior a 60 ECUS.

El Consejo, a propuesta de la Comisión, procederá, cada dos años, y para la primera vez, a más tardar, cuatro años después de la notificación de la presente Directiva, al examen y, en su caso, a la revisión de dicho importe, habida cuenta de la evolución económica y monetaria ocurrida en la Comunidad.

2. La presente Directiva no se aplicará :

a) a los contratos relativos a la construcción, venta y alquiler de bienes inmuebles, así como a los contratos referentes a otros derechos relativos a bienes inmuebles. Los contratos relativos a la entrega de bienes y a su incorporación en los bienes inmuebles o los contratos relativos a la reparación de bienes inmuebles entrarán en el campo de aplicación de la presente Directiva;

b) a los contratos relativos a la entrega de productos alimenticios, de bebidas o de otros bienes del hogar de consumo corriente suministrados por distribuidores que realicen viajes frecuentes y regulares;

c) a los contratos referentes al suministro de bienes o servicios, siempre que se cumplan los tres criterios siguientes:

i) que el contrato se celebre sobre la base de un catálogo de un comerciante que el consumidor haya tenido la ocasión de consultar en ausencia del representante del comerciante;

ii) que se haya previsto una continuidad de contacto entre el representante del comerciante y el consumidor en lo referente a dicha transacción o cualquier transacción posterior;

iii) que el catálogo y el contrato expresen claramente al consumidor su derecho a devolver los bienes al proveedor en un plazo mínimo de siete días, a partir de la fecha de la recepción, o a rescindir el contrato durante dicho período sin ninguna obligación, si no pensare ocuparse razonablemente de los bienes;

d) a los contratos de seguro;

e) a los contratos relativos a los valores muebles.

3. No obstante lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 1, los Estados miembros podrán no aplicar la presente Directiva a los contratos referentes al suministro de un bien o de un servicio que tenga una relación directa con el bien o el servicio, a propósito del cual, el consumidor haya solicitado la visita del comerciante.”

II. REGULACIÓN DEL DERECHO DE DESISTIMIENTO

Como vemos, este primer acercamiento a lo que es una regulación comunitaria sobre un Derecho de desistimiento es bastante completo, cuenta con todos los elementos constitutivos del instituto que tenemos en la actualidad, siendo en realidad, poco lo que se le puede criticar.

Por ejemplo, en cuando a la denominación, si bien es cierto, el llamarle derecho de rescisión y derecho de renuncia, no es lo más acertado, tenemos que ser conscientes que éste era un error muy común en la época, en donde aún nos encontrábamos en etapas muy incipientes de desarrollo de la facultad. Error que como veremos posteriormente, se corrige tan solo tres años después en la próxima Directiva que trate el tema (la 2008/48/CE).

Respecto al plazo, ya se planteaban los siete días que aún hoy se mantienen en el TRLDGCU, los cuales contaban a partir del cumplimiento del deber de información y documentación de parte del empresario, es decir, a partir del momento en que el vendedor entregase por escrito al consumidor un documento en que se hiciese constar su derecho a “*rescindir o renunciar*” el contrato.

El mecanismo para desistir, se preveía relativamente sencillo, basta con que se envíe una declaración de voluntad recepticia que indicase el deseo de hacerlo, es decir, basta con que el consumidor envíe una carta al empresario dentro del plazo comunicando la decisión de desistir, para que el contrato devenga en ineficaz²⁰¹.

En cuanto a sus efectos, el artículo 5.2, es claro en indicar que: “*La notificación realizada tendrá por efecto liberar al consumidor de toda obligación que resulte del contrato rescindido*”. Sin embargo, no ahonda en mayores detalles.

²⁰¹ Sobre las declaraciones recepticias de voluntad, VON TUHR nos dice: “*La mayoría de las declaraciones de voluntad, sobre todo las que se dan en el campo de las obligaciones, han de dirigirse, para surtir efectos, a una determinada persona. Las declaraciones de voluntad en que se da esta característica suelen englobarse bajo el nombre -poco elegante y exacto por cierto, pero aclimatado ya en el lenguaje técnico-, de «declaraciones recepticias». Los casos en que la declaración no necesita tener un destinatario, son bastante raros. Carácter recepticio tiene, muy en primer término, la oferta [véase art. 1.262, ap. 2.º], y suelen tenerlo también la aceptación o repudiación de ella, así como la mayoría de las declaraciones que llamábamos «potestativas» (como lo son, verbigracia, la impugnación, revocación y rescisión de contratos y la compensación). [Véase C. c , arts. 1.133 y 1.136]. No hay ningún precepto concreto por el que se declaren estos actos «recepticios», pero es evidente que lo son, puesto que trascienden a la órbita jurídica de otra persona, siendo necesario, por tanto, que lleguen a conocimiento de ella; para lo cual, lo menos que puede exigirse es que se le dirijan.*” En VON TUHR, ANDREAS. *Tratado de las obligaciones*, traducción por W.Roces, Editorial Comares, S.L., Granada, 2007, p. 98.

Finalmente, la Directiva deja abierta la posibilidad de que los Estados regulasen las modalidades y condiciones para un efectivo ejercicio del derecho, eso sí, tomando su regulación como un derecho mínimos que no puede superarse, ni en un término mínimo, ni en una máximo.

b.- Directiva 94/47/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 1994, relativa a la protección de los adquirentes en lo relativo a determinados aspectos de los contratos de adquisición de un derecho de utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido:

La Directiva 94/47/CE relativa a los contratos de adquisición de un derecho de utilización de bienes inmuebles en régimen de tiempo compartido, contempla en su artículo 5²⁰² un derecho que por sus características podemos identificar como de desistimiento²⁰³.

²⁰² "Artículo 5: Los Estados miembros dispondrán en sus legislaciones lo siguiente:

1) Además de lo que las legislaciones nacionales permitan al adquirente en materia de invalidez de los contratos, el adquirente tendrá derecho:

- a resolver el contrato sin alegar motivos (*ad nutum*) dentro de un plazo de Díez días naturales a partir de la firma del contrato por ambas partes o de la firma por ambas partes de un contrato preliminar vinculante. En caso de que el décimo día sea festivo se prolongará dicho plazo hasta el primer día laborable siguiente;

- si el contrato no contiene, en el momento de la firma por ambas partes del contrato o de la firma por ambas partes de un contrato preliminar vinculante, la información mencionada en el Anexo en las letras a), b), c), d) 1, d) 2, h), i), k), l), y m), a resolver el contrato en un plazo de tres meses a partir de ese momento. En caso de que en el plazo de tres meses se facilitara la información en cuestión, el adquirente dispondrá, a partir de ese momento, del plazo de resolución que se menciona en el primer guión;

- si, transcurrido el plazo de tres meses contemplado en el segundo guión, no ha hecho uso del derecho de resolución y el contrato no contiene la información mencionada en el Anexo en las letras a), b), c), d) 1, d) 2, h), i), k), l) y m), el adquirente dispondrá del plazo de resolución *ad nutum* contemplado en el primer guión a partir del día siguiente al vencimiento de dicho plazo.

2) Para ejercer los derechos contemplados en el punto 1, el adquirente enviará antes de la expiración del plazo, a la persona cuyo nombre y dirección figuren a tal fin en el contrato, una comunicación de forma que pueda ser probada conforme a la legislación nacional, con arreglo a las condiciones especificadas en el contrato en virtud de la letra l) del Anexo. Por lo que se refiere al respeto del plazo, bastará que la notificación, cuando se haga por escrito, sea enviada antes de la expiración del plazo.

3) Si el adquirente ejerce el derecho a que se refiere el primer guión del punto 1, sólo podrá obligársele al pago, si procede, de los gastos que, de acuerdo con las legislaciones nacionales, se hayan producido debido a la perfección del contrato y a su resolución, y que correspondan a actos que deban realizarse

II. REGULACIÓN DEL DERECHO DE DESISTIMIENTO

Indicamos que por sus características, por cuanto, si bien es cierto nunca se hace referencia a una categorización como tal, sus condiciones particulares propias nos permiten catalogarlo como así.

En cuanto a la nomenclatura utilizada, se habla de un “*derecho a resolver el contrato*” y no de Derecho a desistir, con lo cual notamos que al compararla con la Directiva anterior, es la tercera designación que se realiza a nivel comunitario para la figura, confirmando con ello, lo indicado acerca de la dispersión terminológica y el poco rigor con que el legislador, al menos en sus inicios, procuró regularle.

El plazo inicialmente previsto es de 10 días, contados a partir de la firma del acuerdo que vincule al consumidor, en éste sentido acepta que se pueda resolver cualquier precontrato que se haya negociado y que ligue al comprador con el negocio. Pero la normativa también prevé un plazo ampliado que será de 3 meses, el cual aplica para aquellos casos en los que el empresario incumpla con sus deberes de información. Obligación que se indica en el anexo de la Directiva²⁰⁴, “*letras a), b), c), d)*

preceptivamente antes del final del período contemplado en el primer guión del punto 1. Estos gastos deberán mencionarse explícitamente en el contrato.

4) Si el adquirente ejerce el derecho de resolución a que se refiere el segundo guión del apartado 1, no podrá exigírsele pago alguno.”

²⁰³ A mayor abundamiento ver: BOTANA GARCÍA, GEMA ALEJANDRA. “Derecho de desistimiento y otras fórmulas contractuales”, *Diario La Ley*, número 7147, 1 de Abril de 2009, Referencia La Ley 2418/2009.

²⁰⁴ “ANEXO:

Datos mínimos que debe contener el contrato contemplado en el artículo 4

a) Identidad y domicilio de las partes, con indicación precisa de la condición jurídica del vendedor en el momento de la celebración del contrato, así como de la identidad y domicilio del propietario;

b) naturaleza precisa del derecho objeto del contrato, y una cláusula en la que se indiquen las condiciones de ejercicio de ese derecho en el territorio del Estado miembro en el que estén situados el bien o los bienes, y, si estas condiciones han sido cumplidas o, en el caso contrario, las condiciones que todavía deberán cumplirse;

c) cuando se determine el bien, descripción precisa del bien y de su situación;

d) si se trata de un inmueble en construcción:

1) fase en que se encuentra la construcción;

2) una estimación razonable del plazo para la terminación del inmueble;

3) si es un inmueble determinado, número del permiso de construcción y nombre y dirección completos de la autoridad o autoridades competentes en la materia;

4) fase en que se encuentran los servicios comunes que permiten la utilización del inmueble (conexiones de gas, electricidad, agua, teléfono);

5) garantías sobre la terminación del inmueble y, en caso de que no se termine, sobre la devolución de cualquier cantidad abonada y, si procede, condiciones en que se ofrecen dichas garantías;

e) servicios comunes (alumbrado, suministro de agua, mantenimiento, recogida de basuras) de los que puede o podrá disfrutar el adquirente, y condiciones de tal disfrute;

f) instalaciones comunes, como piscina, sauna, etc., a las que el adquirente tiene o podría tener acceso en su momento y, si procede, condiciones de este acceso;

1, d) 2, h), i), k), l), y m)”. Eso sí, haciéndose la salvedad que si en el transcurso de los tres meses, se entregan los datos requeridos, el plazo extendido se interrumpe y empiezan a correr los 10 días.

Finalmente en lo que al plazo refiere, resulta realmente curioso el termino de resolución que extraordinariamente se otorga en el caso de que finalice el periodo ampliado sin que el empresario haya cumplido con su obligación de información y documentación, ya que en dicha situación, se le otorgaría al consumidor otros 10 días para que haga uso de su “*derecho de resolución*”.

En cuanto al mecanismo propuesto para ejercitar el derecho, si resulta mucho más tradicional, ya que parte del simple envío de una comunicación, dentro del tiempo establecido para su procedencia, en la que se debe indicar la intención de finalizar el acuerdo. Correspondiéndole al consumidor la carga de la prueba, en caso de conflicto derivado de su ejercicio.

En cuanto a los efectos de la figura, establece una indemnidad relativa, ya que si bien es cierto, en el artículo 5.4 dispone que no podrá exigírsele pago alguno al adquirente que haga uso del derecho de resolución, por otro lado, en el artículo 5.3 dispone que al ejercer la facultad de desistir, al consumidor “*sólo podrá obligársele al pago, si procede, de los gastos que, de acuerdo con las legislaciones nacionales, se*

g) principios con arreglo a los cuales se organizarán el mantenimiento y su correspondiente servicio, así como la administración y la gestión del inmueble;

h) indicación precisa del período durante el cual podrá ejercerse el derecho objeto del contrato y, si procede, duración del régimen en vigor; fecha a partir de la cual el adquirente podrá ejercer el derecho objeto del contrato;

i) precio que deberá pagar el adquirente por el ejercicio objeto del contrato; una estimación del importe que deberá abonar por la utilización de las instalaciones y servicios comunes; base del cálculo de la cuantía correspondiente a los gastos derivados de la ocupación del bien inmueble por el adquirente, de los gastos legales obligatorios (impuestos, contribuciones) y de los gastos administrativos complementarios (gestión, mantenimiento y su correspondiente servicio);

j) cláusula que estipule que la adquisición no supondrá desembolso, gasto u obligación alguna distintos de los mencionados en el contrato;

k) si existe la posibilidad de participar en un sistema de intercambio o reventa, o ambas posibilidades, del derecho objeto del contrato, así como posibles costes en caso de que el sistema de intercambio o reventa esté organizado por el vendedor o por un tercero designado por éste en el contrato;

l) información sobre el derecho de resolución del contrato e indicación de la persona a la que deberá comunicarse la posible resolución, con indicación, asimismo, del modo o los modos de efectuar dicha comunicación; indicación precisa de la naturaleza e importe de los gastos que debería pagar el adquirente con arreglo al apartado 3 del artículo 5, en caso de ejercer su derecho de resolución ad nutum; si procede, información sobre las modalidades de resolución del contrato de préstamo vinculado al contrato en cualquiera de los casos de resolución del mismo;

m) fecha y lugar de la firma del contrato por cada una de las partes.”

II. REGULACIÓN DEL DERECHO DE DESISTIMIENTO

hayan producido debido a la perfección del contrato y a su resolución, y que correspondan a actos que deban realizarse preceptivamente antes del final del período contemplado en el primer guión del punto 1. Estos gastos deberán mencionarse explícitamente en el contrato.”

Finalmente, el artículo 6 establece la obligatoriedad de los Estados miembros a tomar medidas encaminadas a “prohibir cualquier pago de anticipos por el adquirente antes del final del período de ejercicio del derecho de resolución contemplado en el primer guion del punto 1 del artículo 5”²⁰⁵.

c.- Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 1997, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia:

En materia de contratos a distancia, la normativa europea a través de la Directiva 97/7/CE, regula un Derecho de desistimiento, que en líneas generales guarda bastante semejanza con la figura que actualmente tenemos. Se nota el avance que el instituto ha tenido en estos doce años contados desde la Directiva 85/577/CE.

El marco previsto por la Directiva para el Derecho de desistimiento, parte de lo indicado en su artículo 6²⁰⁶, el cual se complementa con los artículos 4.1.f²⁰⁷ y 5²⁰⁸ en lo relativo al derecho de información y documentación.

²⁰⁵ Para mayor abundamiento acerca del Derecho de desistimiento en la Directiva 94/47/CE, ver: LETE ACHIRICA, JAVIER. “A propósito del Derecho de desistimiento unilateral en materia de multipropiedad: la Directiva 94/47/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de octubre de 1994 y su aplicación en el Derecho español”, en *Actualidad Civil*, Tomo 1998-2, p. 529 y ss. Igualmente, ZAFORTEZA FORTUNY, MARIANO. “El desistimiento unilateral en el contrato relativo a derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico”, en ZAFORTEZA FORTUNY, MARIANO (DIR.). *Propiedad horizontal y Derecho real de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2002, p. 173 y siguientes.

²⁰⁶ *Artículo 6 Derecho de resolución*

1. Respecto a todo contrato negociado a distancia, el consumidor dispondrá de un plazo mínimo de siete días laborables para rescindir el contrato sin penalización alguna y sin indicación de los motivos. El único gasto que podría imputarse al consumidor es el coste directo de la devolución de las mercancías al proveedor.

A efectos del ejercicio de dicho derecho, el plazo se calculará:

Es así como en cuanto a la denominación, se mantiene la dispersión terminológica que hemos venido apuntando ya que es este caso, ni siquiera en la

- en el caso de los bienes, a partir del día de recepción de los mismos por el consumidor, cuando se hayan cumplido las obligaciones contempladas en el artículo 5;

- por lo que respecta a los servicios, a partir del día de celebración del contrato o a partir del día en que se hayan cumplido las obligaciones contempladas en el artículo 5 si éstas se han cumplido después de la celebración del contrato, siempre que el plazo no supere el plazo de tres meses mencionado en el párrafo siguiente.

Cuando el proveedor no haya cumplido las obligaciones a que se refiere el artículo 5, el plazo será de tres meses. Dicho plazo comenzará a correr:

- para los bienes, a partir del día en que los reciba el consumidor;

- para los servicios, a partir del día de la celebración del contrato.

Si la información contemplada en el artículo 5 se facilita en el citado plazo de tres meses, el período de siete días laborables al que se hace referencia en el párrafo primero comenzará a partir de ese momento.

2. Cuando el consumidor haya ejercido el derecho de rescisión con arreglo a lo dispuesto en el presente artículo, el proveedor estará obligado a devolver las sumas abonadas por el consumidor sin retención de gastos. Únicamente podrá imputarse al consumidor que ejerza el derecho de rescisión el coste directo de la devolución de las mercancías. La devolución de las sumas abonadas deberá efectuarse lo antes posible y, en cualquier caso, en un plazo de treinta días.

3. Salvo si las partes conviniere en otra cosa, el consumidor no podrá ejercer el derecho de resolución previsto en el apartado 1 para los contratos:

- de prestación de servicios cuya ejecución haya comenzado, con el acuerdo del consumidor, antes de finalizar el plazo de siete días laborables que se contempla en el apartado 1;

- de suministro de bienes o servicios cuyo precio esté sujeto a fluctuaciones de coeficientes del mercado financiero que el proveedor no pueda controlar;

- de suministro de bienes confeccionados conforme a las especificaciones del consumidor o claramente personalizados, o que, por su naturaleza, no puedan ser devueltos o puedan deteriorarse o caducar con rapidez;

- de suministro de grabaciones sonoras o de vídeo, de discos y de programas informáticos, que hubiesen sido desprecintados por el consumidor;

- de suministro de prensa diaria, publicaciones periódicas y revistas;

- de servicios de apuestas y loterías.

4. Los Estados miembros dispondrán en sus legislaciones que:

- en caso de que el precio de un bien o de un servicio haya sido total o parcialmente cubierto mediante un crédito concedido por el proveedor, o

- en caso de que el precio haya sido total o parcialmente cubierto mediante un crédito concedido al consumidor por un tercero previo acuerdo celebrado entre el tercero y el proveedor,

el contrato de crédito quedará resuelto sin penalización en caso de que el consumidor ejerza su derecho de resolución con arreglo a lo dispuesto en el apartado 1.

Los Estados miembros determinarán las modalidades de la rescisión del contrato de crédito.”

²⁰⁷ Artículo 4 Información previa:

1. “Previamente a la celebración de cualquier contrato a distancia, y con la antelación necesaria, el consumidor deberá disponer de la información siguiente:... f) existencia de un derecho de resolución, salvo en los casos mencionados en el apartado 3 del artículo 6.”

²⁰⁸ En lo que interesa dice: “Artículo 5 Confirmación escrita de la información:

1. El consumidor deberá recibir confirmación por escrito o mediante cualquier otro soporte duradero a su disposición de la información mencionada en las letras a) a f) del apartado 1 del artículo 4, a su debido tiempo durante la ejecución del contrato y, a más tardar, en el momento de la entrega cuando se trate de bienes, a menos que se haya facilitado ya la información al consumidor antes de la celebración del contrato, bien sea por escrito o sobre cualquier otro soporte duradero disponible que sea accesible para él.

En todo caso, deberá facilitarse:

- información escrita sobre las condiciones y modalidades de ejercicio del derecho de resolución, con arreglo al artículo 6, incluidos los casos citados en el primer guión del apartado 3 del artículo 6;”

II. REGULACIÓN DEL DERECHO DE DESISTIMIENTO

misma norma se mantiene identidad en la nomenclatura utilizada, ya que a pesar de que en el título se habla de un derecho de resolución, en el cuerpo del artículo se habla del derecho de rescisión del consumidor.

Y ello no parece ser producto de la existencia de un doble derecho, sino que creo que se debe a una simple falta de rigor del legislador comunitario.

Retomando el tema que nos ocupa, en cuanto al plazo, se prevé la aplicación del que podríamos llamar el término común ordinario de 7 días, junto con otro ampliado, tal y como hemos visto en otros instrumentos analizados, que será de 30 días y aplicable como una sanción a aquellos proveedores que incumplan con su deber de información y documentación.

Así para determinar la duración y el momento en que empieza a correr el plazo tenemos que identificar el momento en que el empresario cumple con su obligación y para ello, se nos dan tres supuestos:

- Si se ha informado y documentado debidamente al consumidor de sus derechos, el plazo será de 7 días laborables. Y en el caso de bienes muebles el plazo corre desde el día de su recepción, en el caso de servicios, corre a partir de la celebración del contrato.
- Si se ha incumplido con la obligación, el plazo será de 3 meses. El cual correrá para muebles a partir del día en que el consumidor los reciba y para los servicios, a partir de la celebración del contrato.
- Y si estando dentro del plazo ampliado, se corrige la situación, es decir, se informa y documenta debidamente al consumidor, a partir de ese instante se interrumpe el plazo ampliado y corre el plazo ordinario de 7 días, independientemente si el acuerdo es de bienes o servicios.

En cuanto al mecanismo para ejercer el derecho, la Directiva resulta omisa ya que no estipula ningún mecanismo para ello, simplemente se limita a indicar que: *“el consumidor dispondrá de un plazo mínimo de siete días laborables para rescindir el*

*contrato sin penalización alguna y sin indicación de los motivos*²⁰⁹, dejando cualquier otro extremo a interpretación de los Estados miembros.

La misma situación se repite en cuanto al tema de los efectos de desistir el contrato, ya que no menciona nada en cuanto a la ineficacia de la relación jurídica y se centra únicamente en determinar las consecuencias económicas del ejercicio, buscando sobre todo la indemnidad del consumidor.

Así indica que en cuanto al proveedor, éste *“estará obligado a devolver las sumas abonadas por el consumidor sin retención de gastos”*. Mientras que: *“Únicamente podrá imputarse al consumidor que ejerza el derecho de rescisión el coste directo de la devolución de las mercancías”*²¹⁰. Y en ambos casos, *“La devolución de las sumas abonadas deberá efectuarse lo antes posible y, en cualquier caso, en un plazo de treinta días”*²¹¹.

Finalmente, es importante destacar que la Directiva también indica una serie de contratos en los que expresamente prohíbe la aplicación de la facultad de desistir, pero más importante aún resulta para nuestro análisis la salvedad que se hace y es que aún y cuando el desistir se prohíba en dichos acuerdos, ello que a criterio de partes, con lo cual de manera indirecta se reconoce el derecho a que empresario y consumidor puedan negociar la aplicación o no de la figura en sus negocios. Materia que finalmente quedará a criterio de cada Estado miembro la manera en que lo haga.

²⁰⁹ Artículo 6.1 de la Directiva.

²¹⁰ Artículo 6.2 de la Directiva.

²¹¹ *Idem*.

d.- Directiva 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de septiembre de 2002 relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores, y por la que se modifican la Directiva 90/619/CEE del Consejo y las Directivas 97/7/CE y 98/27/CE²¹²;

La Directiva sobre comercialización a distancia de servicios financieros en su artículo 6²¹³ prevé la aplicación de un Derecho de desistimiento en los contratos regulados objeto de su regulación.

²¹² Reformada por la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, que modifica las Directivas: 84/450/CEE, 97/7/CE, 98/27/CE, 2002/65/CE; y el Reglamento (CE) n o 2006/2004. Igualmente, por la Directiva 2007/64/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de noviembre de 2007, sobre servicios de pago en el mercado interior, que a su vez, modifica las Directivas: 97/7/CE, 2002/65/CE, 2005/60/CE, 2006/48/CE y deroga la Directiva 97/5/CE.

²¹³ "Artículo 6.- Derecho de rescisión

1. Los Estados miembros velarán por que el consumidor disponga de un plazo de 14 días naturales para rescindir el contrato a distancia, sin indicación de los motivos y sin penalización alguna. Sin embargo, dicho plazo deberá ampliarse hasta 30 días naturales en el caso de contratos relacionados con seguros de vida contemplados en la Directiva 90/619/ CEE y jubilaciones personales. El plazo durante el cual podrá ejercerse el derecho de rescisión comenzará a correr:

- bien el día de la celebración del contrato, salvo en relación con los mencionados seguros de vida, para los que el plazo comenzará cuando se informe al consumidor de que el contrato ha sido celebrado,
- bien a partir del día en que el consumidor reciba las condiciones contractuales y la información, de conformidad con los apartados 1 y 2 del artículo 5, si ésta es posterior.

Los Estados miembros, además del derecho de rescisión, podrán establecer que se suspenda la aplicabilidad de los contratos a distancia relativos a servicios de inversión durante el plazo previsto en el presente apartado.

2. El derecho de rescisión no se aplicará a los contratos relativos a:

a) servicios financieros cuyo precio dependa de fluctuaciones de los mercados financieros que el proveedor no pueda controlar, que pudieran producirse durante el plazo en el transcurso del cual pueda ejercerse el derecho de rescisión, como, por ejemplo, los servicios relacionados con:

- operaciones de cambio de divisas,
- instrumentos del mercado monetario,
- títulos negociables,
- participaciones en entidades de inversión colectiva,
- contratos financieros de futuros, incluidos los instrumentos equivalentes que impliquen una liquidación en efectivo,
- contratos de futuros sobre tipos de interés (FRA),
- contratos de permuta (swaps) sobre tipos de interés, sobre divisas o los contratos de intercambios ligados a acciones o a un índice sobre acciones (equity swaps),
- opciones destinadas a la compra o venta de cualquiera de los instrumentos contemplados en la presente letra, incluidos los instrumentos equivalentes que impliquen una liquidación en efectivo. Concretamente, se incluyen en esta categoría las opciones sobre divisas y sobre tipos de interés;

b) pólizas de seguros de viaje o de equipaje o seguros similares de una duración inferior a un mes;

c) contratos que se hayan ejecutado en su totalidad por ambas partes a petición expresa del consumidor antes de que éste ejerza su derecho de rescisión.

3. Los Estados miembros podrán disponer que el derecho de rescisión no se aplique a:

Esta facultad, la Directiva la encausa a través de lo que denomina como un derecho de rescisión, con lo cual nos damos cuenta que se persiste en la idea de identificar la figura del desistimiento bajo la nomenclatura de institutos afines y propios de otras ramas del derecho.

Esta “*rescisión*” aplicará a todos aquellos contratos de comercialización de servicios financieros realizados por consumidores salvo los enumerados en el punto 2 de la norma, a saber, aquellos cuyo precio dependa de fluctuaciones económicas que las partes no puedan controlar, ciertos tipos de pólizas de seguros de viaje, o bien, contratos cuya ejecución ya haya iniciado a petición expresa del consumidor. En fin, casos en los que resulta muy evidente que lo que se pretende evitar es un perjuicio mayor al beneficio que la medida de desistir pueda causar al consumidor. Perjuicio

a) los créditos destinados principalmente a la adquisición o conservación de derechos de propiedad en terrenos o en inmuebles existentes o por construir, o a renovar o mejorar inmuebles; o

b) los créditos garantizados ya sea por una hipoteca sobre un bien inmueble o por un derecho sobre un inmueble;

c) las declaraciones de consumidores hechas con la intervención de un fedatario público, siempre y cuando éste dé fe de que se han garantizado los derechos del consumidor contemplados en el apartado 1 del artículo 5.

Lo dispuesto en el presente apartado no afectará al derecho al período de reflexión en beneficio del consumidor que resida en un Estado miembro en caso de que el mismo exista en el momento de adopción de la presente Directiva.

4. Los Estados miembros que hagan uso de la posibilidad que establece el apartado 3 deberán comunicarlo a la Comisión.

5. La Comisión deberá poner a disposición del Parlamento Europeo y del Consejo la información comunicada por los Estados miembros y garantizar que tengan acceso a la misma los consumidores y proveedores que la soliciten.

6. Cuando el consumidor ejerza su derecho de rescisión, lo notificará, antes de expirar el plazo correspondiente, con arreglo a las instrucciones que se le hayan dado de conformidad con lo dispuesto en la letra d) del punto 3 del apartado 1 del artículo 3, por un procedimiento que permita dejar constancia de la notificación y que sea conforme al Derecho nacional. Se considerará que la notificación ha sido hecha dentro de plazo si se hace en un soporte de papel o sobre otro soporte duradero, disponible y accesible al destinatario, y se envía antes de expirar el plazo.

7. El presente artículo no se aplicará a los acuerdos de crédito rescindidos con arreglo a lo dispuesto en el apartado 4 del artículo 6 de la Directiva 97/7/CE y del artículo 7 de la Directiva 94/47/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 1994, relativa a la protección de los adquirentes en lo relativo a determinados aspectos de los contratos de adquisición de un derecho de utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido.

En caso de que a un contrato a distancia relativo a un servicio financiero determinado se le haya adjuntado otro contrato a distancia referente a servicios financieros prestados por el proveedor o por un tercero basado en un acuerdo entre el tercero y el proveedor, dicho contrato adicional quedará resuelto, sin penalización alguna, cuando el consumidor ejerza el derecho de rescisión con arreglo a lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 6.

8. Lo dispuesto en el presente artículo se entenderá sin perjuicio de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros sobre rescisión o cancelación de los contratos a distancia o sobre su inaplicabilidad y del derecho del consumidor de cumplir sus obligaciones contractuales antes de la fecha fijada en el contrato a distancia. Se aplicará esta disposición independientemente de las condiciones y de los efectos jurídicos de la resolución del contrato a distancia.”

II. REGULACIÓN DEL DERECHO DE DESISTIMIENTO

causado no solo por la eventual variación del precio del objeto del contrato, sino por el eventual enriquecimiento ilegítimo que su admisión en estos casos pueda causar.

El plazo previsto en el punto 1 de la norma es de 7 días, sin embargo, la misma hace la salvedad que: *“dicho plazo deberá ampliarse hasta 30 días naturales en el caso de contratos relacionados con seguros de vida contemplados en la Directiva 90/619/CEE y jubilaciones personales.”*

Para contar dicho término se nos dan dos opciones: 1.- Si se ha cumplido con el deber de información y documentación previsto en el artículo 5.1 y .2²¹⁴, tomaremos como punto de inicio la fecha de celebración del contrato, salvo en los casos de negocios concernientes a seguros de vida, en lo que se comenzará a contar desde el momento en que se informe al consumidor de que el contrato ha sido celebrado.

Y, 2.- Si el proveedor no ha cumplido con su deber de información y comunicación de las condiciones contractuales y de la información previa, el plazo comenzará a correr hasta el momento en que se cumpla con ellas.

En cuanto al mecanismo previsto por la Directiva para aplicar la figura, se indica que el consumidor primero deberá notificar su decisión al empresario dentro del plazo estipulado, dicha comunicación deberá ser realizada en papel o mediante cualquier otro soporte duradero y conforme las instrucciones indicadas por la misma Directiva.

Finalmente, en cuanto al efecto, lo que se indica es que el plazo será *“para rescindir el contrato a distancia, sin indicación de los motivos y sin penalización alguna”*²¹⁵. Con lo cual deberemos entender que se dejará sin eficacia al contrato *“rescindido”*.

²¹⁴ *“Artículo 5.- Comunicación de las condiciones contractuales y de la información previa*

1. El proveedor comunicará al consumidor todas las condiciones contractuales, así como la información contemplada en el apartado 1 del artículo 3 y en el artículo 4, en soporte de papel u otro soporte duradero accesible al consumidor y puesto a su disposición con la suficiente antelación antes de que el consumidor asuma obligaciones mediante cualquier contrato a distancia u oferta.

2. El proveedor cumplirá inmediatamente después de la celebración del contrato las obligaciones que le incumben con arreglo a lo dispuesto en el apartado 1 cuando aquél se haya celebrado a petición del consumidor utilizando una técnica de comunicación a distancia que no permita transmitir las condiciones.”

²¹⁵ Artículo 6.1 de la Directiva.

e.- Directiva 2008/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de abril de 2008, relativa a los contratos de crédito al consumo y por la que se deroga la Directiva 87/102/CEE del Consejo

La Directiva 2008/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de abril de 2008 relativa a los contratos de crédito al consumo y por la que se deroga la Directiva 87/102/CEE del Consejo; en su artículo 14 regula la aplicación del Derecho de desistimiento en los contratos de crédito al consumo²¹⁶.

²¹⁶ “Artículo 14 Derecho de desistimiento:

1. El consumidor dispondrá de un plazo de 14 días civiles para desistir del contrato de crédito sin indicar el motivo.

Este plazo de desistimiento se iniciará:

a) en la fecha de suscripción del contrato de crédito, o bien

b) en la fecha en que el consumidor reciba las condiciones contractuales y la información recogida en el artículo 10, si esa fecha fuera posterior a la indicada en la letra a) del presente apartado.

2. Para los contratos de crédito vinculados tal y como se definen en el artículo 3, letra n), cuando la legislación nacional ya prevea, en el momento de la entrada en vigor de la presente Directiva, que los fondos no pueden ponerse a disposición del consumidor antes del término de un período determinado, los Estados miembros podrán excepcionalmente establecer que el plazo señalado en el apartado 1 del presente artículo se reduzca a dicho período determinado a petición expresa del consumidor.

3. Si el consumidor ejerce su Derecho de desistimiento, deberá:

a) para que el desistimiento surta efecto, antes de que expire el plazo previsto en el apartado 1, notificárselo al prestamista ateniéndose a la información facilitada por este último de acuerdo con el artículo 10, apartado 2, letra p), por medios que puedan ser probados de conformidad con la legislación nacional. Se considerará que se ha respetado el plazo si la notificación se ha enviado antes de la expiración del plazo, siempre que haya sido efectuada mediante documento en papel o cualquier otro soporte duradero a disposición del prestamista y accesible para él, y b) pagar al prestamista el capital y el interés acumulado sobre dicho capital entre la fecha de disposición del crédito y la fecha de reembolso del capital, sin ningún retraso indebido a más tardar a los 30 días de haber enviado la notificación de desistimiento al prestamista. Los intereses adeudados se calcularán sobre la base del tipo deudor acordado. El prestamista no tendrá derecho a reclamar al consumidor ninguna otra compensación en caso de desistimiento, excepto la compensación de los gastos no reembolsables abonados por el prestamista a la administración pública.

4. En caso de que un prestamista o un tercero proporcione un servicio accesorio relacionado con el contrato de crédito sobre la base de un acuerdo entre ese tercero y el prestamista, el consumidor dejará de estar vinculado por dicho servicio accesorio si ejerce su Derecho de desistimiento respecto del contrato de crédito conforme a lo dispuesto en el presente artículo.

5. Si el consumidor tiene Derecho de desistimiento con arreglo a los apartados 1, 3 y 4, no se aplicarán los artículos 6 y 7 de la Directiva 2002/65/CE ni el artículo 5 de la Directiva 85/577/CEE del Consejo, de 20 de diciembre de 1985, referente a la protección de los consumidores en el caso de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales.

6. Los Estados miembros podrán disponer que los apartados 1 a 4 del presente artículo no se apliquen a los contratos de crédito que, por imperativo legal, se celebren ante notario, siempre que el notario confirme que se garantizan al consumidor los derechos previstos en los artículos 5 y 10.

7. El presente artículo se entenderá sin perjuicio de cualquier disposición de Derecho interno que establezca un plazo antes de cuyo vencimiento no pueda comenzar la ejecución del contrato.”

II. REGULACIÓN DEL DERECHO DE DESISTIMIENTO

En cuanto a la denominación utilizada, hemos de indicar que es esta Directiva es en donde por primera ocasión se le llama, tal cual, Derecho de desistimiento. Y es que ello no debe resultarnos extraño ya que por la fecha de la Directiva (2008) podríamos afirmar que con el desarrollo doctrinal y el avance de los sistemas internos de los países miembros de la Comunidad, los problemas de nomenclatura encontrados en otros instrumentos anteriores ya han sido superados.

El plazo previsto es de 14 días, término normalmente adoptado desde entonces en este tipo de normativas. Con ello se dejan atrás los 7 días anteriormente utilizados y dicho sea de paso, actualmente vigentes en España.

Este plazo correrá a partir de la fecha de suscripción del acuerdo, o bien, desde el momento en que se cumpla con la obligación de información y documentación, igualmente prevista en la Directiva (artículo 10).

En cuanto al procedimiento previsto para desistir, se parte de una declaración recepticia de voluntad, ya que la se indica que el consumidor deberá notificar al empresario de su decisión de aplicar su derecho, notificación que deberá realizarse dentro del plazo previsto y conforme los lineamientos estipulados en la información previamente indicada por el comerciante.

Respecto a los efectos y como principal consecuencia del ejercicio de la facultad, se parte de la declaratoria de ineficacia absoluta del contrato, sin embargo, se prevé lo que podríamos identificar como una excepción al principio de gratuidad de la figura y es que en el apartado 3.b del artículo 14, se indica que: *“Si el consumidor ejerce su Derecho de desistimiento, deberá: ...b.- pagar al prestamista el capital y el interés acumulado sobre dicho capital entre la fecha de disposición del crédito y la fecha de reembolso del capital, sin ningún retraso indebido a más tardar a los 30 días de haber enviado la notificación de desistimiento al prestamista. Los intereses adeudados se calcularán sobre la base del tipo deudor acordado.”*

Eso si, luego se aclara en la misma norma, que: *“El prestamista no tendrá derecho a reclamar al consumidor ninguna otra compensación en caso de*

desistimiento, excepto la compensación de los gastos no reembolsables abonados por el prestamista a la administración pública.”

A mi criterio, en esta Directiva el legislador comunitario pretendió, desde su óptica, hacer justicia y buscar equilibrar las consecuencias que el desistimiento pueda causar al empresario, sin embargo, dicho intento, resulta bastante desacertado, ya que si bien puede argumentarse que es de justicia obligar al consumidor a pagar los intereses del dinero que ha disfrutado mientras desiste, lo cierto del caso es que el mismo razonamiento podría aplicarse a cualquier otro tipo de contrato. Así, en un contrato desistido, tanto se enriquece el consumidor que disfruta de unos días de una suma de dinero, como aquél que goza de cualquier otro tipo de objeto. Y a pesar de ello, en esos otros casos no se contempla ninguna indemnización –hasta ahora–.

Me parece que la medida puede traer peores males de los que pretende evitar, ya que en el fondo es un mecanismo disuasorio para que el consumidor no desista. No se toma en cuenta que el supuesto enriquecimiento del consumidor, siempre será paupérrimo ya que si consideramos el corto tiempo que este tendrá el dinero en su poder, independientemente de su monto inicial, el rédito siempre será muy bajo, por ello, no se justifica una medida como la tomada.

Además, dicha pérdida podría ser justificada para el empresario, en tanto se le vea como el costo de oportunidad de mantener una política de buen servicio al usuario, o bien, como una pérdida asumible derivada de un riesgo en la actividad comercial, cual es que le desistan del acuerdo y que el consumidor disfrute del dinero por unos cuantos días.

Finalmente, también se prevé (artículos 14.4 y 15.1) que en caso de contrato vinculados al desistido, aquél surta la misma suerte del principal y con ello, vea fenecer su eficacia conforme las reglas indicadas.

f.- Directiva 2008/122/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de enero de 2009 relativa a la protección de los consumidores con respecto a determinados aspectos de los contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio: (Deroga a la Directiva 94/47/CE)

Como era totalmente esperable, la Directiva 2008/122/CE incorpora de manera muy amplia la obligación de los Estados miembros de la Comunidad Europea de incorporar un Derecho de desistimiento en los contratos realizados bajo su régimen de tutela, el cual conforme a su artículo primero refiere *“a determinados aspectos de la comercialización, venta y reventa de derechos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico y de productos vacacionales de larga duración, así como a los contratos de intercambio”*.

Dentro de este marco regulador el Derecho de desistimiento adquiere notoria relevancia, ya que no solo se incorpora la figura como una de las principales propuestas de protección, sino que se le dedica mucho mayor contenido normativo que en otras directivas sobre la materia, en donde, simplemente se le dedica un único artículo. Aquí no, el derecho a desistir se prevé y regula en los artículo 6. 7 y 8, con lo cual su regulación resulta mucho más completa.

Manteniendo nuestro esquema de análisis, pues es claro que ya tratamos con un desistimiento maduro, con un marco legal que responde a lo reciente que es la Directiva ya no encontramos referencias a revocaciones, rescisiones, etc. Aquí tratamos con un Derecho de desistimiento, con todos los elementos que lo componen.

En cuanto al plazo, impone los 14 días que ya modernamente prevén las regulaciones actuales y que se ha incorporado al sistema español mediante el nuevo Real Decreto-ley 8/2012, de 16 de marzo, de contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio.

Esta ampliación del plazo de 7 a 14 días se explica en la propia Directiva, cuando indica: *“Para dar al consumidor la oportunidad de comprender cabalmente cuáles son*

sus derechos y obligaciones en virtud del contrato, debe concedérsele un plazo durante el cual pueda desistir del mismo sin necesidad de justificación y sin soportar coste alguno. En la actualidad, la duración de ese plazo varía de un Estado miembro a otro, y la experiencia demuestra que la duración prevista en la Directiva 94/47/CE no es suficiente. Conviene, pues, prolongar dicho plazo, con objeto de lograr un alto nivel de protección del consumidor y una mayor claridad para los consumidores y comerciantes. Debe armonizarse la duración del plazo, así como las modalidades y efectos del ejercicio del Derecho de desistimiento”²¹⁷.

Igualmente y como es normal, se regula la existencia de un derecho/obligación de información y documentación, sobre el cual se propone que: *“Antes de la celebración del contrato, el comerciante pondrá explícitamente en conocimiento del consumidor la existencia del Derecho de desistimiento y la duración del plazo para ejercer dicho derecho, contemplado en el artículo 6, así como la prohibición del pago de anticipos durante dicho plazo, contemplada en el artículo 9”²¹⁸.*

Este deber/derecho, como sucede en otros casos similares, cobra relevancia porque dependiendo de él y de su cumplimiento, tenemos el momento a partir de cuándo contamos el inicio o finalización del plazo indicado, ya que también se prevé una sanción en el aumento del término para aquellos comerciantes que incumplan con su deber, que puede ir hasta los tres meses.

En cuanto a los mecanismos de ejercicio de la figura, el artículo 7 es muy claro en indicarlo, para ello dice: *“Si el consumidor tiene intención de ejercer el Derecho de desistimiento, notificará su decisión al comerciante, en papel o en cualquier otro soporte duradero, antes de que expire el plazo de desistimiento. El consumidor podrá utilizar el formulario normalizado de desistimiento recogido en el anexo V y facilitado por el comerciante de conformidad con el artículo 5, apartado 4. Se habrá respetado el plazo si se envía la notificación antes de que venza el plazo de desistimiento.”*

Con ello vemos que la Directiva incorpora un modelo de formulario para que sea incorporado a las legislaciones internas y armonizar así, los mecanismo de utilización

²¹⁷ Considerando 12 de la Directiva.

²¹⁸ Artículo 5.4 de la Directiva.

II. REGULACIÓN DEL DERECHO DE DESISTIMIENTO

del derecho, considerando sobre todo, la movilización de ciudadanos entre los cada uno de los diferentes Estados que componen la Comunidad.

Respecto a los efectos de desistir del acuerdo, se indica claramente que *“El ejercicio del Derecho de desistimiento por el consumidor pondrá fin a la obligación de las partes de llevar a cabo lo estipulado en el contrato”*²¹⁹.

Finalización que se hará dentro de los parámetros de indemnidad y gratuidad propios del instituto.

g.- 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:

La nueva Directiva sobre derechos de los consumidores, que conforme su artículo 1²²⁰ se promulga con la intención de aumentar el nivel de protección de los consumidores y de mejorar el buen funcionamiento de los mercados; toma como una de sus principales armas para lograr su cometido el unificar el sistema de aplicación en el ámbito europeo del derecho a desistir sobre todo en contratos a distancia y a aquellos celebrados fuera de establecimiento mercantil²²¹.

Para ello y a diferencia de los que sucede en España con el TRLDGCU en donde se impone un régimen jurídico para el desistimiento de cada uno de estos tipos de

²¹⁹ Artículo 8.1 de la Directiva.

²²⁰ *“Artículo 1 Objeto: La presente Directiva tiene por objeto, a través del logro de un nivel elevado de protección de los consumidores, contribuir al buen funcionamiento del mercado interior mediante la aproximación de determinados aspectos de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros sobre contratos celebrados entre consumidores y comerciantes.”*

²²¹ En su momento, sobre la propuesta de Directiva sobre derechos de los consumidores JIMÉNEZ MUÑOZ, dijo: *“La PDDC supone un esfuerzo paralelo al DCFR en la armonización del Derecho privado europeo, pero más limitado –se centra únicamente en el ámbito del Derecho del consumo, y solo en ciertos aspectos-, y pretende la refundición y sistematización en un solo instrumento de las principales Directivas en esta materia...”*, en JIMÉNEZ MUÑOZ, FRANCISCO JAVIER. *“Perspectivas de regulación del derecho de desistimiento en el (posible) futuro Derecho europeo de contratos”*, *Op. Cit.*, p. 521.

contrato, se plantea un régimen unitario para ambas modalidades de acuerdos de consumo²²².

Así, en cuanto al plazo se establece el tanto de 14 días que ya ha venido siendo recurrente en los últimos instrumentos legales sobre el tema. Dicho plazo comenzara a contar desde el día de celebración del contrato, o bien, desde el día en que el consumidor adquiriera la posesión del bien.

Igualmente y como ya hemos visto, también se prevé que esos 14 días puedan ser prorrogados hasta un tanto de 1 año, en aquellos casos en que el comerciante haya incumplido su deber de información y documentación, el cual podría reducirse siempre y cuando se subsane la omisión, caso en el cual correrá el plazo ordinario de 14 días.

El mecanismo previsto para el ejercicio de la facultad, no difiere en mucho de los ya previstos en otros cuerpos legales, para ello, se indica que dentro del plazo indicado, el consumidor deberá comunicar al comerciante su decisión de desistir del acuerdo. Dicha declaración de voluntad de naturaleza también recepticia, se puede realizar a través de la utilización del modelo de formulario que la Directiva incorpora, o bien, a través de cualquier otro tipo de declaración en la que unívocamente se extraiga el deseo de finiquitar el acuerdo, incluidos los medios electrónicos. De todas maneras la carga de la prueba relativa a la demostración del ejercicio del derecho, recaerá en el consumidor.

En cuanto a los efectos, como es obvio, se establece que la principal consecuencia será la de extinguir las obligaciones de las partes de ejecutar el contrato, encaso de que éste ya se hubiere celebrado, o bien, de suscribirlo en caso de que al consumidor únicamente le una la oferta contractual.

Para el comerciante además, se prevé que *“reembolsará todo pago recibido del consumidor, incluidos, en su caso, los costes de entrega, sin demoras indebidas y, en cualquier caso, antes de que hayan transcurrido 14 días desde la fecha en que haya sido informado de la decisión de desistimiento del contrato del consumidor”*²²³ y

²²² Artículo 6 y ss.

²²³ Artículo 13 de la Directiva.

II. REGULACIÓN DEL DERECHO DE DESISTIMIENTO

deberá hacerlo utilizando el mismo medio de pago empleado por el consumidor, salvo que éste no disponga lo contrario, o dicho mecanismo le resulte más oneroso.

El consumidor por su parte, deberá devolver los bienes objeto del contrato desistido al comerciante, sin demora alguna o a más tardar en un plazo de 14 días a partir de que desiste del acuerdo.

Como novedad se impone que deberá soportar los costes de devolución, salvo que el comerciante los asuma o bien, no haya informado al consumidor que él debe asumirlos.

También se indica que el consumidor solo será responsable de la pérdida de valor del bien, cuando lo haya manipulado de forma distinta a la necesaria para establecer su naturaleza, características, o buen funcionamiento. Si el contrato es de servicios deberá abonar una parte proporcional a la parte ya prestada de los mismos, siempre y cuando ello se le haya informado al consumidor, o bien, éste no haya pedido que se suspenda su ejecución mientras transcurre el plazo de meditación para desistir.

En cuanto a los contratos complementarios, la Directiva también prevé, en principio, la resolución automática de éstos en caso de que el acuerdo principal sea desistido²²⁴.

B.- Regulación en España:

En España, el Derecho de desistimiento, como figura de Derecho de consumo, es una figura relativamente novedosa, si la comparamos con el Código civil, que data de finales del siglo XIX, pero a pesar de su novedad, cada día adquiere mayor importancia

²²⁴ En general para mayor abundamiento acerca del Derecho de desistimiento en la nueva Directiva sobre derechos de los consumidores ver BERMÚDEZ BALLESTEROS, MARÍA DEL SAGRARIO. "El Derecho de desistimiento en la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre derechos de los consumidores", en *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, número 1, 2012, en <http://cesco.revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/11/13>.

en el Derecho privado, sobre todo en su materia, al punto que podríamos afirmar que en la actualidad es uno de los principales institutos de defensa del consumidor²²⁵.

Ahora, si bien es cierto que la inclusión de Derecho de desistimiento al ordenamiento jurídico español, al menos en los últimos 20 años, se ha dado principalmente por la transposición normativa de instrumentos comunitarios, el proceso no ha sido del todo eficiente, ya que a pesar de la importancia de la figura, ni la doctrina, ni el legislador, se han preocupado por sistematizarle adecuadamente.

Se repiten los errores encontramos en la normativa europea, hay poco rigor en la terminología, no hay uniformidad de plazos, de mecanismos de ejecución y sobre todo, sobre los efectos.

Y como las reformas legales, se dan, en promedio, cada dos años, no hay oportunidad de consolidar un régimen de tutela efectiva. Situación que a nivel doctrinario se refleja ya que aquellas obras que encontramos publicadas, aparte de ser escasas, por su fecha de publicación remiten a regulaciones obsoletas, reformadas o derogadas.

Sobre el punto, el legislador Alemán procurando solucionar la maraña jurídica y darle uniformidad al sistema ha dispuesto una norma en su Código Civil (Bürgerliches Gesetzbuch, adelante BGB) que procure superar de una vez por todas la discusión, así: *“El artículo 357 del BGB, bajo el epígrafe «Consecuencias jurídicas de la rescisión y del reembolso», establece: «1. A menos que se disponga lo contrario, las disposiciones relativas al desistimiento legal se aplicarán por analogía a los derechos de rescisión y de devolución. El artículo 286, apartado 3, se aplicará a la obligación de reembolso de los pagos conforme a la presente disposición; el plazo fijado en dicho artículo comenzará a correr con la declaración de rescisión o de devolución del consumidor.*

²²⁵ En éste sentido es abundante la doctrina que comparte la importancia del Derecho de desistimiento para la defensa efectiva de los derechos de los consumidores, podemos citar a: VÁSQUEZ-PASTOR JIMÉNEZ, LUCÍA. Una aproximación al desistimiento unilateral: la experiencia italiana. En *Revista de Derecho Patrimonial (RDPat)*, año 2009-1, número 22, editorial ARANZADI, 1999. A, ARROYO APARICIO, ALICIA. *Los contratos a distancia en la Ley de Ordenación del Comercio Minorista*, Op. Cit., p.327. A GARCÍA SOLÉ, cuando en lo que interesa sobre el Derecho de desistimiento previsto en el artículo 9 de la Ley 28/1998, de 13 de julio, indica que: *“Esta norma tiene, como ya hemos indicado, un marcado carácter de protección al consumidor”*, en GARCÍA SOLÉ, FERNANDO. *Comentarios a la ley de venta a plazos de bienes muebles (ley 28/1998, de 13 de julio)*, Op. Cit., p.188.

II. REGULACIÓN DEL DERECHO DE DESISTIMIENTO

Respecto a la obligación de devolución del consumidor, el plazo comenzará a correr a partir del envío de la declaración, mientras que respecto a la obligación de reembolso del empresario, comenzará a correr a partir de la recepción de dicha declaración”²²⁶.

Aunque hemos de mencionar que las dificultades mencionadas, en realidad no son solo del derecho de desistimiento, sino que son los escollos que ha debido enfrentar el Derecho de consumo en general, los cuales se buscó solventar con la promulgación 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 y otras leyes complementarias; que vino a sistematizar y unificar en un único marco normativo todo el cúmulo de leyes dispersas sobre el tema²²⁷.

Sin embargo y a pesar del intento, coincido con GARCÍA VICENTE cuando indica que: *“la propia norma ha fracasado en su propósito «armonizador» también en la denominación, porque también menciona «rescindir», «resolver», «poner fin» y «dejar sin efecto» en los arts. 62.3, 85.3 III, 85.4 I, 87.6 ó 160 TRLGDCU, para casos en que*

²²⁶ Traducción en STJCE (Sala Primera), de 3 de setiembre de 2009, asunto C-489/07, petición de decisión prejudicial de Pía Messner versus Firma Stefan Krüger.

²²⁷ Leyendo la exposición de motivos de Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios, nos damos cuenta que el TRLGDCU, no es otra cosa que la manera de salir del conflicto causado por la *“sentencia de 9 de septiembre de 2004, en el asunto C-70/2003, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (que) declaró que el Reino de España había incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. En concreto, el Tribunal de Justicia entiende que España no ha adaptado correctamente su Derecho interno a los artículos 5 y 6, apartado 2, de la citada directiva.”*(entre paréntesis es propio). Además, Como señala GONZÁLEZ GRANDA: *“esta Ley pretende -tal como señala expresamente el legislador en la Exposición de Motivos del Proyecto- incrementar la protección del consumidor en diferentes ámbitos en los que se han advertido ciertas deficiencias. Entre otras, baja de servicios, prohibición de redondeo, aparcamiento, vivienda, contratos, ampliación de la legitimación a las Comunidades Autónomas y a los municipios para demandar el cese de prácticas contrarias a la Ley General para la Defensa de consumidores y usuarios, seguridad de productos y Asociaciones de consumidores, entre otros.”* En GONZÁLEZ GRANDA, PIEDAD. *“Protección judicial de consumidores y usuarios en el ámbito del comercio electrónico”*, InDret, edición digital 4/2007, p.4. Igualmente, es importante destacar que el modelo de transposición normativa, al menos en lo que a Derecho de consumo se refiere ha sido realizado por los países de Europa siguiendo básicamente dos modelos, uno, a través de la creación de leyes especiales que modifiquen la normativa existente sobre el tema y otro, a través de la reforma del Código Civil. En el primer caso y a manera de ejemplo podemos mencionar, aparte de España, a Italia que mediante decreto legislativo número 206, de 6 de setiembre de 2005, publica su *Codice del Consumo*, siendo en este cuerpo normativo en donde regula todo lo concerniente al *recesso* en ciertos contratos de consumo. Igualmente, tenemos en caso Francés, que mediante reforma legal número 93-949, de 26 de julio de 1993 (modificada posteriormente por Ley 2005-841 de 26 de julio de 2005), también optó por crear un sistema normativo propio y ajeno al Civil, denominado *Code de la Consommation*, en el cual se regula el *Droit de retractation* en su artículo L121-20. En el caso contrario, tenemos el sistema Alemán que optó por realizar una reforma a su BGB, tal y como fue mencionado en el texto.

*propiamente se trata de un derecho a desistir, se sujeten o no al régimen general previsto en los arts. 68 a 79*²²⁸. Es decir, en el marco normativo definitivo, que vendría a resolver definitivamente la problemática apuntada, el problema subsiste.

Sin embargo, el panorama no es tan oscuro, ya que con la refundición normativa si se le dio un verdadero rigor científico a la figura, uniformando su conceptualización en extremos tan importantes como el plazo, sus efectos, mecanismo de uso, etcétera²²⁹.

Finalmente y a pesar de lo anterior, hemos de aclarar que de nuevo habrá que reformar el sistema, ya que toca trasponer la nueva Directiva sobre derechos de los consumidores, con lo cual retomamos el ciclo de vigencia de las normas de consumo, manteniéndose la falta de formalidad que habíamos indicado.

Por todo lo anterior, es que para darnos una idea de lo que ha sido la regulación del derecho de desistimiento en el sistema interno, necesariamente hay que hacer un estudio histórico normativo de la figura que nos indique las diferentes etapas por las que la misma ha pasado, para así entender las características que la misma tiene hoy en día²³⁰.

1.- Desarrollo histórico normativo Español:

Como previamente indicamos la idea de plantear un análisis histórico de las diferentes leyes que, en su momento de vigencia, han regulado el derecho a desistir de

²²⁸ GARCÍA VICENTE, JOSÉ RAMÓN. "Comentario al artículo 68. Contenido y régimen del Derecho de desistimiento", *Op. Cit.*, p. 847.

²²⁹ Al punto que en la propuesta de modernización del CC español, se prevé su incorporación a dicho cuerpo normativo en prácticamente las mismas condiciones en las que se regula en el TRLDGCU. A mayor abundamiento ver: Comisión General de Codificación. *Propuesta de modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos*, Boletín de Información, Ministerio de Justicia, año. LXIII, 2009. Documento localizable en http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/es/1215198250496/Estructura_C/1215198250781/Detalle.html, fecha de visita: 10 de agosto de 2012.

²³⁰ A mayor abundamiento acerca del desarrollo histórico del Derecho de desistimiento ver: JIMÉNEZ MUÑOZ, FRANCISCO JAVIER. "El derecho legal de desistimiento: presente y (posible) futuro", en *Actualidad Civil*, número 7, quincena del 1 al 15 de Abril de 2011. Referencia La Ley 3360/2011.

II. REGULACIÓN DEL DERECHO DE DESISTIMIENTO

los contratos, servirá para corroborar que efectivamente estamos ante un derecho de construcción histórica, que ha pasado por diferentes y muy diversas etapas que de alguna manera, cada una de ellas, le han marcado en su contenido básico. Además, analizando sus antecedentes, comprenderemos mejor su actualidad.

a.- Ley 50/1965, sobre ventas de bienes muebles a plazos:

La Ley 50/1965, de 17 de julio, sobre ventas de bienes muebles a plazos²³¹, es el primer marco legal en el que encontramos referencia a un derecho a desistir, en ella de manera muy acertada y tal vez, adelantada a su época, no solo reconoce la existencia de un Derecho de desistimiento en su campo, es decir, en *“las ventas a plazos de bienes muebles corporales no consumibles, de los préstamos destinados a facilitar su adquisición y de las garantías que se constituyan para asegurar el cumplimiento de las obligaciones nacidas de aquellos contratos”*²³², sino que lo hace como una posibilidad otorgada a las partes para que lo pacten contractualmente. Eso sí, a favor del consumidor o comprador como lo llama²³³.

Así el 8 indica que: *“Si se hubiere pactado, el comprador podrá desistir del contrato dentro de los tres días siguientes a la entrega de la cosa, comunicándolo por carta certificada o de otro modo fehaciente al vendedor, siempre que no hubiere usado de la cosa vendida más que a efectos de simple examen o prueba y la devuelva dentro*

²³¹ Vigente hasta el 14 de septiembre de 1998, fecha en que fue reformada por la Ley 22/1998, de 13 de julio, de venta a plazos de bienes muebles.

²³² Artículo 1.

²³³ Es importante destacar que el reconocimiento de un Derecho a desistir en España, es incluso anterior al de otros países europeos. Sobre el punto PAISANT, refiriéndose al caso Francés nos dice: *“En el Derecho de consumo, el concepto de desistimiento apareció en Francia en el año 1972, al mismo tiempo que las primeras leyes contemporáneas de protección de los consumidores para acompañar el fenómeno del consumo en masa y las prácticas comerciales correspondientes.*

Dos leyes, en este año 1972, organizaron un derecho de desistimiento en el caso de contratos negociados en el domicilio de la persona para los cuales, habida cuenta de la sorpresa provocada, se puede comprometer sin real utilidad o de manera irreflexiva. Se trata de las Leyes de 3 de enero y 22 de diciembre de 1972, relativas, respectivamente, a la oferta de servicios financieros a domicilio y a la venta puerta a puerta.” En PAISANT, GILLES. “Los Derechos de desistimiento de los consumidores en Francia”, en GARCÍA RUBIO, MARÍA PAZ (COORD.). *Estudios jurídicos en memoria del profesor José Manuel Lete Del Río*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2009, p. 696.

del mismo plazo en el lugar, forma y estado en que la recibió, libre de todo gasto para el vendedor.”

Como vemos, el plazo para su ejercicio era de tan solo 3 días y para que pudiese materializarse debían cumplirse otras condiciones, entre ellas, que la cosa no se hubiere usado *“más que a efectos de simple examen o prueba y la devuelva dentro del mismo plazo en el lugar, forma y estado en que la recibió, libre de todo gasto para el vendedor”*.

En cuanto a los efectos previstos, claramente se ve que era el de extinguir el contrato, retornando la situación jurídica al momento antes de suscribirlo.

Hoy nos resulta curioso mencionar que esta norma en su momento fue calificada de *“caricaturesca”*²³⁴, ya que *“ni el contenido ni la forma de redacción de este artículo tienen sentido real, constituyendo un arma contra la seguridad del tráfico mercantil y daría origen a un verdadero semillero de pleitos”*²³⁵.

Además también fue ampliamente criticada con argumentos que hoy día resultan incomprensibles, pero que en su momento fueron legítimos: *“esta facultad que se quiere otorgar al comprador representa en cierto modo una verdadera penalidad para el comprador al contado, que normalmente no dispone, porque nunca se pactaría, de los tres días de plazo a que se contrae el proyecto.*

Se hace también difícil pensar que en tan corto plazo el comprador pueda comunicar su deseo de desistir de forma fehaciente, pues prácticamente no hay tiempo para ello, y el envío de una carta certificada de todos es conocido que no representa más que la recepción de un sobre, sin que en forma alguna pueda justificarse cual (sic) es el contenido del mismo, supondría, en todo caso, una mera presunción.

²³⁴ En este sentido ver: BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ-CANO, RODRIGO. *Comentarios a la ley de ventas a plazos de bienes muebles*, Editorial Esquermo, Madrid, 1977, p. 196.

²³⁵ Enmienda número 22 al proyecto de ley, primer firmante don Juan Abelló Pascual, citado por BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ-CANO, RODRIGO. *Comentarios a la ley de ventas a plazos de bienes muebles*, *Ibid*, p. 196.

II. REGULACIÓN DEL DERECHO DE DESISTIMIENTO

Además, existe otro problema importante, que daría lugar a vivas discusiones, e incluso pleitos, cual es que la cosa vendida se haya deteriorado o estropeado, y en tal caso, ¿Quién y cómo puede dictaminar si lo ha sido por defecto o mal uso?...”²³⁶.

Al contrario, quienes la defendieron indicaban que: *“dificultades prácticas, la necesidad de fijar la cuantía de la «multa de arrepentimiento» o penitencial, el principio «pacta sunt servanda», el estimar que solo debía aceptarse en las ventas en que «se busca comprador»... etc., justifican la actual redacción, y aunque, como es lógico, la propuesta respondía a paliar el apresuramiento contractual a que se ven forzados muchas veces los compradores a través de la actuación de un agente o comisionista eficaz, no se consideró prudente transformar esta norma en derecho necesario”²³⁷.*

Además, resulta sumamente interesante identificar que en España se legisló sobre el tema, años antes que otros países de Europa que hoy en día son referencia sobre el tema. Así, en Alemania por ejemplo, *“The EC consumer law type of a right of withdrawal was first introduced in 1969, 1970 and 1974 for the investment on the capital market and for instalment sales under the Abzahlungsgesetz. (Instalment Act). In the following years, new rights of withdrawal developed in the form of specific legislation, which was introduced in order to implement EC consumer law, namely in § 1 of the Haustürwiderrufsgesetz, HaustWG (Doorstep Selling Act) and in § 5 of the Teilzeit-Wohnrechtsgesetz, TzWrG (Timesharing Act). However, the right of withdrawal was extended to some few other types of contract where EC law provided for no such requirement, in particular for distance learning contracts in § 4 of the Fernunterrichtsgesetz, FernUSG (Distance Learning Act), for insurance contracts in § 8 of the Versicherungsvertragsgesetz, VVG (Insurance Contract Act) and for consumer credit contracts in § 7 of the Verbraucherkreditgesetz, VerbrKrG (Consumer Credit Act)”²³⁸.*

²³⁶ Ibid, p. 197.

²³⁷ CABANELLAS GALLAS, Pío. “Defensa en Cortes realizada por D. Pío Cabanillas Gallas, del Proyecto de Ley de venta de bienes muebles a plazos, presentado por el Ministerio de Justicia”, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, número 448-449, Septiembre - Octubre 1965, Madrid, p. 1147.

²³⁸ ROTT, PETER. “Harmonising Different Rights of Withdrawal: Can German Law Serve as an Example for EC Consumer Law?”, en *German Law Journal*, volume 7, number 12, 2006, p. 1110. Documento

Hoy en día y con los parámetros actuales, podríamos criticar que la legislación quedó corta en los efectos del derecho otorgado ya que no lo concibió como una obligación legal “necesaria” para todos los contratos dentro de su competencia, sino que lo limitó a un derecho consensual. Sin embargo, si hemos de reconocer que para su época fue un gran avance en la protección a los consumidores y definitivamente, es un antecedente importante y mucho más técnico que algunos de sus sucesores.

b.- Ley 26/1984, de 19 de julio, general para la defensa de los consumidores y usuarios:

En la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios²³⁹, si bien es cierto originalmente no se mencionaba absolutamente nada hacia lo que pudiésemos identificar como un Derecho de desistimiento, en las reformas parciales que posteriormente se le realizaron, antes de que fuese derogada por el TRLDGCU, si logramos encontrar algunos matices normativos que medianamente y bajo interpretación, podríamos identificar como tratativas de regular un posible desistimiento contractual.

Sin embargo, hemos de aclarar que dicho intento no quedó en más que eso, en una opción lejana de reconocer la posibilidad al consumidor de desistir unilateralmente de un contrato de consumo previamente suscrito.

localizable en http://www.germanlawjournal.com/pdfs/Vol07No12/PDF_Vol_07_No_12_1109-1136_Developments_Rott.pdf, fecha de visita: 24 de marzo de 2011. Traducción: “El concepto comunitario de Derecho de desistimiento del consumidor, se introdujo por primera vez en 1969, 1970 y 1974 para la regulación del mercado de capitales y para las ventas a plazos bajo la Abzahlungsgesetz. (Ley de Pagos). En los años siguientes, para trasponer normativa europea, nuevas manifestaciones de desistimientos se fueron incorporando al sistema en forma de una legislación específica. Así encontramos el § 1 de la Haustürwiderrufsgesetz, HausTWG (Ley de venta a domicilio) y el § 5 de la Teilzeit-Wohnrechtsgesetz, TzWrG (Ley de Tiempo Compartido). Sin embargo, también, el Derecho de desistimiento se extendió a algunos otros tipos de contrato en el Derecho no previstos en el Derecho comunitario y en los que Alemania fue pionera, entre ellos podemos mencionar: los contratos de aprendizaje a distancia en el § 4 de la Fernunterrichtsgesetz, FernUSG (Acta de Aprendizaje a Distancia), para los contratos de seguros en el § 8 de la Versicherungsvertragsgesetz, VVG (Ley de Contrato de Seguro) y a los contratos de crédito al consumo en el § 7 de la brauchercreditgesetz, VerbrKrG (Consumer Credit Act)”.

²³⁹ Vigente hasta el 1 de diciembre de 2007.

II. REGULACIÓN DEL DERECHO DE DESISTIMIENTO

Y ello a pesar de que esta ley fue sometida a reformas posteriores en las que no se mejora en nada el deficiente sistema anterior. Ya que como hemos venido mencionando no solo se confunden conceptos, al denominar derecho de resolución algo que podría ser un desistimiento, sino que más grave aún, equipara la posición del consumidor, frente a la del empresario²⁴⁰.

En concreto, la disposición adicional primera relativa a las cláusulas abusivas, que reforma el artículo 10 bis, punto 1.2, dice que: *“tendrán el carácter de abusivas al menos las cláusulas o estipulaciones siguientes: 1.- Vinculación del contrato a la voluntad del profesional: 2.- La reserva a favor del profesional de facultades de interpretación o modificación unilateral del contrato sin motivos válidos especificados en el mismo, así como la de resolver anticipadamente un contrato con plazo determinado si al consumidor no se le reconoce la misma facultad o la de resolver en un plazo desproporcionadamente breve o sin previa notificación con antelación razonable un contrato por tiempo indefinido, salvo por incumplimiento del contrato o por motivos graves que alteren las circunstancias que motivaron la celebración del mismo.”*

Como vemos se dice que será abusiva la reserva que se haga el empresario a su favor de entre otros resolver anticipadamente el contrato sin motivos algunos, si no se le reconoce la misma facultad al consumidor. *“De la interpretación literal del texto de esta norma se deduce, como pone de relieve RODRIGO BERCOVITZ, que la Ley prohíbe la concesión de un derecho de estas características no sólo en beneficio del propio predisponente de las condiciones generales, sino también del consumidor, cuando, en realidad, la Ley pretendía con toda probabilidad evitar que fuera el empresario quien se reservara unilateralmente tal posibilidad”*²⁴¹.

En éste sentido BERCOVITZ, dejando ver la concepción que en esa época se tenía frente a un desistimiento unilateral, critica la norma indicando que: *“La redacción del*

²⁴⁰ Coincidimos con BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, cuando al referirse a la regulación sobre condiciones generales de la contratación en la Ley de 1984 y en concreto a su artículo 10, indica que: *“En cualquier caso se ha producido un resultado indeseable. La regulación del artículo 10 es mala e insuficiente”*. EN BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, RODRIGO. *La defensa contractual del consumidor o usuario en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*. EN BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, ALBERTO. BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, RODRIGO. *Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores, Op. Cit.*, p. 188.

²⁴¹ *Ibid*, p. 339.

*inciso 2º resulta totalmente desacertadas, al pretender poner freno a las ventajas que pueda obtener cualquiera de las partes a través de las condiciones generales que se prohíben, cuando en realidad lo que se trata es de proteger al consumidor frente al empresario, que será quien utilice este tipo de condiciones generales. Ello quiere decir que, de acuerdo con el tenor literal del inciso, en el supuesto insólito de que las condiciones generales permitiesen al consumidor resolver discrecionalmente el contrato, la Ley prohibiría también que aquél pudiese disfrutar de semejante beneficio. El resultado es ciertamente sorprendente, aunque carezca de consecuencias prácticas, puesto que no creo que semejante supuesto se plantee en la realidad*²⁴² (Subrayado es propio).

Por otro lado, a la norma también le es criticable que no estipule plazos y mucho menos efectos concretos de la figura, pero la verdad, estos yerros resultan casi que intrascendentes cuando nos damos cuenta que el verdadero yerro era que daba la posibilidad de que para poder desistir del contrato, el empresario debía ser equiparado al consumidor, buscando una igualdad fundamentada en un desequilibrio de contractual inexistente y todo bajo una regulación de cláusulas abusivas que en la realidad no tiene nada que ver con el tema de fondo.

Finalmente, podríamos reconocer que esta ley y su reforma que data de 1998²⁴³, corresponden a una época en que la figura del desistimiento no alcanzaba el desarrollo, ni el alcance que tiene en la actualidad y muchos de sus postulados resultaban aún conflictivos para mucha de la doctrina de la época, como es el caso de KLEIN, quien sobre el punto dijo: *“Al margen de lo oportuno o no de la regulación que del problema se hace en este precepto desde el punto de vista de la óptima protección del consumidor, lo cierto es que la LGDCU ha recogido lo que no es sino un principio básico en nuestro Derecho de obligaciones: la prohibición de dejar el contrato al arbitrio de uno de los contratantes. En efecto, admitir de forma general el pacto en condiciones generales de que el consumidor pueda extinguir la relación contractual ad nutum sería prácticamente como dar al art. 1.256 el carácter de norma dispositiva, al*

²⁴² *Ibid.*, p. 205.

²⁴³ Realizada mediante disposición adicional primera de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación.

II. REGULACIÓN DEL DERECHO DE DESISTIMIENTO

*menos en este concreto aspecto, y permitir que las partes alteren el principio de igualdad, al menos formal, de los contratantes*²⁴⁴. Sin embargo, luego la autora reconoce que: “*En nuestro Ordenamiento, por tanto, la validez de una facultad de este tipo está condicionada a su expresa concesión legal, justificada por la finalidad de proteger al contratante más desfavorecido o al que se reconoce la tutela de un interés prevalente sobre el del otro contratante*”²⁴⁵. Tal y como posteriormente se hizo, agregaría yo.

c.- Ley 26/1991, de 21 de noviembre, de contratos celebrados fuera de establecimiento mercantil:

En la Ley 26/1991, de 21 de noviembre, de Contratos Celebrados Fuera de Establecimientos Mercantiles (LCFEM)²⁴⁶, encontramos un Derecho de desistimiento regulado en su artículo 5 como un derecho de revocación, el cual se le reconoce al consumidor para ser ejercido en un plazo de 7 días²⁴⁷.

En cuando a la denominación utilizada, nunca se identifica a la figura que nos interesa como un Derecho de desistimiento. Sin embargo, resulta curioso que esta ley, que es producto de la trasposición normativa de la Directiva del Consejo de las Comunidades Europeas 85/577, utilice el término de Derecho de revocación, a pesar que en la Directiva se hable de renuncia y/o rescisión.

²⁴⁴ KLEIN, MICHELE. *El desistimiento unilateral del contrato*, Editorial Civitas, Madrid, 1997, p. 340.

²⁴⁵ *Idem*

²⁴⁶ Vigente hasta el 1 de diciembre de 2007, derogada por 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.

²⁴⁷ Textualmente, el precepto reza así: “*Artículo 5. Ejercicio del derecho de revocación.*

1. El consumidor podrá revocar su declaración de voluntad sin necesidad de alegar causa alguna, hasta pasados siete días contados desde la recepción.

Para determinar la observancia del plazo, se tendrá en cuenta la fecha de emisión de la declaración de revocación.

2. La revocación no está sujeta a forma. En todo caso se considerará válidamente realizada cuando se lleve a cabo mediante el envío del documento de revocación a que se refiere el artículo 3 o mediante la devolución de las mercancías recibidas.

3. Corresponde al consumidor probar que ha ejercitado su derecho de revocación, conforme a lo dispuesto en el presente artículo.”

Con ello vemos que el legislador español, al menos en este extremo, se apartó del instrumento internacional para incorporarlo al sistema normativo interno, lastimosamente, no lo hizo con el tino adecuado, ya que si bien es cierto, identifica que aquél llamado Derecho de renuncia y/o rescisión no era tal, no tuvo la astucia para identificar que tampoco era uno de revocación.

En cuanto al mecanismo previsto para su ejercicio, se decía que la revocación no estaría sometida a formalidad alguna y la carga de la prueba recaía sobre el consumidor para demostrar que estábamos frente a un “*desistimiento*” y no frente a un incumplimiento.

Finalmente, en cuanto a los efectos, la ley no indica nada, con lo cual habría que remitirse al CC, para identificar la sanción aplicable ante una revocatoria como la propuesta²⁴⁸.

d.- Ley 21/1995, de 6 de julio, reguladora de viajes combinados:

La ley 21/1995, de 6 de julio, reguladora de los viajes combinados²⁴⁹, representa un hito en nuestro análisis, ya que en su artículo 9.4 es en donde por primera vez, encontramos mencionado el concepto de Derecho de desistimiento, aunque aún sin ser la figura que esperamos.

La mención hacia la opción de desistir del acuerdo, se da dentro del artículo titulado “*resolución del contrato o cancelación del viaje*” y con características muy diferentes de las que la figura debiese tener, sobre todo en lo que a las consecuencias

²⁴⁸ A mayor abundamiento sobre el tema del Derecho de desistimiento en la Ley 26/1991, ver: PORRES DE MATEO, CRISTINA. “Los contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles. En particular, el Derecho de revocación del consumidor”, en *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, número 21, agosto, año 1994, p. 205 y siguientes.

²⁴⁹ Vigente hasta el 1 de diciembre de 2007, derogada por 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.

II. REGULACIÓN DEL DERECHO DE DESISTIMIENTO

de su ejercicio se refiere, las cuales dependerán de la situación en la que nos encontremos, conforme lo siguiente resumen:

- Si nos vemos en la situación prevista en el punto 1 del artículo 9²⁵⁰, es decir, ante una modificación significativa de las condiciones del contrato, o bien, ante la falta de confirmación de la reserva o ante la cancelación total del viaje, por condiciones imputables exclusivamente al vendedor, el consumidor podía resolver el acuerdo sin consecuencia alguna para él, y más bien, tendría derecho a reembolsar el dinero que hubiese adelantado como pago del viaje, más una indemnización que iba desde el 5% al 25% del valor total.
- Si por el contrario, era el consumidor quien pretendía desistir del contrato, conforme en el punto 4 del mismo artículo 9²⁵¹, se le reconocía el derecho a hacerlo, pero con penalizaciones importantes que en el mejor de los casos iban del 5% al 25% del valor total del viaje, salvo que el desistimiento se hiciera por causa de fuerza mayor.

Como vemos, en este marco legal, que es producto de la incorporación al Derecho español de la Directiva 90/314/CEE, se incorpora un Derecho de desistimiento muy diferente al que manejamos hoy en día, porque si bien es cierto se permite que el

²⁵⁰ “1. En el supuesto de que el consumidor opte por resolver el contrato, al amparo de lo previsto en el apartado 2 del artículo anterior, o de que el organizador cancele el viaje combinado antes de la fecha de salida acordada, por cualquier motivo que no le sea imputable al consumidor, éste tendrá derecho, desde el momento en que se produzca la resolución del contrato, al reembolso de todas las cantidades pagadas, con arreglo al mismo, o bien a la realización de otro viaje combinado de calidad equivalente o superior siempre que el organizador o detallista pueda proponérselo. En el supuesto de que el viaje ofrecido fuera de calidad inferior, el organizador o el detallista deberá reembolsar al consumidor, cuando proceda en función de las cantidades ya desembolsadas, la diferencia de precio, con arreglo al contrato. Este mismo derecho corresponderá al consumidor que no obtuviese confirmación de la reserva en los términos estipulados en el contrato.”

²⁵¹ “4. En todo momento el usuario o consumidor podrá desistir de los servicios solicitados o contratados, teniendo derecho a la devolución de las cantidades que hubiese abonado, pero deberá indemnizar al organizador o detallista en las cuantías que a continuación se indican, salvo que tal desistimiento tenga lugar por causa de fuerza mayor:

Abonará los gastos de gestión, los de anulación, si los hubiere, y una penalización consistente en el 5 % del importe total del viaje, si el desistimiento se produce con más de Díez y menos de quince días de antelación a la fecha del comienzo del viaje; el 15 % entre los días tres y Díez, y el 25 % dentro de las cuarenta y ocho horas anteriores a la salida.

De no presentarse a la salida, el consumidor o usuario está obligado al pago del importe total del viaje, abonando, en su caso, las cantidades pendientes salvo acuerdo entre las partes en otro sentido.

En el caso de que el viaje combinado estuviera sujeto a condiciones económicas especiales de contratación, tales como flete de aviones, buques, tarifas especiales, etc., los gastos de anulación por desistimiento se establecerán de acuerdo con las condiciones acordadas entre las partes.”

consumidor finalice de manera unilateral y anticipada el acuerdo suscrito, las condiciones y las consecuencias de dicha decisión, son muy alejadas de las que prevé un verdadero desistimiento.

Así, en cuanto al plazo, se permitía desistir sin término alguno, es decir, en cualquier momento hasta antes del viaje. Lo cual no deja de causar perjuicio a los empresarios que nunca tendrán certeza absoluta del acuerdo y deberían esperar casi hasta que el cliente se embarque para tener seguro el negocio.

Por último, el que se sancione al consumidor por desistir del contrato, es una condición inaceptable para los fines del Derecho de desistimiento, ya que en el fondo lo que se hace es castigarle por sustraerse del contrato celebrado. Esta previsión es un retroceso claro en el desarrollo de la figura, ya que lo que se hace es retomar y aplicar el espíritu de la normativa del Código Civil, es decir, *los contratos tienen fuerza de ley entre las partes y no pueden dejarse al arbitrio de una de ellas*²⁵².

e.- Ley 7/1996, de 15 de enero, de ordenación de comercio minorista:

En el caso de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista (LOCM)²⁵³, es especial y por ello, vamos a detenernos un poco más en su

²⁵² Postulados previstos en los artículos 1254, 1256 y 1278 del Código Civil español. A mayor abundamiento acerca del Derecho de desistimiento en materia de viajes combinados ver: CAMACHO DE LOS RÍOS, FRANCISCO JAVIER. ESPIGARES HUETE, JOSÉ CARLOS. "Un apunte sobre el Derecho de desistimiento y protección de los consumidores en los contratos turísticos: El caso de los contratos de viaje combinado", en AURIOLAS MARTÍN, ADOLFO (COORD.). *Aspectos jurídico-mercantiles del turismo*, Editorial Atelier, Barcelona, 2003, p. 91 y ss.

²⁵³ Modificada por la Ley 47/2002, de 19 de diciembre, de reforma de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista, para la transposición al ordenamiento jurídico español de la Directiva 97/7/CE, en materia de contratos a distancia, y para la adaptación de la Ley a diversas Directivas comunitarias; esta ley que podríamos catalogar como compleja, se dicta con la finalidad de reformar y derogar parcialmente la Ley 7/1996, de 15 de enero de ordenación del comercio minorista, a través de la transposición al ordenamiento jurídico español de la Directiva 97/7/2002 (relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia). Igualmente, deroga parcialmente el Real decreto 1906/99, de 17 de diciembre, que regula contratación telefónica y electrónica, en cuanto éste sea incompatible con la Ley y la Directiva, es decir, en el tema del desistimiento en los contratos a distancia. Y ambas normativas finalmente son refundidas por 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; el cual en su considerando II indica que se

II. REGULACIÓN DEL DERECHO DE DESISTIMIENTO

estudio, ello, por cuanto, a pesar de haber sido reformada por Ley posterior y luego refundida en el TRLGDCU, aún está vigente en todo aquello que no tenga que ver con contratación a distancia entre consumidores y empresarios²⁵⁴.

Es así como en este juego normativo de vigencia y refundición, con el Derecho de desistimiento, como bien lo llama la ley, se da una situación muy especial y es que a pesar de que se refundió la figura prevista para los contratos a distancia (artículos 44 y 45), el artículo 10, que refiere al desistimiento como derecho general, si mantuvo su vigencia²⁵⁵ y con ello, aún es de aplicación obligada aunque supletoria a lo dispuesto por el texto refundido²⁵⁶.

“Este artículo 10 constituye, según la disposición final, párrafo 2.º, de la Ley de Ordenación de comercio Minorista, «legislación civil y mercantil», por lo que resulta

refunde todo lo relativo a “*las relaciones jurídicas con los consumidores en los contratos a distancia de bienes y servicios contenidas en la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista, modificada por la Ley 47/2002, de 19 de diciembre, de reforma de la Ley 7/1996, de Ordenación del Comercio Minorista, para la transposición al ordenamiento jurídico español de la Directiva 97/7/CE, en materia de contratos a distancia y para la adaptación de la Ley a diversas directivas comunitarias. Como consecuencia de esta refundición la regulación sobre contratos a distancia contenida en la Ley 7/1996, de 15 de enero, queda vigente para la regulación de las relaciones empresariales.*”

²⁵⁴ En ese sentido, la exposición de motivos del TRLGDCU en su punto II, es clara al indicar que: “*Se incorporan así al texto refundido las disposiciones destinadas a regular las relaciones jurídicas con los consumidores en los contratos a distancia de bienes y servicios contenidas en la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista, modificada por la Ley 47/2002, de 19 de diciembre, de reforma de la Ley 7/1996, de Ordenación del Comercio Minorista, para la transposición al ordenamiento jurídico español de la Directiva 97/7/CE, en materia de contratos a distancia y para la adaptación de la Ley a diversas directivas comunitarias.*” Igualmente reformada por la Ley 1/2010, de 1 de marzo, de reforma de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista.

²⁵⁵ Tan vigente que en la Ley 1/2010, de 1 de marzo, de reforma de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista; en su artículo 14 haciendo un recuento de normas vigentes entre las que se encuentra el artículo 10, indica que aún hoy, luego de la refundición efectuada en noviembre de 2007, éstas “*constituyen legislación civil y mercantil y serán de aplicación general por ampararse en la competencia exclusiva del Estado para regular el contenido del Derecho privado de los contratos, resultante de las reglas 6.ª y 8.ª del artículo 149.1 de la Constitución.*”

²⁵⁶ Aunque la Comisión de Cooperación de Consumo, (órgano adscrito al Instituto Nacional de Consumo), en la consulta número 28/2009, sobre el citado artículo 10 de la LOCM, dijo: “*Por su parte, el artículo 10 de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista (LOCM) establece, a este respecto, que «Cuando en el ejercicio de un derecho previamente reconocido se procede a la devolución de un producto, el comprador no tendrá obligación de indemnizar al vendedor por el desgaste o deterioro del mismo debido exclusivamente a su prueba para tomar una decisión sobre su adquisición definitiva sin alterar las condiciones del producto en el momento de la entrega... »*

Ahora bien, hay que tener en cuenta que el artículo citado no establece con carácter general un Derecho de desistimiento a favor del comprador, sino que se limita a señalar algunos de los efectos de este derecho, cuando esté «previamente reconocido», esto es, se haya informado o pactado con el consumidor la devolución de dicho producto no defectuoso con anterioridad a la compra.” En http://www.consumo-inc.gob.es/informes/docs/CCC_CONSULTAS99.pdf, fecha de visita 20 de abril de 2012.

«de aplicación general por ampararse en la competencia exclusiva del Estado para regular el contenido del derecho privado de los contratos, resultante de los números 6 y 8 del artículo 149.1 de la Constitución»²⁵⁷.

Además, *“evita el legislador pronunciarse sobre el carácter civil o mercantil de los contratos que regula, pero, a pesar de haber preceptos en la Ley que se refieren a relaciones mercantiles, parece que en el caso del artículo 10 se refiere a compras realizadas por un destinatario final”²⁵⁸*, es decir, consumidores.

Con lo expuesto tenemos, entonces, que el marco general de la facultad de desistir, actualmente debemos analizarlo sin dejar de lado el citado artículo 10 LOCM, el cual por su naturaleza *“es una regla general, tanto por el lugar en el que se ubica dentro de la LOCM, en el Capítulo II, que bajo la rúbrica «oferta comercial» reúne una serie de reglas heterogéneas con pretensiones de generalidad, como por su propia redacción que hace referencia a cualquier Derecho de desistimiento en el que se*

²⁵⁷ MARÍN LÓPEZ, JUAN JOSÉ. “Artículo 10: Derecho de desistimiento”, en ARIMANY, MANUBENS & ASOCIADOS (COORD.). TORNOS MAS, JOAQUÍN. MARÍN LÓPEZ, JUAN JOSÉ. CASES PALLARES, LLUIS. ARIMANY LAMOGLIA, ESTEBAN. MANUBENS FLORENSA, CARLOS (DIR). *Ordenación del Comercio Minorista, Comentarios a la Ley 7/1996 y a la Ley Orgánica 2/1996, ambas de fecha 15 de enero*. Editorial Praxis, Barcelona, 1ª edición, 1996, p.92. Además, dicha posición toma la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, el cual desde sentencia número 37/1981, de 16 de noviembre, ponente don Francisco Rubio Llorente (RTC 1981/37), dijo que: *“La interpretación del artículo 53 de la Constitución en el marco general de ésta obliga a entender, en consecuencia, que, si bien la regulación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en el capítulo segundo del título primero de la Constitución requiere siempre una norma de rango legal, esta norma sólo ha de emanar precisamente de las Cortes Generales cuando afecte a las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales. Cuando la norma legal, aunque con incidencia sobre el ejercicio de derechos, no afecte a las condiciones básicas de tal ejercicio, puede ser promulgada por las Comunidades Autónomas cuyos Estatutos le atribuyan competencia legislativa sobre una materia cuya regulación implique necesariamente, en uno u otro grado, una regulación del ejercicio de derechos constitucionalmente garantizados.”* Sentencia reiterada mediante STC número 124/2003, de 19 de junio, ponente doña Elisa Pérez Vera. (RTC 2003/124). Y, STC número 164/2006, de 24 de mayo, ponente don Pascual Sala Sánchez. (RTC 2006/164). Igualmente y a mayor abundamiento acerca de las competencias estatales en el Derecho de consumo, ver: CARRASCO PERERA, ÁNGEL. “Sociedad de la información y protección del consumidor como títulos competenciales, examen de la LSSI (Ley 34/2002) y las competencias de Castilla-La Mancha”, en *Parlamento y Constitución. Anuario*, número 6, 2002. Documento localizable en http://dialnet.unirioja.es/servlet/fichero_articulo?codigo=1060367&orden=0, fecha de visita, 19 de agosto de 2012.

²⁵⁸ GONZÁLEZ PACANOWSKA, ISABEL. “Artículo 10: Derecho de desistimiento”, en ALONSO ESPINOZA, ALBERTO. ET AL. (COORD.). *Régimen jurídico general del comercio minorista, comentarios a la Ley 7/1996, de 15 de enero de ordenación minorista, y a la Ley orgánica 2/1996, de 15 de enero, complementaria de la de ordenación minorista*, McGraw Hill/Interamericana de España S.A.U., Madrid, 1999, p.142.

II. REGULACIÓN DEL DERECHO DE DESISTIMIENTO

*proceda a la devolución de un producto en el ámbito de la compraventa de productos con consumidores*²⁵⁹.

Textualmente la norma dice que: “1. Cuando en el ejercicio de un derecho previamente reconocido se proceda a la devolución de un producto, el comprador no tendrá obligación de indemnizar al vendedor por el desgaste o deterioro del mismo debido exclusivamente a su prueba para tomar una decisión sobre su adquisición definitiva sin alterar las condiciones del producto en el momento de la entrega. Se prohíbe al vendedor 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 devuelva la mercancía.” Agrega además el punto 2 que en “caso de no haberse fijado el plazo, dentro del cual el comprador podrá desistir del contrato, aquél será de siete días.”

Esta ley adquiere entonces, un papel muy importante en el desarrollo histórico normativo del Derecho de desistimiento, ya que nos permite afirmar que desde 1996 el legislador español dotó a los consumidores de un derecho a desistir en todas y cada una de las relaciones jurídicas en las que se previese la posibilidad y no solo en los contratos de bienes y servicios realizados a distancia, cuya regulación estaba prevista en el artículo 44, al punto que aún hoy día aún tiene plena vigencia²⁶⁰.

Entre los elementos del instituto previstos en la LOCM, tenemos que citar en primer caso, la necesidad de que el Derecho de desistimiento que pretendemos hacer valer estuviese previamente reconocido, es decir, que al momento de suscribir el acuerdo, las partes supiesen de la existencia de esa posibilidad (presunción *iuris tantum*), ya que no implicaba un derecho de información a favor del consumidor, o bien, una obligación de información que recaiga al vendedor.

²⁵⁹ DÍAZ ALABART, SILVIA. “Comentario al artículo 10: Derecho de desistimiento”, en PIÑAR MAÑAS, JOSÉ LUIS. BELTRÁN SÁNCHEZ, EMILIO (DIR.). *Comentarios a la Ley de Ordenación del Comercio Minorista y a la Ley Orgánica Complementaria*, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1997, p.98.

²⁶⁰ A pesar de ser una norma innovadora el artículo 10 de la LOCM también fue ampliamente criticada por un sector de la doctrina que consideraban que al ser una norma general, simplemente se limitaba a regular un Derecho de desistimiento para el consumidor y no a reconocerlo como debe ser. En éste sentido ver: MARÍN LÓPEZ, JUAN JOSÉ. “Comentario Artículo 10: Derecho de desistimiento”. *Op. Cit.*, p. 96. DÍAZ ALABART, SILVIA. “Comentario al artículo 10: Derecho de desistimiento”, *Op. Cit.*, p. 98. Y GONZÁLEZ PACANOWSKA, ISABEL, “Artículo 10: Derecho de desistimiento”, *Op. Cit.*, p.143.

En segundo lugar, como la norma es general y no hace referencia concreta al tipo de derecho pre-existente debemos manejar los dos tipos de opciones que se pueden dar, la legal y la contractual (consensual).

Respecto al desistimiento legal, hacía referencia a aquellos supuestos vigentes al momento de su promulgación, a saber, en ventas de bienes muebles a plazos, en contratos celebrados fuera de establecimiento mercantil, en contratos de viajes combinados y en contratos de venta a distancia. Y hoy en día, será aplicable en contratos sobre viajes combinados²⁶¹, en contratos realizados a distancia (incluidos los de modalidad de contratos financieros a distancia y contratos realizados telefónicamente)²⁶², en contratos fuera de establecimiento mercantil²⁶³, en contratos sobre aprovechamiento por turno de bienes inmuebles²⁶⁴ y en contratos de venta a plazos de bienes muebles²⁶⁵.

En cuanto al desistimiento contractual, partiendo de la aplicación del artículo 9 de la LOCM y de la aplicación supletoria de los artículos 1091, 1255 y 1258 del Código Civil; concluimos que ya antes de la vigencia del TRLDGCU, esta normativa era de aplicación en todos aquellos casos en que se hubiese ofertado y pactado por las partes la aplicación de un derecho contractual de desistimiento. En este sentido, hay que resaltar que la norma habla del *“ejercicio de un derecho (contractual) previamente reconocido”*, con lo cual nos da una lista de *numerus apertus* en la que podemos ubicar al desistimiento contractual,

En cuanto a los efectos de la figura, señala como principales a la devolución del bien y la devolución del precio pagado. En cuanto a la devolución del bien, pues como veremos más adelante el mismo se puede dar de dos maneras, desistiendo formalmente a través de la entrega al empresario de una carta o nota en ese sentido, o bien, devolviendo el bien objeto del contrato, lo cual identificaríamos como un desistimiento tácito.

²⁶¹ Regulados en los artículos 150 a 165 del TRLDGCU, el cual refundió la Ley 21/1995.

²⁶² Regulados en los artículos 80 y del 92 al 106 del TRLDGCU.

²⁶³ Regulados en los artículos 107 al 113 del TRLDGCU.

²⁶⁴ Regulados en el artículo 10 de la Ley 42/1998, de 15 de diciembre. Sobre sobre derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico y normas tributarias.

²⁶⁵ Regulados en el artículo 9 de la Ley 28/1998, de 13 de julio. De venta a plazos de bienes muebles.

II. REGULACIÓN DEL DERECHO DE DESISTIMIENTO

Respecto a la devolución del precio pagado, no podemos indicar más que es la consecuencia natural de desistir del contrato y con ello, devolver el bien. Dicha devolución en principio, deberá hacerse en la totalidad del monto adelantado, con lo cual, se evita un posible enriquecimiento sin causa del vendedor.

Ahora, es innegable que la redacción de la norma respecto a la devolución del precio pagado, en el sentido que *“el comprador no tendrá obligación de indemnizar al vendedor por el desgaste o deterioro del mismo debido exclusivamente a su prueba para tomar una decisión sobre su adquisición definitiva sin alterar las condiciones del producto en el momento de la entrega. Se prohíbe al vendedor 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 devuelva la mercancía”*, busca eso, es decir, exonerar de cualquier pago o indemnización al consumidor que desiste, sin embargo, en su redacción la norma confusamente nos remite de manera indirecta al artículo 1453 del Código Civil, a cuestiones de prueba o gusto del acuerdo y no en una decisión discrecional como debe ser.

De todas maneras no está de más recordar que el Derecho de desistimiento no es una venta a prueba, ya que ésta tal y como la define ALBALADEJO es un contrato hecho *“bajo condición (suspensiva o resolutoria) de que la cosa guste al comprador”*²⁶⁶ y no un derecho derivado de la política económica de protección a los consumidores. En éste sentido es claro que si bien, el espíritu de la norma es la de garantizar la gratuidad para el consumidor, o bien, de dotarle de la posibilidad de “degustar” el bien para razonar y/o meditar acerca de la pertinencia del contrato, me parece que no es acertado que se haga remisión a figuras ajenas al instituto que por su naturaleza y semejanza pueden conducir a confusiones.

²⁶⁶ ALBALADEJO, MANUEL. *Derecho civil II Derecho de Obligaciones*, Volumen Segundo Los contratos en particular y las obligaciones no contractuales, décima edición, José María Bosch Editor S.L., Barcelona, 1997, p. 73. Igualmente, DÍAZ ALABART, agrega que la venta ad gustum *“no es una venta diferente del anterior (a prueba), sino que en las ventas de cosas que es costumbre gustar o probar, aún sin pacto expreso en ese sentido, se presumen celebradas a prueba según el libre criterio personal del comprador. Para este tipo de ventas el artículo 1453 no dispone otra cosa que la presunción de que se realizaron bajo condición suspensiva”*, en DÍAZ ALABART, SILVIA. “Comentario al artículo 10: Derecho de desistimiento”, *Op. Cit.*, p. 100. (entre paréntesis es propio).

En cualquier caso, esta norma hoy en día debemos entenderla en concordancia con el artículo 74.2 del TRLDGCU, por ello creemos que cualquier discusión que se pueda presentar al respecto queda totalmente zanjada, ya que en este enunciado expresamente se prohíbe cualquier cobro *“por la disminución del valor del bien, que sea consecuencia de su uso conforme a lo pactado o a su naturaleza, o por el uso del servicio”*.

Finalmente en cuanto al plazo, la LOCM impone un plazo legal mínimo de siete días para aquellos casos en que las partes no hubiesen negociado alguno mayor, o bien, simplemente guardaran silencio sobre el punto. Así, para esa fecha ya se computaba el tanto de siete días, que era el parámetro más aceptado en la diferente normativa sobre el tema²⁶⁷, incluido el TRLDGCU.

Para definir el momento de inicio del conteo, el artículo 44 de la LOCM, señalaba que el plazo comenzaría a correr *“desde la fecha de recepción del producto”*²⁶⁸.

f.- Ley 28/1998, de 13 de julio, de venta a plazo de bienes muebles:

Otra ley que tiene importancia en lo que al marco regulatorio del Derecho de desistimiento se refiere, es la Ley 28/1998, de 13 de julio, de Venta a Plazos de Bienes Muebles, no solo porque a la fecha tiene plena vigencia, es decir, no fue refundida dentro del grupo de leyes incluidas en el TRLDGCU, sino también porque en ella se

²⁶⁷ A nivel de Derecho comunitario, encontramos el mismo plazo en la Directiva 85/577/CE, de 20 de diciembre de 1985, referente a la protección de los consumidores en el caso de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales, en su artículo 5. Igualmente, En la Directiva 97/7/CE, de 20 de mayo de 1997 relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia, en su artículo 6. A nivel de Derecho español, encontramos el mismo plazo en la Ley 26/1991, de 21 de noviembre, de Contratos Celebrados Fuera de Establecimientos Mercantiles, artículo 5. En la Ley 28/1998, de 13 de julio, de Venta a Plazos de Bienes Muebles, artículo 9. Y por último, 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, artículo 71.

²⁶⁸ Para mayor información sobre Derecho a desistir en la Ley 7/1996, ver: ORELLANA CANO, NURIA. “El desistimiento unilateral en los contratos de consumo”, en VILATA MENADAS, SALVADOR (DIR.). *Venta de bienes fuera del establecimiento mercantil. La carta de revocación*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007, p. 383 y siguientes.

II. REGULACIÓN DEL DERECHO DE DESISTIMIENTO

prevé el régimen especial de desistimiento en contratos de compraventa de bienes muebles sometidos a un plazo²⁶⁹.

Además, es importante porque reforma la Ley 50/1965, con lo cual finalmente se superan las limitaciones que en este campo se tuvieron por casi 30 años. Con ello, se reconoce la facultad a todos los contratos de venta a plazo de bienes muebles y no únicamente a aquellos acuerdos en que el mismo hubiese sido pactado²⁷⁰. Además, se regulan temas importantes como el de los subcontratos y el de comisiones por pago adelantado, así como todo lo referente al desistimiento en la modalidad de compras de vehículos de motor.

En cuanto a los elementos de la figura, se nos indica que se reconoce un Derecho de desistimiento en los contratos de compraventa de bienes muebles a plazo, derecho

²⁶⁹ El artículo 1 de la Ley, indica que el ámbito de aplicación de la normativa será: *“la regulación de los contratos de venta a plazos de bienes muebles corporales no consumibles e identificables, de los contratos de préstamo destinados a facilitar su adquisición y de las garantías que se constituyan para asegurar el cumplimiento de las obligaciones nacidas de los mismos.”*

²⁷⁰ En concreto, el artículo 9 indica: *“Facultad de desistimiento:*

“1. El consumidor podrá desistir del contrato dentro de los siete días hábiles siguientes a la entrega del bien, comunicándolo mediante carta certificada u otro medio fehaciente al vendedor y, en su caso, al financiador, siempre que se cumplan todos los requisitos siguientes:

a.- No haber usado del bien vendido más que a efectos de simple examen o prueba.

b.- Devolverlo, dentro del plazo señalado anteriormente, en el lugar, forma y estado en que lo recibió y libre de todo gasto para el vendedor.

El deterioro de los embalajes, cuando fuese necesario para acceder al bien, no impedirá su devolución.

c.- Proceder, cuando así se haya pactado, a indemnizar al vendedor en la forma establecida contractualmente, por la eventual depreciación comercial del bien. Dicha indemnización no podrá ser superior a la quinta parte del precio de venta al contado. A este fin habrá de aplicarse el desembolso inicial si existiera.

d.- Reintegrar el préstamo concedido en virtud de alguno de los contratos regulados en el artículo 4.3, en los términos acordados en los mismos para el caso de desistimiento.

2. Este derecho será irrenunciable, sin que la no constancia de tal cláusula en el contrato prive al comprador de la facultad de desistimiento.

Si como consecuencia del ejercicio de este derecho se resolviera el contrato de venta a plazos también se dará por resuelto el contrato de financiación al vendedor y, en tal caso, el financiador sólo podrá reclamar el pago a éste.

3. Una vez transcurrido el plazo para el ejercicio de la facultad de desistimiento surtirán los efectos derivados del contrato. No obstante, en cualquier momento de vigencia del contrato, el comprador podrá pagar anticipadamente, de forma total o parcial, el precio pendiente de pago o reembolsar anticipadamente el préstamo obtenido, sin que en ningún caso puedan exigírsele intereses no devengados. En tal supuesto, el comprador sólo podrá quedar obligado a abonar, por razón del pago anticipado o reembolso, la compensación que para tal supuesto se hubiera pactado y que no podrá exceder del 1,5 % del precio aplazado o del capital reembolsado anticipadamente en los contratos con tipo de interés variable y del 3 % en los contratos con tipo de interés fijo. Salvo pacto, los pagos parciales anticipados no podrán ser inferiores al 20 % del precio.

4. En caso de adquisición de vehículos de motor susceptibles de matriculación podrá excluirse mediante pacto el Derecho de desistimiento, o modalizarse su ejercicio de forma distinta a lo previsto en esta Ley.”

que estará sometido a un plazo de siete días, pero condicionada su aplicación a que se cumplan cuatro requisitos necesarios, a saber, a). Que el consumidor no haya usado el bien más que a simple prueba o examen, b). Que lo devuelva en el plazo estipulado, cargando él con los gastos que la devolución pueda acarrear, c). Que indemnice al vendedor por la eventual depreciación del objeto y d). Que reintegre cualquier préstamo recibido en virtud del contrato que se desiste.

Me parece que es discutible cualquier justificación que se quiera hacer a la existencia de estos cuatro requisitos, ya que si bien autores como BLASCO GASCÓ o GARCÍA SOLÉ²⁷¹, indican que corresponden a una clara política de protección al consumidor, personalmente extraigo todo lo contrario. Es claro que lo que legislador procuró al imponer estos requisitos fue atenuar la protección hacia el consumidor dándole un derecho limitado al cumplimiento de estos cuatro requisitos, algunos de los cuales entran en conflicto con la regulación actual que contiene el TRLGDCU.

En el primer caso, en cuanto a la obligación de que el consumidor no haya usado el bien más que a simple prueba o examen²⁷² y aunque BLASCO GASCÓ insista en la idea de que lo que se pretendió con este requisito fue garantizarle *“al consumidor un plazo de reflexión acerca de la adquisición realizada”*²⁷³, a mi criterio lo que en realidad privó fue la idea de proteger a los comerciantes al garantizarles que la devolución de las mercaderías vendidas (objeto del contrato de consumo) sería realizada en las mismas condiciones de calidad en que fue entregada al momento de realizar el contrato. La norma debemos entender en su conjunto, el cual es evidentemente restrictivo a los intereses del consumidor y complaciente hacia los del comerciante buscando un cierto equilibrio en las consecuencias del desistimiento.

²⁷¹ A mayor abundamiento, vid: BLASCO GASCÓ, FRANCISCO DE P. *Las ventas a plazos de bienes muebles*, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000, página 99 y ss. Y GARCÍA SOLÉ, FERNANDO. *Comentarios a la Ley de venta a plazos de bienes muebles*, Op. Cit, página 187 y ss.

²⁷² Resulta oportuno reiterar, al igual que se hizo en el análisis de la LOCM, que: *“A pesar de la dicción literal del precepto, no puede entenderse que se configure la venta a plazos como una compraventa a gustum o a calidad de ensayo o prueba a que se refiere el artículo 1453 C.C., es decir, que se trate de una compraventa sometida a condición suspensiva impropia o de tiempo pasado.”* En BLASCO GASCÓ, FRANCISCO DE P. *Las ventas a plazos de bienes muebles*, Op. Cit., p.102.

²⁷³ Ibid, p. 103.

II. REGULACIÓN DEL DERECHO DE DESISTIMIENTO

Sobre el deber de devolución dentro del plazo legal de siete días, me parece que innecesariamente se obliga al consumidor a realizarlo en el lugar inicialmente recibido y de la misma manera en que el bien le fue entregado y todo, sin cargo alguno para el vendedor. Con lo cual, se evita el traslado de los costos del desistimiento al vendedor, cargándose los al consumidor.

En tercer lugar, también se abre la posibilidad de que si se ha pactado, el consumidor no solo deba correr con los costos de la devolución de bien, sino que además, asuma la depreciación que el mismo haya sufrido, monto que puede ser compensado con la inversión inicialmente realizada, eso sí, previsoramente se aclara que no podrá ser nunca superior al veinte por ciento del valor de venta del producto.

Por último, cuando el consumidor haga uso de este derecho, deberá reintegrar el dinero recibido en carácter de financiamiento del contrato desistido.

En resumen, al amparo de esta Ley, los consumidores que pretendan desistir de un contrato de consumo de bienes muebles financiado a plazos, tendrán derecho a hacerlo, dentro del plazo de siete días en los cuales no podrán haber utilizado el bien, más que a simple prueba, eso sí, si se ha pactado, deberán indemnizar la depreciación²⁷⁴ y finalmente, reintegrar el dinero que se hubiese recibido por el contrato accesorio de financiamiento del bien.

Finalmente, la norma indica que el desistimiento operado, no solo afecta la validez del contrato principal, sino también la del contrato de financiación derivado, es decir, la extinción del contrato principal, afecta a los subcontratos accesorios²⁷⁵.

²⁷⁴ Tal y como lo indica GARCÍA VICENTE, nos referimos a la pérdida de valor comercial del bien por su uso: *"En sentido propio, como dije, la depreciación comercial no puede asimilarse a los deterioros o deméritos sufridos por el uso conforme a su naturaleza, puesto que éstos suponen una pérdida de utilidad objetiva (menor vida útil) y la depreciación comercial deriva del menor valor en cambio del bien cuando se reintroduce en el mercado como "bien usado" o de "segunda mano". No obstante la regla es la misma: su irrestituibilidad."* En GARCÍA VICENTE, JOSÉ RAMÓN. *Las consecuencias de la invalidez en los contratos de consumo*, en <http://www.codigo-civil.info/nulidad/lodel/document.php?id=328&format=print>, fecha de visita: 25 de marzo de 2011.

²⁷⁵ Para mayor información sobre el Derecho de revocación en la Ley 28/1998, ver: ESCUIN IBAÑEZ, IRENE. *"El Derecho de revocación en la Ley de Venta a Plazos de Bienes Muebles y su aplicación supletoria en el crédito al consumo"*, en *Cuadernos de Derecho y Comercio*, número 30, año 1999, p. 231 y siguientes.

g.- Ley 42/1998, de 15 de diciembre, reguladora de los derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico y normas tributarias:

La Ley 42/1998, de 15 de diciembre, reguladora de los Derechos de Aprovechamiento por Turno de Bienes Inmuebles de Uso Turístico (en adelante LATBIUT)²⁷⁶, es producto de la transposición al ordenamiento jurídico español de la Directiva 94/47/CE.

En lo que a Derecho de desistimiento se refiere el artículo 10 es básicamente un trascripción de los enunciados de la Directiva europea, estableciendo lo que podríamos llamar como un doble régimen de regulación, compuesto por un Derecho de desistimiento, así como derecho de resolución contractual. En él, se prevé que el consumidor puede desistir del contrato, en función de las opciones de resolución contractual a las que pueda acceder²⁷⁷.

²⁷⁶ Derogada por el Real Decreto-ley 8/2012, de 16 de marzo, de contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio.

²⁷⁷ "Artículo 10: 1. El adquirente de derechos de aprovechamiento por turno tiene un plazo de Díez días, contados desde la firma del contrato, para desistir del mismo a su libre arbitrio. Si el último día del mencionado plazo fuese inhábil, quedará excluido del cómputo, el cual terminará el siguiente día hábil. Ejercitado el desistimiento, el adquirente no abonará indemnización o gasto alguno.

2. Si el contrato no contiene alguna de las menciones o documentos a los que se refiere el artículo 9, o en el caso de que el adquirente no hubiera resultado suficientemente informado por haberse contravenido la prohibición del artículo 8.1, o incumplido alguna de las obligaciones de los restantes apartados de ese mismo artículo, o si el documento informativo entregado no se correspondía con el archivado en el Registro, el adquirente podrá resolverlo en el plazo de tres meses, a contar desde la fecha del contrato, sin que se le pueda exigir el pago de pena o gasto alguno.

En el caso de que haya falta de veracidad en la información suministrada al adquirente, éste podrá, sin perjuicio de la responsabilidad penal en que hubiera podido incurrir el transmitente y sin perjuicio de lo establecido en el párrafo anterior, instar la acción de nulidad del contrato conforme a lo dispuesto en los artículos 1.300 y siguientes del Código Civil.

Completada la información antes de que expire el citado plazo, el adquirente podrá desistir dentro de los Díez días siguientes al de la subsanación, según lo establecido en el apartado 1 de este artículo.

Transcurridos los tres meses sin haberse completado la información y sin que el adquirente haya hecho uso de su derecho de resolución, éste podrá igualmente desistir dentro de los Díez días siguientes al de expiración del plazo, según lo establecido en el citado apartado 1 de este artículo.

3. El desistimiento o resolución del contrato deberá notificarse al propietario o promotor en el domicilio que a estos efectos figure necesariamente en el contrato. La notificación podrá hacerse por cualquier medio que garantice la constancia de la comunicación y de su recepción, así como de la fecha de su envío. Tratándose de desistimiento, será suficiente que el envío se realice antes de la expiración del plazo.

II. REGULACIÓN DEL DERECHO DE DESISTIMIENTO

En cuanto al plazo, encontramos tres diferentes opciones para desistir y una resolver el acuerdo. En el caso del derecho de desistimiento la primera opción es la de la norma general, que indica que el *“adquiriente de derechos de aprovechamiento por turno tiene un plazo de diez días, contados desde la firma del contrato, para desistir del mismo a su libre arbitrio”*.

Luego, los supuestos segundo y tercero son un poco más complicados de explicar por ello, haremos un paréntesis para analizar el régimen aplicable al derecho de resolución²⁷⁸, el cual se establece como una sanción al vendedor (transmitente como lo llama la Ley) que haya incumplido su deber de información y/o de entrega de los documentos obligatorios que deben acompañar al contrato de Aprovechamiento por turno, dicha sanción se materializa en el otorgamiento de un plazo de tres meses, para que el consumidor pueda resolverlo con responsabilidad alguna. Esto sin perjuicio de las acciones correspondiente de nulidad contractual, derivadas de vicios del consentimiento o bien, de problemas derivados de legitimación de los contratantes, ello de conformidad con los artículos 1300 y ss del Código Civil, que regulan el tema de la nulidad de contratos en materia civil.

En éste contexto, retomando la idea original, para la aplicación de la segunda hipótesis de desistimiento deben confluír dos supuestos diferentes, primero, que estemos dentro del plazo de tres meses para aplicar la resolución (lo cual lógicamente indica que el empresario ha incumplido sus obligaciones de vendedor) y segundo, que estando dentro de esos tres meses y una vez que el vendedor ya haya cumplido las

Si el contrato se celebra ante Notario, y sin perjuicio de lo establecido en el párrafo anterior el desistimiento podrá hacerse constar en acta notarial, que será título suficiente para la reinscripción del derecho de aprovechamiento a favor del transmitente.”

²⁷⁸ Es importante aclarar también que la LATBIUT, también prevé otro supuesto de resolución contractual previsto en su artículo 13, el cual se esta vez se reserva a favor del vendedor y opera en el supuesto de que el comprador no pague las cuotas debidas por razón de los servicios prestados durante, al menos, un año. Así, como indica ARROYO LÓPEZ-SORO, *“la facultad resolutoria que, salvo pacto en contrario, se reconoce al transmitente en el contrato de adquisición de un derecho de aprovechamiento por turno (artículo 13) está justificada por la singular naturaleza de tal derecho, donde el valor del mismo depende tanto de los servicios, como de su contenido, de forma que es perfectamente lógico que el impago de aquellos pueda implicar la resolución del derecho. Se permite pactar una cláusula penal que compense al propietario o promotor que opta por resolver el contrato cuando el adquiriente deje de pagar las cuotas debidas al prestador de servicios”*, en ARROYO LÓPEZ-SORO, JOSÉ. *Urbanizaciones privadas conjuntas y complejos inmobiliarios (adaptado a la Ley 8/1999, de 6 de abril, de reforma de la Ley de Propiedad Horizontal) y Aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico (Ley 42/1998, de 15 de diciembre). Estudio jurídico práctico de sus principales problemas: criterios jurisprudenciales actuales*, Editorial Dykinson, S.L., Madrid, 1999, p. 289.

exigencias legales, al consumidor le nace un plazo de 10 días para desistir, es decir, cuando ya ha sido informado de sus derechos legales.

El tercer supuesto de aplicación, nace una vez finalizado el plazo de los tres meses para resolver el contrato y es cuando el mismo vence sin que el transmitente haya cumplido con sus obligaciones y sin que el consumidor haya hecho uso de su derecho de resolución; aquí a partir del vencimiento de los tres meses, nace un plazo de diez días para que el consumidor pueda desistir del acuerdo, con las mismas garantías del desistimiento previsto en el primero supuesto.

En todo caso, para que el desistimiento opere, el mecanismo previsto en la ley parte de la necesidad de que la decisión de desistir del acuerdo, sea notificada al propietario o promotor del inmueble de derechos compartidos, comunicación que se hará en su domicilio contractual y claro está, dentro de los diez días otorgados para ello, independientemente del tipo de supuesto en que nos encontremos.

Es importante mencionar también que si el contrato se celebró ante notario, el desistimiento también podrá hacerse de la misma manera, es decir, mediante acta notarial, la cual será título suficiente para la reinscripción del derecho a favor del transmitente, es decir, del vendedor, con lo cual se retrotraen los efectos del acuerdo, al menos en ese extremo.

Finalmente, la normativa guarda silencio en cuanto a los efectos previstos, con lo cual deberemos remitirnos a la Directiva europea que transpone²⁷⁹.

²⁷⁹ A mayor abundamiento sobre el Derecho de desistimiento en la LATBIUT y en la Directiva que le precede ver: GALLEGO DOMÍNGUEZ, IGNACIO. "La facultad de desistimiento en la Ley Sobre Derechos de Aprovechamiento por Turno de Bienes Inmuebles de Uso Turístico de 1998", En HERRERA CAMPOS, RAMÓN (COORD.). *Homenaje al profesor Bernardo Moreno Quesada*, edita Servicio de Publicaciones Universidad de Almería, Universidad de Granada, Universidad de Jaén, Almería, 2000, p. 583 y ss. Igualmente, ZAFORTEZA FORTUNY, MARIANO. "El desistimiento unilateral en el contrato relativo a derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico", *Op. Cit.*, p. 187 y siguientes.

h.- 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 la actualidad, el Derecho de desistimiento se encuentra regulado en el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias; así como en el artículo 10 de la LOCM.

Desde la perspectiva del TRLGDCU, *“el Derecho de desistimiento de un contrato es la facultad del consumidor y usuario de dejar sin efecto el contrato celebrado, notificándose así a la otra parte contratante en el plazo establecido para el ejercicio de ese derecho, sin necesidad de justificar su decisión y sin penalización de ninguna clase”*²⁸⁰.

El gran avance que supone esta normativa respecto a sus antecesores, según SAINZ-CANTERO CAPARRÓS es que logra la equiparación normativa de los requisitos para darse de alta en un contrato, con los de darse de baja o desistir de él. Y ello lo hace a través del adecuado control sobre las condiciones para darse de alta o baja en los contratos con consumidores: *“Se prohíbe que las empresas establezcan condiciones desproporcionadas para poner fin al contrato y por otra parte, las condiciones de alta y de baja habrán de ser iguales en procedimiento y ser objeto de información en el momento de la contratación. La reforma afectaría a la fase previa de información, a la de contratación y a la de renuncia al contrato, y se vincula por el propio legislador a la Directiva 2005/29/CEE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005,*

²⁸⁰ Artículo 68.1 TRLDCU. Completan la norma los siguientes párrafos: “Serán nulas de pleno de derecho las cláusulas que impongan al consumidor y usuario una penalización por el ejercicio de su Derecho de desistimiento.2. El consumidor tendrá derecho a desistir del contrato en los supuestos previstos legal o reglamentariamente y cuando así se le reconozca en la oferta, promoción publicidad o en el propio contrato.”

sobre *Prácticas Comerciales Desleales (LA LEY 6058/2005)*, que prohibió los obstáculos no contractuales para desistir del contrato”²⁸¹.

Así este cuerpo normativo prevé la regulación de un régimen general del derecho a desistir que va del artículo 68 al 79, además de regulaciones especiales sobre la aplicación de la figura bajo ciertas modalidades específicas, a saber:

- En el artículo 79 para el derecho contractual de desistimiento,
- En el artículo 101, para contratos a distancia,
- En el artículo 110, para contratos celebrados fuera de establecimiento comercial, y,
- En el artículo 160, para contratos de viajes combinados, a través de un derecho de resolución.

Como vemos no solo se prevé un marco general, junto con uno especial, sino que además, se regula el derecho bajo dos modalidades, la legal y la contractual.

El plazo para ejercer la facultad es de 7 días cuyo *dies ad quo* correrá “desde la recepción del bien objeto del contrato o desde la celebración de éste si el objeto del contrato fuera la prestación de servicios”²⁸², aunque dicho conteo dependerá del momento en que se entregue al consumidor, la información y documentación pertinente del contrato suscrito. Así, si el empresario incumple, el plazo será ampliado hasta los 3 meses, los cuales podrían verse disminuidos siempre y cuando, se cumpla con el deber indicado.

El mecanismo previsto para su ejercicio es a través de una declaración de voluntad de carácter recepticio, es decir, que deberá ser comunicada al empresario. Declaración que no contendrá justificación, motivación, ni formalidad alguna. En este sentido, se le visualiza como un acto totalmente discrecional del consumidor.

²⁸¹ Ver SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, MARÍA BELÉN. “El Desistimiento ad nutum en los contratos con consumidores tras la Ley 44/2006 y el Texto Refundido 1/2007 de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias” *Op. Cit.*

²⁸² Artículo 71 del TRLDGCU.

II. REGULACIÓN DEL DERECHO DE DESISTIMIENTO

En cuanto a los efectos de ejercicio de la figura, primordialmente van dirigidos en un doble sentido, en primera instancia hacia la extinción de la relación jurídica que le precede y luego, derivado de lo anterior, la restitución de las cosas al estado original.

Finalmente, hemos de indicar que todo el sistema de plantea dentro de un marco de gratuidad absoluta para el consumidor.

i.- Ley 22/2007, de 11 de julio. Sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores:

La ley 22/2007 de 11 de julio, sobre comercialización a distancia de servicios financieros, que surge como resultado de transponer al ordenamiento jurídico español la Directiva 2002/65/CE. En su artículo 10 se regula todo lo relativo al Derecho de desistimiento²⁸³.

²⁸³ "Artículo 10. Derecho de desistimiento.

1. El consumidor dispondrá de un plazo de catorce días naturales para desistir del contrato a distancia, sin indicación de los motivos y sin penalización alguna.

El mencionado plazo será de treinta días naturales en el caso de contratos relacionados con seguros de vida.

El plazo para ejercer el Derecho de desistimiento empezará a correr desde el día de la celebración del contrato, salvo en relación con los seguros de vida, en cuyo caso el plazo comenzará cuando se informe al consumidor de que el contrato ha sido celebrado. No obstante, si el consumidor no hubiera recibido las condiciones contractuales y la información contractual indicada en el artículo 7.1, el plazo para ejercer el Derecho de desistimiento comenzará a contar el día en que reciba la citada información.

2. El Derecho de desistimiento no se aplicará a los contratos relativos a:

A.- servicios financieros cuyo precio dependa de fluctuaciones de los mercados financieros que el proveedor no pueda controlar, que pudieran producirse durante el plazo en el transcurso del cual pueda ejercerse el Derecho de desistimiento, entre ellos, las transacciones sobre:

1.- operaciones de cambio de divisas,

2.- instrumentos del mercado monetario,

3.- valores negociables,

4.- participaciones en instituciones de inversión colectiva,

5.- contratos financieros de futuros, incluidos los instrumentos equivalentes que impliquen una liquidación en efectivo,

6.- contratos de futuros sobre tipos de interés,

7.- contratos de permuta sobre tipos de interés, sobre divisas o los ligados a acciones o a un índice sobre acciones, opciones destinadas a la compra o venta de cualquiera de los instrumentos relacionados en los anteriores guiones, incluidos los instrumentos equivalentes que impliquen una liquidación en efectivo. Concretamente, se incluyen en esta categoría las opciones sobre divisas y sobre tipos de interés,

8.- contratos referenciados a índices, precios o tipos de interés de mercado,

La intención del legislador de incluir la figura en esta normativa es que “*el cliente puede rescindir el contrato firmado en un plazo determinado sin argumentar más que su voluntad de hacerlo. Pero dada la naturaleza de muchos servicios financieros, este derecho no lo podrá ejercitar en los importantes casos que la Ley recoge. Estos casos se fundamentan, principalmente, en la inevitable fluctuación de las condiciones de muchos contratos financieros, lo que hace necesario que las obligaciones contractuales hayan de cumplirse desde el inicio de la formalización del contrato o porque esas condiciones contractuales exijan una seguridad jurídica especial, como es el caso de las hipotecas*”²⁸⁴.

Lo anterior, implica que esta es una regulación de negativos, es decir, al contrario de lo que sucede en muchas otras leyes en las que se regula la figura en positivo, o sea

9.- contratos vinculados, en los que, al menos, uno de los negocios jurídicos suponga una transacción de las mencionadas en los guiones anteriores. A los efectos de esta Ley, se considerarán contratos vinculados aquellos negocios jurídicos complejos resultado de la yuxtaposición de dos o más negocios jurídicos independientes, en los que, como resultado de esa yuxtaposición, la ejecución de uno dependa de la de todos los demás, ya sea simultánea o sucesivamente;

B.- los contratos de seguros siguientes:

1.- contratos de seguro en los que el tomador asuma el riesgo de la inversión, así como los contratos en los que la rentabilidad garantizada esté en función de inversiones asignadas a los mismos,

2.- los de viaje, equipaje o seguros similares de una duración inferior a un mes,

3.- aquellos cuyos efectos terminen antes del plazo al que se refiere el apartado 1,

4.- los que den cumplimiento a una obligación de aseguramiento del tomador,

5.- los planes de previsión asegurados;

C.- contratos que se hayan ejecutado en su totalidad por ambas partes a petición expresa del consumidor antes de que éste ejerza su Derecho de desistimiento, como las órdenes de transferencia y las operaciones de gestión de cobro;

D.- créditos destinados principalmente a la adquisición o conservación de derechos de propiedad en terrenos o en inmuebles existentes o por construir, o destinados a renovar o mejorar inmuebles;

E.- créditos garantizados ya sea por una hipoteca sobre un bien inmueble o por un derecho sobre un inmueble;

F.- las declaraciones de consumidores hechas con la intervención de Notario, siempre y cuando éste dé fe de que se han garantizado los derechos del consumidor contemplados en el artículo 7;

G.- los planes de pensiones.

3. El consumidor que ejerza el Derecho de desistimiento lo habrá de comunicar al proveedor en los términos previstos por el contrato, antes de que finalice el plazo correspondiente, por un procedimiento que permita dejar constancia de la notificación de cualquier modo admitido en Derecho. Se considerará que la notificación ha sido hecha dentro de plazo si se hace en un soporte de papel o sobre otro soporte duradero, disponible y accesible al destinatario, y se envía antes de expirar el plazo.

4. En el caso de que al contrato a distancia sobre el que se haya ejercido el Derecho de desistimiento, se le haya vinculado otro contrato a distancia de servicios financieros prestados por el mismo proveedor o por un tercero, previo acuerdo con el proveedor, dicho contrato adicional también quedará resuelto, sin penalización alguna.

5. Las previsiones contenidas en la presente Ley en relación con el Derecho de desistimiento no serán de aplicación a los contratos resueltos como consecuencia del ejercicio del Derecho de desistimiento reconocido en otra norma.”

²⁸⁴ Preámbulo III de la Ley

II. REGULACIÓN DEL DERECHO DE DESISTIMIENTO

indicando en cuáles contratos se puede aplicar el instituto, en este caso, el legislador optó por indicar en cuáles relaciones no será procedente que el consumidor pueda desistir del acuerdo. Cita principalmente a aquellos contratos derivados de servicios financieros cuyo valor dependa de las fluctuaciones del mercado y a algunos contratos de seguros, entre otros, indicados en el punto 2 del artículo 10.

De esta normativa llama la atención que no haga referencia alguna acerca de la naturaleza jurídica de la figura, ni de sus efectos, dando por sentado que el operador los conocerá. Únicamente, indica que, ante el desistimiento, los contratos vinculados fenecerán junto con el principal.

Lo anterior, podría deberse al carácter supletorio que se le da al desistimiento, ya que el propio artículo 10.5 indica que: *“Las previsiones contenidas en la presente Ley en relación con el Derecho de desistimiento no serán de aplicación a los contratos resueltos como consecuencia del ejercicio del Derecho de desistimiento reconocido en otra norma.”*

En cuanto al plazo de ejercicio nos indica un término genérico de 14 días en los que el consumidor podrá ejercer su derecho *“sin indicación de los motivos y sin penalización alguna”*, pero igual, nos da un segundo término de 30 días que será aplicable a los contratos relacionados con seguros de vida.

Finalmente y respecto al procedimiento de ejercicio, al igual que se hace en el TRLDGCU, la norma impone la obligación al consumidor de comunicar su decisión al empresario mediante un procedimiento que permita dejar constancia de ello. Así le deja tácitamente la carga de la prueba al cliente del contrato²⁸⁵.

²⁸⁵ A mayor abundamiento sobre el tema del Derecho de desistimiento en los contratos bancarios realizados a distancia, ver: SIRVENT GARCÍA, JORGE. “El desistimiento del consumidor en la contratación bancaria electrónica” en *Perspectivas del Sistema Financiero. El Consumidor en la Contratación Bancaria Electrónica* (PSF), número 96, año 2009, p. 67 y siguientes. Igualmente, Martín Salamanca, Sara. “Los derechos potestativos en la Ley 22/2007: El Derecho de desistimiento contractual”, en *PSF*, número 96, año 2009.

j.- Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito

Esta ley surge para completar el marco de protección de los consumidores dictado hasta la fecha de su promulgación ya que a criterio del legislador, *“este amplio conjunto de normas no cubre todas las necesidades de protección de los consumidores y usuarios en un sector tan dinámico como el financiero, donde tanto la innovación de los productos como la aparición de nuevos prestadores de servicios es constante. Esta característica del sector financiero obliga a los poderes públicos a prestar una permanente atención para garantizar los derechos de los consumidores y usuarios. En concreto, dos fenómenos, que hasta la fecha no contaban con una previsión normativa específica, están adquiriendo en la actualidad un gran auge: los créditos y préstamos hipotecarios concedidos por empresas que no son entidades de crédito y los servicios de intermediación del crédito. Ambos son el objeto fundamental de esta Ley, que los regula con el objetivo de salvaguardar los intereses económicos y los derechos de los consumidores y usuarios”*²⁸⁶.

Esta normativa repite la tendencia vista en la ley 22/2007 de prever la aplicación de un Derecho de desistimiento sin mayor indicación sobre su naturaleza y efectos, dando de nuevo por sentado que el operador sabrá aplicar la figura.

Así, la facultad de desistir, se legaliza dentro de los contratos descritos en el marco del artículo 1 de la ley²⁸⁷ y dentro de los parámetros establecidos en el artículo

²⁸⁶ Preámbulo I de la Ley.

²⁸⁷ “Artículo 1. Ámbito de aplicación.

1. Lo dispuesto en esta Ley será de aplicación a la contratación de los consumidores con aquellas personas físicas o jurídicas (en adelante, las empresas) que, de manera profesional, realicen cualquiera de las actividades que consistan en:

a) La concesión de préstamos o créditos hipotecarios bajo la forma de pago aplazado, apertura de crédito o cualquier otro medio equivalente de financiación.

b) La intermediación para la celebración de un contrato de préstamo o crédito con cualquier finalidad, a un consumidor, mediante la presentación, propuesta o realización de trabajos preparatorios para la celebración de los mencionados contratos, incluida, en su caso, la puesta a disposición de tales contratos a los consumidores para su suscripción.

II. REGULACIÓN DEL DERECHO DE DESISTIMIENTO

21.2, el cual indica que: *“2. El consumidor podrá desistir en los catorce días naturales siguientes a la formalización del contrato de intermediación sin alegación de causa alguna y sin penalización.”*

Como vemos se impone un plazo de ejercicio de 14 días, el cual corre a partir del momento en que formalmente se suscribe el acuerdo. Y como es normal, dicho derecho de ejercerá de manera *ad nutum*, es decir, bajo total discreción del consumidor y sin penalización alguna.

Resulta de especial interés citar el énfasis que pone la ley para que el empresario informe y documente debidamente el derecho a desistir que tienen los consumidores, para ello, en el artículo 20.1.c).1., de información previa al contrato, se impone que: *“1.- Las empresas que realicen las actividades de intermediación deberán suministrar de forma gratuita al consumidor, con una antelación mínima de quince días naturales a la celebración del contrato de intermediación y, en todo caso, antes de que asuma cualquier obligación derivada del contrato, al menos la siguiente información:... c) En cuanto al contrato de intermediación: 1.º La existencia del Derecho de desistimiento, su duración y las condiciones y modo para ejercerlo.”*

Además, en el artículo 6.1 se dice que. *“Las empresas que realicen actividades de intermediación además informarán en el tablón de anuncios del derecho del*

A los proveedores de bienes y servicios que actúen como intermediarios para la contratación de préstamos o créditos destinados a la financiación de los productos que comercialicen, únicamente les será de aplicación lo dispuesto en el artículo 22.5.

Tienen la consideración de consumidores las personas físicas y jurídicas que, en los contratos a que se refiera esta Ley, actúan en un ámbito ajeno a su actividad empresarial o profesional.

2. Lo dispuesto en esta Ley no será de aplicación cuando las actividades previstas en el apartado anterior sean prestadas por entidades de crédito o sus agentes, ni a las actividades incluidas en el ámbito de aplicación de la Ley 28/1998, de 13 de julio, de Venta a Plazos de Bienes Muebles.

3. Lo establecido en esta Ley se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en otras Leyes generales o en la legislación de protección de los derechos de los consumidores y usuarios, en particular 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 y otras Leyes complementarias, la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación, la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad, la Ley de 23 de julio de 1908, de nulidad de los contratos de préstamos usurarios, la Ley 7/1995, de 23 de marzo, de Crédito al Consumo y la Ley 22/2007, de 11 de julio, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores. En

caso de conflicto, será de aplicación la norma que contenga un régimen más preciso de control de las actividades definidas en el apartado primero o suponga una mayor protección de los consumidores y usuarios.”

consumidor a desistir del contrato de intermediación en los catorce días siguientes a su formalización, sin alegación de causa y sin penalización”²⁸⁸.

Finalmente, también se amplía a los notarios la obligación de informar al consumidor acerca del valor y alcance de las obligaciones que asume, sino de *“Comprobar si existen discrepancias entre la información previa al contrato, las condiciones financieras de la oferta vinculante del préstamo o del crédito y las cláusulas jurídicas y financieras del documento contractual, advirtiendo al consumidor de las diferencias que, en su caso, hubiera constatado y de su derecho a desistir de la operación.”*

k.- Real Decreto-ley 8/2012, de 16 de marzo, de contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio.

Este Real Decreto que nace como para transponer la Directiva 2008/122/CE, en los artículos 18 y ss, regula todo lo relativo al Derecho de desistimiento, dentro de su ámbito de competencia, es decir: *“Los contratos de comercialización, venta, reventa de derechos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico y de productos vacacionales de larga duración, así como a los contratos de intercambio, se rigen por lo*

²⁸⁸ Según el párrafo primero de la norma, sobre el tablón de anuncios, se dice: *“Las empresas dispondrán, en todos y cada uno de los establecimientos abiertos al público, de un tablón de anuncios permanente, que se situará en lugar destacado de forma que atraiga la atención del consumidor. Su contenido deberá resultar fácilmente legible garantizando, en los términos exigidos legal o reglamentariamente, la accesibilidad de las personas con discapacidad, pudiendo a tal efecto habilitar la consulta de la información que debe figurar en el tablón de anuncios en otro lugar del establecimiento, siempre que dicha circunstancia se ponga de manifiesto en dicho tablón.*

En el tablón se recogerá toda aquella información que las empresas deban poner en conocimiento de los consumidores, tales como la existencia y disponibilidad del folleto de tarifas; referencia a la existencia de mecanismos de resolución extrajudicial de conflictos; normativa que regula la protección de los consumidores; en su caso, el derecho de los consumidores a solicitar ofertas vinculantes; y demás extremos que reglamentariamente determinen las comunidades autónomas en el ejercicio de sus competencias.”

II. REGULACIÓN DEL DERECHO DE DESISTIMIENTO

dispuesto en este real decreto-ley cuando se celebren entre un empresario y un consumidor”²⁸⁹.

En este cuerpo, el desistimiento es visto como “*un derecho de naturaleza única «ad nutum», sin expresión de motivos; y ello, tanto si el empresario hubiera facilitado correctamente la información precontractual, como si la hubiere omitido o lo hubiera hecho de manera insuficiente. No se trata de dos derechos de naturaleza diferente, sino única; y solo varía en ambos supuestos el cómputo de los plazos de ejercicio del derecho. Con ello se asume el criterio de la Directiva del 2008 que en sus versiones francesa e inglesa utiliza los términos «se retracter» y «withdraw», respectivamente. Y acaba con el dualismo de la Directiva de 1994 que utilizaba dichos términos para el desistimiento «ad nutum», cuando el empresario facilitó correctamente la información; utilizando, sin embargo, para los supuestos de falta o incorrecta información precontractual los términos «resiliation» y «cancelation», en francés e inglés respectivamente. Con este tratamiento unitario se acaba con la confusión suscitada por la traducción española de la Directiva de 1994 que había utilizado la palabra «resolución», lo que se trasladó a la Ley de 1998, que aplicó el sistema dual de «desistimiento» para los casos de información correcta y «resolución» para los de falta o incorrecta información precontractual”²⁹⁰.*

En cuanto a la denominación utilizada, pues por la fecha de la ley, evidente se habla de un Derecho de desistimiento, el cual operará sin necesidad de justificación alguna, es decir, se plantea como un derecho de ejercicio *ad nutum* para el consumidor, con lo cual equipara su ejercicio y regulación a aquél previsto por el TRLDGCU, que es de aplicación supletoria, conforme lo estipulado en el artículo 12.1²⁹¹.

El plazo para su ejercicio será el indicado en la Directiva traspuesta, es decir, de 14 días, que se contarán desde el momento en que se celebre cualquier acuerdo que

²⁸⁹ Artículo 1.1 de la ley.

²⁹⁰ Exposición de Motivos número IV.

²⁹¹ “Artículo 12. Derecho de desistimiento.

1. En los contratos regulados en este real decreto-ley, el consumidor tendrá Derecho de desistimiento sin necesidad de justificación alguna.

En defecto de lo dispuesto en el presente real decreto-ley, el Derecho de desistimiento se regirá por el texto refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre.”

vincule a las partes, sea el contrato o bien, algún precontrato encaminado en ese sentido. O bien, como ya se hace normal, a partir desde el momento en que el empresario cumpla con su deber de informar y documentar al consumidor, solo que en este supuesto el plazo se amplía mucho más de los tres meses tradicionalmente previstos, hasta un tanto de un año y 14 días naturales. Para ello, el artículo 12.2.b., indica: *“b) Si el empresario no hubiere cumplimentado y entregado al consumidor el formulario de desistimiento previsto en el artículo 11.4, el plazo empezará a contar desde que se entregue al consumidor el formulario de desistimiento debidamente cumplimentado y vencerá, en cualquier caso, transcurrido un año y catorce días naturales siguientes a la celebración del contrato o de cualquier contrato vinculante o a la recepción posterior del documento contractual.”*

Para ejercitar la figura, se indica que: *“El consumidor notificará de forma fehaciente al empresario el desistimiento por escrito en papel u otro soporte duradero, pudiendo utilizar el formulario previsto en el anexo V. La expedición o envío de la notificación deberá hacerse dentro del plazo legal y será eficaz cualquiera que sea la fecha de recepción por el empresario”*²⁹². Con lo vemos como se retoma la propuesta de la Directiva de incluir un formulario legalmente redactado de desistimiento.

Finalmente, la consecuencia directa de la figura es el dejar sin efecto el contrato, sin coste alguno y sin tener que pagar ningún tipo de contraprestación por lo realizado por el empresario en el tiempo en que el acuerdo tuvo vigencia.

²⁹² Artículo 12.4.

CAPÍTULO III. ELEMENTOS DEL DERECHO DE DESISTIMIENTO

Siendo el Derecho de desistimiento un derecho subjetivo, corresponde ahora analizar los elementos que lo componen, los cuales son indispensables para su procedibilidad. Su presencia legitima al derecho y su ausencia, causa la ilegalidad del mismo, impidiéndole extinguir el contrato que le precede.

Nos referimos, en concreto, a los elementos del desistimiento, como Derecho subjetivo, a saber:

- Su elemento subjetivo: consumidor y empresario²⁹³.
- Su elemento objetivo: el contrato de consumo como tal²⁹⁴.
- Su contenido: compuesto por los elementos accidentales y formales de la figura, a saber, las formalidades requeridas para su ejercicio, el plazo y todo lo concerniente a su gratuidad.

Veamos cada uno de ellos:

A.- Elemento subjetivo:

El elemento subjetivo del Derecho de desistimiento, tiene que ver con el sujeto a quien se le atribuye la titularidad de ejercicio de la potestad que él implica, pero también, por las implicaciones jurídicas que conlleva, también tiene que ver con el sujeto a quien va dirigida la facultad, es decir, tiene que ver con quien afecta directamente el desistimiento del contrato.

²⁹³ Es importante destacar que esta es la terminología que mayoritariamente utilizaremos para adecuarnos a los principios del TRLDGCU, el cual en el preámbulo III, sobre el punto dice: *“El texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias pretende, asimismo, aproximar la legislación nacional en materia de protección de los consumidores y usuarios a la legislación comunitaria, también en la terminología utilizada. Se opta por ello por la utilización de los términos consumidor y usuario y empresario.*

Así, el concepto de consumidor y usuario se adapta a la terminología comunitaria, pero respeta las peculiaridades de nuestro ordenamiento jurídico en relación con las personas jurídicas.”

²⁹⁴ No debemos confundir al objeto del Derecho de desistimiento que es el contrato de consumo, con el objeto del contrato como tal, que son los bienes y servicios de consumo.

En otras palabras en el ejercicio de este derecho subjetivo, encontramos un sujeto directo que es el consumidor, será él el legitimado como titular del derecho de ejercer la facultad que se le otorga y reconoce. Pero también encontramos un sujeto indirecto, que es el empresario, ya que es a él quien asuma directamente las consecuencias de la acción del consumidor.

Por lo anterior, es que para efectos demostrativos, expondremos como sujetos del Derecho de desistimiento al consumidor y al empresario.

1.- Consumidor:

Para iniciar nuestro análisis, conviene recordar que el elemento subjetivo de un derecho, corresponde con la persona a la que el sistema legal le confiere el poder que conlleva el derecho mismo del que es titular²⁹⁵, ya que como bien lo indica CARRASCO PERERA: *“No existe un derecho sin sujeto”*²⁹⁶. En otras palabras, el elemento subjetivo de un derecho será aquél sujeto que pueda ejercerlo como titular, bajo el reconocimiento del Estado.

Reconocimiento que se logra al cumplir con dos requisitos básicos, por un lado, debe ser cierto, *“de manera que pueda conocerse exactamente quién puede usar del poder o posibilidades de actuación en que se concreta; pero puede ser meramente determinable en el futuro, de forma que si ahora no es conocido (provisional, transitoriamente), pueda serlo luego”*²⁹⁷.

²⁹⁵ Definido también por DE CASTRO Y BRAVO así: *“El sujeto del derecho subjetivo es «la persona a la que se atribuye y confía la situación de poder». Persona y derecho subjetivo son conceptos íntimamente unidos; la persona se manifiesta como tal en cuanto posible sujeto de derechos; los derechos subjetivos tienen su base y su justificación en el respeto a la persona.”* En DE CASTRO Y BRAVO, FEDERICO. *Derecho civil de España, volumen I, Derecho civil de España, tomo I, Op. Cit.*, p.646.

²⁹⁶ CARRASCO PERERA, ÁNGEL (DIR.). *Derecho civil*, tercera edición, edita Editorial TECNOS, Madrid, 2011, p. 326. En el mismo sentido, ALBALADEJO nos dice que: *“Sujeto de derecho es la persona investida del poder en que éste consiste”*, en: ALBALADEJO, MANUEL. *Derecho civil I, introducción y parte general, Op. Cit.*, p. 417.

²⁹⁷ LACRUZ BERDEJO, JOSE LUIS. ET AL. *Elementos de Derecho civil I, parte general, volumen tercero, derecho subjetivo. Negocio jurídico, Op. Cit.*, p. 80. Sobre el punto GETE-ALONSO amplía: *“Como regla la persona*

III. ELEMENTOS DEL DERECHO DE DESISTIMIENTO

Y por otro, que quien lo ejerza ostente su titularidad, es decir, de *“la cualidad de ser portador de un determinado y específico derecho, que tiene el sujeto incluso aun si se halla privado de alguna de las posibilidades que el derecho comporta normalmente, o aunque carezca dicho sujeto de un poder de voluntad psicológica relevante, o no le sea personalmente beneficioso ese poder y derecho. Por otro lado, la titularidad de un derecho puede corresponder a una sola persona, o a varias al mismo tiempo (cotitularidad)”*²⁹⁸.

En el caso del Derecho de consumo, la figura del consumidor es la que centra toda la relevancia. Todo gira en torno a su protección, por ello, es que éste siempre será el titular de cualquier derecho de naturaleza tuitiva que en materia de consumo se derive.

Y el caso del Derecho de desistimiento no es la excepción, ya que únicamente será él quien pueda desistir del contrato. Así, la de desistir es *“una facultad exclusiva y personal (aunque no personalísima) del contratante consumidor: no se le concede al oferente (que se encuentra en una situación bastante favorecida dentro de la relación contractual, debido a la dinámica derivada de su mera situación en el mercado, y debe mantener su oferta), ni a un adquirente que no sea consumidor (realmente, ese caso queda fuera de la LDAT), sino a esta parte débil en la negociación, que concurre a ella como no profesional (o, en su caso, a sus herederos), y ello basándose en su poco favorable situación en el marco de la negociación (como medio para lograr cierta mejoría en esa situación)”*²⁹⁹.

debe existir ya y ser, al menos, determinable. No se admiten en nuestro ordenamiento, derechos subjetivos sin sujeto (titular).” En GETE-ALONSO, MARÍA DEL CARMEN. “Capítulo XVII La relación jurídica y el derecho subjetivo”, en PUIG I FERROL, LLUIS. GETE-ALONSO Y GALERA, MARÍA DEL CARMEN. GIL RODRÍGUEZ, JACINTO. HUALDE SÁNCHEZ, JOSÉ JAVIER. *Manual de Derecho civil I (introducción y derecho de la persona)*, edita Marcial Pons Ediciones Jurídicas S.A., Madrid, 1995, p. 417

²⁹⁸ LACRUZ BERDEJO, JOSE LUIS. ET AL. *Elementos de Derecho civil I, parte general, volumen tercero, derecho subjetivo. Negocio jurídico*, Op. Cit., p. 92. A mayor abundamiento, GETE-ALONSO agrega que: *“Para ser titular de un derecho basta con tener capacidad jurídica (art. 29 CC.). La capacidad de obrar –como ya se ha estudiado– es precisa para ejercitar el contenido del derecho subjetivo.”* En GETE-ALONSO, MARÍA DEL CARMEN. “Capítulo XVII La relación jurídica y el derecho subjetivo”, Op. Cit., p. 417.

²⁹⁹ QUESADA SÁNCHEZ, ANTONIO. RUIZ-RICO RUIZ, JOSÉ MANUEL. “Artículo 10. Desistimiento y resolución del contrato, Comentario”. Op. Cit., p. 323.

Por lo anterior, es que conviene realizar un estudio pormenorizado de las principales características de la figura del consumidor como titular de derechos y dentro de un fuero especial de tutela hacia su persona³⁰⁰.

Y con lo anterior, no es que estemos afirmando que antes del Derecho de consumo, con el CC había una situación de desamparo o de falta de regulación de las situaciones privadas que los consumidores y empresarios entablaran entre si, al contrario, sí lo había, solo que las nuevas normas especiales de protección *“gozan de una peculiaridad frente a las restantes del ordenamiento jurídico y es la finalidad a la que atienden, lo que les dota de una connotación especial y las hace merecedoras de poder ser valoradas como normas estatutarias. De ahí, que tengan un marcado carácter protector y que, en función de ello, atribuyan a estos sujetos una serie de derechos, denominados básicos, de contenido irrenunciable”*³⁰¹.

a.- Concepto:

Para definir al consumidor, debemos tener presente que es un termino que *“procede de la ciencia económica, aunque hoy día forma parte también del lenguaje jurídico. Para los economistas, consumidor es un sujeto de mercado que adquiere bienes o usa servicios para destinarlos a su propio uso o satisfacer sus propias necesidades, personales o familiares. Lo que pretende el consumidor es hacerse con el valor de uso de lo adquirido, no emplearlo en su trabajo, para obtener otros bienes o*

³⁰⁰ Hemos de recordar que el artículo 51 de la CE impone al resto del ordenamiento jurídico, la aplicación obligatoria del principio *pro consumatore*, el cual indica que en caso de duda, siempre se resolverá lo más favorable al consumidor.

³⁰¹ REYES LÓPEZ, MARÍA JOSÉ. *Manual de Derecho privado de consumo*, La Ley, Madrid, 2009, p. 31. En cuanto a los derechos irrenunciables, la autora cita los siguientes: — La protección contra los riesgos que puedan afectar su salud o seguridad. — La protección de sus legítimos intereses económicos y sociales; en particular, frente a la inclusión de cláusulas abusivas en los contratos. — La indemnización de los daños y la reparación de los perjuicios sufridos. — La información correcta sobre los diferentes bienes o servicios y la educación y divulgación para facilitar el conocimiento sobre su adecuado uso, consumo o disfrute. — El derecho de representación y audiencia en consulta.

III. ELEMENTOS DEL DERECHO DE DESISTIMIENTO

*servicios; en este sentido, el consumidor participa de la última fase del proceso económico*³⁰².

BOURGOIGNIE, sin embargo, nos advierte que cualquier construcción jurídica que se pretenda realizar sobre la figura, necesariamente deberá partir de un estudio socioeconómico de ella. En él, el tema deberá abordarse desde dos ángulos opuestos: *“Por una parte, una concepción técnica centrada en la libre elección del consumidor individual; y por otra, una concepción global que acentúa la aparición de nuevas normas sociales de consumo*³⁰³.

Así, el primer punto, el autor lo desarrolla citando a KEYNES, a través de la teoría del consumidor individual, en la cual: *“«La decisión de consumir o no consumidor, así como la de invertir o no invertir depende del poder del individuo. El importe del ingreso global y del ahorro global son el resultado de la libre elección de invertir o no invertir...».* El consumo se manifiesta como el medio técnico de satisfacer un conjunto de elecciones realizadas libre y personalmente por cada individuo³⁰⁴.

En el segundo punto, el autor ubica al consumidor como el eje centro del ciclo económico de mercado, a saber, *“producción –distribución –intercambio –*

³⁰² BOTANA GARCÍA, GEMA. “Lección 2: Noción de consumidor”, en BOTANA GARCÍA, GEMA. RUIZ MUÑOZ, MIGUEL (Coord.). *Curso sobre protección jurídica de los consumidores*, McGraw Hill, Madrid, 1999, p. 28. Igualmente, la autora agrega de seguido que: *“En cambio, el empresario, a diferencia del consumidor, adquiere el bien por su valor de cambio, esto es, para incorporarlo transformado, a su proceso de producción o distribución, a fin de recuperar lo invertido más tarde y multiplicarlo; es decir, para obtener nuevos valores de cambio.”* En la misma línea ACEDO PENCO, quien indica que el concepto actual de consumidor *“procede de la ciencia económica que se refiere al mismo para describir un sujeto de mercado que adquiere bienes o utiliza servicios para su propio uso o para la satisfacción de sus necesidades personales o familiares”*, en ACEDO PENCO, ÁNGEL. “La noción de consumidor y su tratamiento en el Derecho comunitario, estatal y autonómico. Breve referencia al concepto de consumidor en el derecho Extremeño”, *Op. Cit.*, p. 299. Finalmente, FONT GALÁN sobre el punto advierte que: *“En efecto, el consumidor es un sujeto político, un sujeto económico, un sujeto colectivo, un sujeto público.”* En FONT GALÁN, JUAN IGNACIO. LÓPEZ MENUENDO, FRANCISCO. *Curso sobre el nuevo derecho del consumidor*, *Op Cit.*, p. 51.

³⁰³ BOURGOIGNIE, THIERRY. *Elementos para una teoría del derecho de consumo*, Departamento de Comercio, Consumo y Turismo, Vitoria, 1994, p. 20.

³⁰⁴ *Ibid*, p. 21. El autor además aclara que cuatro postulados fundamentan esta visión del consumo, los cuales resumidamente son: *“(i) la única finalidad de la producción es satisfacer las necesidades de los consumidores. (ii) la demanda de los consumidores es la libre expresión, consentida y racional de sus necesidades. (iii) los dos polos de la relación producción-consumo consideran al individuo como sujeto económico. De ahí derivan dos consecuencias: por una parte, vendedor y comprador actúan en función de objetivos personales propios y la prioridad, entendiéndose la exclusividad, está llamada a satisfacer necesidades individuales; por otra parte, el consumidor, cuando consume, actúa de manera aislada y se le concibe como una entidad de análisis distinta e individualizada. (iv) el lugar de concretización de las relaciones comerciales entre el comprador y el vendedor, entre el que solicita y ofrece, es el mercado.”*

consumo”³⁰⁵. Para ello, agrega que: *“La función de consumir es específica, sin embargo, su análisis no se puede dissociar del de otras funciones económicas. Para situar el papel desempeñado por el consumidor en el seno de un sistema económico determinado, es necesario examinar las condiciones en las que se ejerce la función de consumo en el sistema económico en cuestión, y las relaciones de interdependencia existentes en ese sistema, entre los diversos elementos de la totalidad producción –distribución – intercambio –consumo”*³⁰⁶.

Conforme lo expuesto, entonces, para examinar el enfoque jurídico de consumidor no basta con decir que consumidor es aquello que la ley define como tal³⁰⁷. Ahora sabemos que el concepto va mucho más allá de lo que la norma propone. Por ello, algunos autores han temas como los que hemos analizado al texto legal, para crear así, su propia teoría³⁰⁸, con ello, han surgido toda una serie de tipologías y

³⁰⁵ Bourgoignie, Thierry. *Elementos para una teoría del Derecho de consumo*, Op. cit., p. 22.

³⁰⁶ *Idem*. Al igual que en el caso anterior, el autor nos indica las características fundamentales de la función de consumidor y del concepto de consumidor: *“1° La función de consumir se materializa mediante cualquier acto que destruya o ponga fin a la vida económica del bien...la definición del consumidor en derecho debe ser amplia y cubrir la generalidad de las formas que pueden alcanzar las relaciones de consumo. 2° La función de consumir solo puede concebirse en relación a las demás funciones económicas, entre las que la principal es la función de producción, con la que mantiene una relación fundamentalmente antagónica. 3° El Fenómeno del consumo se refiere a una función más que a un simple acto técnico. En consecuencia reviste una dimensión colectiva: se compone de una gran cantidad de actos individualmente planteados y repetidos por una gran cantidad de individuos. No se puede considerar al consumidor únicamente como el «interlocutor» de los intercambios individualizados, sino como el cuarto polo del ciclo producción –distribución –intercambio –consumo que comparte los intereses colectivos, similares pero dispersos, de los individuos que componen el grupo económico “consumidor” o consumariado. Toda tentativa de normalización jurídica de las relaciones de consumo deberá tener en cuenta esta dimensión colectiva. 4° Puesto que todo el mundo está llamado a consumidor, todo el mundo es consumidor: el consumidor no es un concepto único sino difuso; puede tratarse de un empresario, trabajador, ciudadano, productor, distribuidor, profesional, rico, pobre, etc. El “consumariado” es un grupo naturalmente heterogéneo; de ahí la dificultad de organización y de convergencia en la acción.”*

³⁰⁷ Definido en el artículo 3 del TRLDGCU, así: *“Concepto general de consumidor y de usuario: A efectos de esta norma y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional.”* Igualmente, podemos indicar que el BGB lo define en su artículo 13 de la siguiente manera: *“Verbraucher ist jede natürliche Person, die ein Rechtsgeschäft zu einem Zwecke abschließt, der weder ihrer gewerblichen noch ihrer selbständigen beruflichen Tätigkeit zugerechnet”,* traducción: *“Consumidor es toda persona natural que celebra un negocio jurídico con una finalidad que no guarda relación con su actividad profesional empresarial o autónoma”,* en LAMARCA MARQUÉ, ALBERT. *Código Civil Alemán Bürgerliches Gesetzbuch*, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid, 2008, p. 36.

³⁰⁸ Entre ellos podemos mencionar a: REYES LÓPEZ, MARÍA JOSÉ. *Manual de Derecho privado de consumo*, Op. Cit., p. 87 y ss. A, CARRASCO PERERA, ÁNGEL (DIR.). ET AL. *El Derecho de consumo en España: presente y futuro*. Op. Cit., p. 21 y ss. A, LLAMAS POMBO, EUGENIO (DIR.). *Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, Comentarios y Jurisprudencia de la Ley veinte años después*, Editorial La Ley,

III. ELEMENTOS DEL DERECHO DE DESISTIMIENTO

categorizaciones, que corresponden al enfoque con que se ha estudiado el punto. Ya lo advierte CHAVAS cuando indica que: *“Así llegamos a la convicción de que la noción de consumidor no es uniforme, sino relativa, y de que tal vez, incluso, el derecho consagra menos la categoría de consumidor, que el concepto mismo de consumo”*³⁰⁹.

A pesar de lo anterior, entre las nociones más aceptadas, tenemos, en primera instancia, a aquellas que parten de una descripción objetiva de la figura, a través de la identificación de los llamados actos de consumo. En contraposición, tenemos a aquellos que centrándose en la figura del sujeto, diferencian entre consumidor abstracto y consumidor concreto (con subclasificaciones propias como los son la de consumidor cliente y consumidor final). Las que diferencian entre consumidor legal y consumidor material. Y finalmente, las que diferencian entre consumidores activos y consumidores pasivos (aplicada sobre todo, en el derecho internacional privado europeo)³¹⁰. Vemos cada una de ellas:

b.- Nociones de consumidor:

i.- Noción objetiva del acto de consumo:

2005, p.60 y ss. A, CORCHERO, MIGUEL. GRANDE MURILLO, ANA. *La protección de los consumidores, especial referencia al Estatuto de los Consumidores de Extremadura*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2007, p. 39 y ss. CÁMARA LAPUENTE, SERGIO. “Comentario al artículo 3. Concepto general de consumidor y de usuario”, en CÁMARA LAPUENTE, SERGIO (DIR.). *Comentarios a las normas de protección de los consumidores. Texto refundido (RDL 1/2007) y otras leyes y reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea*, Colex S.A., Madrid, 2011, p. 112.

³⁰⁹ CHAVAS, FRANCOIS. “La noción de consumidor”, en *Anuario jurídico de La Rioja*, número 4, 1988. Documento localizable en http://dialnet.unirioja.es/servlet/fichero_articulo?codigo=188501&orden=60996, fecha de visita: 17 de agosto de 20212. Posición reiterada por BOTANA GARCÍA, quien advierte que: *“No existe una clara y única noción científico-jurídica sobre consumidor. Esto no significa que no exista ninguna relación entre las nociones legales existentes, pues en todas ellas subyace el mismo tipo de consumidor al que se trata de proteger”*, en BOTANA GARCÍA, GEMA. “Lección 2: Noción de consumidor”, *Op. Cit.*, p. 29.

³¹⁰ Sobre el punto GARCÍA GIL indica: *“Dentro de la noción concreta de consumidor suele distinguirse entre un concepto amplio, que lo equipara con el «cliente potencial» o demandante de bienes y servicios en el mercado, con independencia del destino de los adquiridos, y un concepto más restrictivo, que lo identifica como el «consumidor final», advirtiéndole que el legislador asimila al consumidor al usuario de servicios.”* En GARCÍA GIL, F. JAVIER. *Suma de la protección y defensa de los derechos de los consumidores*, edita DAPP, publicaciones jurídicas S.L., Pamplona, 2007, p. 25.

La noción objetiva de consumidor parte del estudio de los actos de consumo, los cuales son definidos por ACEDO PENCO *“como aquél que permite obtener un bien o un servicio con vistas a satisfacer una necesidad determinada. El consumidor no sería un status jurídico permanente, sino que la calificación del mismo como tal le será atribuida a quien actúe de una determinada forma y con relación exclusivamente a dicha actuación. La distinción entre acto de consumo y consumidor es más acertada desde el punto de vista lógico, aunque la utilización de una noción única, la de consumidor, que incorpora como parte de ella la referencia al acto de consumo, es más simple y evita un encadenamiento de preceptos que puede dificultar tanto la elaboración como la interpretación de los preceptos legales”*³¹¹.

BOTANA GARCÍA nos dice además, que: *“El acto de consumo es ante todo un acto jurídico que permite al consumidor entrar en posesión de un bien o disfrutar de un servicio. Se caracteriza también por ser un acto material consistente en utilizar el bien o servicio, objeto de contrato. El criterio tenido en cuenta no es el del «contrato de consumo» que es demasiado restringido, reservando la cualidad de consumidor solamente a la persona que compra o, más generalmente, la que contrata”*³¹².

Este tipo de clasificación tiene el problema que *per se* excluye al sujeto como consumidor, con ello, al serle totalmente indiferente quien consumo, incluye como tales a todos aquellos que realicen actos de consumo, incluidos empresarios y comerciantes, lo cual es un contrasentido.

Así, a mi criterio, si admitiésemos como válida la teoría del acto de consumo, como criterio para determinar quién es consumidor, al final todos los serían y el derecho de consumo, perdería su sentido. Ello, porque al final de cuentas, todos de alguna u otra manera, compramos para consumir.

³¹¹ ACEDO PENCO, ÁNGEL. “La noción de consumidor y su tratamiento en el Derecho Comunitario, Estatal y Autonómico. Breve referencia al concepto de consumidor en el Derecho Extremeño”, *Op. Cit.*, p. 315.

³¹² BOTANA GARCÍA, GEMA. “Lección 2: Noción de consumidor”, *Op. Cit.*, p. 32.

ii.- Noción de consumidor en sentido abstracto:

La Resolución del Consejo de la Comunidad Económica Europea de 14 de abril de 1975, referente a un programa preliminar de la Comunidad Económica Europea para una política de protección e información de los consumidores; en su apartado 3 definió al consumidor abstracto, indicando que: *“En lo sucesivo el consumidor no es considerado ya solamente como un comprador o un usuario de bienes o servicios para su uso personal, familiar o colectivo, sino como una persona a la que conciernen los diferentes aspectos de la vida social que pueden afectarle directa o indirectamente como consumidor”*³¹³.

Bajo esta conceptualización, se está *“aludiendo a la protección que debe darse a los sujetos de una sociedad frente a los riesgos que pueden derivar de un producto o de un servicio. Se trata, en suma, de una protección genérica que asimila esta tutela a la del ciudadano, que se hace con una perspectiva de protección a la sociedad frente a los daños que hipotéticamente pueden causar los productos o servicios en el mercado. El planteamiento es pues genérico y de carácter preventivo y, los intereses que protege, colectivos y difusos”*³¹⁴.

Así, con el concepto de consumidor abstracto se busca tutelar al ciudadano frente al mercado, independientemente de si realiza o no, actos de consumo. Por ello, podemos afirmar, que en el fondo esta noción está dirigida a proteger a toda la población en general, encontrando su contenido en las normas que mencionen una protección general de quien consume.

En España se parte del artículo 51 de la Constitución Española (en adelante CE)³¹⁵, el cual se determina como un principio rector de la política social y económica

³¹³ ACEDO PENCO, ÁNGEL. “La noción de consumidor y su tratamiento en el Derecho comunitario, estatal y autonómico. Breve referencia al concepto de consumidor en el Derecho Extremeño”, *Op. Cit.*, p. 311. Por su parte, CARRASCO PERERA nos dice que: *“son consumidores todos los ciudadanos que, en cuanto personas, aspiran a tener una adecuada calidad de vida”*, en CARRASCO PERERA, ÁNGEL (DIR.). ET AL. *El Derecho de consumo en España: presente y futuro*, Instituto Nacional de Consumo, Madrid, 2002, p. 21

³¹⁴ REYES LÓPEZ, MARÍA JOSÉ. *Manual de Derecho privado de consumo*, *Op. Cit.*, p. 87.

³¹⁵ “Artículo 51.

del Estado y que según el artículo 53.3 CE, “informará la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos”, a través de leyes que les desarrollen, conforme lo dispone la misma norma en su parte final.

“Del examen del art. 51 CE se puede destacar que el Estado debe de llevar a cabo el desarrollo legal de este mandato constitucional en un doble ámbito centrado en los aspectos destacados en el texto constitucional, esto es, la seguridad, la salud y los legítimos intereses de los consumidores, concepto éste lo suficientemente abierto como para permitir un amplio margen de maniobra al legislador. El Estado deberá centrar su protección del consumidor en una triple política: a) de elaboración de procedimientos eficaces de protección, tanto judiciales como administrativos como arbitrales; b) fomentar la participación del consumidor en la protección de sus propios derechos, facilitando la educación y la información de los mismos en sus derechos así como fomentando el asociacionismo en este campo; y c) oír a los consumidores a través de sus organizaciones en todas aquellas materias que afecten a la protección de estos intereses. En atención a este mandato constitucional se ha desarrollado la actual legislación nacional que engloba el derecho de los consumidores”³¹⁶.

iii.- Noción de consumidor en sentido estricto:

Respecto a la definición de consumidor en sentido estricto o concreto, podemos indicar que es la manera en que el legislador desarrolla la noción abstracta, es decir, es “la que permita ejercitar individualmente los derechos al consumidor en su propio interés. Sin embargo, no existirá una única noción concreta, sino nociones diversas de consumidor, que sirven para delimitar el ámbito de aplicación de las distintas

1. Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos.

2. Los poderes públicos promoverán la información y la educación de los consumidores y usuarios, fomentarán sus organizaciones y oirán a éstas en las cuestiones que puedan afectar a aquéllos, en los términos que la Ley establezca.

3. En el marco de lo dispuesto por los apartados anteriores, la Ley regulará el comercio interior y el régimen de autorización de productos comerciales.”

³¹⁶ LARROSA AMANTE, MIGUEL ÁNGEL. *Derecho de consumo, protección legal del consumidor*, Grupo Editorial El Derecho y Quantor, S.L., Madrid, 2011, p. 17.

III. ELEMENTOS DEL DERECHO DE DESISTIMIENTO

*disposiciones legales y que se establecen atendiendo en cada caso a la protección que la norma pretende ofrecer*³¹⁷.

En otras palabras, la conceptualización de consumidor concreto, es la que regula, conforme a la normativa existente, cuándo un sujeto puede quedar amparado o excluido del ámbito de protección de ese marco garantista. A diferencia de la conceptualización abstracta, en la concreta se ofrece una visión individual del sujeto, atendiendo a determinar si él cumple los presupuestos legalmente establecidos para ser catalogado como sujeto del fuero especial de protección.

Ahora, entre las nociones concretas del consumidor podemos distinguir una noción amplia denominada como la de consumidor cliente y otra, que por ser más restrictiva, se suele llamar como de consumidor final.

*“La noción de consumidor como cliente incluye a las personas que contratan con un empresario para adquirir los bienes o servicios que ofrece, tanto si la finalidad es la atención de sus necesidades privadas como cuando lo hace dentro del marco de una actividad empresarial o profesional. No es precisa, aquí, la finalidad del uso o destino privados. Será catalogado, en este sentido, como consumidor cualquier comprador, arrendatario, o usuario de servicios”*³¹⁸.

La noción de consumidor final, por el contrario *“debe comprender todo usuario de un producto o de un servicio sin tener que considerar la naturaleza de la relación jurídica operada por el transferente del bien o de la prestación, ni de la misma existencia de la transacción. El criterio del uso privativo limita la cualidad de consumidor en forma general al no profesional que persigue la satisfacción de necesidades de carácter particular (personas, familiares...). Quedaría excluido el empresario por tanto, pero sólo cuando actúe como tal empresario”*³¹⁹.

³¹⁷ CARRASCO PERERA define a los consumidores en sentido estricto como aquellos *“quienes adquieren bienes o servicios para uso privado”*. En CARRASCO PERERA, ÁNGEL (DIR.). *El Derecho de consumo en España: presente y futuro*, Op. Cit., 2002, p. 21

³¹⁸ ACEDO PENCO, ÁNGEL. *“La noción de consumidor y su tratamiento en el Derecho comunitario, estatal y autonómico. Breve referencia al concepto de consumidor en el Derecho Extremeño”*, Op.Cit., p 312.

³¹⁹ BOTANA GARCÍA, GEMA. *“Lección 2: Noción de consumidor”*, Op. Cit., p. 31.

Esta noción es la más aceptada en los diferentes instrumentos jurídicos de Derecho de consumo, a nivel interno, como comunitario. A pesar de que es criticable en tanto, excluye a las pequeñas y medianas empresas (PYME's) del ámbito de protección, ya que las considera profesionales de su actividad y por tanto, no usuario finales de los bienes y servicios³²⁰. *“La delimitación de esta noción se realiza unas veces mediante la exigencia de que la actuación del consumidor, para ser considerado como tal, vaya destinada a satisfacer sus necesidades estrictamente privadas, familiares o domésticas; y otras, se utiliza como criterio delimitador el hecho de que su actuación sea completamente ajena a cualquier forma de actividad empresarial o profesional”*³²¹.

iv.- Noción de consumidor jurídico:

El consumidor jurídico y/o material es aquél que, aún y cuando no haya sido quien suscribe el contrato de consumo de manera directa, disfruta del bien o servicio adquirido. En otras palabras, el consumidor material es *“quien de hecho consume los bienes o los usa, o quien utiliza los servicios, al margen de quienes sean parte en el contrato, y el segundo quien, junto con el empresario o profesional, es una de las partes que intervienen dicho contrato de consumo. Es decir, que será consumidor material el que, sin que necesariamente haya contratado la cosa o el servicio, puede utilizarlos; y consumidor en sentido jurídico sólo a quien contrata, que además, es a quien suelen ir dirigidas las leyes protectoras”*³²².

Es claro que la *“protección de los consumidores gira principalmente sobre el consumidor jurídico. El lugar de los consumidores está todavía mal definido, porque no*

³²⁰ Cosa que por ejemplo si hace la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor de Costa Rica, Ley Número 7472, de 20 de diciembre de 1994; la cual en su artículo 2, define al consumidor como *“Toda persona física o entidad de hecho o de derecho, que, como destinatario final, adquiere, disfruta o utiliza los bienes o los servicios, o bien, recibe información o propuestas para ello. También se considera consumidor al pequeño industrial o al artesano -en los términos definidos en el Reglamento de esta Ley- que adquiera productos terminados o insumos para integrarlos en los procesos para producir, transformar, comercializar o prestar servicios a terceros.”* (subrayado es propio).

³²¹ ACEDO PENCO, ÁNGEL. “La noción de consumidor y su tratamiento en el Derecho comunitario, estatal y autonómico. Breve referencia al concepto de consumidor en el Derecho Extremeño”, *Op. Cit.*, p. 313.

³²² *Ibid*, p. 314.

III. ELEMENTOS DEL DERECHO DE DESISTIMIENTO

puede ocultarse que su integración en el Derecho Clásico de los contratos crea grandes dificultades. Sin embargo, ha habido un movimiento en favor de una mejor protección del consumidor material”³²³.

Ahora y como resulta obvio indicar, el concepto de consumidor material generalmente coincide con el de consumidor jurídico, es decir, la misma persona que compra es la que disfruta del objeto del contrato, pero también podemos encontrar, con la misma facilidad, la situación contraria, es decir, aquella en la que quien contrata no disfrute del bien o servicio y es aquí donde se nos presenta el problema de la doble protección jurídica. Problema que tradicionalmente ha sido resuelto otorgándole todas las garantías y protecciones derivadas de la adquisición a quien suscribió el contrato y las garantías abstractas y/o genéricas al resto de personas que lo disfrutaban.

vi.- Noción de consumidor activo y pasivo:

Derivado de la regulación europea en Derecho internacional privado, encontramos la diferenciación entre noción de consumidor activo y consumidor pasivo, la cual se extrae del artículo 5.1 del Convenio de Roma³²⁴ y del artículo 6.1 del Reglamento Roma I³²⁵ (que reforma el citado 5.1 del Convenio de Roma), así como del artículo 15.1 del Reglamento Bruselas I³²⁶.

De todos ellos, se extrae una definición de consumidor, que derivamos del fuero especial de competencia dedicado a los conflictos transfronterizos atinentes a

³²³ BOTANA GARCÍA, GEMA. “Lección 2: Noción de consumidor”, *Op. Cit.*, p. 33.

³²⁴ Convenio 80/934/CEE sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales abierto a la firma en Roma el 19 de junio de 1980.

³²⁵ Reglamento (CE) No 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I)

³²⁶ Reglamento (CE) No 44/2001 del Consejo de 22 de diciembre de 2000 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.

contratos de consumo³²⁷. Sería, entonces, una definición de consumidor en materia de derecho internacional privado.

En concreto, la norma del Convenio de Roma, en lo que interesa indicaba: *“1. El presente artículo se aplicará a los contratos que tengan por objeto el suministro de bienes muebles corporales o de servicios a una persona, el consumidor, para un uso que pueda ser considerado como ajeno a su actividad profesional, así como a los contratos destinados a la financiación de tales suministros”*³²⁸. En el punto 5.2 agrega que: *“2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 3, la elección por las partes de la ley aplicable no podrá producir el resultado de privar al consumidor de la protección que le aseguren las disposiciones imperativas de la ley del país en que tenga su residencia habitual: - si la celebración del contrato hubiera sido precedida, en ese país, por una oferta que le haya sido especialmente dirigida o por publicidad, y si el consumidor hubiera realizado en ese país los actos necesarios para la celebración del contrato, o - si la otra parte contratante o su representante hubiera recibido el encargo del consumidor en ese país, o - si el contrato fuera una venta de mercancías y el consumidor se hubiera desplazado de este país a un país extranjero y allí hubiera realizado el encargo, siempre que el viaje hubiera sido organizado por el vendedor con la finalidad de incitar al consumidor a concluir una venta.”*

³²⁷ Aunque debemos destacar que esta normativa no solo nos da un criterio definidor de competencia internacional, sino que también delimita la competencia nacional, del Estado competente, es decir, ubica geográficamente cuál será el Tribunal competente dentro del Estado designado.

³²⁸ La norma indica además que: *“2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 3, la elección por las partes de la ley aplicable no podrá producir el resultado de privar al consumidor de la protección que le aseguren las disposiciones imperativas de la ley del país en que tenga su residencia habitual:*

- si la celebración del contrato hubiera sido precedida, en ese país, por una oferta que le haya sido especialmente dirigida o por publicidad, y si el consumidor hubiera realizado en ese país los actos necesarios para la celebración del contrato, o

- si la otra parte contratante o su representante hubiera recibido el encargo del consumidor en ese país, o

- si el contrato fuera una venta de mercancías y el consumidor se hubiera desplazado de este país a un país extranjero y allí hubiera realizado el encargo, siempre que el viaje hubiera sido organizado por el vendedor con la finalidad de incitar al consumidor a concluir una venta.

3. No obstante lo dispuesto en el artículo 4, y en defecto de elección realizada conforme al artículo 3, estos contratos se regirán por la ley del país en que el consumidor tenga su residencia habitual, si concurrieran las circunstancias descritas en el apartado 2 del presente artículo.

4. El presente artículo no se aplicará:

a) a los contratos de transporte;

b) a los contratos de suministro de servicios cuando los servicios deban prestarse al consumidor, exclusivamente, en un país distinto de aquel en que tenga su residencia habitual.

5. No obstante lo dispuesto en el apartado 4, el presente artículo se aplicará a los contratos que, por un precio global, comprendan prestaciones combinadas de transporte y alojamiento.”

III. ELEMENTOS DEL DERECHO DE DESISTIMIENTO

El Reglamento Roma I, por su parte y en lo que interesa reza: *“1. Sin perjuicio de los artículos 5 y 7, el contrato celebrado por una persona física para un uso que pueda considerarse ajeno a su actividad comercial o profesional («el consumidor») con otra persona («el profesional») que actúe en ejercicio de su actividad comercial o profesional, se regirá por la ley del país en que el consumidor tenga su residencia habitual, siempre que el profesional: a) ejerza sus actividades comerciales o profesionales en el país donde el consumidor tenga su residencia habitual, o b) por cualquier medio dirija estas actividades a ese país o a distintos países, incluido ese país, y el contrato estuviera comprendido en el ámbito de dichas actividades.”*

En ambos instrumentos, a pesar de que se parte de la libertad de elección de legislación sustancial aplicable, para protección del consumidor se limita dicha facultad y se impone una obligación de sometimiento a la legislación del lugar de residencia consumidor, eso sí, únicamente si estamos en presencia de un consumidor pasivo. *“El Derecho internacional privado comunitario de fuente convencional contiene una regulación específica, como se ha visto, cuyo objetivo es la protección del consumidor pasivo, es decir, el consumidor que ha sido captado en su propio mercado. En efecto, para que la norma de conflicto tuitiva contenida en el art. 5 del Convenio de Roma entre en funcionamiento, el contrato de consumo debe cumplir, alternativamente, una de las tres circunstancias espaciales expresamente recogidas en su apartado segundo. Se trata de condiciones relativas a la conclusión del contrato que complementan la conexión residencia habitual del consumidor y que garantizan la existencia de un vínculo estrecho entre el contrato y la ley del entorno social del consumidor. El cumplimiento de las condiciones espaciales se exige tanto en el supuesto de que las partes hayan elegido el Derecho aplicable como a falta de elección”³²⁹.*

Así, conforme lo anterior, el consumidor pasivo es el que es captado por el empresario en su propio entorno y llevado a otro territorio, es decir, a otra legislación, la cual podría resultar menos beneficiosa para sus intereses. Se busca otorgar un ámbito de protección frente a prácticas ilegítimas de búsqueda de sistemas legales

³²⁹ AÑOVEROS TERRADAS, BEATRIZ. *Los Contratos de Consumo Intracomunitarios*, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A. Madrid, 2003, p. 115.

menos protectores hacia el consumidor. Como vimos, la normativa europea prohíbe dichas prácticas abusivas de algunos empresarios³³⁰.

Para definir al consumidor activo, podemos indicar que aunque *“En principio, podríamos recurrir a una interpretación a contrario y entender que consumidor activo es todo aquel que no cumple las condiciones de “pasividad” previstas en la normativa convencional. Ello nos llevaría a afirmar que es consumidor activo: en primer lugar, aquel que haciendo uso de las libertades comunitarias circula libremente por el mercado único adquiriendo bienes y/o servicios 167, ya sea tomando él la iniciativa o siendo captado por el empresario en el mercado al que se ha desplazado 168; en segundo, el que contrata con un empresario o profesional extranjero (en el sentido de que reside en otro Estado miembro) la adquisición de un producto o un servicio sin que haya habido una oferta especialmente dirigida al consumidor, ni publicidad por parte del empresario, es decir, cuando el consumidor ha tomado la iniciativa y ha contactado con ese empresario”*³³¹.

Finalmente, el cuadro se completa, en cuanto a competencia aplicable, con el Reglamento Bruselas I, el cual, en lo que interesa, indica que: *“En materia de contratos celebrados por una persona, el consumidor, para un uso que pudiere considerarse ajeno a su actividad profesional, la competencia quedará determinada por la presente sección...”*³³².

Con esta norma, la protección europea de protección especial a los consumidores no es absoluta, ni irrestricta, ya que estamos ante un régimen de

³³⁰ Aplicable sobre todo a aquellos Estados en conflicto que no hayan armonizado completamente sus ordenamientos internos a las Directivas Europeas.

³³¹ AÑOVEROS TERRADAS, BEATRIZ. *Los Contratos de Consumo Intracomunitarios*, Op. Cit., p. 128.

³³² La norma indica además que: “ a) cuando se tratare de una venta a plazos de mercaderías; b) cuando se tratare de un préstamo a plazos o de otra operación de crédito vinculada a la financiación de la venta de tales bienes; c) en todos los demás casos, cuando la otra parte contratante ejerciere actividades comerciales o profesionales en el Estado miembro del domicilio del consumidor o, por cualquier medio, dirigiere tales actividades a dicho Estado miembro o a varios Estados miembros, incluido este último, y el contrato estuviere comprendido en el marco de dichas actividades. 2. Cuando el cocontratante del consumidor no estuviere domiciliado en un Estado miembro, pero poseyere una sucursal, agencia o cualquier otro establecimiento en un Estado miembro, se considerará para todos los litigios relativos a su explotación que está domiciliado en dicho Estado. 3. La presente sección no se aplicará al contrato de transporte, salvo el caso de los que, por un precio global, ofrecen una combinación de viaje y alojamiento.”

III. ELEMENTOS DEL DERECHO DE DESISTIMIENTO

protección limitado no solo al marco del contrato de consumo, sino también a la caracterización especial de ciertos consumidores, *“el artículo 15 RBI (art. 13 CB) no puede aplicarse a todas aquellas situaciones en las que exista un desequilibrio contractual, pues ello desbordará el ámbito de las disposiciones protectoras en materia de competencia judicial internacional, cuyo carácter es marcadamente procesal. Efectivamente el forum actoris se otorga con el objetivo de alentar al consumidor a hacer valer sus derechos frente a su co-contratante sin que se vea obligado a acudir a los tribunales del domicilio del demandado (co-contratante del consumidor). Precisamente por ello solo debe protegerse a aquellas personas para las que el litigio es algo inusual; solo los consumidores strictu sense deben beneficiarse del fórum actoris. Los que actúan en el ámbito de una actividad mercantil, aunque carezcan de experiencia comercial, deben contar con la posibilidad de un litigio”*³³³.

Con lo expuesto, decimos que no es absoluta, porque para la aplicación de dicho fuero especial hay que tener claro quiénes son los sujetos a los que la normativa va dirigida, a saber, Consumidores pasivos que, además, cumplan otra serie de requerimientos que veremos seguidamente.

Primero, debemos entender que el régimen especial se refiere únicamente a personas físicas, nunca a personas jurídicas, lo cual deja planteada la interrogante de qué sucede en el caso de personas jurídicas que como parte de su actividad comercial realicen contratos en calidad de consumidores. Segundo, la norma aplica únicamente a consumidores finales, lo cual viene ampliar la interrogante anterior. Y por último, el contrato no debe ser realizado por el sujeto como resultado de su actividad profesional, lo cual deja duda de cuál es el límite entre una y otra.

Sobre la naturaleza de la persona de si es física o jurídica, la diferenciación surge de la naturaleza misma del foro especial, en donde justifica su existencia en función de una disparidad entre las partes contratantes. Se parte de la presunción básica del Derecho de consumo, de que la relación es asimétrica entre comerciante y consumidor, por ello, el estado debe intervenir y mediante el derecho equilibrar la

³³³ AÑOVEROS TERRADAS, BEATRIZ. *Los Contratos de Consumo Intracomunitarios*, Op. Cit., p.90.

negociación. Una persona jurídica contratará al mismo nivel de cualquier comerciante, por ello, debe quedar excluido del ámbito especial.

El problema se plantea cuando el discurso choca con la realidad, ya que todos sabemos que hay personas jurídicas que aún su naturaleza, contraten en posición desigual, como lo podrían ser las PYME's. *“La debilidad de una parte en un contrato puede responder a numerosas causas. Se puede derivar no solo de una debilidad social o psicológica, sino también de una debilidad económica y de una inexperiencia comercial y jurídica. Pero este tipo de inexperiencia no es propia únicamente de las personas que adquieren un bien o un servicio para su consumo privado. Los pequeños comerciantes, artesanos o agricultores no tienen necesariamente la experiencia jurídica suficiente para detectar las cláusulas contractuales abusivas y sin embargo, en la normativa comunitaria no se les considera parte débil en este tipo de relaciones contractuales, simplemente porque no se les considera consumidor”*³³⁴.

Otro problema que se detecta es que también quedan excluidas los contratos electrónicos tipo C2C (consumer to consumer), es decir, aquellos realizados por sujetos de derechos privado, no profesionales que esporádicamente vendan productos en internet, como pueden ser los sitios de subastas. Al quedar excluidos de éste foro especial, dichos acuerdos deberán ventilarse a través de la normativa general, ya expuesta, lo cual obvia otro elemento de la realidad y es que el riesgo de inexperiencia y de exposición a cláusulas abusivas, también se puede presentar en ésta modalidad de negocio.

Segundo, el concepto de profesionalidad, para ser considerado consumidor el contrato debe haber sido realizado por un sujeto en un ámbito y para un uso ajeno a su ejercicio profesional. Aquellos bienes o servicios adquiridos dentro de la esfera de una actividad empresarial, quedan excluidos del fuero de competencia especial, por el contrario aquellos acuerdos cuyo objeto no esté dentro de esa actividad, sí estarán incluidos.

³³⁴ DURAN AYAGO, ANTONIA. *La protección de las pymes en el comercio internacional: propuestas de regulación*. Atelier, Barcelona, 2008, p. 47.

III. ELEMENTOS DEL DERECHO DE DESISTIMIENTO

“A este respecto, se desprende ya claramente de la finalidad de los artículos 13 a 15 del Convenio de Bruselas (LCEur 1998, 232), que consiste en proteger debidamente a la persona que se supone que se encuentra en una posición más débil respecto de su cocontratante, que una persona que celebra un contrato para un uso que está relacionado parcialmente con su actividad profesional y que, por tanto, tan sólo es parcialmente ajeno a ésta, no puede, en principio, ampararse en dichas disposiciones. El resultado únicamente sería distinto en el supuesto de que el vínculo de dicho contrato con la actividad profesional del interesado fuera tan tenue que pudiera considerarse marginal y, por tanto, sólo tuviera un papel insignificante en el contexto de la operación, considerada globalmente, respecto de la cual se hubiera celebrado el contrato”³³⁵.

Así, el punto de conflicto de la normativa se centra en identificar cuándo una persona física actúa dentro de su actividad empresarial –profesional- y cuándo lo hace dentro de su actividad personal o familiar, o más bien dicho, cuándo el objeto del contrato es parte de esa empresa y cuando no. Y a partir de allí, aplicar la normativa especial.

Pero se nos presenta un problema accesorio, que es el caso de los bienes de naturaleza cambiante, es decir, aquellos que son utilizados en ambos ámbitos, en el profesional y en el personal, como por ejemplo, el profesional que compra un coche el cual entre semana es usado como insumo comercial y los fines de semana como transporte familiar; entonces ese contrato será de consumo, únicamente sábados y domingos.

Tanto jurisprudencial como doctrinariamente³³⁶, se han manejado diferentes criterios para determinar el verdadero uso del bien³³⁷. Sin embargo, a mi criterio, lo

³³⁵ STJCE (Sala Segunda), de 20 de enero de 2005. Asunto Johann Gruber contra Bay Wa AG. (TJCE 2005\24).

³³⁶ A mayor abundamiento consultar la STJCE (Sala Segunda) de 20 de enero de 2005. Asunto Johann Gruber contra Bay Wa AG. (TJCE 2005\24). Así como AÑOVEROS TERRADAS, BEATRIZ. *Los Contratos de Consumo Intracomunitarios, Op. Cit.*, p. 83 y ss. Y, FERNÁNDEZ ROZAS, JOSÉ CARLOS. ARENAS GARCÍA, RAFAEL. DE MIGUEL ASENSIO, PEDRO ALBERTO. *Derecho de los Negocios Jurídicos*, primera edición, IUSTEL Portal Derecho, S.A., Madrid, 2007.

³³⁷ CÁMARA LAPUENTE, incluso aorta una lista de actividades empresariales que, según la jurisprudencia, deben desecharse como actividades de consumo y entre ellas cita: “Entre los actos que garantizan una mejor organización empresarial o profesional y, por ende, excluyen a quien los realiza de la calidad de

consumidor, pueden comprenderse la contratación de servicios financieros, como la apertura de cuentas en una entidad bancaria (SAP Málaga 23 abril 2002, SAP Guipúzcoa 19 marzo 2007), la concertación de seguros (STS 16 diciembre 1998), la contratación de hipotecas para garantizar préstamos para la construcción de viviendas o la adquisición de locales empresariales (STS 26 noviembre 1996, AAP Toledo 13 octubre 2000, SAP Albacete 24 noviembre 2000, SAP Ciudad Real 11 febrero 2004), la contratación de servicios de prevención de impagos o cobro de morosos (SAP Valencia 4 febrero 2008) o la contratación de servicios de consultoría para mejorar el rendimiento empresarial, como, por ejemplo, la asesoría para implantación de protocolos de calidad ISO (SSAP Barcelona 21 diciembre 2000, 21 marzo 2002 y 15 abril 2002). b) Entre la contratación de bienes o servicios que se incorporan en procesos de producción, pueden comprenderse la adquisición de bienes de equipo, fundamentalmente maquinaria (STS 12 diciembre 1991, STS 13 marzo 1999, STS 16 octubre 2000, SAP Alicante 16 junio 2000, SAP Cuenca 15 noviembre 2006; cfr., sobre tractores, v. gr., STS 9 mayo 2008, SAP Ciudad Real 21 noviembre 2005 y sobre bienes de equipo en general, SAP Huesca 30 septiembre 1994, SAP Vizcaya 18 febrero 1998, SAP Jaén 15 abril 2005), productos para transformar o reelaborar, como materias primas, pertenencias, objetos que se ensamblan o integran en otros, etc. (SAP Córdoba 20 marzo 2000, SAP Almería 12 mayo 2004, SAP Huelva 17 septiembre 2003), productos accesorios pero necesarios para el proceso de fabricación o producción (SAP Barcelona 28 enero 2004, SAP Tarragona 15 julio 2004, SAP Vizcaya 9 noviembre 2005, SAP Barcelona 5 julio 2006), entre los que cabe comprender muy especialmente las energías (SAP Barcelona 29 septiembre 2003, SAP Burgos 28 febrero 2007), la electricidad (STS 15 diciembre 2005, SAP Alicante 8 enero 2002, SAP Murcia 14 marzo 2003, SAP Almería 26 marzo 2003, SAP Burgos 26 junio 2003, SAP Almería 22 enero 2004, SAP Asturias 2 mayo 2006), los herbicidas (STS 18 junio 1999), etc. Resulta indiferente el título o contrato por el que el empresario o profesional adquiera el dominio o el uso de esos bienes (compraventa mercantil, leasing, renting, suministro, préstamo para su adquisición, comodatos, etc.) así como si el bien resulta o no consumido en el sentido del art. 337.2 CC. c) Entre la contratación de bienes o servicios que se incorporan en procesos de comercialización, cabe incluir los vehículos adquiridos para prestar servicios comerciales (SAP Guadalajara 5 octubre 1995, SAP Madrid 5 junio 2006; incluidas furgonetas para transportar operarios y material: SAP Valencia 10 octubre 2000 y SAP A Coruña 25 marzo 2008; camiones de gran tonelaje para transporte: SAP La Rioja, 29 mayo 2003, SAP Lleida 4 abril 1994, SAP A Coruña 25 abril 2005, SAP Madrid 20 julio 2005, SAP Ciudad Real 4 abril 2006, SAP Alicante 3 mayo 2006, SAP A Coruña 23 marzo 2007; camiones frigoríficos: SAP Barcelona 16 abril 2002; taxis: SAP Málaga 17 febrero 2005 y SAP A Coruña 4 abril 2008; vehículos para construcción: SAP Toledo 19 febrero 2008), los productos adquiridos para reventa (STS 31 octubre 2000, joyas; STS 20 diciembre 2007; SAP Mallorca 9 julio 1990, radios para coches; SAP Madrid 22 enero 2000 y SAP Girona 29 mayo 2002, carburantes; SAP Murcia 2 julio 2004, arquetas; SAP Cádiz 30 diciembre 2004, reventa profesional de inmuebles; SAP Zaragoza 7 julio 2005, suministros), la contratación de servicios de publicidad o marketing (SAP Madrid 21 julio 2000 y SAP Murcia 11 julio 2006; cfr. SAP Barcelona 15 enero 2009) o la maquinaria empleada para estrictas labores de comercialización de bienes (AAP León 27 enero 2000, cámaras frigoríficas; SAP Jaén 31 enero 2002, balanzas; SAP Jaén 20 marzo 2007, aparatos para pago de los clientes). d) Entre los bienes o servicios que se incorporan en procesos de prestación de servicios a terceros, pueden mencionarse la contratación de servicios de arquitectos por promotores o constructores (STS 28 febrero 2002 y 29 diciembre 2003; también SAP Granada 16 marzo 1999), consultoras (SAP Barcelona 21 diciembre 2000, 21 marzo 2002 y 15 abril 2002), abogados (SAP Barcelona 9 mayo 2006) y otros profesionales para emplear esos servicios en otros de cara a terceros o para mejorar el propio servicio o funcionamiento empresarial o profesional (es decir, el aspecto organizativo tratado antes sub a); también los servicios accesorios prestados para mejor funcionamiento del transporte de viajeros (STS 3 octubre 2005). Asimismo, cabe incluir aquí el empleo no ya de servicios, sino de bienes para prestar servicios a terceros, como ocurre con máquinas recreativas, impresoras (STS 16 octubre 2000), fotocopadoras (SAP Asturias 12 abril 2000), ordenadores (SAP Madrid 5 marzo 2004), grupos electrógenos o transformadores eléctricos (en negocios de hostelería, SAP Toledo 16 marzo 2000, o en recintos de acampada, SAP Barcelona 7 junio 2006), ascensores (en hoteles: SAP Cantabria 25 noviembre 2002, pues «es parte de su ciclo productivo y comercial»; y SAP Málaga 27 febrero 2003), teléfonos móviles para atender llamadas de empresa (SAP Madrid 15 abril 2004 y AAP Madrid 10 diciembre 2008), aspiradores industriales (SAP Tarragona 15 julio 2004) y, en general, cualesquiera aparatos que «contribuyen a que el actor preste sus servicios a terceros en las condiciones mejores» (SAP Barcelona 5 julio 2006); frase esta en la que puede apreciarse el que la incorporación de los bienes a tales procesos puede ser también «indirecta» (EM del TR). Sobre el uso de

III. ELEMENTOS DEL DERECHO DE DESISTIMIENTO

que se debe hacer es identificar el acto de disposición que el comprador haga del él, ya que conociendo cuál será el uso final sabremos cómo calificar el contrato. El identificar el acto de disposición es un mecanismo utilizado en otros sistemas jurídicos para determinar competencias en situaciones similares. Por ejemplo, en Costa Rica, éste concepto que ha sido ampliamente utilizado por la Sala de Casación en aquellos casos de conflictos competenciales, sobre todo entre materia mercantil y agraria.

Sobre el punto, la Sala Primera de Casación Costarricense dijo en un caso en que se discutía la naturaleza jurídica de una parcela que: *“En esta forma el fundo constituye en la agricultura tradicional el elemento que caracteriza y condiciona la organización de todos los instrumentos de producción. El fundo puede ser analizado desde el perfil subjetivo como acto de destinación fundiaria de la tierra, es decir como acto de transformación de la tierra en instrumento de producción agraria, y desde el perfil objetivo como base de un ordenamiento productivo, que sería ordenamiento fundiario, que tendría un propio fin productivo vinculado con el acto de destinación. Cuando el fundo es constituido como fundo-organización, sea como conjunto de bienes organizados para la producción, se está en presencia de una institución cosa, a la cual los romanos denominaron fundus instructus y hoy modernamente los franceses denominan explotación y los italianos azienda. En este sentido el criterio que sigue el artículo 4º de la Ley de Jurisdicción Agraria es el de explotación que asimila perfectamente al de explotación del Derecho francés, y que en línea de principios coincide con ese fundo agrario-organización, ese fundo-cosa, por lo que si aún puede aceptarse en nuestro ordenamiento jurídico e incluso en muchos otros (tal es el caso todavía, en algunas leyes de España e Italia), la denominación de predio rústico, fundo rústico o bien rústico el concepto que se ha difundido en el Derecho Agrario Moderno, y que tiene una fuerte raigambre jurídica en el derecho Romano...”*³³⁸(subrayado es propio). En este caso, a través del análisis del acto de disposición, se identificó que el

la electricidad en la prestación de servicios a terceros, lo que excluye ese consumo empresarial como acto de un consumidor, véanse las clarividentes afirmaciones de la STS 15 diciembre 2005.” En CÁMARA LAPUENTE, SERGIO. “El concepto legal de «consumidor» en el Derecho privado europeo y en el Derecho español: Aspectos controvertidos o no resueltos”, *Op. Cit*, p. 103 y ss.

³³⁸ Sala Primera de Casación, Resolución número 9, de las 9 horas del 29 de enero de 1993. En http://200.91.68.20/scij/busqueda/jurisprudencia/jur_repartidor.asp?param1=OPQ&nValor1=1&strTipM=E1&nValor2=1625&pgn=TES&nTermino=3156&nTesoro=5&tem4=%27%27&tem6=0&tem2=&tem3=&nValor3=38698&strDirTe=DD, fecha de visita 5 octubre 2009.

predio fue destinado al uso agrario, por ello, se le incluyó dentro del fondo agrario, como parte del perfil objetivo de esa empresa.

Así conforme lo expuesto, para identificar si en un contrato privado, el comprador actúa en carácter personal o profesional, lo primero que se puede hacer es identificar el acto de destinación que éste haga del objeto contractual. Por ejemplo si el empresario se compra un coche nuevo para ser utilizado, mediante acto de destinación, en el ejercicio de su actividad productiva profesional, ese vehículo es parte de su *azienda* empresarial, por consiguiente, el contrato suscrito por él para la adquisición del automotor, fue un contrato civil o mercantil, es decir, de cualquier naturaleza, menos de consumo. Si ese mismo coche fue comprado, pero el acto de destinación, es para uso personal, ese sí es un contrato de consumo, al cual se le aplica el régimen especial que hemos analizado.

Ahora, si el mismo bien es utilizado en ambos ámbitos, es decir, el comercial y el personal, por ejemplo, siguiendo con el caso de nuestro coche, se usa entre semana como un insumo de la empresa y los fines como insumo familiar; cómo quedamos entonces, es decir, ¿cómo se calificaría ese acto de disposición y con él, la naturaleza del contrato? Pues bien, en una situación así, debemos identificar cuál es la actividad principal y cuál es la actividad residual en la que es utilizado. Si la actividad principal es el uso personal, el contrato es de consumo y a la inversa, entonces no lo será.

La existencia de una actividad residual no variará el fin por el cual nuestro vehículo fue adquirido, ni tampoco vamos a prohibir que si ese coche es comercial, no sea usado en el ámbito familiar.

Ahora y retomando el tema de la regulación europea, hemos de indicar que si bien es cierto, la regulación citada puede ser criticable en algunos aspectos, es la que ha sido adoptada con cierta uniformidad histórica por la Unión Europea en la mayoría de sus instrumentos comunitarios de regulación de la materia de consumo.

Finalmente y a manera de resumen, podemos concluir entonces que *“El concepto de consumidor no es unívoco. Al margen de su significación desde una perspectiva económica, en el plano jurídico la noción ha dependido y depende de la*

III. ELEMENTOS DEL DERECHO DE DESISTIMIENTO

opción que adopte el legislador. En un primer nivel se ha distinguido entre una noción abstracta y otra concreta, y a su vez a esta última se le pueden atribuir varios sentidos. La noción abstracta, propia de los inicios del movimiento consumerista, es la que equipara a los consumidores con los ciudadanos con el fin de atribuir derechos a estos últimos (por ejemplo, el derecho a la información o a la educación). Las distintas nociones concretas son elaboradas por el legislador como consecuencia de la delimitación que las distintas leyes y normas de consumo hacen de su ámbito de aplicación, en función de la protección que pretenden ofrecer: Y así en algún caso el consumidor se equipara al cliente mientras que, más general, se le califica por ser destinatario final de los bienes y servicios que se ofrecen en el mercado”³³⁹.

vii.- Noción de consumidor medio:

Derivado de la jurisprudencia del TJCE sobre seguridad de los consumidores, sobre todo en lo referente al etiquetado de los productos dirigidos al consumo, así como en lo referente a publicidad engañosa, se ha acuñado el concepto de consumidor medio, para referirse al meridiano entendimiento y capacidad intelectual que deben tener los sujetos a los que el mensaje de ofertas vaya dirigido.

Así, en uno de los primeros fallos sobre el punto, el TJCE ante una cuestión prejudicial que le formula el Bundesverwaltungsgericht de Alemania, en un caso sobre etiquetado, en el sentido que:

1. *"Para apreciar, como exige la letra e) del apartado 2 del artículo 10 del Reglamento (CEE) n. 1907/90 (LCEur 1990, 690), si las indicaciones concebidas para fomentar las ventas pueden inducir a error al comprador, ¿debe determinarse cuáles son las expectativas reales del consumidor*

³³⁹ PALACIOS GONZÁLEZ, MARÍA DOLORES. "La incidencia de la noción de consumidor medio en la protección de los consumidores: Protección frente a la publicidad engañosa, la información falsa o engañosa y la falta de información previa a la contratación", *Op. Cit.*, p. 26.

destinatario de tales indicaciones o dicha norma se basa en un concepto objetivo de comprador que requiere una interpretación puramente jurídica?

2. *Para el caso de que haya que basarse en las expectativas reales de los consumidores, se plantean las siguientes cuestiones:*

a. *¿Es decisiva la opinión del consumidor MEDIO perspicaz o la del consumidor poco consciente?*

b. *¿Puede determinarse el porcentaje de consumidores válido para determinar una expectativa del consumidor que sirva de referencia?*

3. *En el caso de que haya que tomar como criterio un concepto objetivo de comprador que requiera una interpretación puramente jurídica, ¿cómo ha de determinarse dicho concepto?*³⁴⁰.

El TJCE, le responde que: *“el Juez nacional debe tomar como referencia la expectativa que con respecto a dicha mención se presume en un consumidor MEDIO, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz. Sin embargo, el Derecho comunitario no se opone a que, si el Juez nacional tropieza con dificultades especiales para evaluar el carácter engañoso de la mención de que se trate, pueda ordenar, en las condiciones previstas por su Derecho nacional, un sondeo de opinión o un dictamen pericial para instruir su decisión”*³⁴¹.

Posteriormente, la misma cámara dijo en un caso referente a publicidad engañosa que: *“Al órgano jurisdiccional nacional le corresponde, en el presente caso, verificar en vista de las circunstancias si, habida cuenta de los consumidores a los que va dirigida, una marca o los elementos que la componen pueden ser confundidos con toda o parte de la designación de determinados vinos. A este respecto, también resulta de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que el órgano jurisdiccional nacional debe tomar en consideración la expectativa que presumiblemente tiene el consumidor MEDIO, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz”*³⁴².

³⁴⁰ STJCE (Sala Quinta), de 16 de julio de 1998. Asunto Gut Sprigenheide GmbH y Rudolf Tusky, contra, Oberkreisdirektor des Kreises Steinfurt Amt für Lebensmittelüberwachung. (TJCE 1998/174).

³⁴¹ *Idem*

³⁴² STJCE (Sala Quinta), de 28 de enero de 1999. Asunto Verbraucherschutzverein Ev, contra, Sektkellerei G. C. Kessler GmbH und Co. (TJCE 1999/16).

III. ELEMENTOS DEL DERECHO DE DESISTIMIENTO

Finalmente, en el llamado caso MARS el TJCE dijo: *“Como el Tribunal de Justicia ha establecido en varias ocasiones respecto a disposiciones análogas a las contenidas en el artículo 2, apartado 1, letra a), de la Directiva LCEur 1979, 44) , que tienen por objeto evitar cualquier engaño del consumidor y se hallan recogidas en diversos actos de Derecho derivado de alcance general o sectorial, incumbe al órgano jurisdiccional nacional verificar el posible carácter engañoso de una denominación, de una marca o de una indicación publicitaria, tomando en consideración la expectativa que presumiblemente tiene el consumidor MEDIO, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz”*³⁴³.

Esta noción posteriormente fue adoptada por diferentes instrumentos europeos, que al menos, tímidamente la reconocen como parte del marco regulador de la figura del consumidor en Europa.

Así, la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior; en su considerando 18 dice: *“Es importante que todos los consumidores estén protegidos de las prácticas comerciales desleales; sin embargo, el Tribunal de Justicia ha considerado necesario, al fallar sobre casos relacionados con la publicidad desde la entrada en vigor de la Directiva 84/450/CEE, estudiar los efectos de dichas prácticas en la figura teórica del consumidor típico. Atendiendo al principio de proporcionalidad, la presente Directiva, con objeto de permitir la aplicación efectiva de las disposiciones de protección que contiene, toma como referencia al consumidor medio, que, según la interpretación que ha hecho de este concepto el Tribunal de Justicia, está normalmente informado y es razonablemente atento y perspicaz, teniendo en cuenta los factores sociales, culturales y lingüísticos, pero incluye además disposiciones encaminadas a impedir la explotación de consumidores cuyas características los hacen especialmente vulnerables a las prácticas comerciales desleales. Cuando una práctica comercial se dirija específicamente a un grupo concreto de consumidores, como los niños, es conveniente que el efecto de la práctica comercial se evalúe desde la perspectiva del miembro*

³⁴³ STJCE (Sala Primera), de 4 de abril de 2000. Asunto Verein gegen Unwesen in Handel und Gewerbe Köln eV, contra, Adolf Darbo AG. (TJCE 2000/70).

medio de ese grupo. Por consiguiente, es adecuado incluir en la lista de prácticas que se consideran desleales en cualquier circunstancia una disposición por la cual, sin prohibir totalmente la publicidad dirigida a los niños, los proteja frente a exhortaciones directas a comprar. La referencia del consumidor medio no es una referencia estadística. Los tribunales y autoridades nacionales deben aplicar su propio criterio, teniendo en cuenta la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, para determinar la reacción típica del consumidor medio en un caso concreto.”

Igualmente, el Reglamento número 1924/2006, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de diciembre de 2006, Relativo a las declaraciones nutricionales y de propiedades saludables en los alimentos; en su considerando 16, dice que: *“Atendiendo al principio de proporcionalidad, el presente Reglamento, con objeto de permitir la aplicación efectiva de las disposiciones de protección que contiene, toma como referencia al consumidor medio, que está normalmente informado y es razonablemente atento y perspicaz, teniendo en cuenta factores sociales, culturales y lingüísticos, según la interpretación que ha hecho de este concepto el Tribunal de Justicia, pero incluye además disposiciones encaminadas a impedir la explotación de consumidores cuyas características los hacen especialmente vulnerables a las declaraciones engañosas.”*

Es así, como *“a partir de lo anterior, se puede afirmar que sobre prácticas comerciales desleales la noción de consumidor medio es fundamental. Esta noción específica de consumidor configura una delimitación al concepto de consumidor, en la cual se exige como presupuesto para la aplicación de la norma de protección que se trate de una persona medianamente informada y atenta en consideración a su entorno social, lo cual no es fácil de determinar y dependerá de las circunstancias del caso específico y del buen criterio del juez o autoridad competente. Lo que sí podemos asumir es que se busca que el consumidor sea responsable en su actitud de consumo,*

*de tal forma que, si se evidencia torpeza o desinformación en su conducta por lógicas razones, pierde el derecho a ser protegido*³⁴⁴.

c.- Regulación Comunitaria:

A nivel comunitario europeo, el desarrollo del Derecho de consumo coincide con el nacimiento propio de la Unión, en donde los temas centrales tienen que ver con las cuestiones políticas del momento, como lo son el funcionamiento gubernativo y jurídico del sistema, así como otros relativos al mercado y la producción. *“En estas circunstancias la entrada del consumidor en escena se produce tangencialmente vía promoción de la libre competencia*³⁴⁵.

³⁴⁴ VILLALBA CUÉLLAR, JUAN CARLOS. “La noción de consumidor en el Derecho comparado y en el Derecho colombiano”, en *Universitas*, número 119, año 2009, p. 318. Documento localizable en <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3130102>, fecha de visita 6 de agosto de 2012.

³⁴⁵ RUIZ MUÑOZ, MIGUEL. “Lección 1: Introducción a la protección jurídica de los consumidores”, *Op. Cit.*, p. 14. Un sector de la doctrina habla de la existencia de tres etapas en el desarrollo del Derecho de consumo en la Unión Europea, *“La primera etapa abarca el período comprendido entre 1957 y 1972 y se caracteriza por centrar todas las finalidades en la creación de un amplio mercado común interior. Para ello, se partió de la premisa de que el consumidor era una clase privilegiada, en el sistema liberal de economía de mercado, que no precisaba una protección específica. Esta convicción, sin embargo, por parte de los legisladores de los Estados miembros resultó errónea debido a que el progreso industrial, al aumentar la importancia de los grupos empresariales, el nivel de sofisticación de sus productos, el desarrollo del crédito y la influencia de la publicidad provocaron un desequilibrio de fuerzas entre los consumidores y los profesionales... La segunda etapa puede concretarse entre los años 1972-1984, en la que se percibió un intento de diseñar la Europa de los ciudadanos. Entre los momentos más significativos que merecen reseñarse en estas fechas, cabe citar la aprobación de la Carta Magna del consumidor, por parte de la Asamblea Consultiva del Consejo de Europa en 1972, que recoge sus derechos, centrados en la protección de la salud y seguridad; en los intereses económicos y sociales; en el derecho de información y en el derecho a la educación y representación en materia de consumo; y la reunión de los Jefes de Estado o de Gobierno celebrada en París durante los días 19 y 20 de octubre de 1972, que acordó invitar a las instituciones de la Comunidad a reforzar y coordinar las acciones en favor de la protección de los consumidores... la tercera fase (1984-2001), caracterizada por ser una etapa muy prolífica legislativamente y activa en la toma de iniciativas. Entre ellas, el 2 de marzo de 1984 el Consejo de Ministros decidió crear un sistema comunitario con el fin de intercambiar informaciones referentes a los peligros derivados de la utilización de productos de consumo.”* En REYES LÓPEZ, MARÍA JOSÉ. *Manual de Derecho privado de consumo*, *Op. Cit.*, p. 58 y ss. En esta última etapa es donde se crea el llamado Plan de Acción Trienal, en el cual se marcaron como objetivos de consecución 4 áreas principales, que hoy en día podemos identificar como los principales derechos de los consumidores, a saber, 1.- Representación de los consumidores, 2.- Información a los consumidores, 3.- Seguridad de los consumidores y 4.- Operaciones comerciales de los consumidores.

Y aunque si bien es cierto, en el Tratado de Roma de 1957 no se hace mención expresa a una política de consumo, si existen ciertas referencias que nos permiten extraer una intención del legislador europeo en ese sentido. *“Así sucede con las menciones a la mejora de las condiciones y del nivel de vida (art. 2); a los fines de la política agrícola común (PAC) referentes al abastecimiento y precios razonables en las entregas a los consumidores (art. 39), a excluir la discriminación entre productores o consumidores de la Comunidad (art. 40); y en la política de la competencia, excepciones a la prohibición de acuerdos entre empresas en beneficio de los consumidores (art. 85), y prohibición de limitar la producción, distribución, etc., en perjuicio de los consumidores (art. 86). La base legitimadora de la CEE para promulgar las disposiciones iniciales en protección de los consumidores ha estado preponderante en el artículo 100 del TCEE”*³⁴⁶ (Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea).

No es sino, hasta la Resolución del Consejo de la Comunidad Económica Europea del 14 de abril de 1975 (LCEur\1975\77) *“Programa preliminar de la Comunidad Económica Europea para una política de protección e información de los consumidores”*, en la que encontramos una referencia directa, en su artículo 3 *“De ahora en adelante, ya no se considerará al consumidor únicamente como un comprador y usuario de bienes y servicios para uso personal, familiar o colectivo, sino como a una persona interesada en los diferentes aspectos de la vida social que, como consumidor, afectarle directa o indirectamente. Los intereses del consumidor pueden agruparse en cinco categorías de derechos fundamentales; a) derecho a la protección de su salud y de su seguridad, b) derecho a la protección de sus intereses económicos, c) derecho a la reparación de los daños, d) derecho a la información y a la educación, e) derecho a la representación (derecho a ser escuchado).”*

Esta definición que llamaremos inicial, fue cambiando conforme ha avanzado el desarrollo del Derecho de consumo y con él, la regulación de los mercados, hasta llegar al concepto *“moderno”* que se tiene hoy día, el cual no escapa a las críticas de

³⁴⁶ RUIZ MUÑOZ, MIGUEL. “Lección 1: Introducción a la protección jurídica de los consumidores”, *Op. Cit.*, p. 15.

III. ELEMENTOS DEL DERECHO DE DESISTIMIENTO

algunos que consideran que es producto de una ideología liberal y por ello, peca de quedar corta en su ámbito de protección.

Así, la primer manifestación moderna lo encontramos en el artículo 5.1 del Convenio de Roma de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales; que indica: *“Contratos celebrados por los consumidores: 1. El presente artículo se aplicará a los contratos que tengan por objeto el suministro de bienes muebles corporales o de servicios a una persona, el consumidor, para un uso que pueda ser considerado como ajeno a su actividad profesional, así como a los contratos destinados a la financiación de tales suministros.*

Igualmente, en el Acta Única Europea de 17 de febrero de 1986, en el artículo 18 que reforma el artículo 100 A.3 del TCEE, se dice que: *“The EEC Treaty shall be supplemented by the following provisions:...3. The Commission, in its proposals envisaged in paragraph 1 concerning health, safety, environmental protection and consumer protection, will take as a base a high level of protection”*³⁴⁷.

Ya en la Directiva 1987/102/CEE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 diciembre de 1987, relativa a la aproximación de las disposiciones legales reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de crédito al consumo; encontramos una referencia directa en el artículo 1.2.a, el cual nos dice que es *“«consumidor»: la persona física que, en las operaciones reguladas por la presente Directiva, actúa con fines que puedan considerarse al margen de su oficio o profesión”*. Como vemos, ya se introduce el concepto de persona física y de objeto contractual ajeno a la actividad profesional.

Concepto que extrañamente no se repite en la Directiva 90/314/CEE del Consejo, de 13 de junio de 1990, relativa a los viajes combinados, las vacaciones combinadas y los circuitos combinados; en su artículo 2.4, se define al consumidor así *“A efectos de la presente Directiva se entenderá por...4) Consumidor: la persona que compra o se compromete a comprar el viaje combinado (« el contratante principal »), la persona en*

³⁴⁷ Traducción: *“El Tratado CEE será completado con las siguientes disposiciones:...3.- La Comisión, en sus propuestas previstas en el apartado 1, relativo a la salud, seguridad, protección del medio ambiente y la protección de los consumidores, se basará en un alto nivel de protección.”*

nombre de la cual el contratante principal se compromete a comprar el viaje combinado (« los demás beneficiarios ») o la persona a la cual el contratante principal u otro beneficiario cede el viaje combinado (« cesionario »).

En el Tratado de Maastricht de 1992, si bien es cierto, no se da una definición certera de la figura, en el artículo 3.s y en el título XI, artículo 129.A, se plantea toda una política de protección a los consumidores. Para ello, en el artículo 3.s, se dice que: *“Para alcanzar los fines enunciados en el artículo 2, la acción de la Comunidad implicará, en las condiciones y según el ritmo previstos en el presente Tratado:... s) una contribución al fortalecimiento de la protección de los consumidores.”* Y en el artículo 129.A, se dice que: *“1. La Comunidad contribuirá a que se alcance un alto nivel de protección de los consumidores mediante: a) medidas que adopte en virtud del artículo 100 A en el marco de la realización del mercado interior; b) acciones concretas que apoyen y complementen la política llevada a cabo por los Estados miembros a fin de proteger la salud, la seguridad y los intereses económicos de los consumidores, y de garantizarles una información adecuada. 2. El Consejo, con arreglo al procedimiento previsto en el artículo 189 B y previa consulta al Comité Económico y Social, adoptará las acciones concretas mencionadas en la letra b) del apartado 1. 3. Las acciones que se adopten en virtud del apartado 2 no obstarán para que cada uno de los Estados miembros mantenga y adopte medidas de mayor protección. Dichas medidas deberán ser compatibles con el presente Tratado. Se notificarán a la Comisión.”*

En la Directiva 93/13/CEE del 5 de abril de 1993, relativa a las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores; se retoman las ideas tratadas en la Directiva 90/314/CEE y en su artículo 2 b) se define al consumidor como *“toda persona física que, en los contratos regulados por la presente directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional”*.

Posteriormente en la Directiva 1997/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 1997, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia; se moldea aún más el concepto dándole matices que serán mantenidos hasta la fecha, como lo son la necesidad de una ajenidad de uso del bien respecto a la actividad profesional ejercida por quien lo compre. Así, en el artículo 2.2

III. ELEMENTOS DEL DERECHO DE DESISTIMIENTO

se define al consumidor como *“toda persona física que, en los contratos contemplados en la presente Directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional.”*

En la Directiva 98/6/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de febrero de 1998 relativa a la protección de los consumidores en materia de indicación de los precios de los productos ofrecidos a los consumidores; se le define como *“cualquier persona física que compre un producto con fines ajenos a su actividad comercial o profesional”*.

En la Directiva 99/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999; sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo, el artículo 2.a, se retoma el tema con los mismos postulados limitativos de la actividad del sujeto y se nos dice que consumidor es *“toda persona física que, en los contratos a que se refiere la presente Directiva, actúa con fines que no entran en el marco de su actividad profesional”*.

En la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 8 de junio de 2000, sobre determinados aspectos jurídicos del comercio electrónico en el mercado interior, llamada *“Directiva sobre el comercio electrónico”*; en el artículo 2.e, se define al consumidor como *“cualquier persona física que actúa con un propósito ajeno a su actividad económica, negocio o profesión”*. Aquí, como vemos el concepto de actividad profesional se amplía también a negocio o actividad económica, con lo que se hace aún más restrictivo. Forma que se mantendrá hasta hoy en día.

En la Directiva 2002/65/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores; en su artículo 2.d, se le define así: *“A efectos de la presente Directiva, se entenderá por:...d) «consumidor»: toda persona física que, en los contratos a distancia, actúe con un propósito ajeno a su actividad comercial o profesional”*.

En la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior; en su artículo 2 a), define al

consumidor como *“cualquier persona física que, en las prácticas comerciales contempladas por la presente Directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad económica, negocio, oficio o profesión”*³⁴⁸.

Y en la nueva Directiva 2011/83/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011 sobre los derechos de los consumidores; se le define en el artículo 2.1 como: *“toda persona física que, en contratos regulados por la presente Directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresa, oficio o profesión”*.

Finalmente, en el campo procesal europeo, tenemos que la primera mención que se hace acerca del concepto de consumidor se realiza en el Convenio de Bruselas de 1968 relativo a la competencia judicial y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil³⁴⁹, el cual en su artículo 13, en lo que interesa, decía: *“En materia de contratos celebrados por una persona para un uso que pudiere considerarse ajeno a su actividad profesional, en lo sucesivo denominada «el consumidor», la competencia quedará determinada por la presente Sección...”*.

³⁴⁸ Hemos de indicar que siguiendo nuestro análisis cronológico debiésemos ubicar a continuación al Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, de 1 de diciembre de 2009 (Nueva denominación del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa «Tratado DOUE C306/1, de 17 de diciembre de 2007, por el que se modifican en Tratado de la Unión Europea y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea»), sin embargo, lo cierto del caso es que vamos a omitirle, por cuanto, entre sus postulados no otorga ninguna definición concreta del concepto de consumidor, sino que se detiene en indicar las políticas que la Unión debe seguir, para ello, en su artículo 12 y 169, transcribe los principios del antiguo artículos 153 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea. Veamos:

- *“Artículo 12 (antiguo artículo 153, apartado 2, TCE): Al definirse y ejecutarse otras políticas y acciones de la Unión se tendrán en cuenta las exigencias de la protección de los consumidores.*
- *Artículo 169 (antiguo artículo 153 TCE):*
 1. *Para promover los intereses de los consumidores y garantizarles un alto nivel de protección, la Unión contribuirá a proteger la salud, la seguridad y los intereses económicos de los consumidores, así como a promover su derecho a la información, a la educación y a organizarse para salvaguardar sus intereses.*
 2. *La Unión contribuirá a que se alcancen los objetivos a que se refiere el apartado 1 mediante:*
 - a) *medidas que adopte en virtud del artículo 114 en el marco de la realización del mercado interior;*
 - b) *medidas que apoyen, complementen y supervisen la política llevada a cabo por los Estados miembros.*
 3. *El Parlamento Europeo y el Consejo, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario y previa consulta al Comité Económico y Social, adoptarán las medidas mencionadas en la letra b) del apartado 2.*
 4. *Las medidas que se adopten en virtud del apartado 3 no obstarán para que cada uno de los Estados miembros mantenga y adopte medidas de mayor protección. Dichas medidas deberán ser compatibles con los Tratados. Se notificarán a la Comisión.”*

³⁴⁹ Actualmente derogado y sustituido por el Reglamento 44/2001/CE.

III. ELEMENTOS DEL DERECHO DE DESISTIMIENTO

Posteriormente, en el Reglamento 593/2008/CE (Roma I, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales), en la parte relativa al régimen especial previsto para los contratos de consumo, en su numeral 6, indica que será contrato de consumo, *“el contrato celebrado por una persona física para un uso que pueda considerarse ajeno a su actividad comercial o profesional (“el consumidor”) con otra persona (“el profesional”) que actúe en ejercicio de su actividad comercial o profesional”*³⁵⁰.

Esta definición resulta coincidente con el sistema especial previsto por el Reglamento 44/2001/CE (Bruselas I, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil), el cual dice que *“En materia de contratos celebrados por una persona, el consumidor, para un uso que pudiere considerarse ajeno a su actividad profesional, la competencia quedará determinada por la presente sección”*.

Así, en resumen, el concepto de consumidor en Europa es producto de un desarrollo histórico normativo que ha ido evolucionando conforme avanza el derecho comunitario de consumo. Sin embargo, llama la atención de cómo en todos los instrumentos europeos que hemos analizado se pone especial acento a la naturaleza del sujeto que suscribe el contrato, en su actividad y en la finalidad dispositiva del objeto del acuerdo.

En cuanto a la naturaleza del sujeto, debemos entender que se refiere únicamente a personas físicas, nunca a personas jurídicas. Además, sobre el concepto

³⁵⁰ Sin embargo el considerando 13 de la propia Directiva advierte que a partir de su transposición, los Estados miembros podrían ampliar el concepto de consumidor conforme sus necesidades propias: *“La aplicación de las disposiciones de esta Directiva a aspectos no incluidos en su ámbito de aplicación ha de seguir siendo competencia de los Estados miembros, con arreglo al Derecho de la Unión. De este modo, un Estado miembro podrá mantener o introducir normas de Derecho interno que correspondan a las disposiciones de la presente Directiva o a algunas de las disposiciones de la misma respecto de contratos que queden fuera del ámbito de aplicación de la presente Directiva. Por ejemplo, los Estados miembros podrán decidir extender la aplicación de lo dispuesto en la presente Directiva a las personas jurídicas o físicas que no sean «consumidores» en el sentido de la presente Directiva, como organizaciones no gubernamentales, empresas de reciente creación o pequeñas y medianas empresas.”* Igualmente, el considerando 17 amplía: *“La definición de consumidor debe incluir a las personas físicas que actúan fuera de su actividad comercial, empresa, oficio o profesión. No obstante, en el caso de los contratos con doble finalidad, si el contrato se celebra con un objeto en parte relacionado y en parte no relacionado con la actividad comercial de la persona y el objeto comercial es tan limitado que no predomina en el contexto general del contrato, dicha persona deberá ser considerada como consumidor.”*

de profesionalidad, para ser considerado consumidor final³⁵¹, es decir, el contrato debe haber sido realizado por el sujeto en un ámbito personal o familiar, es decir, para un uso ajeno a su ejercicio profesional³⁵².

Igualmente, aquellos bienes o servicios adquiridos dentro de la esfera de una actividad empresarial, quedan excluidos del fuero de competencia especial, por el contrario aquellos acuerdos cuyo objeto no esté dentro de esa actividad, sí estarán incluidos³⁵³.

d.- Regulación en España:

En España, el régimen de protección de los consumidores parte del artículo 51 de la CE. Esta norma es el resultado de un proceso de análisis académico, jurídico y económico, que culminó con la enmienda del artículo 47 del entonces proyecto de CE.

³⁵¹ Sobre el punto el TJCE dijo: *“que una interpretación restrictiva... conduce a que el privilegio jurisdiccional antes indicado no se reserve más que a los compradores que necesiten protección, ya que su posición económica se caracteriza por su debilidad frente a los vendedores, por ser aquéllos consumidores finales de carácter privado que no intervienen, mediante la compra del producto adquirido a plazos, en actividades comerciales o profesionales”*. En STJCE, de 21 de junio de 1978. Asunto Bertrand contra Paul Ott KG. (Asunto 150/77). Posición reiterada en los las siguientes sentencias: STJCE (Pleno), de 19 de enero de 1993. Asunto Shearson Lehman Hutton Inc. contra TVB Treuhandgesellschaft für Vermögensverwaltung und Beteiligung. (TJCE 1993/7). STJCE (Sala Sexta), de 11 de julio de 2002. Asunto Penal contra Rudolf Gabriel. (TJCE 2002/228). STJCE (Sala Segunda), de 20 de enero de 2005. Asunto Johann Gruber contra Bay Wa AG. (TJCE 2005\24). Y, STJCE (Sala Segunda), de 20 de enero de 2005. Asunto Petra Engler contra Janus Versand GmbH. (TJCE 2005/23).

³⁵² Así reiterado además por el TJCE que dijo: *“Por consiguiente, procede responder a la primera cuestión que el comerciante que recibe una visita a domicilio con el fin de celebrar un contrato de publicidad relativo a la venta de su fondo de comercio no debe ser considerado como un consumidor protegido por la Directiva 85/577 (LCEur 1985\1350).”* En STJCE (Sala Primera), de 14 de marzo de 1991. Asunto Penal contra Patrice di Pinto. (TJCE 1991/155). Posición que se reitera en la STJCE (Sala Sexta), de 3 de julio de 1997. Asunto Francesco Benincasa contra Dentalkit Srl. (TJCE 1997/142).

³⁵³ Posición reiterada por el TJCE que dijo: *“Para dilucidar si un contrato de fianza en garantía de la ejecución de un contrato de crédito por parte del deudor principal puede estar comprendido en el ámbito de aplicación de la Directiva 85/577 (LCEur 1985. 1350) , debe recordarse que, salvo las excepciones enumeradas en el apartado 2 del artículo 3, la Directiva no limita su ámbito de aplicación en función de la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato, siempre que tales bienes o servicios estén destinados al consumo privado”*. En STJCE (Sala Quinta), de 17 de marzo de 1998. Asunto Bayerische Hypotheken und Wechselbank AG contra Edgar Dietzinger. (TJCE 1998/52).

III. ELEMENTOS DEL DERECHO DE DESISTIMIENTO

Esta enmienda fue inspirada en la Resolución del Consejo de la CEE de 14 de abril de 1975³⁵⁴, por esto es que encontramos cierta semejanza entre ambas, sobre todo en cuanto impone el reconocimiento de la figura como derecho fundamental (noción de consumidor en sentido abstracto), así como una categorización de los derechos que le acompañan y por último, la obligación estatal de promoción y protección³⁵⁵. *“El alcance real del precepto nos lo da la ubicación del mismo en el texto constitucional dentro de los «los principios rectores de la política social y económica». Según lo establecido por la propia Constitución en su artículo 53.3, dichos principios «informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos»”*³⁵⁶.

Por lo anterior, es que se puede afirmar que el artículo 51 CE, impone una categorización de derechos que se pueden catalogar como los derechos fundamentales del Derecho de consumo español, a saber, el derecho a la seguridad de los consumidores, a su salud y a la tutela de sus intereses económicos. Así como aquellos que BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, llama *“los derechos instrumentales”*, que son los que su fin es el de lograr la tutela efectiva de los fundamentales, entre ellos encontramos, a la educación, la representación y la participación³⁵⁷. Todos ampliables a través de leyes especiales, como normas programáticas que son. Y así lo ha sostenido el Tribunal Supremo³⁵⁸.

³⁵⁴ Resolución que era parte del Plan de Acción Trienal elaborado por la Comisión de la Comunidad Europea, el cual veremos posteriormente.

³⁵⁵ *“Programa preliminar de la Comunidad Económica Europea para una política de protección e información de los consumidores”*. Aunque autores como RUIZ MUÑOZ, igualmente sostienen que la CE, de alguna manera toma el ejemplo de tutela a los consumidores de la Constitución Portuguesa de 1976. A mayor abundamiento ver: RUIZ MUÑOZ, MIGUEL. *“Lección 1: Introducción a la protección jurídica de los consumidores”*, Op. Cit., p. 10.

³⁵⁶ RUIZ MUÑOZ, MIGUEL. *“Lección 1: Introducción a la protección jurídica de los consumidores”*, Op. Cit., p. 11.

³⁵⁷ A mayor abundamiento ver: BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, ALBERTO. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, RODRIGO. *Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores*, Op. Cit., p. 25 y ss. Aunque tampoco podemos obviar otros derechos fundamentales de igual jerarquía que los expuestos, como lo son el respeto al principio de libertad de empresa (art. 38 y 128 C.E.), respeto al derecho de propiedad (art. 33.1 C.E.), derecho a elegir libremente una profesión (art. 35.1 C.E.) y obviamente derivado del mismo artículo 51, el principio pro consumidor.

³⁵⁸ STS (Sala de lo Civil). número 977/1995 de 13 noviembre, ponente Excmo Sr. José Almagro Nosete (RJ\1995\8601): *“Debe, finalmente rechazarse el séptimo y último motivo, planteado bajo el ordinal 4.º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción del artículo 5.º de la Ley Orgánica del Poder Judicial (RCL 1985\1578, 2635 y ApNDL 8375), y 51.1 de la Constitución Española (RCL 1978\2836 y ApNDL 2875) puesto que no cabe desbordar el contenido del precepto constitucional que justamente*

Finalmente, el cuadro se complementa con un único principio informador de todo el sistema, que es el principio de defensa de los consumidores, cuyo contenido está intrínseco en el de Estado Social de Derecho.

Resulta de interés mencionar que la denominación de “*consumidor o usuario*” normativamente se utiliza por primera vez en la norma constitucional, terminología que posteriormente es retomada por la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios³⁵⁹, la cual en su artículo 1.2 indicaba que: “2. A los efectos de esta Ley, son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales, bienes muebles o inmuebles, productos, servicios, actividades o funciones, cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva de quienes los producen, facilitan, suministran o expiden.”

Conceptualización posteriormente repetida en el TRLDGCU, pero con una redacción más concreta y dejando menor posibilidad de dudas y lagunas como las que dejaba la norma derogada. El nuevo artículo 3 nos dice, que serán consumidores y usuarios: “*las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional*”³⁶⁰.

Tal y como lo explica la exposición de motivos del TRLDGCU, con esta definición, “*el concepto de consumidor y usuario se adapta a la terminología comunitaria, pero respeta las peculiaridades de nuestro ordenamiento jurídico en relación con las «personas jurídicas»*”³⁶¹. Así, “*el legislador, en esta más amplia definición, no alude al*

encuentra su desarrollo normativo en la Ley 26/1984, cuyos preceptos han sido escrupulosamente respetados y observados en su aplicación al presente caso concreto.”

³⁵⁹ Ley 26/1984, de 19 de julio.

³⁶⁰ Redacción que fue tomada de la Ley 7/1995, de 23 de marzo, de Crédito al consumo (Vigente hasta el 25 de septiembre de 2011, derogada por la Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo), la cual en su artículo 1.2, indicaba que: “A los efectos de esta Ley se entenderá por consumidor a la persona física que, en las relaciones contractuales que en ella se regulan, actúa con un propósito ajeno a su actividad empresarial o profesional”, con lo que se tomaba como referencial el concepto de propósito ajeno a la actividad empresarial o profesional.

³⁶¹ Exposición de motivos III. Sobre el punto, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, agrega: “Los redactores del Texto Refundido han optado por recoger en el mismo esta definición del consumidor propia del Derecho comunitario, puesto que la misma responde mejor a una transposición de las Directivas en cuestión respetuosa con aquél. Ello permite justificar semejante cambio sin incurrir por ello en un supuesto de ultra vires, de acuerdo con la disposición final 5ª de la Ley 44/2006 que es la norma de habilitación al Gobierno para elaborar el Texto Refundido.” En, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, RODRIGO. “Comentario al artículo 3: Concepto general de consumidor y usuario”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, RODRIGO (COORD.).

III. ELEMENTOS DEL DERECHO DE DESISTIMIENTO

«destinatario final», como lo hacía en la Ley 26/1984, más esta omisión no debe ser interpretada en el sentido de que se ha querido excluir de la noción de consumidor y, por lo tanto, de la protección de la Ley, al que lo sea, es decir, a quien destina el bien o servicio adquirido a un uso privado (personal, familiar o doméstico). Por el contrario, la noción legal comprende a las personas físicas o jurídicas que sean destinatarias finales de los bienes y servicios, y además a las que, aunque no lo sean, actúen en un ámbito ajeno a una actividad como empresario o profesional”³⁶².

Sin embargo, “Conviene puntualizar que esta definición del consumidor como quien actúa al margen de su profesión no debería suponer un cambio sustancial frente a la definición del consumidor como destinatario final en el sentido que hemos visto. Ambas deberían conducir a un mismo resultado, es decir, ambas deberían servir para delimitar básicamente el mismo colectivo social”³⁶³.

Es claro que lo que se pretendió fue “delimitar la normativa de consumo a las relaciones que surgen en el mercado entre consumidor y empresario, porque se parte de la premisa de que el consumidor es el sujeto más desfavorecido de la relación. A ello responde precisamente su art. 2, que limita su aplicación a las relaciones entre consumidores o usuarios y empresarios”³⁶⁴.

Cuando comparamos esta norma con sus homólogas a nivel comunitario, podemos extraer ciertas conclusiones importantes. En primer lugar, el legislador español, al contrario del comunitario, en principio, si incluyó como consumidores a las personas jurídicas, aunque acorde con la última frase impone el requisito de la profesionalidad como criterio de exclusión del régimen, es decir, serán catalogadas

Comentario del texto refundido de la ley general para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007), Editorial Aranzadi, Navarra, 2009, p.89.

³⁶² GARCÍA GIL, F. JAVIER. *Suma de la protección y defensa de los derechos de los consumidores*, Op. Cit., p. 27.

³⁶³ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, RODRIGO. “Comentario al artículo 3: Concepto general de consumidor y usuario”, Op. Cit., p.90.

³⁶⁴ REYES LÓPEZ, MARÍA JOSÉ. *Manual de Derecho privado de consumo*, Op. Cit., p. 90. En sentido similar SAINZ-CANTERO CAPARRÓS: “En un intento por sintetizar las múltiples medidas que incorpora, se puede decir que la reforma viene a proteger al consumidor fundamentalmente en dos aspectos: En su derecho a desistir del contrato y en los costes que el empresario puede repercutir en el precio final del servicio o bien que proporciona al consumidor.” En SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, MARÍA BELÉN. “El desistimiento *ad nutum* en los contratos con consumidores tras la Ley 44/2006 y el Texto Refundido 1/2007 de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias”, en Actualidad Civil, número 9, de mayo de 2008, Madrid, p. 862.

como consumidores aquellas personas jurídicas que actúen únicamente en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional, es decir, aquellas que actúen sin ánimo de lucro, como por ejemplo, las asociaciones, fundaciones, uniones, etc. Esto a pesar de que “el artículo 67.2., a la hora de determinar los puntos de conexión para la aplicación de las normas de protección en materia de contratos a distancia y de garantías, permite equiparar al consumidor con el ciudadano de un estado miembro de la Unión Europea, que obviamente tiene que ser una persona física”³⁶⁵, excluyendo a las jurídicas³⁶⁶.

En segundo lugar, al igual que hace la normativa comunitaria, en la normativa española también se excluye a las PYME'S como objeto de tutela tal en contratos de consumo, aunque con una justificación diferente. A nivel Europeo, se les excluye en un doble sentido, primero, por su calidad de ser personas jurídicas y segundo, porque los contratos que realizarías estarían integrados en su actividad comercial. En España, al admitirse a las personas jurídicas como consumidores, únicamente estarían excluidas por el elemento de la profesionalidad y el ánimo de lucro.

³⁶⁵ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, RODRIGO. “Comentario al artículo 3: Concepto general de consumidor y usuario”, *Op. Cit.*, p.90.

³⁶⁵ REYES LÓPEZ, MARÍA JOSÉ. *Manual de Derecho privado de consumo*, *Op. Cit.*, p. 92.

³⁶⁶ CÁMARA LAPUENTE, critica la norma en tanto con esa delimitación de personas físicas y jurídicas, deja por fuera a una serie de figuras que por su naturaleza podrían actuar como consumidores, en concreto indica: “El art. 3 TR-LGDCU menciona como posibles consumidores a las «personas físicas o jurídicas». Además de actuar conforme al parámetro del artículo, para recibir la calificación de consumidor, esa actuación debe constituir una relación jurídica con un empresario (definido en el art. 4), por imperativo del art. 2 TR-LGDCU. La mención sólo de personas físicas o jurídicas deja en la sombra ciertas entidades sin personalidad jurídica que actúan en el tráfico frecuentemente como consumidores, fuera del ámbito de una actividad profesional, y que vienen siendo protegidas como tales por la jurisprudencia: así sucede con ciertas colectividades de personas y comunidades de bienes, como por ejemplo las comunidades hereditarias o, muy especialmente, las comunidades de propietarios en régimen de propiedad horizontal (en los últimos años, con abundantes sentencias en su favor en la declaración como abusivas de determinadas cláusulas sobre duración de los contratos de mantenimiento de ascensores, cláusulas penales relacionadas y cláusulas de sumisión expresa a fuero)⁴⁴. Parece juicioso interpretar que su protección como consumidores debe mantenerse con el art. 3 TR-LGDCU lo mismo que ocurría con el art. 1 LGDCU por interpretación jurisprudencial; esto cuenta con el refrendo procesal del art. 6.1.5º LEC (y cfr. art. 6.1.7º sobre grupos de consumidores) y con la consideración última del presidente o representante de estas entidades sin personalidad jurídica (art. 7.1.6º LEC) como persona física. En definitiva, por su habitualidad, no es baladí la referencia a tales entidades en la definición de consumidor que realizan las Leyes de Andalucía (art. 3.b Ley 13/2003) y Aragón (art. 3.1 y 3.2.b Ley 16/2006), en ambos casos, con la formulación acaso demasiado restringida de «entidades asociativas sin personalidad jurídica sin ánimo de lucro».” En CÁMARA LAPUENTE, SERGIO. “El concepto legal de «consumidor» en el Derecho privado europeo y en el Derecho español: Aspectos controvertidos o no resueltos”, en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Volumen 3, Número 1, Marzo 2011, p. 97. Documento localizable en <http://kusan.uc3m.es/CIAN/index.php/CDT/article/viewFile/1150/549>, fecha de visita: 6 de agosto de 2012.

III. ELEMENTOS DEL DERECHO DE DESISTIMIENTO

Por último y como tercer punto de interés, podemos concluir también que la normativa española también excluye de su foro especial de protección a los contratos que se realicen entre consumidores, es decir, los contratos C2C que también se excluyen en la normativa Europea. Ello porque la propia definición del artículo 2 del TRLGDCU, indica que la normativa de excepción “*será de aplicación a las relaciones entre consumidores o usuarios y empresarios*”, dejando por fuera cualquier otra posible ecuación o combinación de sujetos³⁶⁷.

e.- Derechos del consumidor:

Ya sabemos que el derecho de consumo es una construcción de desarrollo histórico, es decir, es el producto de la experiencia recogida durante muchos años de desarrollo normativo sobre el tema. Y aún se encuentra en formación.

Por ello, es que para tratar el tema de los derechos reconocidos al consumidor, necesariamente debemos hacer un recorrido por los principales instrumentos que han tenido relevancia en su desarrollo.

Así, tomamos como punto de partido el Plan de Acción Trienal elaborado por la Comisión de la Comunidad Europea³⁶⁸, el cual en sus dos últimas etapas desarrolló el

³⁶⁷ El desarrollo histórico normativo del concepto de consumidor en España, se resume medianamente en la SAP Madrid (Sección 21), número 185/2010, de 27 de abril, ponente Ilmo. Sr. D. Ramón Belo González. (JUR 2010/232470).

³⁶⁸ “La Comisión de la Comunidad Europea sienta las bases para una política de consumo en la primavera de 1973, con la creación de un servicio especializado, la puesta en marcha de un Comité Consultivo de los Consumidores (CCC) y la elaboración de un Programa de Acción para una protección más eficaz de los consumidores. PLANES DE ACTUACION: Las fechas más importantes, que fijan la actuación y obligaciones que se impone la Comisión en materia de consumo son:

1975: Programa Preliminar de la Comunidad Europea para una política de protección e información a los consumidores. En el que se fijan los derechos básicos de los consumidores y usuarios. Derecho a la protección de su salud y seguridad, de sus intereses económicos, a la indemnización por perjuicios, a la información y a la educación y a la representación.

1981: Segundo Programa de la Comunidad Europea para una política de protección e información a los consumidores. Pone énfasis en la protección de los consumidores en el tema de la calidad de los productos y servicios, los precios, el desarrollo de la representación y de la consulta y el diálogo entre productores y consumidores.

1985: Nuevo impulso de la política de protección e información a los consumidores en la Comunidad. Concede mucha importancia a que la Comunidad Europea debe garantizar, entre otras cuestiones, a los

que podemos identificar como punto de partida del tema, identificando una serie de valores jurídicos a los cuales les otorga esa categoría de derecho básico del consumidor, entre ellos tenemos: el derecho de representación, el derecho de información, el derecho a la seguridad y el derecho a la tutela de las operaciones comerciales de los consumidores.

Estos principios, posteriormente fueron desarrollados por la legislación europea, para ser posteriormente incorporados al sistema español, en primera instancia a través del artículo 2 de la LGDCU³⁶⁹ y posteriormente retomado, a través del artículo 8 del TRLDGCU³⁷⁰.

consumidores que los productos que circulan en su seno no causan problemas para su salud y su seguridad, en condiciones normales y previsibles de uso.

1990: Plan trienal de acción para una política de protección e información a los consumidores en la Comunidad. En este plan se contemplan acciones para que el consumidor pueda dejar escuchar mejor su voz (se amplía el papel del CCC), pone en marcha servicios de información transfronteriza y potencia los análisis comparativos y plantea la necesidad de garantizar la seguridad de los productos y la responsabilidad de los productores.

1993: Plan de acción 1993-1997, para la política de protección e información a los consumidores en la Comunidad. Cuyas prioridades se centran en integrar la política de consumo en otras políticas comunitarias, la información y formación de los consumidores, el acceso a la justicia, la salud y la seguridad, la representación de los consumidores y la defensa de sus intereses económicos.” Tomado de: <http://www.infoconsumo.es/legis/06Organismos/FC.htm>, fecha de visita: 1 de diciembre de 2011.

³⁶⁹ Reformado por la disposición adicional primera de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación y cuya literalidad final indicaba: “Artículo Segundo.

1. Son derechos básicos de los consumidores y usuarios:

- a. La protección contra los riesgos que puedan afectar su salud o seguridad.
- b. La protección de sus legítimos intereses económicos y sociales; en particular, frente a la inclusión de cláusulas abusivas en los contratos.
- c. La indemnización o reparación de los daños y perjuicios sufridos.
- d. La información correcta sobre los diferentes productos o servicios y la educación y divulgación, para facilitar el conocimiento sobre su adecuado uso, consumo o disfrute.
- e. La audiencia en consulta, la participación en el procedimiento de elaboración de las disposiciones generales que les afectan directamente y la representación de sus intereses, todo ello a través de las asociaciones, agrupaciones o confederaciones de consumidores y usuarios legalmente constituidas.
- f. La protección jurídica, administrativa y técnica en las situaciones de inferioridad, subordinación o indefensión.

2. Los derechos de los consumidores y usuarios serán protegidos prioritariamente cuando guarden relación directa con productos o servicios de uso o consumo común, ordinario y generalizado.

3. La renuncia previa de los derechos que esta Ley reconoce a los consumidores y usuarios en la adquisición y utilización de bienes o servicios es nula.

Asimismo son nulos los actos realizados en fraude de esta Ley, de conformidad con el artículo 6 del Código Civil.”

³⁷⁰ “Artículo 8. Derechos básicos de los consumidores y usuarios. Son derechos básicos de los consumidores y usuarios:

- a. La protección contra los riesgos que puedan afectar su salud o seguridad.
- b. La protección de sus legítimos intereses económicos y sociales; en particular frente a las prácticas comerciales desleales y la inclusión de cláusulas abusivas en los contratos.

III. ELEMENTOS DEL DERECHO DE DESISTIMIENTO

En esta norma se impone una serie de derechos de los consumidores, los cuales no solo son reflejo de la normativa comunitaria, sino que amplían el sistema de protección del artículo 51 CE. Veamos cada uno de ellos:

i.- Derecho a la protección contra los riesgos que afecten a la salud o seguridad de los consumidores:

Regulado en los artículos 41 CE y 11 y ss del TRLDGCU; este derecho está enfocado a la protección del derecho a la salud o seguridad de los consumidores, ha sido desarrollado sobre todo, en temas de carácter sanitario referentes a bienes de uso alimentario (composición, control y funcionamiento de los mismos).

Y aunque son todas situaciones de derecho público, tienen aplicación directa a relaciones de derecho privado, en virtud del mandato constitucional de defensa a los consumidores y por el carácter transversal del Derecho de consumo.

A través de este derecho del consumidor, se impone la obligación al Estado de velar por la salud de sus administrados, ejerciendo un control sanitario en todos aquellos bienes y servicios ofrecidos al consumo. Con ello, se pretende evitar que por situaciones de deficiente calidad, los servicios y/o objetos puedan ser perjudiciales para la salud, individual o colectiva. GARCÍA CANTERO, apoyándose en BERCOVITZ Y SALAS, le encuentra justificación a la norma y a la vez, la critica: *“A primera vista pudieron parecer estos riesgos como los más graves o importantes de los que, a principios de los años Ochenta (recordemos el temor suscitado en nuestra sociedad por el suceso*

-
- c. *La indemnización de los daños y la reparación de los perjuicios sufridos.*
 - d. *La información correcta sobre los diferentes bienes o servicios y la educación y divulgación para facilitar el conocimiento sobre su adecuado uso, consumo o disfrute.*
 - e. *La audiencia en consulta, la participación en el procedimiento de elaboración de las disposiciones generales que les afectan directamente y la representación de sus intereses, a través de las asociaciones, agrupaciones, federaciones o confederaciones de consumidores y usuarios legalmente constituidas.*
 - f. *La protección de sus derechos mediante procedimientos eficaces, en especial ante situaciones de inferioridad, subordinación e indefensión.”*

conocido como envenenamiento o intoxicación del aceite de colza desnaturalizado, hecho que ha llegado a calificarse de auténtica catástrofe nacional [R. BERCOVITZ/SALAS HERNÁNDEZ, prólogo a Comentarios a la LGDCU, p. 9]], amenazaban por entonces a la mayoría de la población española, pero hoy, afortunadamente, hace años que han dejado de serlo; más tarde llegó a nuestro país el llamado mal de las vacas locas, en realidad con escasa incidencia en la península y, últimamente, nos ha alcanzado, también con mínima intensidad, la toxicidad de los productos lácteos provenientes de China; pero hecho el balance de todos ellos, y una vez corregidos sus efectos, cabe decir que los riesgos a la salud no figuran hoy -véanse las estadísticas recientes de opinión, como percepción de los encuestados- entre las preocupaciones principales de los ciudadanos españoles al final de la primera década del siglo XXI”³⁷¹.

A mi criterio personal, si bien es cierto pareciera que no estamos expuestos a una pandemia provocada por los productos en el mercado, si me parece obvio que el Estado debe mantener una actitud vigilante para evitar que circulen productos que puedan ser perjudiciales para la salud o seguridad de los consumidores.

La normativa indica que *“los bienes o servicios puestos en el mercado deben ser seguros”*³⁷² y para ello, dice que *“se consideran seguros los bienes o servicios que, en condiciones de uso normales o razonablemente previsibles, incluida su duración, no presenten riesgo alguno para la salud o seguridad de las personas, o únicamente los*

³⁷¹ GARCÍA CANTERO, GABRIEL. “Comentario al Artículo 8. Derechos básicos de los consumidores y usuarios”, en CÁMARA LAPUENTE, SERGIO (DIR.). *Comentarios a las normas de protección de los consumidores. Texto refundido (RDL 1/2007) y otras leyes y reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea*, Colex S.A., Madrid, 2011, p. 208. Sobre el punto, PEÑA LÓPEZ agrega que: *“Respecto del principio de protección de la salud y seguridad, cuyo fin fundamental (una vez desgajada del mismo la vertiente resarcitoria, con el objeto de darle algún sentido al principio de indemnización y reparación de daños y perjuicios) es el de evitar que puedan llegar a los mercados bienes y servicios inseguros o que pongan en riesgo la salud de los consumidores y usuarios. Se trata obviamente de un objetivo de la actividad de los poderes públicos que, como ya destacaba A. BERCOVITZ en 1987, existía desde mucho antes de que se empezase a hablar de Derecho de consumo y, a buen seguro, seguiría existiendo aunque el Derecho de consumo nunca hubiese llegado a constituirse. Sin embargo, desde la aparición de este nuevo sector del ordenamiento jurídico, las normas sobre protección de la persona frente a los productos peligrosos para su salud o seguridad se han venido incluyendo sistemáticamente dentro del Derecho de consumo”*, PEÑA LÓPEZ, FERNANDO. “Artículo 8. Derechos básicos de los consumidores y usuarios”, *Op. Cit.*, p. 123.

³⁷² Artículo 11.1 TRLDGPU.

III. ELEMENTOS DEL DERECHO DE DESISTIMIENTO

*riesgos mínimos compatibles con el uso del bien o servicio y considerados admisibles dentro de un nivel elevado de protección de la salud y seguridad de las personas*³⁷³.

Como vemos, el legislador de alguna manera dejó abierta la posibilidad de interpretar el contenido del derecho, al utilizar conceptos indeterminados como lo son: “uso normal o previsible”, “duración” y “riesgo”. Según la doctrina, “El uso «normal» será el que se corresponde con la función del producto o servicio, según su naturaleza. El producto o el servicio no deben comportar un riesgo tampoco cuando su uso no sea el «normal» pero sí «razonablemente previsible» (el uso normal de un paraguas es el de proteger de la lluvia; es razonablemente previsible que el paraguas se use para apoyarse sobre él cuando no llueve, por lo que no debe romperse al hacerle soportar el peso de una persona, provocando una caída). La normalidad en el uso así como la previsibilidad del mismo son cuestiones que están relacionadas directamente con la información que debe proporcionarse al consumidor cuando se generan riesgos que no se han podido evitar”³⁷⁴.

Respecto a la duración, es claro que la misma debe entenderse referida a la vida útil del bien adquirido, es decir, hasta el momento en que por depreciación, el objeto pierda todo valor y por ello, deba ser desechado. A partir de ese momento, pasa a representar un riesgo para quienes lo utilizan.

Finalmente en cuanto al riesgo, PARRA LUCÁN nos dice que: “Para interpretar lo dispuesto en el art. 11 debe partirse de la idea de que la seguridad no es absoluta. Siempre existe un riesgo. Se aceptan los riesgos por las ventajas o beneficios que obtenemos de los productos y servicios. La admisibilidad de esos riesgos debe tener lugar, según expresa el art. 11.2 i.f. «dentro de nivel elevado de protección de la salud y seguridad de las personas». Se trata de un concepto indeterminado que debe utilizar el intérprete para delimitar los riesgos admisibles, conforme a una cláusula que aparece repetida en los textos comunitarios de protección del consumidor”³⁷⁵.

³⁷³ Artículo 11.2 TRLDGCU.

³⁷⁴ PARRA LUCÁN, MARÍA ÁNGELES. “Comentario al Artículo 11: Deber general de seguridad”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, RODRIGO (COORD.). *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007)*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2009, p. 156.

³⁷⁵ *Ibid*, p. 157.

ii.- Derecho a la protección de los intereses económicos de los consumidores y transparencia del mercado:

Fundamentado en los artículo 51.1 CE y 19 del TRLDGPU, el derecho a la protección de los intereses de los consumidores, así como a la transparencia del mercado es fundamental en el Derecho de consumo, ya que parte de la premisa de la existencia de una asimetría real entre los empresarios y los consumidores y es a partir de ahí, que justifica la intervención estatal en el mercado. *“Este principio exige y ha legitimado una actuación del Estado en la que, mediante normas de distinta naturaleza, pero fundamentalmente de Derecho privado, se han regulado imperativamente determinados contenidos de esas relaciones jurídico-económicas (creando las más de las veces derechos o facultades contractuales del consumidor respecto de las que no cabe renuncia previa válida -vid. art. 10 TRLDGPU-) con el objeto de garantizar que la posición estructuralmente débil del consumidor quede razonablemente equilibrada con la del empresario”*³⁷⁶.

Es evidente que la protección va en dos grandes sentidos, por un lado, respecto a la obligación del Estado de cumplir con el mandato constitucional de mantenerse vigilante de las condiciones generales del mercado *“de esta forma, la protección de los legítimos intereses económicos de los consumidores se erige en un principio constitucional rector de la política social y económica, que ha de informa la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos, si bien no se configura como un derecho susceptible de ser directamente invocado por el consumidor ante los Tribunales, sino sólo en cuanto sea concretado en virtud de normas jurídicas de rango infraconstitucional -leyes y normas reglamentarias de desarrollo, que materialmente pueden calificarse como leyes civiles y mercantiles e indirectamente las normas administrativas y también las penales”*³⁷⁷.

Y por otro lado, en cuanto a la obligación de regular las relaciones privadas de intercambio entre consumidores y empresarios, a través de leyes adecuadas que

³⁷⁶ PEÑA LÓPEZ, FERNANDO. “Artículo 8. Derechos básicos de los consumidores y usuarios”, *Op. Cit.*, p 124.

³⁷⁷ BUSTO LAGO, JOSÉ MANUEL. “Comentario al artículo 19: Principio general”, *Op. Cit.*, p.253.

III. ELEMENTOS DEL DERECHO DE DESISTIMIENTO

garanticen la armonía del sistema y el acceso a instancias de resolución efectiva de conflictos.

iii.- Derecho de indemnización y reparación:

Bajo este título lo que se pretende es reafirmar el derecho de los consumidores a recibir las compensaciones que se consideren justas y necesarias, en caso de que se presente alguna responsabilidad civil derivada de daños de carácter contractual o inclusive, extracontractual.

Aparte de esta función meramente resarcitoria, algunos otros autores indican que también tiene que ver con la garantía de que el consumidor tendrá su disposición regímenes especiales de responsabilidad y sobre todo, diferentes al del Código Civil, que atiendan los matices especiales que tutela el Derecho de consumo. *“Podría entenderse como una forma de compeler al legislador a crear regímenes de responsabilidad especiales para el Derecho de consumo, de acuerdo con el criterio de responsabilidad objetiva del empresario, quien obviamente es el que se encuentra en la mejor posición para evitar la producción de daños a los consumidores y usuarios, y el que mejor puede gestionar su indemnización. En este sentido, lo cierto es que el Derecho de consumo español y europeo ha sido desde sus comienzos un sector tendente a incorporar regímenes de responsabilidad de esta naturaleza”*³⁷⁸.

A mi criterio, regular el derecho a la indemnización y reparación de manera autónoma a otros derechos ya reconocidos, no deja de ser una manera redundante de reafirmar un principio básico del tema de la responsabilidad civil, el cual ya se encuentra ampliamente reconocido en el ordenamiento jurídico, independientemente del área jurídica. Todos sabemos que el incumplimiento de cualquier obligación, conlleva una responsabilidad para su infractor y para ello, no hay necesidad de crear todo un sistema paralelo.

³⁷⁸ PEÑA LÓPEZ, FERNANDO. ““Artículo 8. Derechos básicos de los consumidores y usuarios”, *Op. Cit.*, p 125.

Sin embargo, al incluirlo como derecho básico de los consumidores, no deja de ser un recordatorio a los empresarios de su obligación de respeto a la normativa vigente de protección y de las consecuencias derivadas de su incumplimiento.

iv.- Derecho a la información, educación y divulgación:

El acceso a la información, educación y divulgación es tal vez, para nuestro estudio, el más importante de los derechos del consumidor ya que resulta fundamental para el ejercicio del derecho a desistir.

En el fondo, la obligación de informar, educar y divulgar sobre las condiciones del mercado a los consumidores, es una carga-deber tripartita, ya que en ella intervienen tanto los contratantes, como el Estado, en su condición de ente regulador de la materia.

Este derecho viene a ampliar el mandato del artículo 51.2 de la CE y propugna por el libre acceso a los datos sobre los bienes y servicios expuestos al consumo, sobre todo en aquello relativo a las condiciones objetivas del bien, a la manera de adquirirlo y a todo lo relacionado a los efectos y condiciones del contrato que hubiese que suscribir para acceder a ellos. De ahí que la misma norma hable de “información *correcta sobre los diferentes bienes o servicios*”³⁷⁹.

El fundamento general de este derecho está en la obligación de tutela del Estado hacia el consumidor y en la necesidad de protección respecto a posibles abusos de empresarios en los mecanismos de contratación, en los cuales se pueda causar perjuicio mediante prácticas engañosas, o bien, como indica la doctrina, simplemente para compensar la desigualdad de conocimientos sobre los productos y servicios que tienen los comerciantes frente a su contraparte³⁸⁰. “*Partiendo del principio general de*

³⁷⁹ Artículo 8.d TRLGDCU.

³⁸⁰ Sobre el tema del desequilibrio en la negociación en los contratos de consumo, NIETO MELGAREJO, indica que: “*El empresario siempre se va a encontrar en una posición privilegiada en cuanto al manejo*

III. ELEMENTOS DEL DERECHO DE DESISTIMIENTO

protección de los consumidores frente a fabricantes y distribuidores, cuyo fundamento reside en la desigualdad y desequilibrio entre aquéllos y éstos, el derecho de información del consumidor se apoya en igual fundamento, pues atiende a la desigualdad de conocimientos sobre los productos y servicios. Los profesionales conocen los bienes y servicios que colocan en el mercado. Los consumidores son, en su gran mayoría, incapaces de juzgar por adelantado, de comparar entre ellos y de conocer los riesgos que su uso puede comportar y las medidas a adoptar para evitarlos”³⁸¹.

Su fin no es otro que buscar que el consumidor ejerza su libertad de decisión de la manera más transparente posible, es decir, con suficiente criterio para saber las consecuencias del acto jurídico que va a realizar, así como las condiciones y características del bien o servicio que pretende adquirir. *“En consecuencia, dos son los fines del derecho a la información del consumidor: 1) protección del consentimiento; 2) satisfactoria utilización del producto o del servicio”³⁸².*

Así el Derecho de información, es una obligación para los empresarios por cuanto, conlleva el deber de rendir información clara, veraz, entendible y en cantidad suficiente al consumidor respecto del bien o servicio ofertado. Y como veremos posteriormente, con sanciones claras en caso de incumplimiento.

Pero igualmente, impone la obligación para la administración de *“facilitar a los consumidores la información que disponga por razón de su función de control administrativo de productos, servicios y precios, fundamentalmente registros de productos, información que sí está en condiciones de proporcionar, dentro de la cual*

de la información, la única forma de equilibrar las posiciones de ambos, es obligando al comerciante o profesional a que, previamente a la perfección del contrato informe al consumidor de las características del producto o servicio que el consumidor desea adquirir.

La complejidad de algunos productos, la falta de conocimientos técnicos, la abundancia de bienes con las mismas características, los diversos métodos de ventas (los realizados fuera de los establecimientos mercantiles, los realizados a distancia), etc. hacen de los consumidores, en su mayoría, incapaces de poder distinguir, elegir, comparar y saber los riesgos de su uso.” En NIETO MELGAREJO, PATRICIA. *El derecho de información en la contratación electrónica en base a la legislación Española y Europea*, en <http://derecho-uigv.com/AGORA/revistas/R000007.pdf>, p. 1, fecha de visita: 29 de marzo de 2011.

³⁸¹ ORTÍ VALLEJO, ANTONIO. *Comentario Artículo 13*, en BERCOVITZ, RODRIGO. SALAS, JAVIER. (COORD.). *Comentarios a la Ley General para la defensa de los Consumidores y Usuarios*, Editorial Civitas, Madrid, 1992, p. 404.

³⁸² *Idem*.

destacaría, la información relativa a la salud y seguridad de los consumidores y usuarios”³⁸³.

En este sentido, es claro que se produce una diferenciación del contenido de la información que debe llegarle al consumidor, ya que por un lado debe contar con todos los datos de los bienes y servicios para que a nivel precontractual o contractual, pueda tomar la mejor decisión para sus intereses, obligación que recae sobre el empresario. Y por otro lado, el contenido de información genérica sobre el producto que debe recaer en la administración. *“Del art. 17 TRLGDCU (en conexión con el art. 18 TRLGDCU y con sus correspondientes en la LGDCU), con respecto a la información que ha de provenir de la Administración, se pueden extraer dos conclusiones: 1. Que los poderes públicos han de asegurar que se cumpla la obligación de información para con el consumidor y usuario en los términos establecidos («velarán para que se les preste la información comprensible...»), que, veremos, pesará sobre el empresario que pone en el mercado el bien o servicio a disposición del consumidor y usuario; y 2. Que los poderes públicos deben asegurarse también de los consumidores y usuarios dispongan de la información precisa para ejercitar sus derechos, lo que significa, además, que la propia Administración debe informar al consumidor”³⁸⁴.*

En cuanto al contenido de la información BOURGOIGNIE, nos dice que: *“El proceso de la información de los consumidores, para desempeñar adecuadamente su papel, debe cumplir al menos dos exigencias: por una parte, ser completo o exhaustivo, y por otra parte, velar por la pluralidad de fuentes y vías de información”³⁸⁵.*

³⁸³ NIETO MELGAREJO, PATRICIA. *Ibid*, p.2.

³⁸⁴ ÁLVAREZ LATA, NATALIA. “Comentario al artículo 17. Información, formación y educación de los consumidores y usuarios”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, RODRIGO (COORD.). *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007)*, editorial Aranzadi S.A., Navarra, 2009, p. 221.

³⁸⁵ BOURGOIGNIE, THIERRY. *Elementos para una teoría del Derecho de consumo, Op. Cit.*, p. 120. Además, la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, en su artículo 10, nos dice que la información ofrecida por el proveedor debe ser *“clara, comprensible e inequívoca”*. Y en igual sentido, la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista, la cual en su artículo 40, indica que la información, debe ser *“veraz, eficaz y suficiente”*.

v.- Derecho de audiencia y fomento de asociacionismo:

El derecho de representación, consulta, participación, así como el régimen jurídico de las asociaciones de consumidores y usuarios; parte del derecho de asociación previsto en el artículo 22, así como en la obligación de tutela de las organizaciones de consumidores mencionadas en el artículo 51.2, ambos de la CE.

Igualmente, parte de la aplicación directa y con carácter de norma especial, del artículo 22 y ss del TRLDGCU, así de la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de asociación, en carácter de norma supletoria.

Para la ley, “son asociaciones de consumidores y usuarios las organizaciones sin ánimo lucro que, constituidas conforme a lo previsto en la legislación sobre asociaciones y reuniendo los requisitos específicos exigidos en esta norma y sus normas de desarrollo y, en su caso, en la legislación autonómica que les resulte de aplicación, tengan como finalidad la defensa de los derechos e intereses legítimos de los consumidores, incluyendo su información, formación y educación, bien sea con carácter general, bien en relación con bienes o servicios determinados.

También son asociaciones de consumidores y usuarios las entidades constituidas por consumidores con arreglo a la legislación de cooperativas, que respeten los requisitos básicos exigidos en esta norma y entre cuyos fines figure, necesariamente, la educación y formación de sus socios, y estén obligadas a constituir un fondo con tal objeto, según su legislación específica”³⁸⁶.

El espíritu de la regulación es garantizar a los consumidores su derecho de organizarse para cumplir objetivos comunes, organizaciones que por ley deben adolecer de fin de lucro y “sirven un interés público (defensa y representación de los consumidores y derechos de participación y consulta de los mismos). Los intereses de los consumidores son «colectivos» o «difusos», de modo que se caracterizan por su no individualización en abstracto (otra cosa es que se pueda individualizar el daño

³⁸⁶ Artículo 23.1 TRLDGCU.

concreto sufrido por un consumidor), su impersonalidad y el estado de amenaza permanente en que se encuentran”³⁸⁷.

El fin de estas asociaciones será el de educar, informar, asesorar, denunciar y coadyuvar en todas aquellas situaciones en que se esté violentando el derecho de los consumidores, sea individual o colectivamente.

Su financiamiento será básicamente privado, quedándoles expresamente prohibido asociar a entidades con ánimo de lucro o bien, recibir cualquier tipo de dinero de este tipo de empresas. Por ello, es que primordialmente se requerirá que la persona se asocie a la organización para ser amparado. Por ello es que la mayoría de asociaciones de consumidores se presentan como organización privadas de tutela de los derechos de los consumidores³⁸⁸.

Finalmente, las asociaciones deberán inscribirse en el Registro Estatal de Asociaciones de Consumidores y Usuarios que se gestiona en el Instituto Nacional del Consumo.

vi.- Derecho a los medios eficaces de protección jurídica:

Criticado por algunos autores³⁸⁹, el derecho a contar con medios eficaces de defensa de los intereses de los consumidores, es una especie de redundancia jurídica del contenido mismo del Derecho de consumo. Ciertamente el derecho a un régimen de protección especial es uno de los postulados básicos de la rama, por ello, incluirlo como un derecho básico, es reiterar el espíritu proteccionista de la totalidad del marco

³⁸⁷ CORCHERO, MIGUEL. GRANDE MURILLO, ANA. *La protección de los consumidores, especial referencia al Estatuto de los Consumidores de Extremadura, Op. Cit.*, p. 115.

³⁸⁸ A mayor abundamiento ver:

- <http://www.ocu.org/organizacion/>, fecha de visita: 8 de diciembre de 2011.
- <http://www.uniondeconsumidores.info/php/quienessomos.php>, fecha de visita: 8 de diciembre de 2011.
- <https://www.facua.org/es/sobrefacua.php?Id=29>, fecha de visita: 8 de diciembre de 2011.

³⁸⁹ A mayor abundamiento ver: GARCÍA CANTERO, GABRIEL. “Comentario al Artículo 8. Derechos básicos de los consumidores y usuarios”, *Op. Cit.*, p. 2011.

normativo y la pregunta que salta, es ¿si en realidad es necesario incluir un derecho en este sentido, cuando toda la ley en el fondo lo contiene?.

Pareciese que no, pero podríamos interpretar, más bien, que lo que el legislador buscó fue asegurar que la normativa contenida en el TRLDGCU siempre fuese expresada de manera que se protegiese al máximo los derechos de los consumidores, en una especie de reiteración del principio *pro consumatore* evitando situaciones de “inferioridad, subordinación e indefensión”³⁹⁰.

2.- Empresario:

a.- Concepto

Como ya hemos dicho, el Derecho de consumo es una rama que corta transversalmente el ordenamiento jurídico, ello significa que si bien, tiene en la normativa de protección a los consumidores su propio marco normativo, no se limita a él, sino que recorre todo el sistema legal, nutriéndose de otras ramas que por su incidencia en el campo del consumo, termina convirtiendo en propias, o bien, regulando situaciones que pudiendo ser competencia de otras especialidades, asume en virtud del mismo principio protector³⁹¹.

El concepto de empresario que prevé el artículo 4 del TRLDGCU³⁹² es el mejor ejemplo de esta transversalidad, ya que es un concepto que nace en el ámbito del derecho comercial y que en virtud del fuero de atracción indicado, termina siendo

³⁹⁰ Art. 8.f TRLDGCU.

³⁹¹ El carácter pluridisciplinario del Derecho de consumo ya ha sido reconocido, incluso, hasta por el Tribunal Constitucional, el cual dijo: “El carácter interdisciplinario o pluridisciplinario del conjunto normativo que, sin contornos precisos, tiene por objeto la protección del consumidor...”, en STC número 71/1982, de 30 de noviembre, ponente: Don Jerónimo Arozamena Sierra. (RTC 1982/71).

³⁹² “Artículo 4. Concepto de empresario. A efectos de lo dispuesto en esta norma, se considera empresario a toda persona física o jurídica que actúa en el marco de su actividad empresarial o profesional, ya sea pública o privada.”

regulado por el Derecho de consumo, en aquellos casos en que tenga relación con el consumidor³⁹³.

Dicha transversalidad llamada por algunos autores como “*mutaciones y desajustes*” del sistema legal³⁹⁴, parte de la aplicación de los artículos 38, 51 y 128 de la CE, así como de los artículos 1 y 2 del propio TRLDGCU; los cuales prevén un “*orden jurídico superior aplicable a la materia mercantil; un orden jurídico que se dice «superior» en cuanto altera y corrige la legislación civil y mercantil siguiendo directamente un mandado y un principio constitucional*”³⁹⁵.

Esta capacidad de reinterpretación es la que hace posible que una figura propia del Derecho mercantil como es la de la empresa y su titular, el empresario sea incorporada a su marco, para regularla desde su enfoque propio en sus relaciones con los consumidores.

El concepto moderno de empresario viene del artículo 2082 del Codice Civile Italiano, que lo define así: “*Imprenditore: E' imprenditore chi esercita*

³⁹³ Al igual que sucede con el concepto de empresa o empresario, en el TRLDGCU encontramos muchos otros ejemplos de figuras que son tomados de otras ramas jurídicas y que por su incidencia en el quehacer de los consumidores son asumidos como propios, entre ellas podemos citar a los contratos de consumo, que derivan de la contratación privada del Derecho civil, o el desistimiento mismo que encuentra su raíz en las figuras semejantes del Código Civil.

³⁹⁴ Podemos citar a FONT GALÁN, quien indica: “*De la serie de mutaciones –y «desajustes»– que la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios de 19894 provoca sobre el ordenamiento jurídico mercantil, resaltan sin duda, las que afectan al sistema de fuentes del Derecho mercantil, lo cual va a repercutir notablemente sobre el mismo sistema conceptual de esta rama jurídica*”. En FONT GALÁN, JUAN IGNACIO. LÓPEZ MENUDO, FRANCISCO. *Curso sobre el nuevo derecho del consumidor*, Op. Cit., p. 42. Además, agrega que: “*La gran mutación ordinamental que en el contexto del Ordenamiento jurídico (público y privado) genera la LGDCU estriba, básicamente, en generalizar un nuevo orden regulador (modelo normativo) de la materia pluridisciplinar «consumerista», la cual queda así sistematizada interdisciplinariamente bajo la dirección de unos principios de orden medularmente constitucionales.*” Ibid, p. 53.

³⁹⁵ FONT GALÁN, JUAN IGNACIO. LÓPEZ MENUDO, FRANCISCO. *Curso sobre el nuevo derecho del consumidor*, Op. Cit., p. 43. Igualmente, el autor indica las que a su criterio son las causas por las cuales se da esta “*superioridad normativa*” del derecho de consumo y entre ellas cita las siguientes: a.- Es una legislación que desarrolla un mandato constitucional de protección al consumidor. b.- Conforme lo anterior, es una ley que informa todo el ordenamiento jurídico. c.- Es una legislación autónoma que prevé la aplicación del Código Mercantil y del Código Civil, como meramente supletorios. d.- Y como consecuencia de las tres anteriores características, el derecho de consumo tiene la capacidad de “reformular” muchos de los institutos propios del Derecho civil y mercantil, para adecuarlos a él. *Ibid*, p. 44.

III. ELEMENTOS DEL DERECHO DE DESISTIMIENTO

*professionalmente un'attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni o di servizi*³⁹⁶.

En el Código de Comercio de España, no encontramos una norma que defina al empresario, ya que parte de la aplicación de la teoría del comerciante, construcción hoy en día resulta insuficiente para distinguir a la figura subjetiva de las relaciones comerciales modernas. Los comerciantes como tales, son solo una clase de empresario, siendo éste un concepto mucho más amplio y completo que aquél.

A pesar de lo anterior, *“esto no significa que, en el Derecho mercantil vigente, no sea posible encontrar un concepto jurídico de empresario. Ciertamente que no existe norma legal que contenga una definición completa y apropiada; pero no es menos cierto que ese concepto puede deducirse del análisis sistemático de la normativa en vigor. En este sentido, es empresario la persona natural o jurídica que por sí o por medio de representantes, ejercita en nombre propio una actividad económica de producción o de distribución de bienes o de servicios en el mercado, adquiriendo la titularidad de las obligaciones y derechos nacidos de esa actividad”*³⁹⁷.

Esta construcción es la que fue tomada por el TRLDGCU en sus artículos 4³⁹⁸, 5³⁹⁹, y 7⁴⁰⁰, para identificar a la contraparte de los consumidores en sus relaciones

³⁹⁶ Traducido así: *“Empresario: Es empresario quien ejercita profesionalmente una actividad económicamente organizada dedicada a la producción o intercambio de bienes o servicios.”* Igualmente, el BGB lo define así: *“(1) Unternehmer ist eine natürliche oder juristische Person oder eine rechtsfähige Personengesellschaft, die bei Abschluss eines Rechtsgeschäfts in Ausübung ihrer gewerblichen oder selbständigen beruflichen Tätigkeit handelt.*

(2) Eine rechtsfähige Personengesellschaft ist eine Personengesellschaft, die mit der Fähigkeit ausgestattet ist, Rechte zu erwerben und Verbindlichkeiten einzugehen.”, Traducción: *“1) Empresario es una persona natural o jurídica o una sociedad de personas dotada de capacidad jurídica que en la celebración de un negocio jurídico actúa en ejercicio de su actividad profesional empresarial o autónoma.* en LAMARCA MARQUÉ, ALBERT. *Código Civil Alemán Bürgerliches Gesetzbuch, Op. Cit.*, p. 36.

(2) Una sociedad de personas dotada de capacidad jurídica es una sociedad de personas con la capacidad de adquirir derechos y asumir obligaciones.”

³⁹⁷ MENÉNDEZ, AURELIO. ROJO, ÁNGEL (DIR.). *Lecciones de Derecho mercantil, volumen I*, novena edición, Editorial Aranzadi, Navarra, 2011, p.46.

³⁹⁸ Artículo 4: *“Concepto de empresario. A efectos de lo dispuesto en esta norma, se considera empresario a toda persona física o jurídica que actúa en el marco de su actividad empresarial o profesional, ya sea pública o privada.”*

³⁹⁹ Artículo 5: *“Concepto de productor. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 138, a efectos de lo dispuesto en esta norma se considera productor al fabricante del bien o al prestador del servicio o su intermediario, o al importador del bien o servicio en el territorio de la Unión Europea, así como a cualquier persona que se presente como tal al indicar en el bien, ya sea en el envase, el envoltorio o*

comerciales. Lo cual resulta sumamente acertado ya que, no solo, se supera la conceptualización de comerciante utilizada en el Derecho comercial, sino que se alcanza una visión de modernismo acorde con las nuevas teorías consumeristas y se da una homogeneidad sobre el punto, al marco normativo posterior a la LDGCU.

Y tomamos como referencia a la LGDCU, porque es a partir de ella que podemos encontrar una definición de la figura, la cual se extrae de la interpretación del artículo 1.2, que si bien es cierto y en principio, lo que pretendía definir era quiénes podían ser catalogados como consumidores, en sus líneas finales hacía una pequeña referencia a los empresarios diciendo que estos, como facilitadores, suministradores o expendedores de bienes o servicios dedicados al consumo, podían ser de naturaleza *“pública o privada, o bien, individual o colectiva”*⁴⁰¹.

Esta elucubración es la que posteriormente da pie a que en la Ley sobre contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles; ya se hable de empresarios y consumidores.⁴⁰² Lo cual es reproducido en la Ley de Ordenación del Comercio Minorista⁴⁰³ y en la exposición de motivos de la Ley de Venta a Plazos de Bienes Muebles⁴⁰⁴.

Igualmente, el término de empresario como concepto para referirse a la contraparte del consumidor, resume los diferentes enfoques, formatos o denominaciones que ha utilizado la Comunidad Europea para referirse a él en sus

cualquier otro elemento de protección o presentación, o servicio su nombre, marca u otro signo distintivo.”

⁴⁰⁰ Artículo 7: *“Concepto de proveedor. A efectos de esta norma es proveedor el empresario que suministra o distribuye productos en el mercado, cualquiera que sea el título o contrato en virtud del cual realice dicha distribución.”*

⁴⁰¹ Artículo 1.2: *“A los efectos de esta Ley, son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales, bienes muebles o inmuebles, productos, servicios, actividades o funciones, cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva de quienes los producen, facilitan, suministran o expiden.”* (subrayado el propio)

⁴⁰² En lo que interesa: *“Artículo 1: Ámbito de aplicación: 1. La presente Ley será de aplicación a los contratos celebrados entre un empresario y un consumidor -entendiendo éste de conformidad con el concepto establecido por el artículo 1.º, 2. de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios-, en alguna de las circunstancias siguientes:...”*. (subrayado es propio).

⁴⁰³ La cual en su artículo 3 habla de libertad de empresa y en el artículo 8 habla de prohibiciones de venta al por menor a ciertos empresarios.

⁴⁰⁴ Estas tres como ejemplo de leyes que aparte de hacer la referencia entre empresarios y consumidores, tienen referencia directa al Derecho de desistimiento.

III. ELEMENTOS DEL DERECHO DE DESISTIMIENTO

diferentes Directivas, al menos en aquellas que tienen relación con el tema del Derecho de desistimiento⁴⁰⁵.

A manera de ejemplo podemos mencionar que en la Directiva 85/577/CEE se habla de comerciantes⁴⁰⁶. En la Directiva 2008/48/CE se habla de prestamista⁴⁰⁷. En la Directiva 97/7/CE se habla de proveedor⁴⁰⁸. Y en la Directiva 2008/122/CE se habla de comerciante⁴⁰⁹.

Lastimosamente la nueva Directiva sobre derechos de los consumidores no zanja la discusión y de nuevo retoma el término de comerciante⁴¹⁰, perdiendo la oportunidad de cerrar de una vez por todas el tema e implantar la que a mi criterio es la correcta denominación. Ahora el riesgo se plantea a nivel interno ya que podría suceder que en el próximo proceso de transposición, se pierda el avance logrado con el artículo 4 del TRLDGCU, el cual indica dice: *“A efectos de lo dispuesto en esta norma, se considera empresario a toda persona física o jurídica que actúa en el marco de su actividad empresarial o profesional, ya sea pública o privada.”*

Esta definición nos da la posibilidad de analizar los perfiles de la empresa y con ello, estudiarle desde tres enfoques diferentes todas sus características, a saber, el

⁴⁰⁵ En la exposición de motivos del TRLDGCU, se resume muy bien el problema: *“III.4...Se incorporan, asimismo, las definiciones de empresario, productor, producto y proveedor, al objeto de unificar la terminología utilizada en el texto. Las definiciones de empresario, productor y producto son las contenidas en las normas que se refunden. El concepto de proveedor es el de cualquier empresario que suministra o distribuye productos en el mercado, distinguiéndose del vendedor, que, aunque no se define, por remisión a la legislación civil es quien interviene en un contrato de compraventa, en el caso de esta ley, actuando en el marco de su actividad empresarial.”*

⁴⁰⁶ En lo que interesa: *“Artículo 1: 1. La presente Directiva se aplicará a los contratos celebrados entre un comerciante que suministre bienes o servicios y un consumidor: - durante una excursión organizada por el comerciante fuera de sus establecimientos comerciales...”*. (Subrayado es propio).

⁴⁰⁷ En lo que interesa: *“Artículo 3: ...b) «prestamista»: persona física o jurídica que concede o se compromete a conceder un crédito en el ejercicio de su actividad comercial o profesional;”*

⁴⁰⁸ En lo que interesa: *“Artículo 2: Definiciones: A efectos de la presente Directiva, se entenderá por:... 3) «proveedor»: toda persona física o jurídica que, en los contratos contemplados en la presente Directiva, actúe dentro del marco de su actividad profesional;”*

⁴⁰⁹ En lo que interesa: *“Artículo 2: Definiciones: 1. A efectos de la presente Directiva se entenderá por:... e) «comerciante»: toda persona física o jurídica que actúe con fines relacionados con su actividad económica, negocios, oficio o profesión y cualquier persona que actúe en nombre o por cuenta de un comerciante;”*

⁴¹⁰ En concreto, el artículo 2.2 indica: *“Artículo 2: Definiciones: A efectos de la presente Directiva, se entenderá por:...2.- «comerciante»: toda persona física o jurídica, ya sea privada o pública, que actúe, incluso a través de otra persona en su nombre o siguiendo sus instrucciones, con un propósito relacionado con su actividad comercial, empresa, oficio o profesión en relación con contratos regulados por la presente Directiva;”*

subjeto que es el que nos interesa, por cuanto, remite a la figura del empresario; el objetivo, que remite al conjunto de bienes que la componen, es decir, aquello que los italianos denominan la *azienda*⁴¹¹ y el perfil funcional, que refleja a la actividad empresarial misma.

b.- El empresario, perfil subjetivo de la empresa:

El perfil el perfil subjetivo, nos remite al tema de la profesionalidad del empresario, ya que se exige que el sujeto deba tener algún grado de capacidad, aptitud o al menos conocimiento mínimo para realizar aquello que le es exigible como titular de la actividad económicamente organizada. Además, profesionalidad significa también, habitualidad, no exclusividad, es decir, el empresario no tiene que estar dedicado a tiempo completo al desarrollo de la empresa, pero si dedicar algún tiempo a su organización, de manera directa o mediata. Profesionalidad, finalmente significa eficiencia en su labor.

Pero también remite al tema de la imputación de riesgos, es decir, será el empresario quien asuma los riesgos de la actividad desarrollada. El riesgo del que hablamos, no es aquél derivado de una eventual responsabilidad por delito, cuasidelito o falta; sino que nos referimos al riesgo económico de toda actividad empresarial (productiva), es el riesgo de ganar o perder con la empresa, el cual comprende al llamado riesgo climatológico que existe en aquellas actividades que dependan de la naturaleza para lograr resultados.

La empresa vista desde su perfil funcional prioriza el estudio de la actividad misma -la principal y las conexas-, ambas deben partir de una economicidad, es decir, deben tener una incidencia en el mercado, en las relaciones de oferta y demanda de productos y/o servicios. Aunque debemos ser cuidadosos, economicidad no

⁴¹¹ Codice Civile Italiano: Art. 2555 Nozione: L'azienda è il complesso dei beni organizzati dall'imprenditore (2082) per l'esercizio dell'impresa. (Traducción: Noción: La azienda es el conjunto de bienes organizados por el empresario, para el ejercicio de la empresa.)

III. ELEMENTOS DEL DERECHO DE DESISTIMIENTO

necesariamente significa lucro. El perfil funcional también analiza la organicidad de los medios productivos para definir la eficiencia de la actividad misma y con ella, su viabilidad económica.

Finalmente, el perfil objetivo parte del análisis de la actividad de la empresa y para ello, determina la funcionalidad de los bienes que la conforman, el acto de destinación de los mismos y el establecimiento mercantil, el cual conforme el Considerando 22 de la nueva Directiva sobre los derechos de los consumidores debe ser entendido como: *“todo tipo de instalaciones (como tiendas, puestos o camiones) que sirvan al comerciante como local de negocios permanente o habitual. Si cumplen esta condición, los puestos de mercados y los stands de ferias deben ser tratados como establecimientos mercantiles. La instalación de venta al por menor en la que el comerciante ejerce su actividad de forma estacional, por ejemplo, durante la temporada turística en una estación de esquí o en una zona de playa, debe considerarse como un establecimiento mercantil, puesto que el comerciante ejerce allí su actividad de forma habitual. Los espacios accesibles al público, como calles, centros comerciales, playas, instalaciones deportivas y transportes públicos, que el comerciante utilice de forma excepcional para su actividad empresarial así como los domicilios privados o lugares de trabajo no deben considerarse establecimientos mercantiles. El establecimiento mercantil de una persona que actúe en nombre o por cuenta de un comerciante como se define en la presente Directiva debe considerarse establecimiento mercantil a efectos de la presente Directiva.”*

Ahora, retomando nuestro tema de estudio, al aplicar el perfil subjetivo en el artículo 4 del TRLDGPU, tenemos que: *“el empresario puede ser cualquier persona física o jurídica: empresario individual, profesional liberal, comunidad de bienes, sociedad profesional, sociedad mercantil o no mercantil, fundación, asociación, entidad con personalidad jurídica, siempre y cuando aporte bienes o servicios al mercado, con ánimo de lucro, directo o indirecto. De ahí que las comunidades de bienes, las cooperativas, las fundaciones y las asociaciones puedan quedar excluidas del concepto de este artículo 4 si no proveen de bienes o servicios a terceros y/o no persiguen obtener lucro alguno mediante el suministro de bienes o servicios a terceros. Y ello a*

pesar de que puedan tener una organización empresarial, esto es, de elementos personales, materiales e inmateriales.”⁴¹²

Conforme los artículos 5⁴¹³ y 7⁴¹⁴ del TRLDGCU, “el concepto de «empresario» del art. 4 forma un conjunto amplio en el que se insertan las nociones más concretas de «productor» (art. 5) y «proveedor» (art. 7), que son subtipos de empresarios definidos por su específica actividad; en este sentido, podría decirse, en términos al uso en la doctrina mercantil, que se trata, respectivamente y mutatis mutandis del «empresario industrial» (y, dada la amplitud de la definición de «productor», también del «empresario profesional o de servicios») y del «empresario comercial o comerciante». Aunque las respectivas definiciones no lo señalen, no parece existir ningún impedimento en que un empresario pueda ser a la vez «productor» y «proveedor», pues ninguna de las tres definiciones indica el rasgo de la exclusividad en la actividad definida; en tales casos, estará sometido al estatuto personal de ambos tal y como queda delimitado en diversas reglas del TR-LGDCU”⁴¹⁵.

Así pues, el legislador optó por un concepto amplio de la figura ya que ello asegura un mayor campo de protección hacia el consumidor. Al ampliar el número de

⁴¹² BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, RODRIGO. “Comentario al artículo 4: Concepto de empresario”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, RODRIGO. *Comentario del texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007)*, p. 101.

⁴¹³ “Artículo 5. Concepto de productor: Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 138, a efectos de lo dispuesto en esta norma se considera productor al fabricante del bien o al prestador del servicio o su intermediario, o al importador del bien o servicio en el territorio de la Unión Europea, así como a cualquier persona que se presente como tal al indicar en el bien, ya sea en el envase, el envoltorio o cualquier otro elemento de protección o presentación, o servicio su nombre, marca u otro signo distintivo.”

⁴¹⁴ “Artículo 7. Concepto de proveedor: A efectos de esta norma es proveedor el empresario que suministra o distribuye productos en el mercado, cualquiera que sea el título o contrato en virtud del cual realice dicha distribución.”

⁴¹⁵ CÁMARA LAPUENTE, SERGIO. “Comentario al Artículo 4. Concepto de empresario”, en CÁMARA LAPUENTE, SERGIO (DIR.). *Comentarios a las normas de protección de los consumidores. Texto refundido (RDL 1/2007) y otras leyes y reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea*, Colex S.A., Madrid, 2011, p. 158. Además, agrega Bercovitz atendiendo a la indeterminación terminológica que también sufre el propio TRLDGCU, que: “Quedan incluidos dentro del concepto de empresario, el productor del artículo 5 y del artículo 124, el proveedor del artículo 7 y de los artículos 88.3, 138.2 y 146, el comerciante del artículo 14.2.a), el profesional del artículo 87.6, las entidades de los artículos 80.1 y 88.1.II, el vendedor de los artículos 118, 119 y 123.4, el garante del artículo 125.3.b), el fabricante, el importador, el suministrador del artículo 138, el prestador de servicios del artículo 147, el organizador y el detallista de los artículos 151.1.b), c), 151.2 y 162.1.II, los sujetos contemplados en la disposición transitoria 3-1.” En BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, RODRIGO. “Comentario al artículo 4: concepto de empresario”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, RODRIGO (COORD.). *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007)*, editorial Aranzadi S.A., Navarra, 2009, p. 103.

III. ELEMENTOS DEL DERECHO DE DESISTIMIENTO

sujetos que podamos considerar como empresarios, aumentamos el número de contratos que serán considerados de consumo y con ello, el ámbito de protección de la norma⁴¹⁶.

Respecto al perfil funcional, es criticable, tal y como lo indica BERCOVITZ que en el TRLDGCU: *“Identificando la condición de empresario con la actividad propia de quien produce y/o suministra bienes o servicios al mercado, parece innecesario extender explícitamente el concepto a la actividad profesional, como lo hace este artículo 4, ya que profesional es quien obtiene una retribución (se gana la vida) a cambio de una actividad que practica habitualmente, consistente en la prestación de servicios. La actividad profesional queda pues incluida en la actividad empresarial cuando se desarrolla al margen de una relación laboral”*⁴¹⁷, es claro que es una redundancia totalmente innecesaria que denota poca técnica de parte del legislador.

De todas maneras, e independientemente de lo anterior, es obvio que lo que se buscó en el concepto de *“actividad empresarial o profesional”* fue incluir la mayoría, por no decir todas, las actividades productivas o comerciales en las que se pudieran encasillar las relaciones con los consumidores: las actividades industriales, comerciales, agrícola, ganadera, de caza, de pesca, de artesanía, así como aquellas derivadas del ejercicio liberal de una profesión; en resumen, todas aquellas derivadas

⁴¹⁶ Entre estos debemos incluir a la figura del vendedor, la cual se recoge en la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo; cuyo artículo 1.c, lo define así: *“Artículo 1
Ámbito de aplicación y definiciones:... c) vendedor: cualquier persona física o jurídica que, mediante un contrato, vende bienes de consumo en el marco de su actividad profesional.”* Definición que posteriormente fue incorporada al sistema español, a través de transposición normativa en la Ley 23/2003, de 10 de julio, de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo (derogada por 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), cuyo artículo 1, decía que: *“A los efectos de esta ley son vendedores las personas físicas o jurídicas que, en el marco de su actividad profesional, venden bienes de consumo.”* En el TRLDGCU, se eliminó la referencia que contenía la normativa derogada y sobre la figura en la exposición de motivos (III) únicamente se dice que: *“Se incorporan, asimismo, las definiciones de empresario, productor, producto y proveedor, al objeto de unificar la terminología utilizada en el texto. Las definiciones de empresario, productor y producto son las contenidas en las normas que se refunden. El concepto de proveedor es el de cualquier empresario que suministra o distribuye productos en el mercado, distinguiéndose del vendedor, que, aunque no se define, por remisión a la legislación civil es quien interviene en un contrato de compraventa, en el caso de esta ley, actuando en el marco de su actividad empresarial.”*(subrayado es propio).

⁴¹⁷ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, RODRIGO. “Comentario al artículo 4: concepto de empresario, Op. Cit., p. 100.

de las actividades de producción, transformación o distribución, así como venta de bienes y /o servicios⁴¹⁸.

Ahora y aunque parezca obvio, resulta oportuno aclarar que para que la actividad empresarial desplegada por el empresario sea objeto de tutela del Derecho de consumo, debe ser realizada dentro del marco de una relación frente a consumidores y actuando cada uno de ellos dentro de su rol. Así, hay que tener presente que no todas las relaciones que se entablen en el ámbito de la actividad productiva serán relaciones de consumo.

En otras palabras, hay dos requisitos para que la relación jurídica pueda ser calificada como de consumo, la primera que el negocio, se haga frente a un consumidor, ya que será éste el que determine la calificación especial. Y segundo, que el negocio se entable dentro del giro de la actividad empresarial, es decir, si la relación jurídica se da con causa ajena a la empresa, la relación tampoco será de consumo, ya que el empresario no actúa como tal. Por ejemplo, si un empresario, no importa de que sector vende parte de los bienes de su *azienda* por la compra de otros más modernos, la venta que haga de los antiguos no estará dentro del giro normal de su actividad y por ello, la naturaleza del contrato no será de consumo, será de derecho privado general, conforme el Código Civil.

⁴¹⁸ Ateniéndonos a las diferentes nomenclaturas que contiene el TRLDGPU, el concepto de empresario comprende también las siguientes actividades empresariales previstas en la Ley:

- Artículo 149: actividades de construcción y comercialización de viviendas.
- Artículo 88.3: actividades de venta de servicios en el mercado: servicios financieros.
- Artículo 151.1.a: actividades de servicios de transporte, de alojamiento y turísticos.
- Artículo 102.c, d y f: actividades de suministro de grabaciones sonoras o de vídeo, de discos y de programas informáticos, suministro de prensa diaria, publicaciones periódicas y revistas, servicios de apuestas y loterías.
- Artículo 93.2.a y b: actividades de suministro de productos alimenticios, de bebidas o de otros productos del hogar de consumo corriente, servicios de alojamiento, de transporte, de comidas o de esparcimiento.
- Artículo 81.2: actividades de servicios jurídicos.
- Artículo 136: Actividades de suministro de servicios energéticos (gas y electricidad).
- Artículo: 148, p.2: actividades de servicios sanitarios, de reparación y mantenimiento de electrodomésticos, ascensores y vehículos de motor, servicios de rehabilitación y reparación de viviendas, servicios de revisión, instalación o similares y electricidad y los relativos a medios de transporte.
- Disposición transitoria tercera, inciso 2: actividades de productos alimenticios, los de higiene, limpieza, cosméticos, especialidades o productos farmacéuticos, gas, electricidad, vehículos de motor, juguetes y productos dirigidos a los niños.

III. ELEMENTOS DEL DERECHO DE DESISTIMIENTO

Lo anterior, tiene relación con el llamado acto de disposición que el empresario haga de los bienes hacia la actividad empresarial, el cual ya tratamos en líneas anteriores. Baste con indicar que si el bien, deja de ser parte de la organización de medios productivos, deja de ser parte de la empresa.

En cuanto al perfil objetivo hemos de aclarar que los bienes que le componen, pueden ser de muy diversa naturaleza, pueden ser: muebles, inmuebles, materiales, inmateriales, etc., lo importante es que sean susceptibles de apoderamiento de parte del empresario y que estén destinados al ejercicio de la actividad empresarial.

Además, es claro que se requiere que quien disponga del bien, tenga capacidad suficiente para hacerlo, deberá ser el titular del derecho de uso y disfrute del mismo, con ello quiero indicar que no necesariamente todos los bienes de la empresa deberán ser propiedad del titular de la actividad, sino bastará con que tenga derecho de uso y disfrute.

De especial relevancia en nuestro estudio, para efectos de fijar la responsabilidad del empresario en caso de daño al consumidor, debemos indicar que en virtud del principio de responsabilidad patrimonial universal, éste responde del cumplimiento de cualquier obligación contraída con todo su patrimonio, incluido en él los bienes descritos en el perfil objetivo la empresa.⁴¹⁹ *“El principio de la responsabilidad patrimonial universal significa que todos los bienes, cosas y derechos que integren el patrimonio del empresario deudor o de la sociedad deudora quedan afectos al cumplimiento de las obligaciones. En caso de incumplimiento, el acreedor puede dirigirse no sólo contra los bienes que se encontraban en el patrimonio en el momento en que se contrajo la obligación, sino también contra todos los que entren a formar parte de ese patrimonio con posterioridad”*⁴²⁰.

Finalmente, hemos de indicar que no se debe confundir a los bienes que son parte de la actividad comercial, con aquellos que son objeto de esa actividad, es decir, los primeros son la azienda, mientras que los segundos, son aquellos que son

⁴¹⁹ Artículos 1089 y 1911 del Código Civil.

⁴²⁰ MENÉNDEZ, AURELIO. ROJO, ÁNGEL (DIR.). *Lecciones de Derecho mercantil, volumen I*, Op. Cit., p.56.

ofertados al consumidor como producto de la cadena productiva, que es la comercialización.

c.- El empresario y el Derecho de información:

i.- Régimen general:

Derivado del derecho de información de los consumidores previsto en los artículos 8.d⁴²¹, 17⁴²², 18.2⁴²³ y 60⁴²⁴ del TRLDGCU, así como del principio de buena fe

⁴²¹ “Artículo 8. Derechos básicos de los consumidores y usuarios... d.-La información correcta sobre los diferentes bienes o servicios y la educación y divulgación para facilitar el conocimiento sobre su adecuado uso, consumo o disfrute.”

⁴²² “Artículo 17. Información, formación y educación de los consumidores y usuarios.

1. Los poderes públicos, en el ámbito de sus respectivas competencias, fomentarán la formación y educación de los consumidores y usuarios, asegurarán que estos dispongan de la información precisa para el eficaz ejercicio de sus derechos y velarán para que se les preste la información comprensible sobre el adecuado uso y consumo de los bienes y servicios puestos a su disposición en el mercado.

2. Los medios de comunicación social de titularidad pública estatal dedicarán espacios y programas, no publicitarios, a la información y educación de los consumidores y usuarios. En tales espacios y programas, de acuerdo con su contenido y finalidad, se facilitará el acceso o participación de las asociaciones de consumidores y usuarios representativas y los demás grupos o sectores interesados, en la forma que se acuerde con dichos medios.”

⁴²³ “Artículo 18. Etiquetado y presentación de los bienes y servicios.

2. Sin perjuicio de las exigencias concretas que se establezcan reglamentariamente, todos los bienes y servicios puestos a disposición de los consumidores y usuarios deberán incorporar, acompañar o, en último caso, permitir de forma clara y comprensible, información veraz, eficaz y suficiente sobre sus características esenciales, en particular sobre las siguientes:

Nombre y dirección completa del productor.

Naturaleza, composición y finalidad.

Calidad, cantidad, categoría o denominación usual o comercial, si la tienen.

Fecha de producción o suministro y lote, cuando sea exigible reglamentariamente, plazo recomendado para el uso o consumo o fecha de caducidad.

Instrucciones o indicaciones para su correcto uso o consumo, advertencias y riesgos previsibles.” (Subrayado es propio).

⁴²⁴ “Artículo 60. Información previa al contrato.

1. Antes de contratar, el empresario deberá poner a disposición del consumidor y usuario de forma clara, comprensible y adaptada a las circunstancias la información relevante, veraz y suficiente sobre las características esenciales del contrato, en particular sobre sus condiciones jurídicas y económicas, y de los bienes o servicios objeto del mismo.

2. A tales efectos serán relevantes las obligaciones de información sobre los bienes o servicios establecidas en esta norma y normas que resulten de aplicación y, además:

Nombre, razón social y domicilio completo del responsable de la oferta contractual y, en su caso, el nombre, razón social y la dirección completa del comerciante por cuya cuenta actúa.

Precio completo, incluidos los impuestos, o presupuesto, en su caso. En toda información al consumidor sobre el precio de los bienes o servicios, incluida la publicidad, se informará del precio final completo,

III. ELEMENTOS DEL DERECHO DE DESISTIMIENTO

contractual que se encuentra regulado en los artículos 7.1⁴²⁵ y 1258⁴²⁶ del CC, encontramos la obligación de transparencia que todo empresario debe mantener.

Para nuestros efectos, transparencia debe entenderse conforme el artículo 69 TRLDGCU, como la obligación de informar acerca de todas las condiciones del contrato que se va a efectuar, lo cual implica además, informar de claramente sobre todas las condiciones del objeto, así como de los derechos que le asistirían al consumidor en caso de suscribir el negocio. *“Este precepto impone al empresario contratante dos deberes: a) el deber de informar por escrito en el documento contractual, de manera clara, comprensible y precisa, del derecho de desistir del contrato y de los requisitos y consecuencias de su ejercicio, incluidas las modalidades de restitución del bien o servicio recibido y, b) el deber de entregar un documento de desistimiento, identificado claramente como tal, que exprese el nombre y dirección de la persona a quien debe enviarse y los datos de identificación del contrato y de los contratantes a que se refiere. Añade la norma que corresponde al empresario la prueba del cumplimiento de los anteriores de deberes”*⁴²⁷.

desglosando, en su caso, el importe de los incrementos o descuentos que sean de aplicación, de los gastos que se repercutan al consumidor y usuario y de los gastos adicionales por servicios accesorios, financiación u otras condiciones de pago similares.

Fecha de entrega, ejecución del contrato y duración.

Procedimiento de que dispone el consumidor para poner fin al contrato.

Garantías ofrecidas.

Lengua o lenguas en las que podrá formalizarse el contrato, cuando ésta no sea la lengua en la que se le ha ofrecido la información previa a la contratación.

Existencia del Derecho de desistimiento del contrato que pueda corresponder al consumidor y usuario, el plazo y la forma de ejercitarlo.

La dirección completa en la que el consumidor o usuario puede presentar sus quejas y reclamaciones, así como, en su caso, la información sobre el sistema extrajudicial de resolución de conflictos prevista en el artículo 21.4.

3. *La información precontractual debe facilitarse al consumidor de forma gratuita.”* (Subrayado es propio).

⁴²⁵ “Artículo 7: 1. Los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe...”

⁴²⁶ “Artículo 1258. Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley.”

⁴²⁷ BERMUDEZ BALLESTERO, MARÍA DEL SAGRARIO. “Derecho de desistimiento del consumidor en un contrato celebrado del forma presencial. Imprudencia de la nulidad del contrato instada por el consumidor por incumplimiento de los deberes de información y documentación”, trabajo realizado dentro del Proyecto de Investigación DER2011-28562, del Ministerio de Economía y Competitividad (“Grupo de Investigación y Centro de Investigación CESCO: mantenimiento de una estructura de investigación dedicada al Derecho de Consumo”), que dirige el Prof. Ángel Carrasco Perera. Documento localizable en: <http://www.uclm.es/centro/cesco/pdf/trabajos/28/2012/La%20SAP%20Madrid%202%20febrero%202011.pdf>, fecha de visita: 10 de agosto de 2012. Igualmente, es importante destacar que la obligación de

En otras palabras, lo que se busca es: *“en primer lugar, proteger la libertad de decidir sobre si contratar o no con pleno conocimiento de causa. En segundo lugar, permitir conocer las cualidades de la prestación en términos que permitan comparar los bienes o servicios, junto con sus condiciones jurídicas y económicas, de manera que no sólo se protege un consentimiento libre y bien formado, sin vicios, para elegir un concreto bien o servicio, sino que se favorece la competencia y el correcto funcionamiento del mercado. En tercer lugar, facilitar la comprensión del alcance del compromiso que se adquirirá, tanto en el plano económico como jurídico, con el desglose previo de las circunstancias en que se desenvolverá la ejecución del contrato y los derechos y obligaciones que afectarán al consumidor”*⁴²⁸.

Este es un derecho del consumidor que se transforma en una obligación para el empresario, porque es él quien está obligado a dar todos los datos relevantes del acuerdo. Llegándose, incluso a considerarle como un requisito básico a cumplir en el ámbito precontractual que podría afectar la eficacia del acuerdo⁴²⁹.

Es innegable que *“un enfoque exclusivo a esta cuestión desde la perspectiva del derecho del consumidor es insuficiente por muchos motivos: no puede negarse una cierta inmadurez del consumidor que realiza actos de consumo sin un conocimiento suficiente y de manera irresponsable; pero también es cierto que las propias*

información, tal y como se plantea en el sistema español, por transposición normativa la encontramos en las mismas condiciones en el resto de países europeos. En el caso del sistema Francés Paisant indica: *“En cuanto al consentimiento aclarado, la Ley francesa impone varias obligaciones de información a los profesionales. El libro I del Código de consumo está dedicado a dicha información en pro de los consumidores y la primera de sus disposiciones, el artículo L 111-1, obliga en términos generales a «todo profesional que venda bienes o preste servicios (...) antes de la celebración del contrato», a «permitir que el consumidor conozca las características del bien o servicio».*” En PAISANT, GILLES. “Los Derechos de desistimiento de los consumidores en Francia”, *Op. Cit.*, p. 696. Igualmente, en Italia encontramos los artículos 5 y siguientes del Codice del Consumo, en los cuales se regula el derecho que tiene el consumidor a ser informado.

⁴²⁸ CÁMARA LAPUENTE, SERGIO. “Comentario al artículo 60. Información previa al contrato”, en CÁMARA LAPUENTE, SERGIO (DIRECTOR). *Comentarios a las normas de protección de los consumidores. Texto refundido (RDL 1/2007) y otras leyes y reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea*, Colex S.A., Madrid, 2011, p. 489.

⁴²⁹ Ineficacia que, incluso, puede ser declarada de oficio, aún y cuando el consumidor nunca la hubiese alegado en el proceso. Así lo indicó el TJCE mediante STJCE (Sala Primera), de 17 de diciembre de 2009. Asunto Eva Martín Martín, contra, EDP Editores, SL. (TJCE 2009\397). A mayor abundamiento sobre el tema ver MARÍN LÓPEZ, JUAN JOSÉ. “Derecho de desistimiento de los consumidores en los contratos celebrados fuera de establecimiento comercial: El Juez puede apreciar de oficio la nulidad del contrato si el vendedor no cumplió la obligación de información impuesta por el derecho comunitario”. Documento localizable en <http://www.uclm.es/centro/cesco/pdf/trabajos/13/2010/13-2010-1.pdf>, fecha de visita: 18 de agosto de 2012.

III. ELEMENTOS DEL DERECHO DE DESISTIMIENTO

características y funcionamiento del mercado en nuestros días no lo hacen posible (la diversidad, variedad y complejidad de productos y servicios existentes; la contratación masificada y apresurada a la que el consumidor se ve compelido en la mayoría de los supuestos; la presión de una publicidad que envuelve al consumidor, etc.). Todo ello justifica que el derecho a la información se transforme en parte en un deber que se impone a otros sujetos que son, además, los que poseen o tienen un fácil acceso a la misma”⁴³⁰.

Esta se prevé como una obligación en proactiva, es decir, el empresario esta conminado a ejecutar todas las acciones necesarias para que el consumidor se informe y evacue todas las dudas que el eventual acuerdo le pueda generar. Esto a diferencia de lo estipulado la antigua Ley de Crédito al Consumo Ley 7/1995 de 23 de marzo, cuyo artículo 16 condicionaba la entrega de información a que el consumidor la solicitase, es decir, la obligación nacía únicamente si el consumidor pedía que lo informaran, con el evidente riesgo que ello podía causar⁴³¹.

ii.- Régimen especial:

Hoy en día, el deber/derecho de información, guarda un doble trato, por un lado, tenemos todo un marco general que hemos expuesto. Y por otro lado, tenemos el que he llamado el régimen especial, compuesto por todas aquellas normas que imponen a los empresarios obligaciones concretas en ciertas figuras, a saber, el artículo 69 TRLDGCU relativo a la información obligatoria en el Derecho de desistimiento. Artículo 80 TRLDGCU relativo a la obligación de informar en los contratos con cláusulas no negociadas individualmente. Artículo 97 TRLDGCU relativo al Derecho de información

⁴³⁰ IZQUIERDO CARRASCO, MANUEL. *Capítulo IV. Derecho a la información, formación y educación*, en REBOLLO PUIG, MANUEL. IZQUIERDO CARRASCO, MANUEL (DIR.), *La Defensa de los consumidores y usuarios. Comentario sistemático del Texto Refundido, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007*, IUSTEL, Madrid, 2011, p. 264.

⁴³¹ Artículo 16: “Oferta Vinculante: El empresario que ofrezca un crédito a un consumidor estará obligado a entregarle antes de la celebración del contrato, si el consumidor así lo solicita, un documento con todas las condiciones del crédito, como oferta vinculante, que deberá mantener durante un plazo mínimo de Diez días hábiles desde su entrega, salvo que medien circunstancias extraordinarias o no imputables a él.” (subrayado es propio).

en contratos celebrados a distancia. Artículo 111 TRLDGCU sobre información inherente al Derecho de desistimiento en contratos celebrados fuera de establecimientos mercantiles. Artículo 152 TRLDGCU relativo a la información precontractual en contratos de viajes combinados. Artículo 8 de la Ley sobre derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico y normas tributarias, relativo a la información que en etapa precontractual debe dar el empresario al consumidor. Artículo 27 de la Ley 34/2002 de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, relativo a la obligación del empresario electrónico de suministrar información al consumidor en etapa precontractual. Artículo 7 de la Ley sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores, el cual impone los requisitos de información previa del contrato a suscribir. Y en el Capítulo II, de la nueva ley de contratos de crédito al consumo (Ley 16/2011, de 24 de junio), relativo a la información que se debe dar al consumidor antes de celebrar el contrato.

La información del régimen general debe realizarse, conforme lo indicado por los artículos 18 y 20 del TRLDGCU los cuales indican el contenido mínimo obligatorio que ella debe contener y cita por ejemplo, los datos del empresario, los datos de bien o servicio ofertado (naturaleza, composición y finalidad del mismo), el precio, las formas de pago, el plazo, además de la calidad, cantidad, categoría o denominación usual o comercial del bien, la fecha de producción o suministro y lote, así como el plazo recomendado para el uso o consumo, entendido como fecha de caducidad del mismo⁴³².

⁴³² Resulta interesante destacar que en la propuesta de modernización del CC en materia de obligaciones y contratos, se especifica que los datos que deben ser suministrados al consumidor en contratos realizados a distancia son (Artículo 1267.6):

a) Su identidad y dirección.

b) Las características esenciales del bien o servicio.

c) El precio, incluidos todos los impuestos.

d) Los gastos de entrega y transporte, en su caso.

e) Las modalidades del pago y las de entrega o ejecución.

f) La existencia de derecho de desistimiento a que se refiere el apartado 11.

g) El coste de la comunicación a distancia.

h) El plazo de vigencia de la oferta y del precio.

i) La duración mínima del contrato si es de ejecución permanente o repetida.

j) Los procedimientos extrajudiciales de solución de conflictos de que el profesional

III. ELEMENTOS DEL DERECHO DE DESISTIMIENTO

Todo con el ánimo de implementar medidas para asegurar la salud y la seguridad de los consumidores, obligando a los empresarios a que por seguridad del consumidor, no deben entender únicamente a la personal, sino también a la jurídica y financiera.

Como el espíritu de la normativa es el de cubrir la mayoría de productos en el mercado, no debemos entender la lista como taxativa, ya que por la casi infinita posibilidad de bienes y/o servicios a los que está dirigida, algunos puntos de ella serán aplicables para algunos objetos y otros no. Ello significa entonces que el índice informativo es una referencia obligatoria de los puntos sobre los cuales debe versar la información, aun y cuando, no todos se puedan cumplir. Aunque debemos tener claro que esta flexibilidad no debe quedar al arbitrio del empresario, sino que dependerá de la naturaleza del bien y siempre bajo la tutela del Estado, quien será el que en última instancia decida el contenido de la comunicación.

Sobre las características de la información, la norma indica que la misma debe ser clara, comprensible, veraz, eficaz y suficiente, es decir, como norma básica, la información debe ser entendible para las personas a las que está dirigida. Debe tener la capacidad de comunicar el mensaje al consumidor. Ello implica que deberá ser redactada en términos de fácil entendimiento y en un idioma que sea descifrable para el sujeto que la reciba⁴³³.

La veracidad de la información se regula en el párrafo primero del mismo artículo 18, cuando indica que: *“El etiquetado y presentación de los bienes y servicios y las modalidades de realizarlo deberán ser de tal naturaleza que no induzca a error al consumidor y usuario”* (subrayado es propio). Así veracidad en la información, significa que la misma debe ser real y completa, nunca falsa, incompleta o manipulada; de tal manera que cause error grave en la comprensión de los extremos del contrato.

En este contexto, el empresario que mienta sobre las condiciones del objeto del contrato, no solo violenta la normativa expuesta, sino que dependiendo de la magnitud del engaño podría caer en el campo de las defraudaciones penales.

disponga o que esté adherido.” En Comisión General de Codificación. *Propuesta de modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos, Op. Cit.*, p. 51.

⁴³³ Que en nuestro caso sería el castellano, pero con las excepciones del bilingüismo para aquellas comunidades autónomas que manejen su propia lengua regional.

La eficacia de la información trata con la expectativa que el consumidor tenga del objeto del contrato y de la honradez del comerciante de suministrarle aquello que realmente le satisfaga, sin ocultar datos que pudiesen inducirle a error. Con ello, para que el consumidor quede realmente informado de las condiciones objetivas del objeto, la información deberá ser no solo eficiente, sino que suficiente.

Pero hay que tener en cuenta que la suficiencia no necesariamente es sinónimo de cantidad, ya que un exceso de información también puede producir desinformación, ya que si bombardeamos al comprador con tantísimos datos se podría dar el efecto contrario al deseado por la ley, es decir, la desinformación por superabundancia –tanta que al final sea imposible de procesar–.

“Esa eficacia y suficiencia no sólo se refiere a los datos informativos que deben ofrecerse, sino también al cómo. Así, no basta con considerar que en una venta de vivienda se debe ofrecer el dato de la superficie, sino que también es exigible que esa superficie, por ej., se ofrezca en metros cuadrados y no en hectáreas. No se trata de un problema de veracidad, sino de un problema de que en hectáreas esa información no es eficaz al fin que se pretende y, por tanto, no es suficiente 48. Por tanto, esa exigencia a la claridad y carácter comprensible de la información que exige el art. 18.2 TRDCU también se reconducen a esta eficacia y suficiencia. Si en un anuncio televisivo toda la información obligatoria sobre la TAE (Tasa Anual Equivalente) se incluye en una letra minúscula, que pasa a una velocidad que hace imposible su lectura, en un extremo casi ilegible en algunos tipos de pantalla, esa información no es clara y, por tanto, tampoco eficaz ni suficiente 49. Lo mismo ocurre si el manual de instrucciones de un producto en castellano es el resultado de un programa informático de traducción automática que no hay quién comprenda”⁴³⁴.

Respecto a la forma del comunicar el mensaje al consumidor, la norma vagamente nos dice que se hará a través de “*etiquetado y presentación*”, sin aclarar a qué refiere con cada uno de ellos. Autores como CARRASCO IZQUIERDO⁴³⁵ proponen entender el punto dependiendo del objeto de contrato, es decir, si estamos en

⁴³⁴ IZQUIERDO CARRASCO, MANUEL. *Capítulo IV. Derecho a la información, formación y educación, Op cit, p. 276.*

⁴³⁵ *Ibid*, p. 278.

III. ELEMENTOS DEL DERECHO DE DESISTIMIENTO

presencia de un bien, hemos de entender que la obligación se refiere a manuales de instrucciones o cualquier otro documento que permita darse una idea clara, acorde con las condiciones objetivas de la cosa y el contrato mismo. Y si por el contrario, el objeto del acuerdo es un servicio *“la forma más habitual para ofrecer esta información de las características esenciales es la cartelería o tabloneros informativos aunque en algunos supuestos también se prevé la existencia de documentos informativos que deben ser entregados necesariamente al consumidor”*⁴³⁶. Finalmente, agrega el autor que: *“Otra forma de manifestación del deber de informar es mediante la inclusión de determinados contenidos en el propio contrato o en documentos que se deben entregar necesariamente antes de la contratación, pero se trata de formas que ahora encuentran su fundamento no en este precepto sino en el art. 60 TRDCU”*⁴³⁷.

Si bien es cierto, el TRLDGCU no se impone plazo para entregar al consumidor los datos, si es claro que deberá hacerse antes de formalizar el acuerdo, así esta es una obligación de cumplimiento obligatorio en la etapa precontractual, ya que es en ese momento en que el consumidor necesita informarse de las condiciones que el acuerdo implica y con ello, tomar la mejor decisión.

Con ello, según indica IZQUIERDO CARRASCO⁴³⁸, el consumidor se asegura la libertad y la racionalidad en la decisión de contratación, se asegura que pueda utilizar o disfrutar adecuadamente los bienes y servicios que pretenda adquirir o contratar, se asegura el conocimiento del alcance de sus compromisos y se asegura el conocimiento de sus derechos, así como la forma de ejercerlos. Garantizándonos *“la correcta formación del consentimiento contractual del consumidor, el equilibrio entre las partes y, en definitiva, una efectiva protección de los derechos del consumidor. Además, al mismo tiempo, al posibilitar esta información que el consumidor pueda comparar entre las distintas ofertas existentes en el mercado, también se favorece la competencia*

⁴³⁶ *Idem.*

⁴³⁷ *Ibid*, p. 279.

⁴³⁸ IZQUIERDO CARRASCO, MANUEL. *Capítulo IV. Derecho a la información, formación y educación*, *Op cit*, p. 290.

*entre las empresas por lo que se despliega un efecto beneficioso para el propio mercado*⁴³⁹.

Finalmente, hay que indicar que la información deberá ser entregada por escrito, es decir, a través de cualquier soporte de acceso simple, inmediato y directo, siendo válido que se haga mediante soporte informáticos entendidos éstos como CD, DVD, memorias USB, incluso con remisión a páginas de internet, siempre y cuando el consumidor no solicite expresamente el soporte material, etc. Sobre el punto DOMINGUEZ LUELMO indica que: *“Aunque el art. 69.1 TR-LGDCU se refiere a la necesidad de información por escrito en el propio documento contractual, dicha expresión debe entenderse dentro del contexto de cada modalidad de contratación. En este sentido, es posible que para contratar se utilicen tecnologías que no precisen de la presencia física simultánea de los contratantes”*⁴⁴⁰.

Caso en el cual, deberemos aplicar el artículo. 23 de la Ley 34/2002 de 11 de julio, Ley de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico; el cual en su punto 1 dispone que *“los contratos celebrados por vía electrónica producirán todos los efectos previstos por el ordenamiento jurídico, cuando concurren el consentimiento y los demás requisitos necesarios para su validez”*. Precepto que se completa con su inciso 3, que manifiesta que: *“Siempre que la Ley exija que el contrato o cualquier información relacionada con el mismo conste por escrito, este requisito se entenderá satisfecho si el contrato o la información se contiene en un soporte electrónico”*.

iii.- Papel de la publicidad:

⁴³⁹ IZQUIERDO CARRASCO, MANUEL. *Capítulo IV. Derecho a la información, formación y educación*, Op cit, p. 291. Sobre el punto CÁMARA LAPUENTE citando a SEFTON GREEN, indica que: *“puede decirse con razón que en el ámbito de la contratación de consumo se ha invertido el paradigma, pasando de un consentimiento libre, basado en la autonomía de las partes, a un consentimiento informado, garantizado por deberes legales de información precontractual en aras de una mayor solidaridad en el ámbito contractual”*, en CÁMARA LAPUENTE, SERGIO. “Comentario al artículo 60. Información previa al contrato”, Op. Cit., p.484.

⁴⁴⁰ DOMINGUEZ LUELMO, ANDRÉS. “Capítulo II: Derecho de desistimiento”, Op. Cit., p. 626.

III. ELEMENTOS DEL DERECHO DE DESISTIMIENTO

Como la información debe ser suministrada en etapa precontractual, los canales de comunicación que deben ser regulados, son aquellos ubicados entre la oferta del contrato y su publicidad. Por ello, el artículo 20 TRLDGCU⁴⁴¹, indica cuál deberá ser la “*Información necesaria en la oferta comercial de bienes y servicios*” y para ello impone una serie de requisitos de obligatorio cumplimiento, los cuales, no están muy alejados de los que ya se exige para la información en general. Aunque si cita algunos otros que resultan interesantes como lo es la obligación de informar sobre la posibilidad de desistir del acuerdo, cuando esta exista.

La publicidad debemos entenderla como: “*Toda forma de comunicación realizada por una persona física o jurídica, pública o privada, en el ejercicio de una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional, con el fin de promover de forma directa o indirecta la contratación de bienes muebles o inmuebles, servicios, derechos y obligaciones*”⁴⁴². Pero además, para nuestros efectos, hay que entenderla incluida dentro del marco del artículo 19.2 del TRLDGCU, el cual nos dice que: “*A estos efectos, se consideran prácticas comerciales de los empresarios con los consumidores y usuarios todo acto, omisión, conducta, manifestación o comunicación comercial, incluida la*

⁴⁴¹ “Artículo 20. Información necesaria en la oferta comercial de bienes y servicios.

1. Las prácticas comerciales que, de un modo adecuado al medio de comunicación utilizado, incluyan información sobre las características del bien o servicio y su precio, posibilitando que el consumidor o usuario tome una decisión sobre la contratación, deberán contener, si no se desprende ya claramente del contexto, al menos la siguiente información:

Nombre, razón social y domicilio completo del empresario responsable de la oferta comercial y, en su caso, nombre, razón social y dirección completa del empresario por cuya cuenta actúa.

Las características esenciales del bien o servicio de una forma adecuada a su naturaleza y al medio de comunicación utilizado.

El precio final completo, incluidos los impuestos, desglosando, en su caso, el importe de los incrementos o descuentos que sean de aplicación a la oferta y los gastos adicionales que se repercutan al consumidor o usuario.

En el resto de los casos en que, debido a la naturaleza del bien o servicio, no pueda fijarse con exactitud el precio en la oferta comercial, deberá informarse sobre la base de cálculo que permita al consumidor o usuario comprobar el precio. Igualmente, cuando los gastos adicionales que se repercutan al consumidor o usuario no puedan ser calculados de antemano por razones objetivas, debe informarse del hecho de que existen dichos gastos adicionales y, si se conoce, su importe estimado.

Los procedimientos de pago, plazos de entrega y ejecución del contrato y el sistema de tratamiento de las reclamaciones, cuando se aparten de las exigencias de la diligencia profesional, entendiéndose por tal la definida en el artículo 4.1 de la Ley de Competencia Desleal.

En su caso, existencia del Derecho de desistimiento.

2. El incumplimiento de lo dispuesto en el apartado anterior o en las disposiciones a que se refiere el artículo 19.4 será considerado en todo caso práctica desleal por engañosa, en iguales términos a lo dispuesto en el artículo 21.2 de la Ley de Competencia Desleal.” Redacción según Ley 29/2009, de 30 de diciembre, por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios. (Subrayado es propio)

⁴⁴² Artículo 2 de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad, (LGP).

publicidad y la comercialización, directamente relacionada con la promoción, la venta o el suministro de un bien o servicio a los consumidores y usuarios, con independencia de que sea realizada antes, durante o después de una operación comercial" (subrayado es propio).

Así, conforme lo visto, la publicidad debe jugar el papel informador que la normativa le exige y en este sentido, *"puede o no contener información y, de contenerla, ésta puede versar sobre todos los elementos esenciales del contrato (de manera que se transformaría en «oferta publicitaria») o sólo sobre algunos; en ambos casos, la información suministrada mediante la publicidad sería exigible e integrable en el contrato en virtud del art. 61 TR-LGDCU"*⁴⁴³. Es decir, la publicidad es parte de la

⁴⁴³ CÁMARA LAPUENTE, SERGIO. "Comentario al artículo 60. Información previa al contrato", *Op. Cit*, p. 490. Aunque hay autores que relativizan el papel de la publicidad como fuente de comunicación e información de los consumidores. Sobre el punto IZQUIERDO CARRASCO nos dice: *"En cuanto a la publicidad, entendemos que no es una forma de facilitar esta información 56. El fin de la publicidad no es informar. Como establece el art. 2 LGP, la publicidad tiene el «fin de promover de forma directa o indirecta la contratación de bienes muebles o inmuebles, servicios, derechos y obligaciones. No obstante, ello no es obstáculo ni supone contradicción alguna con el hecho de que, en determinados supuestos, la publicidad tenga que incluir necesariamente alguna información. Así será cuando lo prevea expresamente una norma 57 o cuando ello derive de la aplicación de deberes generales como el de seguridad 58 o el de no generar confusión o engaño."* En IZQUIERDO CARRASCO, MANUEL. *Capítulo IV. Derecho a la información, formación y educación*, *Op cit*, p. 279. En similar sentido, ORTÍ VALLEJO indica que: *"No entramos a tratar, por obvia, la diferencia entre la publicidad y la obligación contractual de información del consumidor, pues basta observar que, mientras ésta es una información dirigida exclusivamente a la persona que ya ha contratado, la publicidad es información precontractual."* Y posteriormente amplía con lo que a su criterio son 5 diferencias entre ambos conceptos, citando resumidamente los siguientes: *"a) Por el contenido y finalidad de ambos tipos de información. La obligación de informar está directamente dirigida a transmitir al consumidor el conocimiento necesario para poder prestar un consentimiento reflexivo y claro, lo que exigirá facilitarle un conocimiento relativo a las todas características esenciales del bien o servicio y de las condiciones de adquisición. En cambio, la publicidad, aunque persigue contratar, no está orientada directamente a transmitir el conocimiento necesario para la prestación del consentimiento. De ahí que no tenga que ser una información completa, en el sentido de que informe de todo lo necesario para contratar... b) Por el requisito de la objetividad...., efectivamente, a la información publicitaria no le es exigible el requisito de la objetividad. Ello se demuestra desde el momento en que no tiene que ser una información completa, en consecuencia, podrá informar sólo de la parte que interese para atraer clientela. En cambio, la objetividad es un requisito de la información del consumidor... c) Por su diferente naturaleza jurídica. A este respecto la diferencia entre ambas es nítida. Mientras que la información del consumidor constituye una obligación de todo empresario que coloca un producto en el mercado y un derecho del consumidor, la publicidad no es una obligación de los empresarios, sino que es un derecho de éstos que pueden ejercer o no... d) Por sus destinatarios. Mientras que los destinatarios de la publicidad es el público en general, los destinatarios del deber de información son sólo los consumidores interesados en adquirir un producto o servicio. Sólo van a acceder a esta información los consumidores que ejecutan los actos previos o preliminares que preceden a la contratación. e) Por el ámbito de protección. En última instancia, se podría afirmar que mientras que la obligación de información al consumidor protege primordialmente a éste en su actividad adquisitiva de bienes y servicios y es un derecho que se enmarca en ese ámbito de la protección del consumidor, las normas que reglamentan la publicidad aunque tutelan al consumidor,*

III. ELEMENTOS DEL DERECHO DE DESISTIMIENTO

oferta contractual en tanto adelanta información al consumidor, la cual debe ser exigible al empresario, como elemento determinante de la voluntad contractual del consumidor⁴⁴⁴.

Sobre el punto, la jurisprudencia ha dicho: *“Se trata de un contrato que cae por sus características dentro del ámbito de aplicación de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, vigente en el momento de la adquisición (en la actualidad: arts. 60 y 61,1 TRLGDCU (RCL 2007, 2164 y RCL 2008, 372)), que aparece desarrollado en el art. 3,2 RD 515/1989, de 21 abril , con evidentes reflejos constitucionales, en el que la oferta en un sentido amplio, incluida la publicitaria y, con mayor razón, el documento contractual, determinan el derecho del comprador a recibir, a costa del vendedor, la copia de diversos documentos sobre el objeto y precio del contrato . Se trata, en definitiva, de que tenga una representación cumplida de lo que va a adquirir y que el vendedor asuma la obligación esencial y constitutiva de entregar al comprador la cosa vendida, una vez que ésta ha alcanzado existencia real y física cumpliendo de esa forma lo ofertado en la memoria de calidades y en la publicidad que se integran en el contenido del contrato”⁴⁴⁵ (subrayado es propio).*

Hemos de aclarar también, que cuando hablamos de publicidad no nos referimos únicamente a anuncios en televisión, o a publicaciones en periódicos, sino que incluimos todas los panfletos, folletos, pasquines, rótulos, impresos, etc.; en fin, todo aquello que pretende transmitir un mensaje al consumidor.

indudablemente, también persiguen proteger la competencia en el mercado, es decir, proteger a los empresarios entre sí.” EN ORTÍ VALLEJO, ANTONIO. *Comentario Artículo 13, Op. Cit.*, p. 409.

⁴⁴⁴ *“Artículo 61. Integración de la oferta, promoción y publicidad en el contrato.*

- 1. La oferta, promoción y publicidad de los bienes o servicios se ajustarán a su naturaleza, características, utilidad o finalidad y a las condiciones jurídicas o económicas de la contratación.*
- 2. El contenido de la oferta, promoción o publicidad, las prestaciones propias de cada bien o servicio, las condiciones jurídicas o económicas y garantías ofrecidas serán exigibles por los consumidores y usuarios, aún cuando no figuren expresamente en el contrato celebrado o en el documento o comprobante recibido y deberán tenerse en cuenta en la determinación del principio de conformidad con el contrato.*
- 3. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, si el contrato celebrado contuviese cláusulas más beneficiosas, estas prevalecerán sobre el contenido de la oferta, promoción o publicidad.”*

⁴⁴⁵ STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), número 114/2010, de 15 de marzo, ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana. (RJ 2010/2347).

En ese sentido, la jurisprudencia ha dicho que: *“sí resulta lógico demandar al titular del aparato la eliminación de cuantos obstáculos o alteraciones, ajenos al normal funcionamiento del aparato, puedan ser causa de lesiones o daños y reclamarle que ofrezca al usuario, en lugar visible para que resulte fácilmente perceptible, aviso claro, evidente y comprensible sobre el peligro del túnel y las cautelas a adoptar, incluso con llamada particular a personas con minusvalías o características que les hagan más propensas al riesgo, obligación que deriva en nuestra legislación de lo previsto en el artículo 3 y 13 f) de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General de Defensa de Consumidores y Usuarios a cuyo tenor, cuando de la naturaleza del servicio puesto a disposición de consumidores y usuarios se deriven riesgos de su previsible utilización, “deben ser puestos en conocimiento previo de los consumidores o usuarios por medios apropiados”, disponiendo el artículo 13-1 f) que estos servicios “deberán incorporar...f) INSTRUCCIONES o indicaciones para su correcto uso o consumo, advertencias y riesgos previsibles”⁴⁴⁶.*

d.- El empresario y el Derecho de información y documentación en el Derecho de desistimiento:

Dentro del marco regulatorio del Derecho de información de los consumidores, encontramos el deber de información y documentación previsto para ser aplicado en el Derecho de desistimiento. Obligación que se encuentra indicada en el artículo 69⁴⁴⁷ y 60.2.g⁴⁴⁸ del TRLDGPU.

⁴⁴⁶ SAP Alicante (Sección 5), número 449/2003, de 12 de setiembre, ponente desconocido. (JUR 2003/237589).

⁴⁴⁷ “Artículo 69. Obligación de informar sobre el Derecho de desistimiento.

1. Cuando la ley atribuya el Derecho de desistimiento al consumidor y usuario, el empresario contratante deberá informarle por escrito en el documento contractual, de manera clara, comprensible y precisa, del derecho de desistir del contrato y de los requisitos y consecuencias de su ejercicio, incluidas las modalidades de restitución del bien o servicio recibido. Deberá entregarle, además, un documento de desistimiento, identificado claramente como tal, que exprese el nombre y dirección de la persona a quien debe enviarse y los datos de identificación del contrato y de los contratantes a que se refiere.

2. Corresponde al empresario probar el cumplimiento de lo dispuesto en el apartado anterior.”

⁴⁴⁸ “Artículo 60. Información previa al contrato:

III. ELEMENTOS DEL DERECHO DE DESISTIMIENTO

En dicha normativa, se instruye a los empresarios para que dentro del catálogo genérico de información que se tiene que suministrar a los consumidores, se incluya todo lo relacionado con el Derecho de desistimiento, siempre y cuando, el acuerdo lo amerite.

Este se establece como uno más de los denominados regímenes especiales, ya que plantea que el empresario, aparte de informar genéricamente acerca de las condiciones del contrato, debe indicar lo relacionado con el ejercicio del derecho a desistir, sus condiciones, su plazo, los mecanismos de ejercicio, sus efectos, en fin, debe indicar todas las consecuencias que de él se deriven. Además, deberá quedar constancia escrita de ello, ya que la carga de la prueba le corresponde a él.

Dicho escrito, deberá ser remitido al consumidor *a posteriori* mediante un documento diferente al del contrato. *“Por tanto, sobre el empresario pesan inicialmente dos obligaciones: en primer lugar, informar y documentar por escrito la facultad legal de desistimiento y, en segundo término, facilitar su ejercicio mediante la entrega de un específico documento; siendo, además, de su cuenta la prueba de haber cumplido ambos deberes”*⁴⁴⁹.

Lo anterior significa, entonces, que el presente es un sistema de doble naturaleza, ya que por un lado, impone obligaciones de contenido precontractual (información) y por otro, impone otras de contenido contractual (documentación)⁴⁵⁰.

Dentro de las características de este marco, tenemos que para su aplicabilidad, debemos estar en presencia de un contrato de consumo, pero de aquellos en los que

1. Antes de contratar, el empresario deberá poner a disposición del consumidor y usuario de forma clara, comprensible y adaptada a las circunstancias la información relevante, veraz y suficiente sobre las características esenciales del contrato, en particular sobre sus condiciones jurídicas y económicas, y de los bienes o servicios objeto del mismo.

2. A tales efectos serán relevantes las obligaciones de información sobre los bienes o servicios establecidas en esta norma y normas que resulten de aplicación y, además:...

g) Existencia del Derecho de desistimiento del contrato que pueda corresponder al consumidor y usuario, el plazo y la forma de ejercitarlo. (Subrayado es propio)

⁴⁴⁹ BELUCHE RINCÓN, IRIS. *El Derecho de desistimiento del consumidor*, Op. Cit., p.58.

⁴⁵⁰ Resulta interesante aclarar que la derogada Ley 26/1991, de 21 de noviembre, de contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles; en su artículo 3 ya imponía una doble régimen como el actual ya que obligaba a que los contratos o las ofertas contractuales, celebrados dentro del marco regulador de dicha Ley, debían formalizarse por escrito y a la vez, acompañarse de un documento de revocación.

se prevea la aplicación del Derecho de desistimiento, en otras palabras, debe ser un contrato de aquellos en los que la normativa expresamente imponga la posibilidad de desistir de él, a saber, contratos realizados fuera de establecimiento mercantil, contratos realizados a distancia, contratos de compraventa a plazos de bienes muebles, contratos sobre derechos de aprovechamiento por turno y contratos sobre viajes combinados.

De lo anterior se concluye entonces, que los contratos que cuenten con la cláusula de desistimiento contractual o consensual, estarán excluidos de éste fuero de exigibilidad especial. *“Respecto a los desistimientos atribuidos convencionalmente, no es necesaria su mención expresa en el contrato celebrado, sino que basta que pueda incorporarse a él cuando se ofrece como ventaja en la publicidad (arts. 61.2 y 79 I TRLGDCU) o cuando se anuncien tales condiciones en un lugar visible del lugar donde se celebre el contrato (art. 5.3 LCGC)”*⁴⁵¹. Lo cual resulta lógico porque si partimos de la premisa de que este tipo de acuerdo es producto de un ofrecimiento del comerciante realizado a través de una oferta especial, de una concesión comercial, o bien, de un proceso de negociación inter partes, pues el fin de la normativa ya no tiene sentido, ya que el consumidor ya ha tenido acceso a la información deseada, sea por la oferta, por la publicidad, o bien, por la negociación misma. Cosa que no ocurre en los contratos típicamente previstos, en donde generalmente hay poca divulgación de éste tipo de extremos.

En cuanto a la forma de la información, la norma rompe el principio de libertad de forma previsto en el artículo 1278 del CC⁴⁵², ya que como mecanismo de garantía y certeza de cumplimiento del requisito, exige que la misma se haga de manera escrita en el mismo contrato que se suscribe y además, a través de un documento de desistimiento que se deberá entregar al consumidor junto al acuerdo principal. A pesar de lo anterior, debemos ser cautos, ya que: *“La exigencia de forma escrita documental no significa que estemos en presencia de formas ad solemnitatem que llevan a la*

⁴⁵¹ GARCÍA VICENTE, JOSÉ RAMÓN. “Comentario al artículo 69. Obligación de informar sobre el Derecho de desistimiento”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, RODRIGO (COORD.). *Comentario del texto refundido de la ley general para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007)*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2009, p.854.

⁴⁵² Artículo 1278: Los contratos serán obligatorios, cualquiera que sea la forma en que se hayan celebrado, siempre que en ellos concurran las condiciones esenciales para su validez.

III. ELEMENTOS DEL DERECHO DE DESISTIMIENTO

inexistencia de contrato en caso de falta de forma, sólo estaremos en presencia de forma ad solemnitatem cuando así se establece en cada modalidad o mecanismo contractual”⁴⁵³.

En este caso, la exigencia legal es para confirmar que al consumidor la haya sido comunicado su derecho y su omisión, si bien es cierto que no generará ineficacia, sí será objeto de sanción en los efectos de la figura, sobre todo en lo que al conteo del plazo y a la devolución del objeto contractual se refiere. Su omisión definitiva en cambio, si podría acarrear la nulidad o resolución del contrato, conforme el artículo 78 TRLDGCU.

La excepción a la formalidad de escritura previa, lo constituyen los contratos realizados a distancia, en donde, por su naturaleza es imposible su realización, tal y como lo pretende el artículo 69, por ello, en estos casos el TRLDGCU (artículos 80.1.b⁴⁵⁴, 97 y 98⁴⁵⁵) permite que los documentos informativos del Derecho de desistimiento lleguen al consumidor *a posteriori*, es decir, con la entrega definitiva del acuerdo.

Finalmente, en cuanto a la forma, la norma indica que la misma deberá realizarse *“de manera clara, comprensible y precisa”*, exigencias que son coincidentes con las que

⁴⁵³ GALLEGU DOMÍNGUEZ, IGNACIO. “Capítulo II. Derecho de desistimiento”, *Op. Cit.*, p. 1264. Disposición que se repite en la nueva Directiva sobre derechos de los consumidores, la cual impone la obligación de uso de un formulario de desistimiento “estandarizado” para los países miembros de la Unión

⁴⁵⁴ “Artículo 80. Requisitos de las cláusulas no negociadas individualmente: 1. En los contratos con consumidores y usuarios que utilicen cláusulas no negociadas individualmente, incluidos los que promuevan las Administraciones públicas y las entidades y empresas de ellas dependientes, aquéllas deberán cumplir los siguientes requisitos:... b) Accesibilidad y legibilidad, de forma que permita al consumidor y usuario el conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido.

Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 63.1, en los casos de contratación telefónica o electrónica con condiciones generales será necesario que conste, en los términos que reglamentariamente se establezcan, la aceptación de todas y cada una de las cláusulas del contrato, sin necesidad de firma convencional. En este supuesto, se enviará inmediatamente al consumidor y usuario justificación de la contratación efectuada por escrito o, salvo oposición expresa del consumidor y usuario, en cualquier soporte de naturaleza duradera adecuado a la técnica de comunicación a distancia utilizada, donde constarán todos los términos de la misma. La carga de la prueba del cumplimiento de esta obligación corresponde al predisponente.

El cómputo del plazo para el ejercicio del Derecho de desistimiento del consumidor y usuario en la contratación telefónica o electrónica con condiciones generales, en los supuestos en que reglamentariamente esté previsto, se regirá por lo dispuesto en el artículo 71.” (Subrayado es propio).

⁴⁵⁵ “Artículo 98. Confirmación escrita de la información. 1. Antes de la ejecución del contrato deberá facilitarse al consumidor y usuario...”, conforme el artículo 97 las condiciones del contrato.

vimos se requieren para cualquier tipo de información que se le debe rendir al consumidor.

En el fondo lo que se busca es que se logre comunicar y dar a entender las principales características del bien y del contrato. *“El fundamento de la obligación de informar del empresario no es otro que posibilitar que el usuario tenga conocimiento de la facultad de desistimiento y de sus condiciones y efectos de ejercicio. El profesional debe informar porque el consumidor, para la correcta formación de su consentimiento, debe conocer que legalmente le protege una facultad que le permite arrepentirse; un derecho fundado en que, aún sin necesidad que concurran vicios, ha prestado un consentimiento que hipotéticamente puede no haber reflexionado o madurado suficiente. Si bien, para que tal función preventivo-protectora se cumpla, la información debe ser transmitida en términos adecuados que permitan a un ciudadano-consumidor medio comprenderla sin dificultad”*⁴⁵⁶.

Según la norma (artículo 69 TRLDGCU), el contenido de esa información deberá versar sobre el *“derecho de desistir del contrato y de los requisitos y consecuencias de su ejercicio, incluidas las modalidades de restitución del bien o servicio recibido”*, es decir, la información debe ser completa y contener todos los extremos que de la figura⁴⁵⁷. Por ello, cualquier intento de resumir o parcializar el contenido será ilegal. Y así lo ha dicho la jurisprudencia: *“En aplicación de dicha normativa las audiencias provinciales han tenido ocasión de pronunciarse reiteradamente en relación con la Ley 26/91, y siempre desde la óptica de la Directiva citada y del espíritu que en ella late de*

⁴⁵⁶ BELUCHE RINCÓN, IRIS. *El Derecho de desistimiento del consumidor*, Op. Cit., p.58.

⁴⁵⁷ Aunque según ROTT, una exigencia tan amplia puede llegar a ser problemática y cita por ejemplo el caso Alemán: *“Details on the supply of information to the consumer are regulated in § 355 par. 2 BGB. The period of withdrawal only begins once the consumer is supplied the relevant information in a clear manner that explains his rights plainly. The term «rights» means that the information supplied must not only include the existence of the right of withdrawal but also the numerous and complex consequences of the withdrawal. This latter requirement is of course a source of mistakes, in particular, where authoritative interpretation by the courts on the consequences of the withdrawal is not yet available.”* En ROTT, PETER. “Harmonising Different Rights of Withdrawal: Can German Law Serve as an Example for EC Consumer Law?” *Op. Cit.*, p. 1118. Traducción: *“Los detalles sobre el suministro de información al consumidor son regulados en el § 355 párr. 2 BGB. El período de desistimiento sólo se inicia una vez que al consumidor se le suministre toda la información relevante, de una manera clara, en la que se le explique claramente sus derechos. El término «Derechos» significa que la información suministrada no sólo debe incluir la existencia del Derecho de desistimiento, sino también las consecuencias que él implica. Este último requisito es, por supuesto, una fuente de errores, en particular, donde la interpretación autorizada de los tribunales sobre las consecuencias de la retirada aún no está disponible.”*

III. ELEMENTOS DEL DERECHO DE DESISTIMIENTO

protección al consumidor, de tal forma que han entendido que el requisito de la forma del contrato se convierte en piedra angular del sistema, a modo de garantía ineludible sobre la que se fundamenta tal protección (SS. A. P. Asturias 6-11- 97 y Valencia 3-6-00). A temas análogos al que ahora nos ocupa se refieren también las SS de A. P. de Zaragoza de 14-6-99 y Valladolid de 14-5-99 y la de Madrid de 3-2-99 cuando afirma que no es válida la simple referencia a la posibilidad de revocación. La Sentencia de la A. P. de Barcelona de 17-4-00 insiste en que el documento deberá contener con caracteres destacados la referencia clara y precisa al derecho del consumidor al revocar el consentimiento otorgado y a los requisitos y consecuencias de su ejercicio, admitiendo la posibilidad de anulación a instancia del consumidor por incumplimiento de estas obligaciones. La A. P. de Cádiz en Sentencia de 26-1- 00, declara la nulidad del contrato por la inobservancia de los requisitos «ad solemnitatem» exigidos por el legislador, con los efectos inherentes de recíproca devolución de las prestaciones recibidas»⁴⁵⁸.

El documento de desistimiento, es necesario “que exprese el nombre y dirección de la persona a quien debe enviarse y los datos de identificación del contrato y de los contratantes a que se refiere”⁴⁵⁹, es claro que el mismo es una manera de asegurarse que el consumidor no solo cuente con información acerca de su derecho a desistir, sino que tenga manera de saber cómo hacerlo y ante quien hacerlo.

Este requisito se retoma de la anterior Ley de contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles⁴⁶⁰, la cual en su artículo 3⁴⁶¹ estipulaba, entre otras

⁴⁵⁸ SAP Zamora (Sección 1º), número 79/2006 de 21 de marzo. Ponente: Ilmo. Sr. D. Pedro Jesús García Garzón. (JUR 2006/126781).

⁴⁵⁹ Artículo 69.1 TRLDGCU.

⁴⁶⁰ Ley 26/1991, de 21 de noviembre, de contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles. Derogada por 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 (BOE núm. 287, de 30-11-2007).

⁴⁶¹ “Artículo 3. Documentación del contrato:

1. El contrato o la oferta contractual, contemplados en el artículo 1, deberán formalizarse por escrito en doble ejemplar, acompañarse de un documento de revocación e ir fechados y firmados de puño y letra por el consumidor.
2. El documento contractual deberá contener, en caracteres destacados e inmediatamente encima del lugar reservado para la firma del consumidor, una referencia clara y precisa al derecho de éste a revocar el consentimiento otorgado y a los requisitos y consecuencias de su ejercicio.

cosas, la obligación de que los contratos celebrados al amparo de dicho cuerpo legal, debían acompañarse de un *“documento de revocación e ir fechados y firmados de puño y letra por el consumidor”*, además al igual que se hace en la norma en estudio, obligaba a que el documento de rito, debía contener *“una referencia clara y precisa al derecho de éste a revocar el consentimiento otorgado y a los requisitos y consecuencias de su ejercicio.”* Finalmente, debía llevar *“la mención “documento de revocación”, y expresar el nombre y dirección de la persona a que ha de enviarse y los datos de identificación del contrato y de los contratantes a que se refiere.”*

Así, la exigencia actual no resulta novedosa, aún y cuando, ahora se amplíe para ser aplicada en todos los contratos en los que la ley prevea la existencia del desistimiento. Sin embargo, si llama la atención que en casos de contratos realizados fuera de establecimiento mercantil se exija que además de todo lo anteriormente expuesto también se pida que el documento vaya firmado por puño y letra del consumidor⁴⁶².

La jurisprudencia por su parte, a pesar de lo clara que pareciese que es la normativa, no ha sido unánime en la forma de aplicarla, ya que encontramos desde sentencias que relativizan su exigencia, hasta aquellas en que enérgicamente se exige su obligatoriedad. Aunque hemos de indicar que por las fechas de las primeras –inicios

3. *El documento de revocación deberá contener, en forma claramente destacada, la mención “documento de revocación”, y expresar el nombre y dirección de la persona a que ha de enviarse y los datos de identificación del contrato y de los contratantes a que se refiere.*

4. *Una vez suscrito el contrato, el empresario o la persona que actúe por cuenta suya, entregará al consumidor uno de los ejemplares y el documento de revocación.*

5. *Corresponde al empresario probar el cumplimiento de las obligaciones a que este artículo se refiere.”*

⁴⁶² Artículo 111 TRLDGCU: *“Documentación del contrato y del Derecho de desistimiento.*

1. *El contrato o la oferta contractual incluidos en el ámbito de aplicación de este título deberán formalizarse por escrito en doble ejemplar, acompañarse de un documento de desistimiento e ir fechados y firmados de puño y letra por el consumidor y usuario. Corresponde al empresario probar el cumplimiento de las obligaciones a que este artículo se refiere.*

2. *El documento contractual deberá contener, en caracteres destacados e inmediatamente encima del lugar reservado para la firma del consumidor y usuario, una referencia clara, comprensible y precisa al derecho de éste a desistir del contrato y a los requisitos y consecuencias de su ejercicio.*

3. *Una vez suscrito el contrato, el empresario o la persona que actúe por su cuenta, entregará al consumidor y usuario uno de los ejemplares y el documento de desistimiento.”*

Obligación que se reitera en el artículo 1265.6 de la Propuesta de modernización del CC en materia de obligaciones y contratos: *“Los contratos a que se refiere este artículo deberán formalizarse por escrito en doble ejemplar, acompañando el documento de desistimiento, e ir fechados y firmados de puño y letra por el consumidor o usuario. La misma regla deberá aplicarse a las ofertas contractuales.”* En Comisión General de Codificación. *Propuesta de modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos, Op. Cit.*, p. 49.

III. ELEMENTOS DEL DERECHO DE DESISTIMIENTO

de la década de los noventa- pareciera que corresponden a una etapa inicial de aplicación de la figura en donde podríamos especular, aún no había conciencia plena de sus consecuencias e implicaciones legales. Cosa que con el tiempo se ha ido superando.

Así en primera instancia encontramos la SAP de Tarragona de 24 septiembre 2003, en la que se le resta importancia al documento de desistimiento aceptando como válida una cláusula del contrato principal en la que se hacía referencia a la posibilidad de desistir del acuerdo, en concreto indica: *“Así pues, no consta acreditado que se entregara al demandado el documento de revocación, no obstante, en el contrato suscrito se especifica en la cláusula j) que si el alumno no queda satisfecho con la calidad del material del curso recibido tiene un plazo de siete días a partir de la recepción del curso para proceder a su devolución y para solicitar al Centro el reintegro de las cantidades satisfechas hasta ese momento, siempre y cuando remita el curso al Centro sin haber sido usado, copiado ni rayado, con todo su contenido y su embalaje original, constando justo debajo de la firma del demandado que «el alumno acepta las condiciones especificadas en este contrato y de acuerdo con las cláusulas estipuladas al dorso», por lo que, tal y como se declara en la SAP de Navarra de 4 de febrero de 2003 (JUR 2003, 76130), la omisión de la entrega del documento de revocación tan solo será jurídicamente relevante, con los radicales efectos que se pretenden -nada menos que la nulidad de la relación convencional- si ejercitada en tiempo la facultad de revocación tal hipotético ejercicio hubiera sido inatendido por el centro de enseñanza, por lo que no puede encontrar amparo la extemporánea solicitud de anulación del contrato a instancias del consumidor que se realiza en trámite de oposición a la petición inicial del juicio monitorio con invocación meramente nominal del art 4 de la Ley 26/91. Así, para que la infracción de los requisitos que se mencionan en el art 3º sean sancionados con la nulidad deberán tenerse en cuenta las circunstancias concurrentes en cada supuesto”*⁴⁶³.

⁴⁶³ SAP Tarragona (Sección 1), número 280/2003 de 24 de setiembre. Ponente: Ilmo. Sra. Sara Uceda Sales, (JUR 2003/258202). La citada sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra, sobre el punto dijo: *“Ciertamente, no esta justificado, que se entregara, a la Sra. Gema, el documento de revocación, pero tal omisión, tan solo sería jurídicamente relevante, con los radicales efectos que se pretenden, –nada menos que la nulidad de la relación convencional–, si ejercitada en tiempo oportuno la facultad de revocación, –*

Esta situación se vino a revertir con la reforma del TRLDGCU, la cual es evidente que varió la forma de entender la normativa del Derecho de consumo por los jueces, ya que llama la atención que algunos casos antiguos, similares a los expuestos y en los que por cuestiones de aplicación temporal normativa, se debía fallar con la ley derogada, sus sentencias son diametralmente opuestas a las vistas. Así, en un fallo de la Audiencia Provincial de Barcelona se dijo: *“Pues bien, una de las características fundamentales de tal contratación es el reconocimiento al consumidor de un irrenunciable derecho de revocación «ad nutum» a ejercer dentro de los siete días contados desde la recepción de la mercancía, y para favorecer el ejercicio de tal excepcional facultad revocatoria unilateral se prevé que una vez suscrito el contrato el empresario o la persona que actúe por cuenta suya entregue al consumidor no sólo un ejemplar del contrato, sino también un documento autónomo de revocación; de este modo, la revocación puede fácilmente ejercitarse mediante la simple remisión al empresario del expresado documento (art. 5.º.2 Ley 26/1991).”* Y sobre éste supuesto, refiriéndose al caso concreto, en donde se alegaba que si bien es cierto, no se había entregado el documento de desistimiento, éste estaba implícito en el contrato principal –tal y como se había legitimado en el fallo anterior-, la Audiencia de Barcelona dijo: *“En el supuesto enjuiciado, la frase («"Planeta Crédito, SA" reconoce el derecho de revocación de este contrato en el plazo máximo de siete días, contados a partir de la fecha de recepción del pedido; Ley 26/1991, de 21 noviembre, sobre contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles») que aparece en el documento contractual impresa en negrilla y situada inmediatamente encima de la firma de la compradora es irrelevante a los efectos que nos ocupan, pues tal facultad revocatoria no es menester que sea reconocida por el empresario ya que su fuente es una disposición normativa de «ius cogens» (art. 9.º, Ley citada); en cambio, sí es imprescindible que el empresario cuide de facilitar el ejercicio de tal irrenunciable facultad revocatoria del modo que previene la Ley, esto es, haciendo entrega de un*

sin necesidad de alegar causa alguna, en el plazo de siete días contados desde la recepción del material-, tal hipotético ejercicio, hubiera sido, "inatendido", por el centro de enseñanza, aduciendo razones del tipo, de que la "revocación no estaba justificada", o que la misma, no pudo ser realizada en ausencia del documento de revocación.” En SAP Navarra (Sección 2), número 119/2002 de 4 de febrero. Ponente: Ilmo. Sr. D. José Francisco Cobo Sáenz, (JUR 2003/76130).

III. ELEMENTOS DEL DERECHO DE DESISTIMIENTO

documento independiente de revocación al consumidor.” Así, con más acierto jurídico se acogió las pretensiones del consumidor⁴⁶⁴.

En estos votos, se aplican tajantemente los parámetros legales analizados y se condena al empresario que ha incumplido con su obligación de entregar el documento de desistimiento, tal y como lo ordena la normativa actual.

Finalmente, el artículo 69.2 indica que: *“Corresponde al empresario probar el cumplimiento de lo dispuesto en el apartado anterior”*, con ello, invierte la carga de la prueba prevista en el artículo 217.2 y .3 de la Ley de Enjuiciamiento civil⁴⁶⁵, a favor del consumidor, lo cual significa que en caso de cualquier conflicto derivado de la aplicación de la normativa analizada, será el empresario quien deberá demostrar que si ha cumplido con la ley.

En este sentido, se plantea una presunción *iuris tantum* a favor de consumidor⁴⁶⁶. Y así lo ha amparado la jurisprudencia la que en un acogió la pretensión del consumidor: *“La demandada no ha probado, como le incumbía (art. 72 del Texto refundido de la Ley de Consumidores y Usuarios), que hiciera uso, en el plazo*

⁴⁶⁴ SAP Barcelona (Sección 16), número 234/1998 de 23 de junio. Ponente: Ilmo. Sr. D. Jordi Seguí Puntas, (AC 1998/1334). Fallo posteriormente reiterado por la propia Audiencia Provincial de Barcelona mediante SAP (Sección 12), de 5 de octubre de 1998. Ponente: Ilmo. Sr. Pascual Ortuño Muñoz, (AC 1998/1858). Línea seguida también por la SAP Alicante (sección 4), número 99/2000, de 10 de febrero de 2000, ponente Ilmo. SR. D. Manuel Benigno Florez Menéndez, (AC 2000/580). así como por la SAP Valencia (Sección 7), número 103/2003 de 21 de febrero. Ponente: Ilma Sra. Pilar Cerdán Villalba, (AC 2003/1291) y finalmente por la SAP Granada (Sección 4), número 266/2010 de 18 de junio. Ponente: Ilmo. Sr. Juan Francisco Ruiz-Rico Ruiz, (JUR 2011/74118).

⁴⁶⁵ Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. En lo que interesa indica:

“Artículo 217. Carga de la prueba:

2. Corresponde al actor y al demandado reconviniente la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda y de la reconvenición.

3. Incumbe al demandado y al actor reconvenido la carga de probar los hechos que, conforme a las normas que les sean aplicables, impidan, extingan o enerven la eficacia jurídica de los hechos a que se refiere el apartado anterior.”

⁴⁶⁶ Obligación que también impone el artículo 9 de la nueva Directiva sobre derechos de los consumidores en su artículo 9: *“La carga de la prueba en relación con el cumplimiento de los requisitos de información establecidos en el presente capítulo incumbirá al comerciante.”*

establecido, del derecho de revocación o desistimiento. Es obvio que a tal efecto no sirve la declaración testifical de su esposo, por su evidente interés en el asunto”⁴⁶⁷.

B.- Elemento objetivo:

Retomando el análisis del Derecho de desistimiento toca enfocarse ahora en su perfil objetivo, es decir, en el objeto de figura jurídica de desistir.

Para ello, primero debemos recordar que los objetos de los contratos de consumo, se denominan bienes de consumo y como tales, deben ser diferenciados del objeto del derecho subjetivo de desistir.

Los bienes de consumo, normativamente vienen regulados en la Directiva 1999/44/CE, cuyo artículo 1, inciso b; indica que bien de consumo es *“cualquier bien mueble corpóreo”*, a excepción de *“los bienes vendidos por la autoridad judicial tras un embargo u otro procedimiento, el agua y el gas cuando no estén envasados para la venta en el volumen delimitado o en cantidades determinadas, la electricidad.”*

Esta definición fue incorporada al sistema español a través del artículo 1 de la Ley 23/2003, de 10 de julio, de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo⁴⁶⁸, el cual indicaba que *“se consideran aquí bienes de consumo los bienes muebles corporales destinados al consumo privado.”* Con lo cual, se retoma la definición de la Directiva Europea y se ampara la realidad del mercado ya que *“la situación actual ha desbordado la transmisión de bienes a pequeña escala, predominando hoy la fabricación y venta masiva de bienes de consumo. Se trata, en consecuencia, de adaptar las tradicionales regulaciones a la celeridad e incremento del tráfico jurídico de bienes de consumo.”* Restringiéndose eso si, a aquellos bienes que sean destinados al uso privado.

⁴⁶⁷ SAP Albacete (Sección 1), número 491/2011, de 25 de marzo, ponente: Ilmo. Sr. D. Manuel Mateos Rodríguez. (AC 2011/471). En este caso la demandada era la empresaria que fue demandada por no cumplir con su deber de información y documentación.

⁴⁶⁸ Derogada por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el TRLDGCU.

III. ELEMENTOS DEL DERECHO DE DESISTIMIENTO

El TRLDGPU, por su parte y a pesar de haber refundido la citada ley, no contiene ninguna definición de lo que debemos entender por bien de consumo, sin embargo, en su artículo 6, regula los que llama “productos”, indicando que: *“Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 136, a los efectos de esta norma, es producto todo bien mueble conforme a lo previsto en el artículo 335 del Código Civil”*⁴⁶⁹.

Este artículo, es una especie de unión de conceptos poco acertada, ya que intenta integrar la denominación tradicional de bienes de consumo⁴⁷⁰, con la suya propia de productor que prevé el artículo 5⁴⁷¹ y en el intento, la norma incumple su cometido quedando incompleta.

Y es que no se puede unir aquello que por naturaleza es distinto *“desde un principio, ha de quedar claro que los términos «producto»/«bien» y «servicio» hacen referencia a realidades totalmente diversas”*⁴⁷². Y así deben de tratarse, por lo que parece bastante desacertado que en la refundición normativa se excluyese la

⁴⁶⁹ El artículo 136 del TRLDGPU, ubicado en el Libro tercero, de responsabilidad civil por bienes o servicios defectuosos, Capítulo de Daños Causados por Productos, indica: *“Concepto legal de producto. A los efectos de este capítulo se considera producto cualquier bien mueble, aun cuando esté unido o incorporado a otro bien mueble o inmueble, así como el gas y la electricidad.”* Y el artículo 335 del C.C., por su parte indica que: *“Se reputan bienes muebles los susceptibles de apropiación no comprendidos en el capítulo anterior, y en general todos los que se pueden transportar de un punto a otro sin menoscabo de la cosa inmueble a que estuvieren unidos.”*

⁴⁷⁰ Al respecto PEÑA LÓPEZ, nos dice: *“En efecto, este artículo 6 procede de la segunda frase del artículo 1 .II de la Ley 23/200397, el cual, a su vez, procede de la primera parte del artículo 1.2.b) de la Directiva 99/4498. La definición del concepto de producto es pues de aplicación al artículo 114 (vid. también el art. 21.1.II), y se complementa, a los efectos del mismo, con lo establecido en el artículo 115, al igual que el artículo 1 .II de la Ley 23/2003 se complementaba con las precisiones de su artículo 2.199, correspondientes, a su vez también, con las excepciones del artículo 1.2.b) de la Directiva al concepto de bien de consumo.”* En PEÑA LÓPEZ, FERNANDO. *“Comentario al Artículo 8: Derechos básicos de los consumidores y usuarios”, Op. Cit., p. 108.*

⁴⁷¹ Sobre la definición de producto contenida en el artículo 6 del TRLDGPU, FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO Y TORRES PÉREZ. Indican que: *“Se trata de un concepto preliminar que no tiene plena validez para la totalidad de la norma y que, en concreto, no sirve para determinar el significado de producto a efectos de la responsabilidad civil derivada de daños por productos defectuosos. En este punto, el art. 136 recoge un «concepto legal» de producto que supera en amplitud al del art. 6 146. Al respecto, consideramos que lo ideal habría sido sintetizar ambas nociones en un único concepto válido para todo el texto.”* En FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, PABLO. TORRES PÉREZ, FRANCISCO. *“Título I Ámbito de aplicación y derechos básicos de los consumidores y usuarios. Capítulo I Ámbito de aplicación”,* En REBOLLO PUIG, MANUEL. IZQUIERDO CARRASCO, MANUEL (DIR.). *La Defensa de los consumidores y usuarios. Comentario sistemático del Texto Refundido, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, IUSTEL, Madrid, 2011, p. 102.*

⁴⁷² FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, PABLO. TORRES PÉREZ, FRANCISCO. *Título I Ámbito de aplicación y derechos básicos de los consumidores y usuarios. Capítulo I Ámbito de aplicación, Op. Cit., p. 114.*

definición de bien de consumo que ya se tenía en la legislación derogada y que era acordó con el sistema comunitario.

Lo que si queda claro es que si interpretamos el artículo 6, con la definición de consumidor del artículo 3⁴⁷³, podemos concluir entonces que con la normativa actual, los bienes de consumo serán aquellos bienes muebles adquiridos por el consumidor en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional⁴⁷⁴.

A pesar de lo anterior, lo que si queda claro es que el objeto del Derecho de desistimiento, no lo son los bienes o servicios objeto del contrato realizado. El objeto del Derecho de desistimiento, es algo mucho más complejo que el simple bien o servicio que se adquiere. Tiene que ver con la posibilidad misma de desistir, o dicho de otra manera, *“Objeto del derecho es, según se apuntó ya, la realidad social y jurídica sobre la que recae el poder o posibilidades de actuación del sujeto”*⁴⁷⁵.

Y en ese sentido, el objeto del derecho subjetivo *“puede estar constituido por cosas materiales (bienes muebles e inmuebles) e inmateriales (creaciones del espíritu o ingenio o cosas que carecen de una base física: gases, energías...).* En general es todo aquello que merezca la consideración de cosa en sentido jurídico. También puede ser

⁴⁷³ “Artículo 3. Concepto general de consumidor y de usuario. A efectos de esta norma y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional.”

⁴⁷⁴ Hemos de aclarar que la nueva Directiva sobre derechos de los consumidores, hace una diferenciación entre bienes y bienes elaborados conforme las especificaciones del consumidor, con ello plantea una nueva categorización del concepto de bienes de consumo. “Artículo 2. Definiciones: A efectos de la presente Directiva, se entenderá por:...3) «bienes»: todo bien mueble tangible, excepto los bienes vendidos por la autoridad judicial tras un embargo u otro procedimiento. El agua, el gas y la electricidad se considerarán «bienes» en el sentido de la presente Directiva cuando estén envasados para la venta en un volumen delimitado o en cantidades determinadas;

4) «bienes elaborados conforme a las especificaciones del consumidor»: todo bien no prefabricado para cuya elaboración sea determinante una elección o decisión individual por parte del consumidor;”

⁴⁷⁵ LACRUZ BERDEJO, JOSE LUIS. ET AL. *Elementos de Derecho civil I, parte general, volumen tercero, derecho subjetivo. Negocio jurídico*, Op. Cit., p. 81. En igual sentido DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN, indica que: “Constituyen objeto de derechos subjetivos todas aquellas realidades que pueden ser sometidas al poder del titular o idóneas para satisfacer los intereses suyos”, en DÍEZ-PICAZO, LUIS. GULLÓN, ANTONIO. *Sistema de Derecho civil, volumen I: Introducción. Derecho de la persona. Autonomía Privada. Persona Jurídica*, Op. Cit., p. 422. ALBALADEJO, indica: “Objeto del derecho es la entidad o parte de la realidad sobre la que recae el poder concedido al sujeto”, en ALBALADEJO, MANUEL. *Derecho civil I, introducción y parte general*, Op. Cit., p. 418. E igualmente, SERRANO ALONSO Y SERRANO GÓMEZ, quienes nos dicen que ese objeto del derecho, además de ser *“aquella parte de la realidad del mundo sobre la que recae directamente el poder del titular”*, en SERRANO ALONSO, EDUARDO. SERRANO GÓMEZ, EDUARDO. *Manual de Derecho civil, curso I – Plan de Bolonia*, Op. Cit., p. 331.

III. ELEMENTOS DEL DERECHO DE DESISTIMIENTO

*una determinada conducta (actividad o inactividad) que debe realizar la otra parte y le puede ser exigida coactivamente*⁴⁷⁶.

Igualmente, el objeto del derecho subjetivo, puede ser un derecho, como es el caso del Derecho de desistimiento en donde se le otorga a un sujeto la facultad de desistir de un acuerdo de consumo, titularidad que como sabemos puede ser naturaleza legal o contractual.

El reconocer a un derecho la capacidad de ser objeto de otro derecho, ha sido objeto de discusión doctrinal desde hace bastante tiempo, pero nuestro criterio es que a pesar de que haya autores que rechacen la idea⁴⁷⁷, en el sistema legal hay suficientes ejemplos que justifican la admisibilidad de la propuesta⁴⁷⁸ y entre ellos podemos citar en el Código Civil el caso del derecho de usufructo⁴⁷⁹, de la prenda⁴⁸⁰ y de la

⁴⁷⁶ GETE-ALONSO, MARÍA DEL CARMEN. "Capítulo XVII La relación jurídica y el derecho subjetivo", *Op. Cit.*, p. 418.

⁴⁷⁷ En esta línea podemos citar a Díez-PICAZO Y GULLÓN, quienes sobre el punto indican: "*La teorización y abstracción en esta materia de los derechos sobre derechos no es conveniente*", en Díez-PICAZO, LUIS. GULLÓN, ANTONIO. *Sistema de Derecho civil, volumen I: Introducción. Derecho de la persona. Autonomía Privada. Persona Jurídica*, *Op. Cit.*, p. 422. Igualmente, parece que ALBALADEJO se inclina por la misma posición al indicar que: "*En la doctrina parece ahora dominar la tesis de que realmente no hay derechos sobre derechos, sino bien transmisión a un sujeto de parte de las facultades que encerraba un derecho perteneciente a otro (con cuyas facultades, al desglosarlas de éste, se constituye otro derecho), o bien casos de cotitularidad (los titulares –del derecho base y del llamado derecho sobre derecho– devienen realmente cotitulares de aquél, por lo que a cada uno compete parte del poder conferido por el mismo.*" En ALBALADEJO, MANUEL. *Derecho civil I, introducción y parte general*, *Op. Cit.*, p. 420.

⁴⁷⁸ Aparte de algún otro sector de la doctrina, entre los cuales podemos citas a manera de ejemplo a GETE-ALONSO, quien sobre el punto dice: "*Un derecho puede ser objeto de otro derecho cuando el actuar como objeto no suponga desnaturalizar el derecho, de modo que se convierta en algo sustancialmente diferente a lo que era(pierda su identidad).*" En GETE-ALONSO, MARÍA DEL CARMEN. "Capítulo XVII La relación jurídica y el derecho subjetivo", *Op. Cit.*, p. 418. Igualmente, LÓPEZ Y LÓPEZ, quien certeramente dice: "*Objeto de un derecho puede sin duda alguna, serlo otro derecho...*", LÓPEZ Y LÓPEZ, A. M. "Lección 19° La relación jurídica", en BLASCO GASCÓ, FRANCISCO (COORD.). *Derecho civil, parte general, derecho de la persona*, cuarta edición, edita Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003, p. 291.

⁴⁷⁹ "Artículo 469. Podrá constituirse el usufructo en todo o parte de los frutos de la cosa, a favor de una o varias personas, simultánea o sucesivamente, y en todo caso desde o hasta cierto día, puramente o bajo condición. También puede constituirse sobre un derecho, siempre que no sea personalísimo o intransmisible." Y "Artículo 507. El usufructuario podrá reclamar por sí los créditos vencidos que formen parte del usufructo si tuviese dada o diere la fianza correspondiente. Si estuviese dispensado de prestar fianza o no hubiese podido constituirla, o la constituida no fuese suficiente, necesitará autorización del propietario, o del Juez en su defecto, para cobrar dichos créditos.

El usufructuario con fianza podrá dar al capital que realice el destino que estime conveniente. El usufructuario sin fianza deberá poner a interés dicho capital de acuerdo con el propietario; a falta de acuerdo entre ambos, con autorización judicial; y, en todo caso, con las garantías suficientes para mantener la integridad del capital usufructuado", respecto a la titularidad de los derechos de crédito.

⁴⁸⁰ "Artículo 1868. Si la prenda produce intereses, compensará el acreedor los que perciba con los que se le deben; y, si no se le deben, o en cuanto excedan de los legítimamente debidos, los imputará al capital."

hipoteca⁴⁸¹; igualmente aquellos casos previstos por el artículo 107⁴⁸² de la Ley Hipotecaria⁴⁸³ y claro está el Derecho de desistimiento.

Ahora surge la cuestión de si el Derecho de desistimiento de origen contractual puede ser considerado como objeto de derecho subjetivo. Nuestro criterio es que si, por dos razones, primero, porque cualquier derecho que nazca a la vida jurídica contractualmente y con naturaleza *ex novo*, tiene el mismo reconocimiento del ordenamiento jurídico y la misma obligatoriedad para las partes que lo suscriben, que cualquier otra figura legalmente estipulada (artículos 1255 y 1258 CC). Y segundo, porque el propio TRLDGCU así lo estipula en el artículo 79.1⁴⁸⁴.

Además, debemos recordar que conforme el ciclo de vida de los derechos subjetivos, todo potestad que nazca de un acuerdo tiene la misma eficacia inter partes que la que tiene uno legalmente estipulado, en este sentido: *“Por nacimiento se entiende el hecho o acto que origina que el derecho subjetivo sea reconocido por el*

⁴⁸¹ “Artículo 1874. Sólo podrán ser objeto del contrato de hipoteca:

Los bienes inmuebles.

Los derechos reales enajenables con arreglo a las leyes, impuestos sobre bienes de aquella clase.”

⁴⁸² En lo que interesa indica: “Artículo 107. Podrán también hipotecarse:

El derecho de usufructo, pero quedando extinguida la hipoteca, cuando concluya el mismo usufructo por un hecho ajeno a la voluntad del usufructuario. Si concluyere por su voluntad, subsistirá la hipoteca hasta que se cumpla la obligación asegurada, o hasta que venza el tiempo en que el usufructo habría naturalmente concluido a no mediar el hecho que le puso fin...

...Las concesiones administrativas de minas, ferrocarriles, canales, puentes y otras obras destinadas al servicio público, y los edificios o terrenos que, no estando directa y exclusivamente destinados al referido servicio, pertenezcan al dominio particular, si bien se hallen agregados a aquellas obras, quedando pendiente la hipoteca, en el primer caso, de la resolución del derecho del concesionario.

Los bienes vendidos con pacto de retro o a carta de gracia, si el comprador o su causahabiente limita la hipoteca a la cantidad que deba recibir en caso de resolverse la venta, dándose conocimiento del contrato al vendedor, a fin de que si se retrajeren los bienes antes de cancelarse la hipoteca, no devuelva el precio sin conocimiento del acreedor, a no mediar para ello precepto judicial.

El derecho de retracto convencional, si bien el acreedor no podrá repetir contra los bienes hipotecados sin retraerlos previamente en nombre del deudor, en el tiempo en que éste tenga derecho y anticipando la cantidad que pare ello fuere necesaria.

...Los bienes litigiosos, si la demanda origen del pleito se ha anotado preventivamente, o si se hace constar en la inscripción que el acreedor tenía conocimiento del litigio, pero en cualquiera de los dos casos la hipoteca quedará pendiente de la resolución del pleito.

Los bienes sujetos a condiciones resolutorias expresas, quedando extinguida la hipoteca al resolverse el derecho del hipotecante.

...El derecho del rematante sobre los inmuebles subastados en un procedimiento judicial. Una vez satisfecho el precio del remate e inscrito el dominio en favor del rematante, la hipoteca subsistirá, recayendo directamente sobre los bienes adjudicados.”

⁴⁸³ Texto Refundido según Decreto de 8 de febrero de 1946.

⁴⁸⁴ “Artículo 79. Derecho contractual de desistimiento. A falta de previsiones específicas en la oferta, promoción, publicidad o en el propio contrato el Derecho de desistimiento reconocido contractualmente, éste se ajustará a lo previsto en este título.”

III. ELEMENTOS DEL DERECHO DE DESISTIMIENTO

ordenamiento jurídico, es decir la existencia del derecho; este hecho o acto puede ser muy variado; unas veces consiste en un hecho de la naturaleza humana que se produce con independencia del ser humano..., en otras ocasiones es el mero transcurso del tiempo el que da lugar a la atribución de un derecho..., en otras es la voluntad del ser humano la que hace nacer el derecho subjetivo, por ejemplo mediante un acto o negocio jurídico..."⁴⁸⁵ (subrayado es propio).

Efectivamente, cuando las partes acuerdan la aplicación de la cláusula de desistimiento, lo que hacen es dar vida jurídica a un nuevo derecho subjetivo, el cual como parte de ese acuerdo, tiene la misma eficacia obligatoria para ellos de aquél que es legalmente impuesto.

Eso sí, debemos ser cuidadosos de que este nuevo derecho se enmarque dentro de los límites legales para su eficacia, en este sentido, *"lo más adecuado es entender que el límite al establecimiento de un derecho sobre un nuevo derecho no previsto se encuentra en la congruencia de la nueva situación creada, lo que se formularía de la siguiente manera: un derecho puede ser objeto de otro derecho cuando el actuar como objeto no suponga desnaturalizar el derecho, de modo que se convierta en algo sustancialmente diferente a lo que era (pierda su identidad)"*⁴⁸⁶.

Es en esta línea que el artículo 79.1 del TRLDGPU, indica que para la procedencia y legalidad del Derecho de desistimiento contractual, *"éste se ajustará a lo previsto en este título."* Con ello, cualquier manifestación de un Derecho de desistimiento que se aparte de la regulación legal de la figura, será total o parcialmente inválida, dependiendo del grado de tergiversación que se haya hecho.

Como veremos posteriormente en el Capítulo V, una manipulación ilegítima del derecho a desistir, podría ser aquella en la que un empresario se guarde la facultad de desistir del acuerdo a su favor y no reservándola exclusivamente para el consumidor. O bien aquella en la que si bien es cierto, se reconozca el derecho al comprador

⁴⁸⁵ SERRANO ALONSO, EDUARDO. SERRANO GÓMEZ, EDUARDO. *Manual de Derecho civil, curso I – Plan de Bolonia. Op. Cit.*, p. 329.

⁴⁸⁶ GETE-ALONSO, MARÍA DEL CARMEN. "Capítulo XVII La relación jurídica y el derecho subjetivo", *Op. Cit.*, p. 418.

(consumidor), se haga de manera tan limitada que se restrinjan los derechos básicos que ya garantiza el TRLDGCU para el figura.

C.- Contenido:

Como indica el Tribunal Constitucional, *“Para tratar de aproximarse de algún modo a la idea de «contenido esencial», que en el artículo 53 de la Constitución se refiere a la totalidad de los derechos fundamentales y que puede referirse a cualesquiera derechos subjetivos sean o no constitucionales, cabe seguir dos caminos. El primero es tratar de acudir a lo que se suele llamar la naturaleza jurídica o el modo de concebir o de configurar cada derecho. Según esta idea, hay que tratar de establecer una relación entre el lenguaje que utilizan las disposiciones normativas y lo que algunos autores han llamado el metalenguaje o ideas generalizadas y convicciones generalmente admitidas entre los juristas, los jueces y en general los especialistas en Derecho. Muchas veces el «nomen» y el alcance de un Derecho subjetivo son previos al momento en que tal derecho resulta recogido y regulado por un legislador concreto. El tipo abstracto del derecho preexiste conceptualmente al momento legislativo y en este sentido se puede hablar de una reconocibilidad de ese tipo abstracto en la regulación concreta. Los especialistas en Derecho pueden responder si lo que el legislador ha regulado se ajusta o no a lo que generalmente se entiende por un derecho de tal tipo. Constituyen el contenido esencial de un Derecho subjetivo aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro, desnaturalizándose por decirlo así. Todo ello referido al momento histórico de que en cada caso se trata y a las condiciones inherentes en las sociedades democráticas, cuando se trate de derechos constitucionales.*

El segundo posible camino para definir el contenido esencial de un derecho consiste en tratar de buscar lo que una importante tradición ha llamado los intereses

III. ELEMENTOS DEL DERECHO DE DESISTIMIENTO

jurídicamente protegidos como núcleo y médula de los derechos subjetivos. Se puede entonces hablar de una esencialidad del contenido del derecho para hacer referencia a aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos. De este modo, se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección.

Los dos caminos propuestos para tratar de definir lo que puede entenderse por «contenido esencial» de un Derecho subjetivo no son alternativos ni menos todavía antitéticos, sino que, por el contrario, se pueden considerar como complementarios, de modo que, al enfrentarse con la determinación del contenido esencial de cada concreto derecho, pueden ser conjuntamente utilizados, para contrastar los resultados a los que por una u otra vía pueda llegarse”⁴⁸⁷.

Así, el contenido del derecho subjetivo es: *“El señorío que el poder concedido confiere a sujeto sobre el objeto. Señorío o ámbito de poder que se manifiesta en los diversos actos para que el titular resulta facultado: conjunto de facultades”⁴⁸⁸.*

Este conjunto de facultades del derecho subjetivo, componen a su vez, el campo de acción del mismo, el cual es otorgado por el sistema legal y como tal, debe ser respetado por su titular y por la colectividad misma. Es decir, el conjunto de facultades que el ordenamiento jurídico le otorga al titular de un derecho subjetivo, constituyen también los límites de su ejercicio, los cuales no podrán ser traspasados por quien lo ostente⁴⁸⁹, ni quebrantados por la colectividad⁴⁹⁰. *“Tres vertientes, pues tiene el contenido del derecho subjetivo: las facultades jurídicas que competen al titular, los*

⁴⁸⁷ STC número 11/1981, de 8 de abril de 1981, ponente: don Luis Díez-Picazo y Ponce de León. (RTC 1981\11).

⁴⁸⁸ ALBALADEJO, MANUEL. *Derecho civil I, introducción y parte general, Op. Cit.*, p.418. Igualmente definido por GETE-ALONSO como *“el poder (señorío) que el Derecho otorga a la persona que es su titular: la legitimación para actuar. Este poder se concreta en cada derecho de manera distinta y permite distinguir un derecho de otro”*, en GETE-ALONSO, MARÍA DEL CARMEN. *“Capítulo XVII La relación jurídica y el derecho subjetivo”*, *Op. Cit.*, p. 418.

⁴⁸⁹ Caso en el que estaríamos frente a un supuesto de abuso de derecho.

⁴⁹⁰ Salvo que dicho quebranto sea justificado en un estado de necesidad colectiva, caso en el que el interés particular cede ante el interés general.

*deberes jurídicos que vinculan o afectan a ciertas personas situadas en el lado pasivo de la relación y la protección jurídica que se le dispensa*⁴⁹¹.

Así, el contenido del Derecho de desistimiento parte del reconocimiento que se le hace al consumidor de ser titular del derecho, lo cual le otorga el poder de decidir sobre todos y cada uno de sus elementos, los cuales son lo que en realidad le dan contenido. Por ello, su contenido, es la facultad misma de desistir en las condiciones determinadas por todos aquellos extremos que lo componen: la facultad misma de finiquitar el acuerdo, junto con las condiciones mismas en que esa facultad se pueda materializar, a saber, condiciones de ejercicio, plazo, condiciones de gratuidad, así como sus efectos.

Conforme lo expuesto, las características del contenido del Derecho de desistimiento, entonces serán:

- Primero, para su eficacia, éste derecho nunca puede ir en contra de aquellos principios y garantías que el Derecho de consumo le otorga al consumidor,
- Segundo, que en virtud de lo anterior, estamos en presencia de un derecho de facultades unilaterales para su titular y de deberes para el empresario,
- Tercero, en caso del desistimiento contractual, siendo éste un derecho que nace del acuerdo de las partes, su contenido, será único, ya que dependerá de las condiciones pactadas por los sujetos del contrato. Y como tal, de acatamiento obligatorio para las partes y para la sociedad. Sin embargo, siempre deberán de respetarse las condiciones mínimas para su eficacia, a saber:
 - Sus elementos son irrenunciables, es decir, los elementos configurativos del derecho a desistir se encuentran regulados en la ley, por ello, cualquier manejo nunca podrá implicar su renuncia o inaplicabilidad consentida.

⁴⁹¹ LACRUZ BERDEJO, JOSE LUIS. ET AL. *Elementos de Derecho civil I, parte general, volumen tercero, derecho subjetivo. Negocio jurídico, Op. Cit.*, p. 82.

III. ELEMENTOS DEL DERECHO DE DESISTIMIENTO

- Su regulación es de contenidos mínimos, por ello, las partes solo podrán disponer de margen para ampliar el rango tuitivo previsto para el consumidor.

1.- Ejercicio del derecho

a.- Ausencia de formalidades:

El Derecho de desistimiento, en principio no está sometido a ningún tipo de formalidad para su procedencia y así lo establece el artículo 70 del TRLDGCU⁴⁹². En este sentido, se establece un régimen abierto para el ejercicio de la figura. *“En cuanto al ejercicio del derecho, el Texto Refundido parte del reconocimiento del principio general de libertad de forma, por lo que la declaración o manifestación del consumidor de dar por terminado el contrato podrá ser realizada a través de cualquier procedimiento”*⁴⁹³.

Pero hay que ser cautos, ya que esta exención de formalidades para ejercitarlo, no tiene nada que ver con la libertad de forma que regula el artículo 1278 del CC⁴⁹⁴, ya que ciertamente, *“puede haber contratos que legalmente tengan reconocido un Derecho de desistimiento, cuyo ejercicio se rige en cuanto a las formalidades necesarias por el art. 70 TR-LGDCU, y que sin embargo exijan una forma determinada para su celebración”*⁴⁹⁵, y sin la cual el derecho como tal devendría ineficaz.

⁴⁹² “Artículo 70. Formalidades para el ejercicio del desistimiento. El ejercicio del Derecho de desistimiento no estará sujeto a formalidad alguna, bastando que se acredite en cualquier forma admitida en derecho. En todo caso se considerará válidamente ejercitado mediante el envío del documento de desistimiento o mediante la devolución de los productos recibidos.”

⁴⁹³ BELUCHE RINCÓN, IRIS. *El Derecho de desistimiento del consumidor*, Op. Cit., p. 62.

⁴⁹⁴ “Artículo 1278. Los contratos serán obligatorios, cualquiera que sea la forma en que se hayan celebrado, siempre que en ellos concurran las condiciones esenciales para su validez.”

⁴⁹⁵ DOMINGUEZ LUELMO, ANDRÉS. *Capítulo II: Derecho de desistimiento*, Op. Cit., p. 633. Entre los contratos en los que la ley exige algún tipo de formalidad para formalizar el Derecho de desistimiento podemos mencionar aquellos derechos relacionados con los contratos sobre derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico, en los que se exige que se sean realizados por escrito

Este principio de libertad de forma en su ejercicio, trae consigo dos consecuencias directas, primero, que será ilegal cualquier restricción o exigencia que el vendedor haga sobre el tema a los consumidores. Y segundo, que dicha libertad trae aparejada la obligación de acreditación de su ejercicio, es decir, el legislador permite que el consumidor pueda desistir del contrato de la manera en que a él mejor le convenga, siempre y cuando, pueda demostrar que lo ha hecho.

En otras palabras, *“será el propio consumidor el que pondere el medio de ejercicio que sirva a esta finalidad y que sea fehaciente sobre el tiempo en que se ejerció y el contenido de la declaración (no lo es una llamada telefónica), sí un burofax o el acceso a los medios de reclamación predispuestos por el empresario o profesional que permitan dejar constancia del acto y su fecha (servicios de atención al cliente), o bien las comunicaciones electrónicas, la devolución o el rechazo de las mercancías recibidas o la negativa a recibir el servicio, o la revocación de las autorizaciones bancarias vinculadas al pago del precio”*⁴⁹⁶.

Así lo establece el artículo 72 del TRLDGCU⁴⁹⁷, el cual también propone que en caso de conflicto, derivado de la falta de aceptación del empresario del desistimiento efectuado, será el consumidor quien deba demostrar haberlo ejercitado. Situación que se reafirma en la nueva Directiva sobre derechos de los consumidores⁴⁹⁸.

Ahora, respecto a la prohibición de imponer restricciones o exigencias al ejercicio del derecho tenemos que recordar que conforme los artículos 10 del TRLDGCU⁴⁹⁹ y 6 del CC⁵⁰⁰, es ilegítima cualquier limitación o renuncia de derechos que se le reconozcan

(Artículo 9 de la Ley 42/1998, de 15 de diciembre, sobre derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico y normas tributarias).

⁴⁹⁶ GARCÍA VICENTE, JOSÉ RAMÓN. “Comentario al artículo 70. Formalidades para el ejercicio del desistimiento”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, RODRIGO (COORD.). *Comentario del texto refundido de la ley general para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007)*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2009., p. 855.

⁴⁹⁷ “Artículo 72. Prueba del ejercicio del Derecho de desistimiento. Corresponde al consumidor y usuario probar que ha ejercitado su Derecho de desistimiento conforme a lo dispuesto en este capítulo.”

⁴⁹⁸ Artículo 11.4: “La carga de la prueba del ejercicio del Derecho de desistimiento con arreglo al presente artículo recaerá en el consumidor.”

⁴⁹⁹ “Artículo 10. Irrenunciabilidad de los derechos reconocidos al consumidor y usuario. La renuncia previa a los derechos que esta norma reconoce a los consumidores y usuarios es nula, siendo, asimismo, nulos los actos realizados en fraude de ley de conformidad con lo previsto en el artículo 6 del Código Civil.”

⁵⁰⁰ “Artículo 6. 1. La ignorancia de las Leyes no excusa de su cumplimiento.”

III. ELEMENTOS DEL DERECHO DE DESISTIMIENTO

al consumidor. Así que cualquier acción encaminada a limitar derechos adquiridos será ilegal, aún y cuando el consumidor la acepte.

En un desistimiento contractual, lo anterior significa que las partes no podrían acordar la aplicación de cualquier medida que de alguna manera limite o restrinja los derechos que la normativa ya le otorga, aún y cuando, insistimos, sea aceptado.

En cuanto a la obligación de acreditación debemos entenderla en dos sentidos, por un lado, en lo relativo a la carga de la prueba y segundo, en aquello relacionado con los medios probatorios a los que deberá echar mano el consumidor para, en caso de conflicto, acreditar la debida utilización del Derecho de desistimiento del que es titular.

Respecto a la carga de la prueba primero tenemos que recordar que conforme el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC)⁵⁰¹, esta es una facultad que se le

El error de derecho producirá únicamente aquellos efectos que las Leyes determinen.

2. 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.

3. Los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención.

4. Los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de Ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir."

⁵⁰¹ "Artículo 217. Carga de la prueba.

1. Cuando, al tiempo de dictar sentencia o resolución semejante, el tribunal considerase dudosos unos hechos relevantes para la decisión, desestimaré las pretensiones del actor o del reconviniente, o las del demandado o reconvenido, según corresponda a unos u otros la carga de probar los hechos que permanezcan inciertos y fundamenten las pretensiones.

2. Corresponde al actor y al demandado reconviniente la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda y de la reconvención.

3. Incumbe al demandado y al actor reconvenido la carga de probar los hechos que, conforme a las normas que les sean aplicables, impidan, extingan o enerven la eficacia jurídica de los hechos a que se refiere el apartado anterior.

4. En los procesos sobre competencia desleal y sobre publicidad ilícita corresponderá al demandado la carga de la prueba de la exactitud y veracidad de las indicaciones y manifestaciones realizadas y de los datos materiales que la publicidad exprese, respectivamente.

5. De acuerdo con las leyes procesales, en aquellos procedimientos en los que las alegaciones de la parte actora se fundamenten en actuaciones discriminatorias por razón del sexo, corresponderá al demandado probar la ausencia de discriminación en las medidas adoptadas y de su proporcionalidad.

A los efectos de lo dispuesto en el párrafo anterior, el órgano judicial, a instancia de parte, podrá recabar, si lo estimase útil y pertinente, informe o dictamen de los organismos públicos competentes.

6. Las normas contenidas en los apartados precedentes se aplicarán siempre que una disposición legal expresa no distribuya con criterios especiales la carga de probar los hechos relevantes.

7. Para la aplicación de lo dispuesto en los apartados anteriores de este artículo el tribunal deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio."

impone a quien pretenda demostrar un hecho en un proceso. O dicho de otro modo, *“las normas de la carga de la prueba consisten en determinar cuál de las partes ha de sufrir las consecuencias de la falta de la prueba, en el caso de que ésta, siendo necesaria, no se haya producido o que regula la distribución de su carga entre las partes, de modo que sea la propia parte quien soporte las consecuencias de su inactividad, de su negligencia, o incluso de sus errores, y que por lo tanto sea ella la que deba procurar y suministrar al Juzgador los máximos elementos que respalden la postura mantenida en el procedimiento”*⁵⁰².

Y ello es así, porque tal y como ROSENBERG explica: *“El juez sólo puede aplicar un concepto jurídico, esto es, declarar que se haya producido un efecto, cuando ha logrado convencerse de la existencia de las circunstancias que constituyen los presupuestos del concepto. De ello resulta que la norma jurídica deja de aplicarse, no sólo cuando el juez está convencido de la no-existencia de estos presupuestos sino también cuando le han quedado dudas acerca de su existencia. Los inconvenientes de esta incertidumbre recaen sobre la parte cuyo triunfo en el proceso depende de la aplicación de la norma jurídica en cuestión. De este modo obtenemos el principio de la carga de la prueba: aquella parte cuya petición procesal no pueda tener éxito sin la aplicación de un determinado precepto jurídico, soporta la carga de la prueba con respecto a que las características del precepto se dan en el acontecimiento real, o – dicho más brevemente– soporta la carga de la prueba respecto de los presupuestos del precepto jurídico aplicable. Soporta esta carga, porque en caso de no demostrarse la existencia de esas circunstancias no se aplica el precepto jurídico favorable a la parte y se imputa a ésta la incertidumbre relativa a los hechos. Como se ha visto, la esencia de la carga de la prueba reside, precisamente, en la resolución con respecto a esta duda.*

⁵⁰² GARCÍA-CUERVA GARCÍA, SILVIA. “Las reglas generales del onus probando”, en ABEL LLUCH, XAVIER. PICÓ I JUNOY, JOAN. *Objeto y carga de la prueba civil*, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 2007, p. 52. Definida también por ARAZI así: *“La carga de la prueba importa conveniencia para las partes de producir determinada prueba, y su inobservancia puede conducir al pronunciamiento de una sentencia desfavorable, excepto que dicha prueba haya sido producida por iniciativa de la otra parte o del juez.”* En ARAZI, ROLAND. *La prueba en el proceso civil*, Ediciones La Roca, Buenos Aires, 1998, p. 92. Y por FERNÁNDEZ LÓPEZ como *“un poder de ejercicio facultativo que se concede a las partes en el proceso y que les facilita, mediante la realización de la conducta prevista por la norma jurídica, la expectativa de obtener un efecto procesal favorable para sus interés, y cuyo ejercicio, lejos de tener como reflejo una sensación jurídica, se traduce en la pérdida de una posibilidad procesal (en último término, en la pérdida de posibilidades respecto de la obtención de una sentencia favorable).”* En FERNÁNDEZ LÓPEZ, MERCEDES. *La carga de la prueba en la práctica judicial civil*, edita La Ley, Madrid, 2006, p. 46.

III. ELEMENTOS DEL DERECHO DE DESISTIMIENTO

La sentencia del juez se pronunciará en tal caso necesariamente en contra de la parte: no porque ella soporta la carga de la prueba, sino al revés: decimos que la carga de la prueba incumbe a la parte porque en caso de incertidumbre sobre una característica definidora del precepto legal debe decidirse en perjuicio de esa parte”⁵⁰³.

De lo anterior, extraemos entonces varias conclusiones importantes, primero, la carga de la prueba se constituye como una ejercicio facultativo para aquél sobre quien recae, es decir, es un poder que se le otorga a una de las partes de un proceso para que lo ejercite si desea alcanzar algún objetivo dentro del proceso.

Segundo, derivado de lo anterior, la carga de la prueba también tiene un marcado carácter instrumental, es decir, en el fondo es un mecanismo o instrumento que la ley impone a una de las partes de un proceso para optar una ventaja, es decir, una resolución favorable a sus intereses. Se dice por ello, que es un mecanismo estratégico para alcanzar la finalidad deseada en el juicio.

Tercero, el fin último de la carga de la prueba es el de tutelar un interés jurídico propio de quien la ostenta. Así, la parte probará o no en el proceso, conforme a sus intereses frente al proceso.

Y finalmente, su no ejercicio no conlleva ninguna otra consecuencia más que la que procesalmente le pueda arrastrar, es decir, la parte que teniendo la obligación de acreditar probatoriamente algún extremo en función de sus intereses procesales no lo haga, no recibirá más sanción que el riesgo mismo de recibir una sentencia contraria. Por ello, es que la carga de la prueba es en el fondo una obligación propia con el proceso.

Así, conforme lo expuesto, *a priori* podría decirse que en nuestro contexto de defensa y protección, el legislador equivocó el camino al cargar al consumidor con la obligación de ser él quien deba demostrar que ha sido él quien si ha hecho un ejercicio legítimo del derecho de desistir del contrato. Ya que al tener éste la carga de la prueba, la duda o la falta de demostración, siempre favorecerá al empresario.

⁵⁰³ ROSENBERG, LEO. *La carga de la prueba*, Traducción de Ernesto Krotoschin, ediciones jurídicas Europa – América, Buenos Aires, 1956, p. 11.

Sin embargo, mi criterio es que si bien es cierto, que cargar al consumidor con la obligación de demostrar probatoriamente la prueba puede causarle un cierto desgaste, la decisión que se tomó fue acertada, en tanto no se deja en manos del empresario la demostración de un acto que corresponde única y exclusivamente al comprador (consumidor). Asumir esta posibilidad sería dejar a la buena voluntad del comerciante la demostración de un acto que ha correspondido única y exclusivamente a su contraparte, lo cual evidentemente resultaría no solamente riesgoso, sino que contraproducente, ya que serían muy pocas las personas, si no más bien ninguna, la que se preocupe por demostrar un hecho que en un litigio le perjudique.

Ahora, para equilibrar la situación y no cargar al consumidor, igualmente pudo haberse pensado *in extremis* en establecer normativamente una presunción *iuris tantum* a su favor, es decir, establecer que en caso de conflicto derivado de la ejecución de un Derecho de desistimiento, se presume que éste ha sido bien efectuado, hasta tanto no sea el empresario quien demuestre lo contrario. Con ello, se hubiese eximido al consumidor de demostrar el ejercicio del derecho y revertir la carga de la prueba hacia el empresario⁵⁰⁴.

Aunque siempre se discutiría que con una decisión como la apuntada, lo que se crearía, más bien, es una situación de desbalance jurídico, ya que se le impondría al vendedor la obligación de demostrar un hecho ajeno.

En resumen, si bien es cierto, que al imponer al consumidor la obligación de demostrar el haber ejercido apropiadamente el Derecho de desistimiento, se le carga con una obligación que pareciese que no es afín al espíritu del Derecho de consumo, la decisión tomada por el legislador es la más adecuada y justa para las partes por varias razones: Primero, porque no se puede dejar a otro la demostración de un hecho

⁵⁰⁴ Como referencia, ORMAZABAL SÁNCHEZ, define la inversión de la carga de la prueba así: “Una larga pero consolidada tradición doctrinal y forense acostumbra a hablar de «inversión de carga de la prueba» para referirse a estos supuestos en los que dicha carga se asigna de modo diferente a lo previsto en el art. 217.2 y 3 LEC (Ley de Enjuiciamiento Civil). Ciertamente, parece obvio que de «inversión» sólo cabe hablar en relación con el modo de reparto general u ordinario. De ahí que el uso de dicha expresión haya topado con razonables críticas que consideran más correcto referirse a una asignación del onus probando diferente de la prevista en aquellas normas generales.” (Entre paréntesis es propio), en ORMAZABAL SÁNCHEZ, GUILLERMO. *Carga de la prueba y sociedad del riesgo*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas. S.A., Madrid, 2004, p. 22.

III. ELEMENTOS DEL DERECHO DE DESISTIMIENTO

fáctico propio. Segundo, porque no se puede obligar al empresario a acreditar un hecho que le será perjudicial. Y tercero, porque admitir dicha posibilidad sería crear una distorsión de la figura del desistimiento que lejos de beneficiar al consumidor, claramente perjudicaría al empresario y esa tampoco es la idea de la existencia del Derecho de consumo.

Respecto a los medios probatorios necesarios y exigidos al consumidor para acreditar el ejercicio del Derecho de desistimiento, el artículo 70 del TRLDGCU, establece un doble régimen, ya que por un lado estipula lo que he llamado un desistimiento tácito o de *facto*, en donde probatoriamente *“se considerará válidamente ejercitado... mediante la devolución de los productos recibidos”*, es decir, el desistimiento mismo se constituye como prueba del ejercicio del derecho. El empresario debe partir, entonces, de la obviedad de que si le devuelven el bien dentro del plazo para desistir, es porque el consumidor lo está haciendo⁵⁰⁵. Es decir, *“la ausencia de formalidad para el desistimiento plantea la cuestión de la validez del desistimiento tácito. Es el ejemplo, para los contratos de adquisición de bienes, de la devolución del objeto del contrato en el plazo fijado por el consumidor, siempre que este ya lo tuviera en su poder. Tal posibilidad es expresamente confirmada en el art. 70 TRLDGCU. Otra cosa es la oportunidad de realizar el desistimiento verbalmente, posibilidad, en principio no vetada pero para la cual ha de tenerse en cuenta lo que señala el art. 72 TRLDGCU: «corresponde al consumidor y usuario probar que ha ejercitado su derecho de desistimiento conforme a lo dispuestos en este capítulo»*⁵⁰⁶.

En este punto hemos de reconocer que resulta curioso que bajo el desistimiento tácito se permita desistir del contrato con el simple envío del objeto contractual, sobre todo, cuando se le ha dado tanta importancia al documento de desistimiento y a su entrega (artículo 69.1 TRLDGCU). Legándose incluso, a sancionarse con aumentos de plazo al comerciante que incumpla con su obligación de entrega. Pareciese, entonces,

⁵⁰⁵ Así se considera también en el Proyecto de Marco Común de Referencia (PMCR, DCFR), cuyo artículo 5.102.2 indica: *“Returning the subject matter of the contract is considered a notice of withdrawal unless the circumstances indicate otherwise.”* Traducción: *“El regreso del objeto del contrato se considerará como el desistimiento del mismo, hasta que otra circunstancia indique lo contrario.”* En STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE. RESEARCH GROUP ON EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP). *Principles. Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR), Op. Cit.*, p. 201.

⁵⁰⁶ BUSTO LAGO, JOSÉ MANUEL. ÁLVAREZ LATA, NATALIA. PEÑA LÓPEZ, FERNANDO. *Reclamaciones de consumo, Derecho de consumo desde la perspectiva del consumidor, Op. Cit.*, p. 233.

que en la práctica, el citado documento no es tan importante, como se pretende hacer ver, al menos para el consumidor, quien puede decidir si lo utiliza o no.

Por otro lado, en este desistimiento de facto, se parte de una manifestación de voluntad presunta, es decir, se materializa mediante actos concluyentes de finalización del contrato, como lo es la devolución de la cosa dentro del plazo estipulado, sin mayor trámite y sin uso del documento suministrado para esos efectos. Y no bajo la rigurosidad exigida para las otras modalidades de ejercicio de la facultad.

Esta forma de desistir, pareciese que tiene la ventaja que puede resultar menos onerosa para el consumidor ya que al ser la restitución una consecuencia directa de desistir del contrato, pues se ahorra tiempo y recursos, ya que en un único acto se realizan varios pasos del proceso, desistir y devolver.

Pero también tiene la desventaja de ser un Derecho de desistimiento de eficacia *ad probationem*, por cuanto, en caso de conflicto, su reconocimiento estaría sujeto a demostración probatoria⁵⁰⁷. Con lo cual, necesariamente debemos recurrir al artículo 299 LEC⁵⁰⁸, ya que al tenor de lo dispuesto por la primera parte del citado artículo 70 TRLDGCU, en donde se dice que: *“El ejercicio del Derecho de desistimiento no estará sujeto a formalidad alguna, bastando que se acredite en cualquier forma admitida en*

⁵⁰⁷ Sobre el punto resulta interesante citar el trabajo de SENTIS MELENDO, quien indica: *“¿Qué se prueba? Aquí suele aumentarse la confusión. Porque no es raro, y hasta es lo corriente, que se nos diga: se prueban hechos. No. Los hechos no se prueban: los hechos existen. Lo que se prueban son afirmaciones, que podrán referirse a los hechos.”* En SENTIS MELENDO, SANTIAGO. *La prueba, los grandes temas del derecho probatorio*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1979, p. 12. En nuestro caso, lo que se demostraría es el desistimiento mismo, es decir, aquél que una vez realizado por el consumidor es negado por el empresario.

⁵⁰⁸ *“Artículo 299. Medios de prueba.*

1. Los medios de prueba de que se podrá hacer uso en juicio son:

- 1. Interrogatorio de las partes.*
- 2. Documentos públicos.*
- 3. Documentos privados.*
- 4. Dictamen de peritos.*
- 5. Reconocimiento judicial.*
- 6. Interrogatorio de testigos.*

2. También se admitirán, conforme a lo dispuesto en esta Ley, los medios de reproducción de la palabra, el sonido y la imagen, así como los instrumentos que permiten archivar y conocer o reproducir palabras, datos, cifras y operaciones matemáticas llevadas a cabo con fines contables o de otra clase, relevantes para el proceso.

3. Cuando por cualquier otro medio no expresamente previsto en los apartados anteriores de este artículo pudiera obtenerse certeza sobre hechos relevantes, el tribunal, a instancia de parte, lo admitirá como prueba, adoptando las medidas que en cada caso resulten necesarias.”

III. ELEMENTOS DEL DERECHO DE DESISTIMIENTO

derecho" (subrayado es propio), es innegable que se nos remite a una cuestión de prueba en un eventual proceso declarativo.

Este artículo 299 de la LEC nos interesa no solo en cuanto regula el uso de los medios probatorios tradicionalmente admitidos en el proceso civil, a saber, Interrogatorio de las partes (antigua prueba confesional), prueba documental (dividida en documentos públicos y documentos privados), prueba pericial (llamada dictamen de peritos), reconocimiento judicial e interrogatorio de testigos. Sino que además, en sus párrafos subsiguientes, admite como medio probatorio, todos los nuevos mecanismos que en nuestra época moderna, son igualmente capaces de acreditar hechos.

Nos referimos a *"los medios de reproducción de la palabra, el sonido y la imagen, así como los instrumentos que permiten archivar y conocer o reproducir palabras, datos, cifras y operaciones matemáticas llevadas a cabo con fines contables o de otra clase, relevantes para el proceso"*, que cita el párrafo segundo de la norma.

Pero también nos referimos a la posición de *numerus apertus* que asume en el párrafo tercero que textualmente reza así: *"Cuando por cualquier otro medio no expresamente previsto en los apartados anteriores de este artículo pudiera obtenerse certeza sobre hechos relevantes, el tribunal, a instancia de parte, lo admitirá como prueba, adoptando las medidas que en cada caso resulten necesarias."*

En resumen, todas estas opciones, nos dan la posibilidad de darle al consumidor la opción de acreditar el ejercicio legítimo del Derecho de desistimiento de cualquier manera legítima que esté en sus manos. *"Evidentemente, la enumeración de los medios de prueba y su regulación específica constituye una garantía para las partes, pero dicha enumeración no puede convertirse en un dique que obstaculice la introducción en el proceso de una fuente de prueba legalmente obtenida o que, en el mejor de los casos, obligue al Juez a una interpretación forzada de los medios legales, como sucedía con la vieja LEC respecto de los medios de reproducción de sonido o de la imagen. Puede sostenerse que la LEC ha acertado a la hora de establecer una enumeración abierta de los medios de prueba; se trata de una decisión en la que sin*

duda han pesado las garantías constitucionales derivadas del derecho a la tutela judicial efectiva y a utilizar los medios pertinentes de defensa”⁵⁰⁹.

Es claro que la garantía de contar con plena libertad probatoria, en un sistema de libertad de forma para el ejercicio de la facultad resulta fundamental, ya que ante la admisibilidad de innumerables, o inimaginables maneras en que el consumidor pueda desistir del acuerdo, resulta sumamente importante que se cuente con la mismas posibilidades para demostrarlo.

Y aún más importante, cuando se trata de mecanismo de contratación moderna, en donde la tecnología cada día nos presenta nuevos medios para que las personas negocien y con ello, contraten. Un ejemplo de ello, son las nuevas aplicaciones de tiendas electrónicas que se utilizan en los llamados *smartphones*, las cuales se presentan como una nueva manera de contratación electrónica, ya no realizada a través de un ordenador, ni de una página de internet, sino a través de un y mediante una *app*⁵¹⁰, es decir, a través de un programa realizado única y exclusivamente para esa función.

Así, el contar con medios probatorios modernos (típicos y atípicos) garantizan la flexibilidad que el consumidor requiere para desistir del acuerdo con la tranquilidad de poder acreditarlo ante el juez en caso de conflicto. Eso sí, tal y como DE LA OLIVA SANTOS advierte: teniendo el cuidado de guardar tres consideraciones importantes⁵¹¹: Primero, *“las partes disponen con el apartado 3 de este precepto, de un soporte legal amplio, que están en su derecho de utilizar con esa amplitud, no sólo acogiendo las innovaciones científicas y técnicas que a lo largo del tiempo vayan apareciendo y permitan probar, sino también aprovechando los instrumentos de los que ya se dispone, Quiérase decir, con esto, que el aptdo. 3 permite, p. ej., aportar al proceso declaraciones preconstituidas de conocimiento, que consten en acta notarial, en grabación de video o cinematográfica, etc.”*

⁵⁰⁹ MORENO CATENA, VICTOR. “De la prueba: Disposiciones generales”, en BARONA VILAR, SILVIA. ET AL. *El proceso civil, volumen III, libro II: artículos 248 a 386 inclusive*, Tirant Lo Blach, Valencia, 2001, p. 2278.

⁵¹⁰ APP es un acrónimo de Applet o Application (aplicación).

⁵¹¹ DE LA OLIVA SANTOS, ANDRÉS. *Libro II. Tít. I.- De las disposiciones a los procesos declarativos*, en DE LA OLIVA SANTOS, ANDRÉS. ET AL. *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Civitas Ediciones, S.L., Madrid, 2001, p. 539.

III. ELEMENTOS DEL DERECHO DE DESISTIMIENTO

Segundo, *“parece indiscutible que la apertura legal a medios de prueba innominados o atípicos necesariamente ha de respetar la posibilidad de contradicción en la prueba, la exigencia, en su caso, de la presencia judicial (inmediación) y, además, los preceptos legales que regulan aspectos básicos de la práctica de las pruebas típicas, en tanto en cuanto las atípicas participen de rasgos esenciales de la típicas.”*

Y tercero, *“el tribunal ha de tener en cuenta que admitir una prueba atípica no prejuzga su valor. Si lo que se propone o aporta puede permitir adquirir certeza y se refiere al objeto del proceso, la prueba se ha de admitir, siendo de libre valoración o, por mejor decir, de valoración conforme a las reglas de la sana crítica. La parte o partes a las que esa prueba atípica pueda perjudicar tienen derecho a provocar la contradicción y la inmediación, cuando ésta, entendida como presencia judicial, sea necesaria. De lo contrario, estarán admitiendo que el instrumentos probatorio atípico sea, sin más, libremente valorado por el tribunal.”*

2.- Plazo para su ejercicio

Por certeza y seguridad jurídica, el desistimiento es un derecho limitado a un plazo. Así, el vendedor puede estar seguro que una vez realizada la venta y transcurrido ese término, ya lo vendido, ya no será devuelto, pudiendo hasta ese momento disponer del dinero producto del negocio. Así, *“la eficacia del desistimiento requiere que la facultad se ejercite «a tiempo» o «en el plazo establecido para el ejercicio de ese derecho» (art. 68.1 RDL 1/2007). Se trata en consecuencia, de una facultad de duración limitada y caducable. Transcurrido el plazo de ejercicio sin desistir, decaerá la posibilidad de hacerlo: la facultad se habrá extinguido”*⁵¹².

Dicho plazo puede ser visto como un periodo irrenunciable de reflexión, ya que es durante este tiempo que el comprador puede meditar sobre la pertinencia o no del

⁵¹² ARNAU RAVENTÓS, LIDIA. “El plazo para desistir en los contratos con consumidores”, en ADC, tomo LXIV, fascículo I, enero-marzo, 2011, p. 168. Obligación que igualmente ha sido reconocida jurisprudencialmente, en ese sentido ver la SAP Alicante (sección 4), número 99/2000, de 10 de febrero de 2000, ponente Ilmo. Sr. D. Manuel Benigno Florez Menéndez, (AC 2000/580).

acuerdo. Es el tiempo otorgado por el legislador como mecanismo de compensación contractual, para equilibrar la balanza de la negociación. En él, el comprador lejos de la presión del empresario y del entorno de la negociación, podrá valorar si continúa con el pacto o si por el contrario, éste le es nocivo para sus intereses y decide desistir de él.

Pero también, puede ser visto como un periodo de perfección, ya que si el consumidor no hace uso de su facultad en el tiempo legal, se sobrentenderá que el derecho caducó y el contrato, por ende, es perfecto.

Sobre el *quantum* del plazo para desistir, el TRLDGCU nos da tres supuestos diferentes: El primero de ellos, refiere al plazo ordinario para ejercer el derecho. El segundo corresponde al plazo ampliado concebido para sancionar al empresario que incumple con su deber de información y documentación. Y el tercero, refiere al plazo ordinario otorgado dentro del periodo ampliado.

a.- Plazo ordinario:

Para identificar el plazo ordinario para desistir, el artículo 71.4 TRLDGCU nos indica que: *“El consumidor y usuario dispondrá de un plazo mínimo de siete días hábiles para ejercer el Derecho de desistimiento. Será la ley del lugar donde se ha entregado el bien objeto del contrato o donde hubiera de prestarse el servicio, la que determine los días que han de considerarse hábiles.”* Igualmente, el artículo 10.2 de la LOCM⁵¹³, indica que en: *“Caso de no haberse fijado el plazo, dentro del cual el comprador podrá desistir del contrato, aquél será de siete días.”*

Este término legal de siete días es de caducidad, porque una vez transcurrido el mismo, la facultad se extingue *ipso iure* y con ello, el contrato adquiere firmeza plena. Siendo impugnabile únicamente a través de los mecanismos tradicionales previstos en el CC

⁵¹³ Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista.

III. ELEMENTOS DEL DERECHO DE DESISTIMIENTO

Este tanto de siete días, no es un antojo del legislador español, sino que viene del Derecho comunitario, en donde encontramos que desde la Directiva 85/577/CEE⁵¹⁴, se reguló la opción de desistir a través de un plazo similar.

Dicho plazo se incorpora por primera vez a sistema español a través de la Ley 26/1991, de 21 de noviembre, de Contratos Celebrados Fuera de Establecimientos Mercantiles, la cual en su artículo 5⁵¹⁵ indicaba que el plazo para ejercer el “derecho de revocación” era de 7 días⁵¹⁶. Siendo posteriormente retomado por el artículo 9 de la Ley 28/1998, de 13 de julio, de Venta a Plazos de Bienes Muebles⁵¹⁷.

Este término, se reproduce en la LOCM y finalmente, en el TRLDGCU; instaurándose como el plazo legal por excelencia para desistir⁵¹⁸. Lo mismo sucede a nivel Comunitario, en donde luego de la Directiva 85/577/CEE, se repite en la Directiva 97/7/CE.

Aunque hemos de indicar que las nuevas regulaciones europeas se inclinan en copiar el modelo alemán⁵¹⁹ y ampliar el término a un tanto de dos semanas como

⁵¹⁴ Primer instrumento europeo en donde se regula la posibilidad de desistir de un contrato de consumo, solo que lo maneja a través del concepto de la rescisión y renuncia del contrato. Artículos 4 y 5.

⁵¹⁵ En lo que interesa indica: “Artículo 5. Ejercicio del derecho de revocación. 1. El consumidor podrá revocar su declaración de voluntad sin necesidad de alegar causa alguna, hasta pasados siete días contados desde la recepción.”

⁵¹⁶ Nótese que nos referimos a la primera ley que traspone la Directiva Europea, porque en España, la primera ley que regula el derecho a desistir de un contrato de consumo es la Ley 50/1965, de 17 de julio, sobre ventas de bienes muebles a plazos, la cual en su artículo 8 establecía un plazo de 3 días para desistir del acuerdo.

⁵¹⁷ En lo que interesa indica: “Artículo 9. Facultad de desistimiento. 1. El consumidor podrá desistir del contrato dentro de los siete días hábiles siguientes a la entrega del bien...”

⁵¹⁸ Aunque debemos indicar que otras leyes manejan plazos diferentes para desistir, así tenemos:

- La Ley 42/1998, de 15 de diciembre, sobre derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico y normas tributarias; en su artículo 10 prevé un plazo ordinario para desistir de 10 días.
- La Ley 22/2007 de 11 de julio, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores, la cual en su artículo 10 imponer in plazo ordinario de 14 días y otro extraordinario de 30 días para contratos de seguros de vida.
- La ley 22/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito; en su artículo 21.2 prevé un plazo de 14 días naturales.

⁵¹⁹ Artículo 355.1 Código Civil Alemán: “Widerrufsrecht bei Verbraucherverträgen. (1) Wird einem Verbraucher durch Gesetz ein Widerrufsrecht nach dieser Vorschrift eingeräumt, so ist er an seine auf den Abschluss des Vertrags gerichtete Willenserklärung nicht mehr gebunden, wenn er sie fristgerecht widerrufen hat. Der Widerruf muss keine Begründung enthalten und ist in Textform oder durch Rücksendung der Sache innerhalb von zwei Wochen gegenüber dem Unternehmer zu erklären; zur Fristwahrung genügt die rechtzeitige Absendung.” Traducción: “(1) Si se concede por ley a un consumidor un derecho de revocación de acuerdo con esta disposición, no queda vinculado a su

mínimo legal (14 días). Así, la Directiva de comercialización a distancia de servicios financieros⁵²⁰, estipula en su artículo 6 un plazo de 14 días, extremo que retoma la nueva Directiva de protección de los consumidores, la cual en su artículo 9 también indica el mismo término⁵²¹.

Sin embargo, como el sistema español, de manera general, aún guarda referencia a los siete días, para nuestros efectos este será el lapso que manejaremos⁵²², el cual según la normativa general deberá ser contado, en principio, en días hábiles (artículo 71 TRLDGCU), resabio que quedó del anterior artículo 44.1 de la LOCM⁵²³, la cual a su vez lo había tomado de la Directiva 97/7/CE, que hablaba de días laborales⁵²⁴.

El problema que se presenta con la indicación de días hábiles, radica en se rompe con el principio del artículo 5.2 CC que indica que: *“En el cómputo civil de los plazos no se excluyen los días inhábiles”*. Por lo que debemos encontrar el fundamento jurídico para aplicar el TRLDGCU, desaplicar el CC y unificar el sistema, sin que haya contradicción normativa.

Así encontramos varias opciones a considerar, primero, que hagamos referencia al marco legal de conteo de plazos procesales (artículos 182 a 185 de la Ley Orgánica

declaración de voluntad dirigida a la conclusión del contrato si la ha revocado tempestivamente. La revocación no debe contener ninguna motivación y debe declararse frente al empresario en forma escrita o mediante la devolución de la cosa en el plazo de dos semanas; para el cumplimiento del plazo basta el envío tempestivo”, en LAMARCA MARQUÉ, ALBERT. Código Civil Alemán Bürgerliches Gesetzbuch, Op. Cit., p. 109.

⁵²⁰ Directiva 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores, y por la que se modifican la Directiva 90/619/CEE del Consejo y las Directivas 97/7/CE y 98/27/CE.

⁵²¹ Plazo que también se menciona en los Principios del Derecho Contractual Europeo (ACQP), formulados por el Acquis Group, en el artículo 5.103.2.

⁵²² Aunque hemos de indicar que ya hay algunos casos en los que el término, por ejemplo, en la Ley 22/2007, de 11 de julio, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores, que es el resultado de transponer la Directiva de comercialización a distancia de servicios financieros; ya se estipula un plazo de 14 días para desistir del contrato.

⁵²³ Artículo 44. *“Derecho de desistimiento. 1. El comprador dispondrá de un plazo mínimo de siete días hábiles para desistir del contrato sin penalización alguna y sin indicación de los motivos. Será la ley del lugar donde se ha entregado el bien la que determine qué días han de tenerse por hábiles.”*

⁵²⁴ *“Artículo 6: Derecho de resolución 1. Respecto a todo contrato negociado a distancia, el consumidor dispondrá de un plazo mínimo de siete días laborables para rescindir el contrato sin penalización alguna y sin indicación de los motivos. El único gasto que podría imputarse al consumidor es el coste directo de la devolución de las mercancías al proveedor.”*(Subrayado es propio). Terminología que al momento de ser transpuesta al sistema español, fue cambiado a hábiles.

III. ELEMENTOS DEL DERECHO DE DESISTIMIENTO

6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ) y artículos 130 y ss de la LEC). Segundo, que tomemos como referencia al sistema de conteo de plazos administrativos (artículo 48 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común⁵²⁵). Tercero, que utilicemos el sistema de conteo de cuestiones de naturaleza registral (artículo 109 del Reglamento Hipotecario⁵²⁶). O, cuarto, que usemos el sistema de conteo de las cuestiones laborales conforme el Derecho de trabajo (artículo 37 del Estatuto de los Trabajadores).

A mi criterio, ninguno de ellos, nos da la respuesta que necesitamos y más bien, resultan inconvenientes para nuestro planteamiento, ya que si por ejemplo, tomamos como referencia el sistema procesal, tendríamos que considerar inhábiles los sábados y domingos, el 24 y 31 de diciembre, así como todos los días del mes de agosto

⁵²⁵ “Artículo 48. Cómputo.

1. Siempre que por Ley o normativa comunitaria europea no se exprese otra cosa, cuando los plazos se señalen por días, se entiende que éstos son hábiles, excluyéndose del cómputo los domingos y los declarados festivos.

Cuando los plazos se señalen por días naturales, se hará constar esta circunstancia en las correspondientes notificaciones.

2. Si el plazo se fija en meses o años, éstos se computarán a partir del día siguiente a aquel en que tenga lugar la notificación o publicación del acto de que se trate, o desde el siguiente a aquel en que se produzca la estimación o desestimación por silencio administrativo. Si en el mes de vencimiento no hubiera día equivalente a aquel en que comienza el cómputo, se entenderá que el plazo expira el último día del mes.

3. Cuando el último día del plazo sea inhábil, se entenderá prorrogado al primer día hábil siguiente.

4. Los plazos expresados en días se contarán a partir del día siguiente a aquel en que tenga lugar la notificación o publicación del acto de que se trate, o desde el siguiente a aquel en que se produzca la estimación o la desestimación por silencio administrativo.

5. Cuando un día fuese hábil en el municipio o Comunidad Autónoma en que residiese el interesado, e inhábil en la sede del órgano administrativo, o a la inversa, se considerará inhábil en todo caso.

6. La declaración de un día como hábil o inhábil a efectos de cómputo de plazos no determina por sí sola el funcionamiento de los centros de trabajo de las Administraciones públicas, la organización del tiempo de trabajo ni el acceso de los ciudadanos a los registros.

7. La Administración General del Estado y las Administraciones de las Comunidades Autónomas, con sujeción al calendario laboral oficial, fijarán, en su respectivo ámbito, el calendario de días inhábiles a efectos de cómputos de plazos. El calendario aprobado por las Comunidades Autónomas comprenderá los días inhábiles de las Entidades que integran la Administración Local correspondiente a su ámbito territorial, a las que será de aplicación.

Dicho calendario deberá publicarse antes del comienzo de cada año en el diario oficial que corresponda y en otros medios de difusión que garanticen su conocimiento por los ciudadanos.”

⁵²⁶ “Artículo 109: Los plazos señalados por días en este Reglamento se computarán por días hábiles, excepto los establecidos para concursar Registros o tomar posesión de los mismos, que se contarán por días naturales.”

(artículos 182.1⁵²⁷ y 183⁵²⁸ de la LOPJ, y artículo 130.2 de la LEC⁵²⁹). Si tomásemos la normativa administrativa, podríamos caer en situaciones absurdas en las que un día que fuese hábil en una Comunidad Autónoma o en algún Municipio, fuese inhábil en otra, afectando el conteo definitivo, lo cual aparte de ser poco práctico, crea incerteza a los consumidores porque casi que les obliga a manejar el calendario de festivos en toda España. Y respecto al Derecho laboral, encontramos la misma situación, sobre todo al considerar que es muy difícil encontrar uniformidad en lo que a jornadas laborales se refiere (en días), ya que para su fijación se toman en cuenta factores tan diversos y ajenos al consumidor, como lo pueden ser la naturaleza de los trabajos realizados, sus condiciones particulares, así como los diferentes convenios que regulen las relaciones individuales entre patronos y obreros; lo cual distorsiona totalmente el conteo que nos interesa.

“En realidad, la única manera de interpretar lo que se entiende por días inhábiles, aparte de considerar como tales los domingos, es utilizar el calendario laboral a que se refiere el art. 37.2 del Estatuto de los Trabajadores (al mismo se remiten expresamente los arts. 182.1 LOPJ, 130.2 LEC, y 48.7 Ley 30/1992). En este sentido, las fiestas laborales no pueden exceder de catorce al año, de las cuales dos serán locales, debiendo respetarse en todo caso como fiestas de ámbito nacional las de la Natividad del Señor, Año Nuevo, 1º de mayo (como Fiesta del Trabajo), y 12 de octubre, como fiesta nacional de España. Se establece, además, que serán, en todo caso, objeto de traslado al lunes inmediatamente posterior el descanso laboral correspondiente a las fiestas que coincidan en domingo. Y se añade que las Comunidades Autónomas, dentro del límite anual de catorce días festivos, podrán señalar aquellas fiestas que por tradición les sean propias, sustituyendo para ello las de ámbito nacional que se determinen reglamentariamente y, en todo caso, las que se trasladen a lunes.

⁵²⁷ “Artículo 182: 1. Son inhábiles a efectos procesales los sábados y domingos, los días 24 y 31 de diciembre, los días de fiesta nacional y los festivos a efectos laborales en la respectiva comunidad autónoma o localidad.”

⁵²⁸ “Artículo 183: Serán inhábiles los días del mes de agosto para todas las actuaciones judiciales, excepto las que se declaren urgentes por las leyes procesales. No obstante, el Consejo General del Poder Judicial, mediante reglamento, podrá habilitarlos a efectos de otras actuaciones.”

⁵²⁹ “Artículo 130: Días y horas hábiles:... 2. Son días inhábiles a efectos procesales los sábados y domingos, y los días 24 y 31 de diciembre, los días de fiesta nacional y los festivos a efectos laborales en la respectiva Comunidad Autónoma o localidad. También serán inhábiles los días del mes de agosto.”

III. ELEMENTOS DEL DERECHO DE DESISTIMIENTO

*Igualmente se permite a las Comunidades Autónomas hacer uso de la facultad de traslado a lunes de las fiestas de ámbito nacional que tengan lugar entre semana”*⁵³⁰.

A pesar de lo expuesto y de su posible solución, el punto cobra mayor relevancia, cuando al analizar la normativa especial de ciertos tipos de desistimientos, nos damos cuenta que el sistema, como un todo, es contradictorio, ya que regula supuestos en donde se dice que el conteo deberá hacerse en días hábiles, luego otros en que deberá hacerse en días naturales y hasta algunos casos en los que no dice absolutamente nada y por tanto, debemos aplicar el plazo general, o bien, el CC de manera supletoria.

Así, a manera de ejemplo podemos citar los siguientes casos:

1. Normativa que regula el plazo en días hábiles:

- Artículo 71 del TRLDGPU. (Régimen general)
- Artículo 9 de la ley de ventas a plazo de bienes muebles: *“El consumidor podrá desistir del contrato dentro de los siete días hábiles siguientes a la entrega del bien...”* (subrayado es propio)⁵³¹.

2. Normativa que regula el plazo en días naturales:

- Artículo 110 del TRLDGPU, que indica que en contratos celebrados fuera de establecimiento mercantil, *“el plazo para el ejercicio del Derecho de desistimiento será de siete días naturales”* (subrayado es propio).
- Artículo 10 de la ley sobre comercialización a distancia de servicios financieros, el cual indica que: *“El consumidor dispondrá de un plazo de catorce días naturales para desistir del contrato a distancia”* (Subrayado es propio)⁵³².
- Artículo 21.2 de la ley de contratación de créditos hipotecarios, la cual indica que: *“2. El consumidor podrá desistir en los catorce días naturales siguientes a la formalización del contrato de intermediación*

⁵³⁰ DOMINGUEZ LUELMO, ANDRÉS. “Capítulo II: Derecho de desistimiento”, *Op. Cit.*, p. 639.

⁵³¹ Ley 28/1998, de 13 de julio, de Venta a Plazos de Bienes Muebles.

⁵³² Ley 22/2007, de 11 de julio, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores.

*sin alegación de causa alguna y sin penalización*⁵³³ (Subrayado es propio).

3. Normativa no refiere al tipo de días a los que se refiere y por supletoriedad debemos remitirnos al régimen general o al artículo 5 del Código Civil:

- Artículo 10.1 de la Ley de Aprovechamiento por Turnos de Bienes Inmuebles⁵³⁴, el cual indica que: *“El adquirente de derechos de aprovechamiento por turno tiene un plazo de diez días...”*.
- Artículo 83.a.1 de la ley de contratos de seguros⁵³⁵, que dice: *“1. El tomador del seguro en un contrato de seguro individual de duración superior a seis meses que haya estipulado el contrato sobre la vida propia o la de un tercero tendrá la facultad unilateral de resolver el contrato sin indicación de los motivos y sin penalización alguna dentro del plazo de 30 días siguientes a la fecha en la que el asegurador le entregue la póliza o documento de cobertura provisional.”*

Como vemos el sistema se plantea bastante confuso, ya que no se guarda uniformidad ni siquiera en situaciones similares de un mismo texto normativo, como es el caso del artículo 71 y el 110 del TRLDGCU. Y mucho menos, en situaciones similares de diferentes cuerpos legales.

Podríamos pensar que la situación podría justificarse indicando que si bien es cierto, todos son contratos de consumo, cada uno de ellos corresponde a una realidad jurídica totalmente diferente y es en ese tanto, que se justifica darles un trato diferenciado y no uniforme. A mi criterio la justificación sería válida si la diferenciación se hace, como efectivamente se realiza, en los elementos del negocio, pero encontrar variaciones tan marcadas en un elemento totalmente accesorio, como lo es la

⁵³³ Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito.

⁵³⁴ Ley 42/1998, de 15 de diciembre, sobre derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico y normas tributarias. Artículo 10.1: *“1. El adquirente de derechos de aprovechamiento por turno tiene un plazo de Díez días...”*.

⁵³⁵ Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro.

III. ELEMENTOS DEL DERECHO DE DESISTIMIENTO

naturaleza del conteo del plazo para desistir, no es otra cosa que una falta de cuidado del legislador.

Ahora, retomando la norma general del artículo 71 TRLDGCU y tratando de explicar por qué se le definió como un plazo de días hábiles, me parece que es evidente que lo que se buscó fue asegurarle al consumidor un margen temporal suficiente para que hiciera efectivo su derecho, evitando con ello que circunstancias ajenas a él, le pudiesen afectar, por ejemplo, un día festivo o los sábados y domingos, sobre todo pensando en que en estas fechas puede resultar un tanto más complicado desistir de ciertos contratos, como lo podrían ser aquellos realizados a distancia, ya los medios tradicionales de envío y entrega, como pueden ser las oficinas de correos suelen estar cerradas. Así al darle la oportunidad de que el conteo se haga en días hábiles nos aseguramos de que siempre habrá un día más allá de los fines de semana. Y si bien es cierto, que con dicha regla se rompe con el sistema del CC, la relación de costo-beneficio de la medida, creo que salda con resultado positivo para el consumidor.

Para determinar cómo se definirán cuáles días deberán ser considerados como hábiles e inhábiles, sobre todo, en aquellos casos en los que el empresario se encuentre en una competencia territorial diferente a la del consumidor –generalmente en contratos realizados a distancia-, el propio artículo 71 indica que: *“Será la ley del lugar donde se ha entregado el bien objeto del contrato o donde hubiera de prestarse el servicio, la que determine los días que han de considerarse hábiles.”*

Así con ello, se pretendió zanjar la posible discusión sobre el punto y obviando los días inhábiles de carácter nacional⁵³⁶ que al final de cuentas son inhábiles para todos, en situaciones regionales distintas, los hábiles serán aquellos que la normativa de cada Comunidad Autónoma indique que lo sean, y a *contrario sensu*, inhábiles serán aquellos que cada Comunidad determine como tales.

Con lo cual tenemos que dependiendo de las circunstancias propias del calendario y el lugar en que estemos, el plazo original podría extenderse en su conteo

⁵³⁶ Sobre los festivos nacionales vid. artículos 45 a 47 del Real Decreto 2001/1983, de 28 de julio, reformado por el Real Decreto 1346/1989, de 3 noviembre.

real, es decir, conforme el calendario. Situación que no puede acarrear represalia alguna del empresario hacia el consumidor.

En otro orden de ideas, para determinar el *dies ad quo*, la norma remite a dos situaciones diferentes, la primera aplicada a aquellos casos en que estemos en presencia de un contrato traslativo de dominio, según el cual el plazo “*se computará desde la recepción del bien objeto del contrato*”. Y el segundo, aplicado a aquellos casos en que estemos en presencia de un contrato de servicios, en los que el plazo correrá “*desde la celebración de éste*”. Y en ambos casos, siempre que se el empresario hubiese cumplido con su obligación de informar y documentar el derecho a desistir⁵³⁷.

Es importante hacer notar que “*El dies a quo debe ser congruente con los elementos que son tenidos en cuenta para «reconsiderar la decisión», y también con ciertos límites prácticos, sobre todo porque el desistimiento supone la extinción del vínculo, borrando, como regla, los efectos que haya desplegado (nace, con su ejercicio, una relación obligatoria de liquidación). De manera que en los contratos de prestación de servicios es preferible fijar el dies en la «celebración del contrato» (para prevenir que los efectos del desistimiento y de la restitución sean fungibles, aun cuando el art. 74.2 permite deducir que el consumidor no está obligado «a reembolsar cantidad alguna... por el uso del servicio») y fijarlo en la «entrega» en aquellos casos en que sea oportuna la comprobación de la utilidad o características del bien para reconsiderar la decisión (típicamente en los contratos a distancia de bienes muebles corporales)*”⁵³⁸.

⁵³⁷ Al igual que en el marco regulatorio general de la figura, en las regulaciones especiales de las diferentes modalidades de desistimiento legal, también encontramos esta diferenciación, así por ejemplo, en contratos de tiempo compartido y de seguros, se toma como referencia el momento de firma del acuerdo, mientras que en contratos a distancia y de ventas a plazo, refiere a al momento de recepción del objeto. O bien, a partir de que se reciba la información. Salvo el caso de contratos realizados fuera de establecimiento mercantil o a domicilio, en donde la normativa es omisa (artículo 5 con referencia al 3.2 y 3.3) respecto a si el plazo inicia con la entrega de la cosa, o a partir del momento en que el consumidor es informado y documentado de su derecho.

⁵³⁸ GARCÍA VICENTE, JOSÉ RAMÓN. “Comentario al artículo 71. Plazo para el ejercicio del desistimiento”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, RODRIGO (COORD.). *Comentario del texto refundido de la ley general para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007)*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2009, p. 860.

III. ELEMENTOS DEL DERECHO DE DESISTIMIENTO

Igualmente, debemos tener presente que el tanto de siete días, es un plazo mínimo, el cual conforme al principio de irrenunciabilidad del Derecho de consumo⁵³⁹ acarreará la nulidad de cualquier acuerdo que implique un término menor para el ejercicio del derecho. Igualmente, al ser un plazo mínimo, permite que las partes puedan negociar un tanto mayor, siempre y cuando sea en beneficio del consumidor y ello, no signifique la renuncia a cualquier otra ventaja prevista en la ley.

Además, el de desistir del contrato, no es un acto personalísimo, por lo tanto, puede ser realizado por el propio interesado, por su representante, o por sus herederos de conformidad con el artículo 1257 CC⁵⁴⁰.

Finalmente, debemos recordar que el plazo, tal cual lo hemos venido analizando, en el fondo es un término para declarar el desistimiento, sin que importe el momento en que dicha declaración llegue a conocimiento del empresario. Siempre y cuando, logremos demostrar que se hizo dentro del tiempo estipulado para ello.

Por ello, si consideramos los modernos mecanismos de comunicación a los que las nuevas tecnologías nos permiten acceder, como correos electrónicos, mensajes, etc., para desistir ya no tendremos las limitaciones que los horarios nos imponían, en los que había que ejercitar el derecho antes de que la agencia de correos, o el comercio cerrasen sus puertas, sino que ahora tendremos hasta la hora 24 de cada día para realizar nuestra manifestación de voluntad. Sobre todo, pensando en contratos a distancia que permitan tener esta opción, como lo serían los electrónicos, o aquellos tradicionales que mediante páginas de internet se le dé esta opción al consumidor. .

b.- Plazo ampliado:

⁵³⁹ Artículo 10 TRLDCU.

⁵⁴⁰ “Art. 1257: Los contratos sólo producen efecto entre las partes que los otorgan y sus herederos; salvo, en cuanto a éstos, el caso en que los derechos y obligaciones que proceden del contrato no sean transmisibles, o por su naturaleza, o por pacto, o por disposición de la ley. Si el contrato contuviere alguna estipulación en favor de un tercero, éste podrá exigir su cumplimiento, siempre que hubiese hecho saber su aceptación al obligado antes de que haya sido aquélla revocada.”

El tercer párrafo del artículo 71⁵⁴¹, prevé que el plazo puede ser prorrogado a favor del consumidor y obviamente, en detrimento de los intereses del empresario, quien vería extendida de manera exponencial el espacio temporal para que el primero pueda ejercer su derecho a desistir el acuerdo.

Dicha ampliación del plazo tiene que ver con el cumplimiento de parte del empresario de su deber de información y documentación establecido en el artículo 69.1 TRLDGCU y es evidente que la misma se constituye como una sanción para cuando se ha incumplido la obligación. Ahora, *“el incumplimiento del deber de información y documentación no impide la perfección del contrato, ni faculta al usuario para la resolución del mismo por vía del 1124 CC, pero amplía, en su beneficio, el plazo de ejercicio de desistimiento a tres meses; si bien, de producirse el cumplimiento del empresario durante ese intervalo, el plazo nuevamente se modifica, en este caso, acortándose: el consumidor dispondrá de un nuevo periodo de siete días hábiles a partir de ese momento”*⁵⁴².

En concreto, la sanción se da al extender el plazo inicial de siete días, hasta un tanto de tres meses *“a contar desde que se entregó el bien contratado o se hubiera celebrado el contrato si el objeto de éste fuera la prestación de servicios”*⁵⁴³. Así, se sanciona al vendedor con un aumento de 83 días⁵⁴⁴ en el quantum del término para desistir. Lo cual es una consecuencia importante a tomar en cuenta, ya que implica que durante todo ese tiempo el vendedor estará con la incertidumbre de si el contrato se mantiene o se desiste.

⁵⁴¹ *“Artículo 71. Plazo para el ejercicio del Derecho de desistimiento...3. Si el empresario no hubiera cumplido con el deber de información y documentación sobre el Derecho de desistimiento, el plazo para su ejercicio será de tres meses a contar desde que se entregó el bien contratado o se hubiera celebrado el contrato si el objeto de éste fuera la prestación de servicios. Si el deber de información y documentación se cumple durante el citado plazo de tres meses, el plazo legalmente previsto para el ejercicio del Derecho de desistimiento empezará a contar desde ese momento.”*

⁵⁴² BELUCHE RINCÓN, IRIS. *El Derecho de desistimiento del consumidor, Op. Cit.*, p. 72.

⁵⁴³ Artículo 71.3 TRLDGCU.

⁵⁴⁴ En realidad el plazo total es de 90 días que corresponden a los tres meses, pero si a estos le restamos los siete que de por si hubiese tenido que esperar, tenemos un aumento real de 83 días en el plazo. Este aumento en el plazo representa una sanción de un aumento de un 1185%, en el tiempo que se debe esperar para la caducidad del derecho.

III. ELEMENTOS DEL DERECHO DE DESISTIMIENTO

Ahora, el plazo ampliado se puede reducir si en el transcurso de estos tres meses, si el vendedor cumple con la obligación de informar al consumidor, con lo cual se interrumpe la sanción y comienza a correr desde ahí el plazo ordinario de 7 días.

Para identificar el *dies ad quo* del plazo ampliado, aplicamos la regla general, es decir, que el plazo se compute “desde la recepción del bien objeto del contrato o desde la celebración de éste si el objeto del contrato fuera la prestación de servicios”⁵⁴⁵. La única excepción que encontraremos será el caso del vendedor que una vez sancionado y durante el plazo ampliado, informe de sus derechos al consumidor, momento a partir del cual, se contará el plazo legal de siete días y se evitará llegar hasta los tres meses.

Ahora resulta importante destacar que los tres meses a los que se refiere el plazo ampliado deben ser contados como naturales, ya que al no indicarse otra cosa debemos entenderlo así de conformidad con el artículo 5 del CC. Lo cual resulta entendible ya que considerar que ese tiempo es hábil implicaría dilatar la caducidad del mismo hasta tanto excesivos para el empresario. Casi a un mes más si solo sumáramos los fines de semana.

Hay alguna discusión en doctrina sobre la naturaleza jurídica de este plazo ampliado, ya que algunos consideran que desnaturaliza la figura del desistimiento para convertirla en una especie de resolución contractual, sobre todo tomando el modelo del artículo 10 de la ley de aprovechamiento por turnos de bienes inmuebles⁵⁴⁶ y de la redacción actual de artículo 44.5 de la ley de ordenación de comercio minorista⁵⁴⁷, las

⁵⁴⁵ Artículo 71.2 TRLDCU.

⁵⁴⁶ “Artículo 10. Desistimiento y resolución del contrato. 1. El adquirente de derechos de aprovechamiento por turno tiene un plazo de Diez días, contados desde la firma del contrato, para desistir del mismo a su libre arbitrio. Si el último día del mencionado plazo fuese inhábil, quedará excluido del cómputo, el cual terminará el siguiente día hábil. Ejercitado el desistimiento, el adquirente no abonará indemnización o gasto alguno.

2. Si el contrato no contiene alguna de las menciones o documentos a los que se refiere el artículo 9, o en el caso de que el adquirente no hubiera resultado suficientemente informado por haberse contravenido la prohibición del artículo 8.1, o incumplido alguna de las obligaciones de los restantes apartados de ese mismo artículo, o si el documento informativo entregado no se correspondía con el archivado en el Registro, el adquirente podrá resolverlo en el plazo de tres meses, a contar desde la fecha del contrato, sin que se le pueda exigir el pago de pena o gasto alguno...”. Ley 42/1998, de 15 de diciembre, sobre derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico y normas tributarias.

⁵⁴⁷ “Artículo 44. Derecho de desistimiento...5. En el caso de que el vendedor no haya cumplido con tal deber de información, el comprador podrá resolver el contrato en el plazo de tres meses a contar desde aquel en que se entregó el bien. Si la información a que se refiere el artículo 47 se facilita durante el citado plazo de tres meses, el período de siete días hábiles para el desistimiento empezará a correr desde

cuales si hacen una diferenciación entre derecho a desistir en el plazo ordinario y el derecho a resolver en el plazo ampliado de tres meses. *“El desistimiento en sentido estricto es enteramente libre, mientras que esta resolución va ligada al deber de informar y documentar el contrato. De esta manera, la resolución es una extinción sobrevinida de la relación contractual que se produce como consecuencia de una declaración de voluntad o de una acción ejercitada por el consumidor, que no es reflejo de una facultad absolutamente libre, sino que tiene que encontrarse fundada en una hipótesis o supuesto de hecho a tal efecto previsto por la ley (DIEZ PICAZO, L., Fundamentos II, p. 1084), concretamente en nuestro caso el incumplimiento de los deberes de información y documentación. Así pues, el consumidor puede desistir durante siete días, y resolver dentro del plazo de tres meses, aunque puede inducir a confusión entre ambos derechos que el inicio del cómputo del plazo para desistir dependa del momento en que se cumplan los deberes del art. 69 TR-LGDCU. Una vez cumplidos, se puede desistir. Si hay incumplimiento, o cumplimiento defectuoso del deber de información, procede durante un cierto tiempo la resolución”*⁵⁴⁸.

Y otros quienes por el contrario, indican que *“es discutible que cuando el incumplimiento se refiere, en concreto, a la información sobre el Derecho de desistimiento esté facultado el usuario para la resolución del contrato por vía del 1124 CC, porque, aun siendo de relevancia indiscutible, no es una obligación principal, y su incumplimiento por el profesional ya le ha permitido, durante un considerable y suficiente plazo de tres meses, y diez días, desvincularse del contrato sin indicación de motivo alguno. Por lo demás, acudir a esta vía no es, atendiendo a su amplio plazo de ejercicio y dada en general su configuración típica, una herramienta muy adecuada para un consumidor que pretende separarse del contrato”*⁵⁴⁹.

ese momento. Cuando el comprador ejerza su derecho a resolver el contrato por incumplimiento del deber de información que incumbe al vendedor, no podrá éste exigir que aquel se haga cargo de los gastos de devolución del producto.” Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista.

⁵⁴⁸ DOMINGUEZ LUELMO, ANDRÉS. “Capítulo II: Derecho de desistimiento”, *Op. Cit.*, p. 641. En igual sentido, ÁLVAREZ LATA, quien sobre el punto indica: *“Distinto al Derecho de desistimiento es el de resolución. Si el primero representa la facultad del consumidor de desvincularse del contrato sin alegar causa alguna; el segundo se traduce en la misma facultad pero fundada en una causa, que, para el supuesto ahora estudiado, radica en el incumplimiento de la contraparte del deber de información.”* En ÁLVAREZ LATA, NATALIA. “El Derecho de desistimiento”, *Op. Cit.*, p. 237.

⁵⁴⁹ BELUCHE RINCÓN, IRIS. *El Derecho de desistimiento del consumidor*, *Op. Cit.*, p.75.

III. ELEMENTOS DEL DERECHO DE DESISTIMIENTO

A mi criterio, resulta más lógica la segunda opción, por dos razones, primero, porque no me parece adecuado visualizar el derecho de información y documentación del consumidor, como una obligación contractual. Este es un derecho que va más allá de eso, es una prerrogativa que la ley le otorga y es ajeno a los azahares contractuales. Y segundo, porque si admitimos que es una obligación contractual y su incumplimiento es una inobservancia a los compromisos del acuerdo, entonces lo que estamos haciendo es sustraer al consumidor del sistema de garantías del derecho de consumo y condenándole a acudir a las vías ordinarias de administración de justicia, ya que deberá ir a la vía civil a incoar un proceso ordinario de incumplimiento contractual, en lugar de simplemente, desistir del contrato en un plazo ampliado. Sería acoger la vía larga y costosa, en lugar de la simple y gratuita.

c.- Plazo ordinario dentro del plazo ampliado:

Como ya hemos mencionado, el artículo 71 del TRLDGCU permite que el empresario subsane la omisión informando y documentando al consumidor acerca de su derecho a desistir del acuerdo y con ello, pueda acortar el plazo sancionador de tres meses. En este sentido indica: *“Si el deber de información y documentación se cumple durante el citado plazo de tres meses, el plazo legalmente previsto para el ejercicio del Derecho de desistimiento empezará a contar desde ese momento.”* Es decir, se toma como punto de partida el momento en que el empresario cumple con su deber y a partir de ahí surge el plazo ordinario para que el consumidor decida si desiste o continúa con el acuerdo.

Podría pensarse que es absurdo otorgar 7 días más a un consumidor para aplicar el desistimiento del contrato cuando ya ha tenido hasta 90 para hacerlo, pero me parece que no, que debemos recordar que se parte de la presunción de que el sujeto no tenía conocimiento de su derecho, hasta que fue informado del mismo, cosa que se hizo en este término de tres meses y es a partir de ahí, cuando es informado, que se le da el plazo ordinario al que todos los consumidores tienen derecho, ni más, ni menos.

“El incumplimiento del deber de información y documentación no impide la perfección del contrato, ni faculta al usuario para la resolución del mismo por vía del 1124 CC121, pero amplía, en su beneficio, el plazo de ejercicio de desistimiento a tres meses; si bien, de producirse el cumplimiento del empresario durante ese intervalo, el plazo nuevamente se modifica, en este caso, acortándose: el consumidor dispondrá de un nuevo periodo de siete días hábiles a partir de ese momento”⁵⁵⁰.

Conforme lo anterior, entonces, el plazo inicial de 90 días podría extenderse hasta los 97 días, en aquellos casos en que el empresario informe y documente en el último día. Plazo que a pesar de que pueda parecer amplio se queda corto frente a otros casos europeos, como es el caso de Alemania, en donde el mismo no empieza a correr hasta el que comerciante no informa y documenta al consumidor⁵⁵¹.

Hemos de indicar además, que aunque el plazo pueda ampliarse hasta esos 97 días, siempre resultará mejor para el empresario cumplir con su obligación, ya que su total omisión puede ser causal de nulidad o resolución del acuerdo, conforme el artículo 78 TRLDGCU⁵⁵².

Ahora, la sanción entre nulidad o resolución, dependerá de si se considera que el deber de información y documentación es un derecho esencial del consumidor. O bien, si más bien estamos en presencia de un incumplimiento de las obligaciones contractuales de parte del empresario, que podría generar una acción resolutoria a favor del consumidor.

A manera de ilustración podemos mencionar que el artículo 4.1 de la derogada Ley 26/1991, de 21 de noviembre, sobre contratos celebrados fuera de los

⁵⁵⁰ BELUCHE RINCÓN, IRIS. *El Derecho de desistimiento del consumidor*, Op. Cit., p.72.

⁵⁵¹ Artículo 355. 3, BGB: *“(3) Das Widerrufsrecht erlischt spätestens sechs Monate nach Vertragsschluss. Bei der Lieferung von Waren beginnt die Frist nicht vor dem Tag ihres Eingangs beim Empfänger.”* Traducido: *“El derecho de revocación se extingue a más tardar a los seis meses de la conclusión del contrato. En el suministro de mercancías el plazo no comienza antes del día de su recepción por el destinatario. A diferencia de lo previsto en el inciso 1, el derecho de revocación no se extingue si el consumidor no ha sido informado convenientemente de su derecho de revocación, y en las ventas a distancia de prestaciones de servicios financieros tampoco si el empresario no ha cumplido debidamente sus deberes de comunicación de acuerdo con el §312c, apartado 2, número 1”,* en LAMARCA MARQUÉ, ALBERT. *Código Civil Alemán Bürgerliches Gesetzbuch*, Op. Cit., p. 110.

⁵⁵² *“Artículo 78. Acciones de nulidad o resolución. La falta de ejercicio del Derecho de desistimiento en el plazo fijado no será obstáculo para el posterior ejercicio de las acciones de nulidad o resolución del contrato cuando procedan conforme a derecho.”*

III. ELEMENTOS DEL DERECHO DE DESISTIMIENTO

establecimientos mercantiles⁵⁵³, indicaba que: *“Artículo 4. Consecuencias del incumplimiento. El contrato celebrado o la oferta realizada con infracción de los requisitos establecidos por el artículo anterior podrá ser anulado a instancia del consumidor”* (subrayado es propio).

A mi criterio, para resolver el punto, debemos utilizar el mismo razonamiento que utilizamos anteriormente para analizar el caso de si el plazo de ampliado es eso, un plazo ampliado como sanción ante el incumplimiento del empresario, o un plazo resolutivo. En ese momento dijimos que estábamos en presencia de un derecho esencial del consumidor (derecho de información) y que como tal, no podría vérselo como una obligación contractual. Por ello, en el supuesto de que, pasando el plazo de 90 días, sin que el empresario cumpla con su deber, lo que surge es la opción de pretender la nulidad del acuerdo, por violación de un derecho fundamental del consumidor. Y no, una resolución contractual, porque no hay ningún incumplimiento de las obligaciones del acuerdo.

Finalmente, respecto a la carga de la prueba, el artículo 69.2 del TRLDGCU⁵⁵⁴, *“atribuye la carga de la prueba del cumplimiento de la obligación de cumplir la forma documental y la consiguiente entrega del documento al empresario o profesional (el art. 69.2 tiene el mismo contenido que el art. 111.1 in fine TRLDGCU). Tal asignación de la carga de la prueba no altera las reglas generales en materia de carga de la prueba (art. 217 LECiv) puesto que es el empresario o profesional el obligado a su cumplimiento y además porque pesan sobre él las consecuencias negativas de su incumplimiento”*⁵⁵⁵.

A diferencia del caso de la declaración de desistir, en donde, recae en el consumidor la carga de la prueba, resulta obvio que ahora le corresponda al empresario acreditar que sí ha cumplido con su deber de informar y documentar. Éste es un acto personalísimo que debe ser demostrado por quien lo realiza y al igual que

⁵⁵³ Refundida por el TRLDGCU.

⁵⁵⁴ *“Artículo 69. Obligación de informar sobre el Derecho de desistimiento...2. Corresponde al empresario probar el cumplimiento de lo dispuesto en el apartado anterior.”*

⁵⁵⁵ GARCÍA VICENTE, JOSÉ RAMÓN. “Comentario al artículo 69. Obligación de informar sobre el Derecho de desistimiento”, *Op. Cit.*, p. 855.

en el caso anterior, resultaría un tanto absurdo que en un litigio, se pretenda obligar a la contraparte a demostrar hechos propios del adversario.

3.- Gratuidad:

La de desistir, es una facultad gratuita para el consumidor, su ejercicio no puede significar costo alguno, ni derivar ningún tipo de responsabilidad para su titular. Cualquier intento para hacerlo será nulo, en este sentido, *“se establece la indemnidad del consumidor para poder proteger su libertad de decisión a la hora de asumir o no el vínculo jurídico que el contrato implica; es decir, a través de la gratuidad del ejercicio del desistimiento se logra garantizar la libre formación de la voluntad, del consentimiento del consumidor, que, de otro modo, tal vez seguiría adelante con el negocio emprendido por los perjuicios que le conllevaría desistir del contrato celebrado”*⁵⁵⁶.

Conforme lo anterior, el principio de gratuidad del Derecho de desistimiento, opera en dos sentidos diferentes, por un lado tenemos el derecho de no penalización previsto en el artículo 68 del TRLDGCU y por otro lado, tenemos la exención de gastos derivados de su ejercicio, prevista en el artículo 73. Ambas explicadas a continuación.

a.- Principio general de no penalización:

El principio de gratuidad se establece como principio básico del Derecho de desistimiento en el artículo 68 del TRLDGCU y como tal, significa que se le otorga al consumidor el beneficio de poder ejercitar la facultad de la que es titular y finalizar el contrato suscrito, sin ninguna consecuencia económica para sus intereses.

⁵⁵⁶ ÁLVAREZ MORENO, MARÍA TERESA. *Op Cit.*, p. 179.

III. ELEMENTOS DEL DERECHO DE DESISTIMIENTO

Para lograr lo anterior, esta norma regula el principio de gratuidad desde dos puntos diferentes, primero, estableciendo el derecho del consumidor de ejercer el desistimiento *“sin penalización de ninguna clase”* y luego, afianzando la idea de que *“Serán nulas de pleno de derecho las cláusulas que impongan al consumidor y usuario una penalización por el ejercicio de su Derecho de desistimiento”*⁵⁵⁷.

Así, conforme lo anterior, se reafirma la idea de que el consumidor puede desistir del acuerdo sin consecuencia alguna para sus intereses, incluso en instancias allende del derecho de consumo. En otras palabras, la falta de penalización es extensible al resto del ordenamiento jurídico, lo que significa que el empresario no podría ejecutar acción alguna en contra del consumidor por ejercer un derecho que le corresponde, siempre y cuando se haya ejecutado dentro de los límites legales.

Además, con la interdicción de cláusulas limitativas del derecho, lo que se hace es reiterar la prohibición general del artículo 10 del TRLDGPU, el cual prohíbe expresamente que el consumidor renuncie a cualquier derecho que la normativa le otorgue. Con lo cual, en este caso, lo que se buscó fue prohibir las renunciaciones a un derecho adquirido. Renuncia que podría realizarse indirectamente a través de la aceptación de una penalización indebida de un derecho que debe resultar gratuito para el consumidor, lo cual, en última instancia, se convertiría en un traba o barrera, que podría tornar en ilusorio el instituto.

⁵⁵⁷ Salvo el caso de los contratos de viajes combinados, en donde se establece un régimen indemnizatorio a favor del empresario cuando el consumidor ejerza su derecho de resolución del contrato, de conformidad con el artículo 160 del TRLDGPU, el cual reza: *“Resolución del contrato por el consumidor y usuario:*

En todo momento el consumidor y usuario podrá dejar sin efecto los servicios solicitados o contratados, teniendo derecho a la devolución de las cantidades que hubiese abonado, pero deberá indemnizar al organizador o detallista en las cuantías que a continuación se indican, salvo que tal resolución tenga lugar por causa de fuerza mayor:

A.- Abonará los gastos de gestión, los de anulación, si los hubiere, y una penalización consistente en el 5% del importe total del viaje, si la cancelación se produce con más de Díez y menos de quince días de antelación a la fecha del comienzo del viaje; el 15% entre los días tres y Díez, y el 25% dentro de las cuarenta y ocho horas anteriores a la salida.

De no presentarse a la salida, el consumidor y usuario está obligado al pago del importe total del viaje, abonando, en su caso, las cantidades pendientes salvo acuerdo entre las partes en otro sentido.

B.- En el caso de que el viaje combinado estuviera sujeto a condiciones económicas especiales de contratación, tales como flete de aviones, buques o tarifas especiales, los gastos de cancelación se establecerán de acuerdo con las condiciones acordadas entre las partes.”

Para el caso del desistimiento contractual, lo anterior, resulta de gran importancia, ya que se impone como un límite a la libertad de negociación de las partes. Así pues, *“con carácter imperativo el art. 68.1 TRDCU consagra la prohibición de penalización por ejercicio del Derecho de desistimiento —por lo que en los casos de Derecho de desistimiento de origen contractual no podría establecerse una cláusula válida en contra—”*⁵⁵⁸.

Sobre este punto, el TJCE ha dicho: *“...En estas circunstancias, procede responder a la sexta cuestión que la Directiva 85/577 se opone a que un contrato contenga una cláusula por la que se impone al consumidor el pago de una indemnización a tanto alzado por daños causados al comerciante por el único motivo de que aquél haya ejercido su derecho de renuncia”*⁵⁵⁹.

Igual posición ha mantenido la jurisprudencia nacional, que sobre el punto ha manifestado: *“En atención a lo anterior resulta aplicable la previsión del artículo 62.3 del RD Legislativo 1/2007, referida específicamente a los contratos de prestación de servicios, en el que se prohíben expresamente cláusulas que fijen plazos de duración excesivos o limitaciones que obstaculicen el derecho del consumidor a poner fin al contrato, reconociéndose dicho derecho (que nada tiene que ver con el Derecho de*

⁵⁵⁸ GALLEGO DOMÍNGUEZ, IGNACIO. “Capítulo II. Derecho de desistimiento”, *Op. Cit.*, p. 1279.

⁵⁵⁹ STJCE (Sala Tercera) de 22 de abril de 1999. Asunto Travel Vac, S.L., versus Manuel José Antelm Sanchís. Igualmente, resulta interesante mencionar los considerandos previos a la conclusión citada en donde el Tribunal razona que: *“56. La Comisión considera que una cláusula como la descrita en el apartado 53 de la presente sentencia es contraria a lo dispuesto imperativamente en el apartado 2 del artículo 5 de la Directiva 85/577. Estima que si la notificación de la renuncia del consumidor tiene por efecto liberarlo de toda obligación resultante del contrato, el vendedor no puede imponerle contractualmente la obligación de pagar una indemnización de daños y perjuicios precisamente por el único motivo de ejercer el derecho de renuncia que le otorga la Directiva 85/577.*

57. A este respecto, debe recordarse que el apartado 2 del artículo 5 de la Directiva 85/577 dispone que en caso de renuncia, el consumidor quedará liberado de toda obligación que resulte del contrato rescindido.

58. De lo anterior se deduce que tras la resolución del contrato, desaparece la obligación del consumidor de pagar daños y perjuicios en caso de incumplimiento del contrato. En efecto, como señaló el Sr. Abogado General en el punto 59 de sus conclusiones, tal indemnización de daños y perjuicios equivaldría a una sanción por ejercer su derecho de renuncia, lo que sería contrario a la finalidad protectora de la Directiva 85/577, que consiste, precisamente, en impedir que el consumidor asuma obligaciones económicas sin estar preparado para ello.

59. Si bien el artículo 7 del Directiva 85/577 remite a la legislación nacional para regular los efectos jurídicos de la renuncia, en particular en lo referente al reembolso de pagos relativos a los bienes o a las prestaciones de servicios, así como a la restitución de mercancías recibidas, esta disposición no contempla la indemnización debida por haber ejercido su derecho de renuncia, sino solamente los efectos de la renuncia, en relación con las partes, que puedan estar previstos en dicha legislación en lo que atañe al reembolso o a la restitución de los pagos o de las entregas que ya hayan sido efectuados.”

III. ELEMENTOS DEL DERECHO DE DESISTIMIENTO

desistimiento previsto en el artículo 68 y siguientes del mismo RD Legislativo) de forma expresa en el segundo párrafo del artículo 62.3 e imponiendo dicha norma la imposibilidad de fijar para limitar dicho derecho ningún tipo de sanción o cargas onerosas o desproporcionadas como "... la pérdida de las cantidades abonadas por adelantado, el abono de cantidades por servicios no prestados efectivamente, la ejecución unilateral de cláusulas penales que se hubieran fijado contractualmente o la fijación de indemnizaciones que no se correspondan con los daños efectivamente causados" . Esta redacción no es sino refundición de la modificación que introdujo en la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, por la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios cuyo artículo primero modifica, entre otros, el artículo duodécimo de aquella Ley, dándole una redacción idéntica a la del segundo párrafo del artículo 62.3 del RD Legislativo 1/2007. En consecuencia, cualquier cláusula de un contrato de prestación de servicios, como es el de mantenimiento de ascensores, que infrinja lo previsto en el artículo 62.3 citado y la anterior redacción del artículo 12 de la Ley 26/1984, está legalmente prohibida y no puede ser aplicada por los tribunales de justicia para fundamentar una indemnización como la solicitada por la apelante. La comunidad apelada ejercitó su derecho de resolución unilateral del contrato de mantenimiento con fecha 1 de julio de 2008, vigente el RD Legislativo citado, y en consecuencia ejercitó un derecho de resolución contractual reconocido en la ley y por el que no debe abonar ningún tipo de sanción o cláusula indemnizatoria como la cláusula cuarta de los contratos de mantenimiento de los ascensores objeto de este procedimiento. Carece por tanto la apelante, en base a dicha cláusula contractual, de derecho alguno a solicitar una indemnización general como la pretendida, de tal manera que únicamente hubiera tenido derecho a una indemnización por los perjuicios sufridos como consecuencia de la resolución unilateral del contrato de prestación de servicios de mantenimiento de ascensores. Pero en este caso se trataría de perjuicios reales y probados en las actuaciones, lo que no se ha dado pues la apelante sustentaba su reclamación únicamente en los términos contractuales y en una cláusula prohibida legalmente>>"⁵⁶⁰.

⁵⁶⁰ SAP Murcia (Sección 5), número 129/2011, de 3 de mayo, ponente: Ilmo. Sr. D. José Manuel Nicolás

b.- Exención de gastos derivados:

Como habíamos indicado, el principio de gratuidad del Derecho de desistimiento, conlleva una consecuencia directa a favor del consumidor y es que aparte que se prohíbe imponer alguna indemnización o multa para su ejercicio, también se prohíbe cobrar los costos derivados que él derive. Este es el principio de gratuidad del Derecho de desistimiento⁵⁶¹.

Este principio básico del Derecho de consumo, se regula en el artículo 73 del TRLDGCU, el cual indica que: *“El ejercicio del Derecho de desistimiento no implicará gasto alguno para el consumidor y usuario”*. Esta norma debemos concordarla, además, con el párrafo segundo del artículo siguiente (74), que indica que: *“El consumidor y usuario no tendrá que rembolsar cantidad alguna por la disminución del valor del bien, que sea consecuencia de su uso conforme a lo pactado o a su naturaleza, o por el uso del servicio.”* Y finalmente, con el párrafo tercero del mismo numeral 74, que dice: *“El consumidor y usuario tendrá derecho al reembolso de los gastos necesarios y útiles que hubiera realizado en el bien.”*

Manzanares, (AC 2011/1204).

⁵⁶¹ A pesar del principio general de gratuidad para el consumidor previsto en el TRLDGCU, en el sistema legal español encontramos algunas excepciones a este precepto. El primero de ellos lo encontramos en el artículo 9.1.c, de la Ley 28/1998, de 13 de julio, de Venta a Plazos de Bienes Muebles, el cual indica: *“Artículo 9. Facultad de desistimiento: 1. El consumidor podrá desistir del contrato dentro de los siete días hábiles siguientes a la entrega del bien, comunicándolo mediante carta certificada u otro medio fehaciente al vendedor y, en su caso, al financiador, siempre que se cumplan todos los requisitos siguientes:...c) Proceder, cuando así se haya pactado, a indemnizar al vendedor en la forma establecida contractualmente, por la eventual depreciación comercial del bien. Dicha indemnización no podrá ser superior a la quinta parte del precio de venta al contado. A este fin habrá de aplicarse el desembolso inicial si existiera”*. Igualmente, El propio TRLDGCU en el artículo 101.1 relativo al Derecho de desistimiento en contratos realizados a distancia, indica que: *“Artículo 101. Derecho de desistimiento: 1. El consumidor y usuario que contrate a distancia tendrá derecho a desistir del contrato conforme a lo previsto en el capítulo II, del título I de este libro, si bien en este tipo de contratos el empresario podrá exigir al consumidor y usuario que se haga cargo del coste directo de devolución del bien o servicio.”* Finalmente la nueva Directiva sobre derechos de los consumidores, pretende modificar el panorama y en su artículo 14.1 indica: *“El consumidor solo soportará los costes directos de devolución de los bienes, salvo si el comerciante ha aceptado asumirlos o no ha informado al consumidor de que le corresponde asumir esos costes.”*

III. ELEMENTOS DEL DERECHO DE DESISTIMIENTO

Este esquema normativo, que es un resabio del artículo 6 de la derogada Ley 26/1991, de 21 de noviembre, sobre contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles; impone que dentro del ejercicio del Derecho de desistimiento, la devolución de la cosa, no debe significar costo alguno para el consumidor. Incluso, la normativa va más allá y permite que se cobren aquellos gastos necesarios y útiles introducidos en el bien.

i.- Reintegro de los gastos útiles y necesarios:

El párrafo 3 del artículo 74, faculta al consumidor a pretender el reintegro “*de los gastos necesarios y útiles que hubiera realizado en el bien*”, lo cual necesariamente debemos concordar con el artículo 453.1 del CC, de aplicación supletoria en la materia y relativo a los gastos necesarios en materia civil⁵⁶².

Así, “*el artículo 453 regula los gastos que son abonables al poseedor por parte del propietario vencedor o, en general, por quien tenga mejor derecho a poseer. El precepto consta de dos párrafos: el primero hace mención a los gastos necesarios y el párrafo segundo a los gastos útiles. Los gastos necesarios son aquellos que resultan indispensables para la conservación de la cosa, de forma tal que de no haberlos llevado a cabo la cosa habría dejado de existir o desmerecido (STS 3 diciembre 1991 [RJ 1991, 8912]). La jurisprudencia considera como gastos necesarios: v. gr., el pago de los recibos de la contribución (STS 27 enero 1975 [RJ 1975, 263]), las cantidades invertidas en la alimentación, custodia, tratamiento veterinario del ganado (STS 20 marzo 1991 [RJ 1991, 2421]), el pago de los gastos comunes correspondientes a un piso de un edificio sometido al régimen de propiedad horizontal (STS 11 febrero 1998 [RJ 1998, 753]) y las obras ordinarias de conservación y reparación de inmuebles (SSTS 4 marzo 1960 [RJ 1960, 947], 14 abril 1998 [RJ 1998, 2145], la primera relativa a la reconstrucción de un pabellón destinado a almacén y albergue de semovientes y la segunda sentencia referida a las obras destinadas a transformar un inmueble en ruina*

⁵⁶² “Artículo 453. Los gastos necesarios se abonan a todo poseedor; pero sólo el de buena fe podrá retener la cosa hasta que se le satisfagan.”

*en un bar-restaurante). Estos gastos se abonan a todo poseedor, independientemente de su buena o mala fe. El fundamento del derecho de reembolso respecto de los gastos necesarios a todo poseedor se encuentra en el principio general que prohíbe el enriquecimiento sin causa*⁵⁶³.

Con ello, el consumidor tendría opción a reclamar la devolución de las cantidades de dinero empleadas para mantener y conservar la cosa en el buen estado en que la recibió. Cobro que a mi criterio tiene bastante lógica, ya que en el fondo lo que busca es que el empresario no sufra un perjuicio adicional al recibir un bien, no solo producto de un contrato desistido, sino que en mal estado. El que se permita que al consumidor le reintegren los dineros invertidos en la conservación, le estimula a cuidar y mantener el bien, en el estado original en que lo recibió.

El panorama varía respecto a la palabra “útil” que también usa la norma expuesta, ya que aparte de los gastos necesarios, pareciese que lo que planteó fue que también se indemnizaran los llamados gastos útiles en la posesión del bien, los cuales en el fondo no son gastos de conservación, sino mejoras introducidas a la cosa y que

⁵⁶³ UREÑA MARTÍNEZ, MAGDALENA. “Comentario al artículo 453”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, RODRIGO (COORD.). *Comentarios al Código Civil*, tercera edición, Editorial Aranzadi, Navarra, 2009, p. 614. Igualmente, ALBALADEJO los define así: “Los gastos necesarios a que ahora me refiero son los hechos en la cosa, y no para la producción de frutos (los hechos para la producción de éstos, se rigen por lo dicho en el número anterior). Ahora bien, tales gastos, siendo necesarios (los que exijan los deterioros o desperfectos que procedan del uso de la cosa, y sean indispensables para su conservación, de forma que, de no haberlos llevado a cabo, la cosa habría desmerecido o dejado de existir)”, en ALBALADEJO, MANUEL. *Derecho civil III, derecho de bienes*, novena edición, Librería Bosch S.L., Barcelona, 2002, p. 106. Díez-PICAZO, indica: “Gastos necesarios. Según el artículo 453, tales gastos se abonan a todo poseedor. Los gastos necesarios serán los referentes a la conservación de la cosa (arg. art. 455)² y esta última actividad debe de interpretarse no sólo en un sentido físico. Por ello la jurisprudencia extiende el concepto a los realizados para la producción de los frutos (S. de 4 de abril de 1968). Ello quiere significar que se abonarán estos gastos al poseedor vencido que no hace suyos los frutos”, en Díez-PICAZO, LUIS. GULLÓN, ANTONIO. *Sistema de Derecho civil, volumen III, derecho de cosas y derecho inmobiliario registral*, séptima edición, Editorial TECNOS S.A., Madrid, 2004, p. 120. Finalmente, LASARTE sobre los gastos necesarios, indica que: “Son denominados así porque su ejecución va ligada a la propia conservación de la cosa (pienso del caballo) o a la obtención de su natural rendimiento (siembra de una finca)”, en LASARTE, ÁLVAREZ, CARLOS. *Principios de Derecho civil V, derechos reales y derecho hipotecario*, quinta edición, Editorial Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid, 2007, p. 268.

III. ELEMENTOS DEL DERECHO DE DESISTIMIENTO

según el artículo 453.2 del CC⁵⁶⁴ serían indemnizables si se realizan de buena fe y bajo un posible régimen de derecho de retención en caso de impago.

Este punto ha sido particularmente discutido y cuestionado por la doctrina ya que algunos autores consideran que obligar al empresario a aceptar el desistimiento de un contrato y tras de ello, indemnizar las mejoras que el consumidor hubiese efectuado, es un abuso que desnaturaliza la figura y más bien, tuerce la realidad al crear un nuevo desbalance jurídico en contra de los intereses del empresario, es decir, crea de nuevo lo que la figura inicialmente pretendía evitar. Sobre el punto, BOTANA GARCÍA nos dice: *“Respecto a los gastos útiles el Código Civil ofrece, al que hubiese vencido en su posesión, la opción entre satisfacer el importe de los gastos o abonar el aumento de valor que por ellos haya adquirido la cosa. El aumento de valor será la diferencia entre el valor de la cosa en el momento de la entrega y el que presumiblemente tendría sin la reparación o mejora en ese momento. La ley sobre contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles no ofrece esta alternativa. La cuantificación del aumento del valor cada vez que el consumidor quisiera revocar el contrato, podría dar lugar a discusiones o incluso a litigios complicados, teniendo poco sentido dado que es difícil imaginar que el consumidor en un plazo de siete días realice uno gastos útiles sobre la mercancía recibida”*⁵⁶⁵.

⁵⁶⁴ “Artículo 453...Los gastos útiles se abonan al poseedor de buena fe con el mismo derecho de retención, pudiendo optar el que le hubiese vencido en su posesión por satisfacer el importe de los gastos, o por abonar el aumento de valor que por ellos haya adquirido la cosa.”

⁵⁶⁵ BOTANA GARCÍA, GEMA. *Los contratos realizados fuera de los establecimientos mercantiles y la protección de los consumidores*, José María Bosch Editor, S.A., Barcelona, 1994, p. 258. Igualmente, BELUCHE RINCÓN, indica: *“La razón por la que es el empresario quien ha de soportar estos gastos es, nuevamente, lograr la indemnidad económica del consumidor, aunque también parece razonable que si los provechos y frutos los conservará el profesional a quien la cosa es devuelta sea él quien asuma los costes realizados para su obtención.”* En BELUCHE RINCÓN, IRIS. *El Derecho de desistimiento del consumidor*, Op. Cit., p. 87. Finalmente, DOMÍNGUEZ LUELMO, sobre el punto manifiesta: *“Lo que debe reembolsarse al consumidor en ambos casos son los gastos realizados. No se contempla para las mejoras la posibilidad, que recoge el art. 453 CC, de optar entre satisfacer el importe de los gastos útiles o abonar el aumento de valor que por ellos haya adquirido la cosa. El empresario no tiene reconocida esta opción, sino que debe satisfacer el importe del gasto realizado, con independencia de efectivo aumento del valor de la cosa, e incluso de que dicho aumento subsista o no en el momento de la restitución.”* En DOMÍNGUEZ LUELMO, ANDRÉS. *Comentario al artículo 75. Imposibilidad de devolver la prestación por parte del consumidor*, en CÁMARA LAPUENTE, SERGIO (DIR.). *Comentarios a las normas de protección de los consumidores. Texto refundido (RDL 1/2007) y otras leyes y reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea*, Colex S.A., Madrid, 2011, p. 665.

Otros autores, como GARCÍA VICENTE, por el contrario, se apegan a la letra de la ley y justifican el régimen manifestando resumidamente que: *“1.-...En este caso la remisión del artículo 6.1 LCFE a los arts. 1303 y 1308 CC es, a mi juicio, fundamental, más por su sentido explicativo que por amparar consecuencias normativas concretas...La restitución de los provechos (art. 1303 CC) justifica el reembolso de los gastos necesarios y la ignorancia sobre la ineficacia del título por el que posee (mientras no se ejerce el derecho de revocación el consumidor es propietario de la prestación) justifica el reembolso de los gastos útiles”*⁵⁶⁶. Y agrega: *“En nuestro caso, el consumidor tiene derecho al reembolso del gasto útil (art. 6.3 LCFE) con independencia de que su resultado valioso, en forma de mejora de utilidad o aumento de valor en cambio, subsista o no (pero art. 458 CC); y no se ha establecido una facultad de elección en favor del empresario entre el gasto y su resultado económico (arts. 453 II, 502 II CC)*206. Es decir, *prima la consideración del empobrecimiento del consumidor sobre el efectivo enriquecimiento del empresario: regla que podemos fundar en el principio de indemnidad económica presente en el art. 6.2 I pr y en el tenor literal del art. 6.3 LCFE que se refiere a «gastos útiles» y no a «mejoras». Hay además una explicación práctica para elegir el gasto frente a la mejora: la facilidad probatoria de la existencia del desembolso frente a la natural exigencia de una estimación del valor actual de la cosa en el caso de la mejora”*⁵⁶⁷.

Desde mi óptica, me parece más justa y equitativa esta segunda posición ya que ciertamente, el consumidor tiene derecho al pago de ambas mejoras, las necesarias y las útiles. Las primeras porque como dijimos, garantizando su reconocimiento incentivamos al consumidor a cuidar y mantener el bien, evitando que el empresario sufra perjuicios adicionales al recibir un bien producto de un contrato desistido y en mal estado. Y las segundas, porque reconociendo el pago de aquellas introducidas de buena fe, tal y como dice el CC, evitamos no solo un posible enriquecimiento injusto del vendedor que se aprovecharía de la inversión realizada por el consumidor, sino que además, implantamos un mecanismo de sanción para aquellos consumidores que

⁵⁶⁶ GARCÍA VICENTE, JOSÉ RAMÓN. *Ley de contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles. El derecho de revocación*, Op. Cit., p. 194.

⁵⁶⁷ *Ibid*, p. 213.

III. ELEMENTOS DEL DERECHO DE DESISTIMIENTO

pretendan dolosamente y con el ánimo de perjudicar a su contraparte, introducir eventuales mejoras con el único ánimo de encarecer la operación del empresario⁵⁶⁸.

Una mejora necesaria de buena fe, sería aquella realizada por el consumidor sin plantearse el desistimiento del bien, es decir, aquella que se agrega por su necesidad en el uso del objeto adquirido, sin plantearse temas como el de su posterior devolución o el eventual su eventual aumento de valor para perjudicar al empresario. Podríamos pensar a manera de ejemplo, el caso de quien compra un ordenador, al que le instala el software requerido para su funcionamiento y que luego, por razones ajenas a la motivación original, decide devolver a través de un desistimiento. En este caso, lo justo sería que el empresario no solo reintegre el pago recibido, sino el valor de los programas instalados, los cuales por naturaleza de licencias de software, solo son activables una única vez y en una única máquina⁵⁶⁹. Aquí al desistir, sería justo que

⁵⁶⁸ Sobre el enriquecimiento injusto debemos recordar que el concepto parte de la suposición de que todo desplazamiento patrimonial se debe justificar en una situación jurídica precedente que el ordenamiento considere legalmente justa. Con ello, lo que se busca evitar, como dice ALBALADEJO es *“enriquecerse torticeramente en daño de otro.”* Y si no hay justa causa en el negocio, surge una acción a favor del empobrecido para reclamar la restitución del perjuicio patrimonial, ver ALBALADEJO, MANUEL. *Derecho civil I, introducción y parte general, Op. Cit.*, p. 114. Así, para que exista enriquecimiento injusto tienen que concurrir tres situaciones, a saber, un enriquecimiento de una de las partes, un empobrecimiento de la otra y finalmente, un desplazamiento patrimonial. Sobre la noción de enriquecimiento, LASARTE indica que: *“...la noción de enriquecimiento puede identificarse con cualquier acto que genera un incremento patrimonial para el enriquecido o, lo que es lo mismo, un aumento del valor de su patrimonio. Es indiferente que dicho incremento tenga lugar por la adquisición de la propiedad de una cosa (o simplemente la posesión de una cosa fructífera), la desaparición o disminución de una deuda, la adquisición o generación de un derecho de crédito.”* En LASARTE ÁLVAREZ, CARLOS. *Principios de Derecho civil II, derecho de obligaciones*, décimo quinta edición, Editorial Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid, 2011, p. 282. Sobre el empobrecimiento, DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN, indican: *“La existencia de un enriquecimiento de una persona por otra no sería suficiente para fundar la pretensión de enriquecimiento. Es necesario que el enriquecimiento se produzca a costa de otro. El que no sufre ese empobrecimiento no tiene interés, porque nada ha perdido. El empobrecimiento es una pérdida pecuniariamente apreciable: puede consistir en un valor salido del patrimonio del reclamante, en una prestación de servicios, en un trabajo efectuado o en la pérdida de un lucro cierto y positivo.”* En DÍEZ-PICAZO, LUIS. GULLÓN, ANTONIO. *Sistema de Derecho civil, volumen II: El contrato en general. La relación obligatoria. Contratos en especial. Cuasi contratos. Enriquecimiento sin causa. Responsabilidad extracontractual*, novena edición, 2º reimpresión, Editorial TECNOS S.A., Madrid, 2002, p. 526. Y, sobre el desplazamiento LASARTE resumidamente la define como el hecho, acto o situación de carácter lícito que justifica el desplazamiento patrimonial, ver LASARTE ÁLVAREZ, CARLOS. *Principios de Derecho civil II, derecho de obligaciones, Op. Cit.*, p. 282. Finalmente, tenemos que indicar que la acción de enriquecimiento ilícito, se puede dar independientemente de la buena o mala fe del beneficiado y lo reclamado debe estar limitada a lo obtenido por el demandado y lo perdido por el actor, es decir, no es una vía de cobro de daños y perjuicios. Y en el ámbito contractual el enriquecimiento injustificado de una de las partes conlleva la ineficacia del negocio, bajo pena de nulidad absoluta.

⁵⁶⁹ Como ejemplo podemos citar las políticas de activación de programas como Microsoft Office, cuyo proceso es el siguiente: *“La Activación del producto funciona al validar que la clave del producto de software, requerida como parte de la instalación del producto, no se haya utilizado en más PCs de las*

se le reconozca al consumidor la licencia de software introducida en el aparato, ya que admitir lo contrario, sería legitimar un aumento en la riqueza del empresario a costa del consumidor.

Por el contrario, serían de mala fe, aquellas mejoras útiles realizadas en el bien con el único fin de elevar su costo, independientemente de su necesidad en el uso del objeto. Y con el aumento del costo, perjudicar y tal vez, hasta lucrar en perjuicio del empresario.

En este caso, las mismas no deberían ser reconocidas, ni indemnizadas, porque el consumidor debe asumir el costo de invertir en algo que sabe que posteriormente va a reintegrar, con lo cual es evidente que hay una mala intención de aumentar los costes del empresario, el cual no solo tendría que admitir la finalización del acuerdo, sino que tendría que indemnizar todo aquello que el consumidor antojadiza o irresponsablemente haya introducido en el bien. Además, su rechazo también nos permitiría evitar situaciones dolosas de perjuicio, como aquellas derivadas del cobro de mejoras hechas con en único fin de molestar o fastidiar al vendedor.

Finalmente, debemos tener presente que en el tema de las mejoras debemos evitar confusiones, por cuanto, su buena o mala fe, nada tiene que ver con los elementos requeridos para la efectividad del Derecho de desistimiento, ya que como hemos venido repitiendo: para desistir de un contrato de consumo, en principio estos factores no juegan un papel trascendental. La nuestra es una figura de naturaleza voluntaria, discrecional y su ejercicio no depende de la fe del consumidor –buena o mala-. Éste, al final de cuentas es un tema probatorio y sería en vía declarativa en donde se tenga que dilucidar la procedencia de su pago.

que permite la licencia de software. La información de la clave del producto, en la forma de la ID del mismo, se envía junto con un "número de control de hardware" (un número no único generado a partir de la configuración del hardware de la PC) del sistema de activación de Microsoft durante la activación. La activación se termina ya sea directamente a través de Internet o mediante una llamada telefónica a un representante de servicio a clientes. Las activaciones en la misma PC utilizando la misma clave de producto son ilimitadas. La Activación del producto desalienta la piratería al limitar el número de veces que se puede activar una clave de producto en PCs diferentes." Así si compramos una licencia para una única activación, la misma no se podría utilizar de nuevo y perderíamos la inversión realizada. Tomado del sitio oficial de Microsoft: <http://www.microsoft.com/latam/softlegal/basics/activation/mpafaq.aspx>, fecha de visita, 3 de abril de 2012.

CAPÍTULO IV. EFECTOS DEL DERECHO DE DESISTIMIENTO

Como hemos venido manejando, el ejercicio del Derecho de desistimiento tiene dos consecuencias directas, la extinción de la relación jurídica que le precede – contrato de consumo-. Y la restitución total de las prestaciones recíprocamente realizadas, es decir, la devolución del precio pagado de parte del empresario y la devolución del objeto a cargo del consumidor. Hablamos así, de un efecto liberatorio y de un efecto restitutorio de la figura.

En este sentido, *“dando por supuesta la extinción de la relación obligatoria, efecto esencial derivado del desistimiento, el art. 74 LGDCU (LA LEY 11922/2007) se detiene en las consecuencias que conlleva la liquidación de la misma, disponiendo, como efecto principal, que las partes habrán de proceder a la restitución recíproca de las prestaciones; restitución que deberá llevarse a cabo de acuerdo a lo dispuesto en los arts. 1303 (LA LEY 1/1889) y 1308 Código Civil (LA LEY 1/1889), reglas generales del CC que van a guiar la restauración de la situación primitiva conforme a los principios que consagran de retroactividad, reciprocidad y simultaneidad. En consecuencia, el consumidor deberá restituir el bien con sus frutos y el empresario deberá devolver las cantidades abonadas con los intereses; y mientras aquél no restituya éste no podrá ser compelido a la devolución de la cantidad debida”*⁵⁷⁰.

A.- Extinción de la relación jurídica:

Es claro que el principal efecto del Derecho de desistimiento es el de extinguir la relación jurídica que le precede, es decir, finiquitar o extinguir la eficacia jurídica del contrato que lo fundamenta. Así, *“antes del vencimiento del plazo para el ejercicio del Derecho de desistimiento el contrato existe y, por consiguiente, de él han nacido obligaciones para las partes. Es más, la Ley se plantea que los contratantes hayan*

⁵⁷⁰ BELUCHE RINCÓN, IRIS. “Algunas notas sobre el derecho del consumidor a desistir del contrato”, en *Diario La Ley*, número 7182, sección tribuna, 26 de mayo de 2009, año XXX, p. 5. (La Ley 11783/2009).

procedido ya a ejecutar las prestaciones que les incumben: entrega del bien o prestación del servicio y el pago del precio. Por tanto, la principal consecuencia del Derecho de desistimiento es la de dejar sin efectos el contrato. Por el contrario, si alguno de ellos –o ambos– ha ejecutado la prestación que le incumbía, el ejercicio del Derecho de desistimiento implica su restitución, precisamente por la sobrevenida ineficacia del contrato; siempre, claro está, que la restitución sea posible”⁵⁷¹.

Es el momento, en que la figura cobra verdadera vigencia y sentido, ya que es la materialización plena de aquello para lo que fue creada: para liberar al consumidor de una obligación sobre la cual ha decidido que no desea continuar.

Igualmente, es en este momento también, en que la figura, como derecho subjetivo de naturaleza potestativa y extintiva que es, se convierte en una verdadera causal de ineficacia sobrevenida para el acuerdo. Ineficacia que se retrotrae al momento de conformación del negocio, con lo cual se retorna la situación jurídica a ese momento, debiendo las partes reintegrar las prestaciones efectuadas procurando volver la situación al momento previo de la formación del consentimiento.

Sin ánimo de repetir los argumentos esgrimidos en el Capítulo II de este trabajo, en donde se analiza al derecho de desistimiento, como una causal de ineficacia jurídica, tenemos que indicar que GALLEGO DOMÍNGUEZ, cita como las principales consecuencias del ejercicio de la facultad, en cuanto a la extinción de la relación jurídica, las siguientes:

“1. La principal consecuencia del desistimiento del consumidor es la extinción de la relación contractual. No cabe hablar de un contrato inválido, sino tan sólo de un contrato que ha devenido ineficaz por voluntad de uno de los contratantes. Los efectos de esta ineficacia en principio habrá que entender se retrotraen al momento de la perfección del contrato —efectos ex tunc—.

2. En principio se trata de una extinción total. No cabe desistir parcialmente del contrato. Si el empresario lo admite, no habrá ningún problema.

⁵⁷¹ CLEMENTE MEORO, MARIO E. “Consecuencias del ejercicio del Derecho de desistimiento en los contratos electrónicos”, *Op. Cit.*, p. 7.

IV. EFECTOS DEL DERECHO DE DESISTIMIENTO

3. *La ineficacia contractual conlleva la obligación de las partes de restituirse recíprocamente lo que hubiesen percibido por razón del contrato, sin que el empresario que hubiese recibido alguna prestación por parte del consumidor pueda retener nada en concepto de pena*⁵⁷².

B.- La restitución de la situación jurídica al estado original:

Como hemos venido adelantando el TRLDGCU indica que el otro efecto directo de haber desistido del contrato es que, tanto el consumidor, como el empresario, deberán retornarse mutuamente todas las prestaciones contractuales ejecutadas y derivadas del contrato fenecido. Así, el consumidor deberá devolver el objeto del contrato y el empresario el pago recibido.

En otras palabras, *“Dando por supuesta la extinción de la relación obligatoria, efecto esencial derivado del desistimiento, este precepto se detiene en las consecuencias que conlleva la liquidación de la misma, disponiendo, como efecto principal, que las partes habrán de proceder a la restitución recíproca de las prestaciones; restitución que deberá llevarse a cabo de acuerdo a lo dispuesto en los artículos 1303 y 1308 CC, reglas generales del Código que van a guiar la restauración de la situación primitiva conforme a los principios que consagran de retroactividad, reciprocidad y simultaneidad. En consecuencia, una vez ejercitado el derecho a desistir, nace para el consumidor la obligación de restituir el bien con sus frutos y para el empresario la de devolver las cantidades abonadas con los intereses (1303 CC), y en tanto el primero no devuelva la prestación no podrá verse el segundo compelido a devolver las cantidades abonadas (1308 CC)”*⁵⁷³.

⁵⁷² GALLEGO DOMÍNGUEZ, IGNACIO. “Capítulo II. Derecho de desistimiento”, *Op. Cit.*, p. 1286.

⁵⁷³ BELUCHE RINCÓN, IRIS. *El Derecho de desistimiento del consumidor*, *Op. Cit.*, p. 85. Aunque se tiene que agregar que con la aplicación de los artículos 1303 y 1308 del C.C. debemos ser cuidadosos, ya que su aplicación dentro del régimen de efectos del Derecho de desistimiento, podría inducirnos a error ya que su ubicación en el Código Civil dentro del catálogo de efectos de la nulidad de los contratos, perfectamente podrían conducirnos a la errónea idea de que el Derecho de desistimiento en sus efectos, remite a la teoría de la nulidad contractual, sobre todo si tomamos en consideración la última

Esta media lo que busca es finiquitar el desistimiento, a través, del retorno de la relación jurídica a la situación previa a la firma del acuerdo, pero sin olvidar de salvaguardar los intereses del consumidor y procurando sobre todo, que éste no sufra perjuicio alguno por la decisión tomada. *“La ley, pues, vincula al ejercicio del derecho de desistimiento los efectos propios de la declaración de nulidad de los contratos, que, según el artículo 1303 del citado cuerpo legal (CC), determina la obligación de los*

frase del artículo 1303, en cuanto indica que las partes deben devolverse recíprocamente las prestaciones realizadas, *“salvo lo que se dispone en los artículos siguientes”*. Este punto ha sido objeto de análisis de la doctrina, la cual ha concluido en palabras de GARCÍA VICENTE que: *“En resumen, en nuestro caso no debemos preguntarnos por el concreto alcance que merezca el art. 1303 CC en su sede específica (sub Cap. VI «De la nulidad de los contratos», Tít. II, Lib. IV), es decir, refiriéndonos a las partidas que comprende o a la aplicación conjunta de las reglas de liquidación de los estados posesorios. Debe preocuparnos la finalidad de la remisión del art. 6.1 LCFE a este precepto, finalidad que, a mi juicio, es doble: en primer lugar, resaltar la «reciprocidad*

» de la relación obligatoria de liquidación (que subraya definitivamente el art.1308 CC) y, en segundo lugar, propugnar el restablecimiento más completo de la situación anterior, imponiendo la extensión a los «frutos e intereses».

Más aún, la remisión tiene un fin limitado y no nos debe conducir a una conclusión que se me antoja errónea: con ella se pretende integrar el régimen de la restitución (de las «consecuencias del ejercicio del derecho de revocación», art. 6 LCFE) con el propio de la anulación del contrato, en razón de la proximidad de sus fundamentos o de los problemas a cuya solución pretende servir (ya hemos dicho que el derecho de revocación se integra en la explicación de los vicios de la voluntad, aunque con un matiz claramente objetivo).” En GARCÍA VICENTE, JOSÉ RAMÓN. *Ley de contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles: El derecho de revocación, Op. Cit.*, p. 200. En igual sentido, ÁLVAREZ MORENO, quien indica: *“La referencia explícita a estos artículos, siembra la duda de si sólo deben tenerse en cuenta tales disposiciones, o si, por la salvedad introducida por el artículo 1303 C.C. («salvo lo que se dispone en los arts. Sigüientes »), se ve también sometida la restitución a las reglas dimanantes de los artículos 1304-1307 C.C. En realidad los tres primeros preceptos no plantean problemas, porque regulan las consecuencias aplicables a aspectos que, en principio, no entran en juego en la conclusión de este tipo de contratos.”* En ÁLVAREZ MORENO, MARÍA TERESA. *El desistimiento unilateral en los contratos con condiciones generales, Op. Cit.*, p. 186. Igualmente, DOMÍNGUEZ LUELMO, sobre el punto indica: *“En este sentido, es preciso determinar si la remisión a los arts. 1303 y 1308 CC que se efectúa en el art. 74.1 TR-LGDCU se limita sólo a estos dos preceptos o abarca otros, habida cuenta que en el art. 1303 CC se dispone que los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas objeto del contrato, «con sus frutos, y el precio con los intereses, salvo lo que se dispone en los artículos siguientes». Parece claro que no son aplicables los arts. 1305 y 1306, referidos sólo a la nulidad por ser ilícita la causa u objeto del contrato, o por causa torpe. Tampoco lo son el art. 1304 y el ap. 2º del art. 1314 CC, aplicables a los contratos celebrados con incapaces; ni los arts. 1309 a 1313, que nada tienen que ver con la restitución de las prestaciones. Las dudas se plantean con el art. 1307 y el ap. 1º del art. 1314 CC. Sin embargo, se puede concluir que tampoco la remisión puede alcanzar a estos preceptos, ya que van referidos a la imposibilidad sobrevinida de la prestación, y ésta tiene una regulación específica en el art. 75 TR-LGDCU, que es diferente de la contemplada en el régimen del CC. La remisión del art. 74 TR-LGDCU a los arts. 1303 y 1308 CC se circunscribe sólo a estos dos preceptos.”* En DOMÍNGUEZ LUELMO, ANDRÉS. “Comentario al artículo 74. Consecuencias del ejercicio del derecho de desistimiento”, en CÁMARA LAPUENTE, SERGIO (DIR.). *Comentarios a las normas de protección de los consumidores. Texto refundido (RDL 1/2007) y otras leyes y reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea*, Colex S.A., Madrid, 2011, p. 661.

IV. EFECTOS DEL DERECHO DE DESISTIMIENTO

*contratantes de restituirse recíprocamente las cosas que hubieren sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses*⁵⁷⁴.

La restitución como efecto del desistimiento, parte de la literalidad del artículo 74 del TRLDGPU, el cual, a su vez, es una transcripción de la Ley sobre Contratos Celebrados Fuera de los Establecimientos Mercantiles⁵⁷⁵. En dicha norma se indica que: *“Ejercido el Derecho de desistimiento, las partes deberán restituirse recíprocamente las prestaciones de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 1303 y 1308 del Código Civil.”* Y la normativa de referencia del CC, por su parte impone: *“Artículo 1303: Declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses, salvo lo que se dispone en los artículos siguientes.”* Y *“Artículo 1308: Mientras uno de los contratantes no realice la devolución de aquello a que en virtud de la declaración de nulidad esté obligado, no puede el otro ser compelido a cumplir por su parte lo que le incumba.”*

Este marco regulatorio resulta fundamental para entender los extremos de la medida que analizamos, ya que de él surgen los temas que debemos tratar, a saber, qué es exactamente lo que se debe restituir, cómo y donde se deben restituir y finalmente, cómo operaría el eventual derecho de retención previsto en el 1308 CC, entre otros.

1.- Restitución mutua de las prestaciones:

Como hemos venido adelantando, la obligación de restitución de las prestaciones nace en virtud de haberse desistido del contrato. Es una obligación recíproca, derivada de la liquidación del negocio jurídico que unía a las partes, previamente a su finalización por voluntad unilateral del consumidor.

⁵⁷⁴ GARCÍA GIL, F. JAVIER. *Suma de la protección y defensa de los derechos de los consumidores*, Op. Cit., p. 283.

⁵⁷⁵ Ley 26/1991, de 21 de noviembre, vigente hasta el 1 de diciembre de 2007, fecha en que la derogó el TRLDGPU.

Esta obligación de liquidación, parte de los principios de reciprocidad y simultaneidad en la restitución de las prestaciones contractuales, con miras a la restitución de la situación jurídica al momento previo del consentimiento contractual. En este sentido, el Derecho de desistimiento es una causa de ineficacia *ex tunc*, es decir, tiene la capacidad de retraer los efectos jurídicos del negocio a su génesis misma.

El principio de reciprocidad parte de la premisa de que tanto consumidor, como empresario, se reintegrarán íntegramente todo aquello que se deben, es decir, parte de una *restitutio in integrum*, la cual conforme a la normativa del CC (artículos 1303 y 1308), significa que el consumidor, tendrá derecho a recibir “*las cosas que hubiesen sido materia del contrato,...y el precio con los intereses*”, además, del pago de las mejoras útiles y necesarias que haya introducido. Y el empresario, por su parte, tiene el derecho a recibir aquello que entregó como objeto del contrato, junto con los frutos que éste hubiese derivado⁵⁷⁶.

El principio de simultaneidad, exige que la restitución deba hacerse de manera recíproca, es decir, bajo criterios de correspondencia de acciones. En otras palabras, significa que ante el desistimiento que realice el consumidor, el empresario deberá reintegrar aquello que a él le corresponda y sobre todo, conforme los criterios de correspondencia indicados. El consumidor, por su parte, al igual que el empresario deberá reintegrar el objeto del contrato desistido, junto con sus frutos.

Ahora, el sistema parte de la premisa de una restitución instantánea de las obligaciones contractuales, lo cual implica que ante el desistimiento del consumidor, ambas partes se reintegrarán instantáneamente las prestaciones efectuadas, constituyéndose cada uno en acreedor del otro. Como veremos, el problema se puede presentar cuando dicha simultaneidad, no se puede cumplir.

⁵⁷⁶ Sobre el punto Clemente Meoro indica: “*En efecto, los artículos 1303 y 1308 establecen un principio de reciprocidad y simultaneidad en la restitución que entronca con otras previsiones del Código civil en el ámbito de las relaciones obligatorias bilaterales (cfr. Artículos 1100, 1123.1, 1124, 1274, 1289.1, 1500.2, 1505 y 1599 CC). En consecuencia, desde que el consumidor ejercita el derecho de desistimiento, nace para él la obligación de restituir el bien, que en su caso, haya recibido; y para el empresario la de devolver las cantidades abonadas, en su caso, por el consumidor. Es más, el bien ha de restituirse con sus frutos y el precio con los intereses (cfr. Art. 1303 CC).*” En Clemente Meoro, Mario E. “El ejercicio del Derecho de desistimiento en los contratos a distancia”, en RDPat, número 16, año 2006, p. 175.

a.- Obligaciones del empresario (efecto liberatorio):

El artículo 76 del TRLDGCU⁵⁷⁷ regula lo concerniente al tema de las obligaciones del empresario frente al desistimiento del consumidor, la norma un par de puntos importantes, que necesariamente deben ser analizados para su correcto entendimiento.

i.- Obligación de devolución:

Como sabemos, al desistirse la principal obligación que nace para el empresario es la de devolver todo aquello que mantiene en su poder y que sea producto del contrato fenecido. El artículo 76 TRLDGCU indica que esta es una obligación que surge a la vida jurídica una vez que se ha desistido del acuerdo, es decir, surge de la ineficacia del contrato.

La obligación de devolución es además, la consecuencia natural del Derecho de desistimiento, ya que su razón de ser es darle al consumidor la oportunidad de finiquitar el contrato de consumo que recién ha suscrito y con ello, retornar a la situación original, la consecuencia natural de la ecuación, es la devolución de aquello originalmente entregado.

⁵⁷⁷ "Artículo 76. Devolución de sumas percibidas por el empresario.

Quando el consumidor y usuario haya ejercido el Derecho de desistimiento, el empresario estará obligado a devolver las sumas abonadas por el consumidor y usuario sin retención de gastos. La devolución de estas sumas deberá efectuarse lo antes posible y, en cualquier caso, en el plazo máximo de 30 días desde el desistimiento.

Transcurrido dicho plazo sin que el consumidor y usuario haya recuperado la suma adeudada, tendrá derecho a reclamarla duplicada, sin perjuicio de que además se le indemnicen los daños y perjuicios que se le hayan causado en lo que excedan de dicha cantidad.

Corresponde al empresario la carga de la prueba sobre el cumplimiento del plazo."

En el caso del empresario la obligación de devolución no se agota en la normativa citada, la cual prevé que se debe *“devolver las sumas abonadas por el consumidor y usuario sin retención de gastos”*, sino que a este monto debemos agregarle el pago de los intereses que se hubiesen generado durante el tiempo de ejecución del acuerdo desistido, además, *“del reembolso de los gastos necesarios y útiles que hubiera realizado en el bien”*⁵⁷⁸, los cuales ya tratamos anteriormente.

Este pago de intereses, al igual que el de las mejoras útiles, ha suscitado bastante controversia en la doctrina, ya que unos abogan por su rechazo, mientras que otros, pugnan por su admisión. Autores como GARCÍA VICENTE, rechazan el mismo indicando que: *“En este punto es preferible sostener una interpretación estricta, de modo que el empresario deberá restituir el precio, puesto que los intereses no pueden comprenderse en las «sumas recibidas»”*⁵⁷⁹.

Mientras tanto, otro sector de la doctrina no solo acepta la procedencia del pago de los intereses, sino que además, expresamente la imponen como obligación del empresario. Entre estos autores podemos citar a BELUCHE RINCÓN, quien indica que: *“En consecuencia, una vez ejercitado el derecho a desistir, nace para el consumidor la obligación de restituir el bien con sus frutos y para el empresario la de devolver las cantidades abonadas con los intereses (1303 CC), y en tanto el primero no devuelva la prestación no podrá verse el segundo compelido a devolver las cantidades abonadas (1308 CC)”*⁵⁸⁰.

Mi criterio, al igual que lo externé en el caso de las mejoras, es el de aceptar el pago de los rendimientos que el dinero pagada hubiese generado. Esto por cuanto, considero que el espíritu de la normativa es el de buscar que el consumidor quede indemne al desistir de un contrato, ello implica que al aplicar la figura, no solo no debe afrontar gastos por ello, sino que tampoco deba afrontar pérdidas económicas por suscribir el acuerdo y luego desistirlo.

⁵⁷⁸ Artículo 74.3 TRLDGCU.

⁵⁷⁹ GARCÍA VICENTE, JOSÉ RAMÓN. “Comentario al artículo 68. Contenido y régimen del Derecho de desistimiento”, *Op. Cit.*, p. 871.

⁵⁸⁰ BELUCHE RINCÓN, IRIS. *El Derecho de desistimiento del consumidor*, *Op. Cit.*, p. 85.

IV. EFECTOS DEL DERECHO DE DESISTIMIENTO

Así una manera de evitar esta pérdida, es que al restituir la situación al estado original, también busquemos compensarle por el rendimiento que ese dinero dejó de generar a su favor. Rendimiento que de todas maneras, si fue aprovechado por el empresario, quien lo tendría en su poder siete días o más, si consideramos los treinta días que le da la ley para realizar el reintegro, o bien, los tres meses previstos para que el consumidor desista, por infracción al deber de información y documentación.

Con esta medida, evitamos también, el otro extremo que nos llevó a aceptar como válido el pago de las mejoras y es el del eventual enriquecimiento sin causa que obtendría el empresario a costa del consumidor y de su dinero, ya que éste y en virtud de su fin de lucro, es presumible que lo haya utilizado en diversas operaciones comerciales antes de devolverlo.

Es una cuestión de simple ponderación, ¿quien tiene más derecho a disfrutar los réditos que ese dinero hubiese generado en el plazo del desistimiento?, pues me parece que la respuesta es muy simple, ya que si nos ubicamos dentro del ámbito tuitivo del Derecho de consumo, será el consumidor.

Y ello, debe ser así con independencia del monto a reintegrar (principal e intereses) o del plazo que el consumidor ha tardado en tomar su decisión o el empresario en reintegrar el dinero, simplemente le pertenece al primero y le debe ser devuelto.

Y conforme lo expuesto, me parece válido indicar que el tipo de interés que se debe reconocer es el legal correspondiente para éste tipo de situaciones, de conformidad con el artículo 1108 del CC⁵⁸¹.

Así en resumen, el empresario estará obligado a realizar una restitución *in natura*, es decir completa y que abarque todos los extremos apuntados. En este sentido, será ilegal cualquier cobro o rebajo que pretenda hacerse y que venga a disminuir el monto al que el consumidor tenga derecho, salvo aquellos permitidos por

⁵⁸¹ “Artículo 1108. Si la obligación consistiere en el pago de una cantidad de dinero, y el deudor incurriere en mora, la indemnización de daños Y perjuicios, no habiendo pacto en contrario, consistirá en el pago de los intereses convenidos, y a falta de convenio, en el interés legal.”

la ley, como lo podrían ser los derivados de la pérdida de valor del bien, imputables al mal uso o negligencia del consumidor⁵⁸².

De la misma manera, queda aclarar que, en principio, el consumidor tampoco estará obligado a recibir ninguna otra cosa más que el dinero que pagó como valor del bien adquirido a través del contrato desistido, salvo que él expresamente lo admitiese como válido.

En este sentido será abusiva cualquier cláusula que venga a imponer limitaciones a la devolución del dinero, obligando al consumidor a recibir bienes, vales o cualquier otro tipo de "título" que sustituya al dinero. Así lo dijo la Audiencia Provincial de Barcelona: *"La sentencia 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 silo(sic) solo 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 (la actora es consumidora, destinataria final de la prenda de vestir; y la demandada, vendedora que se dedica profesionalmente a la venta de prendas de vestir, bien personal destinado al consumo. Es más la actora, es consumidora, aunque no sea adquirente inicial -si bien deviene en compradora inicial al cambiar la prenda- sino subadquirente por donación, como es el caso en definitiva, destinataria final «ex» art. 1.2 LGDU (RCL 1984, 1906) ; el contexto normativo es claro: en la LO Comercio Minorista (RCL 1996, 148, 554) (art. 10.2), por de pronto se faculta a los compradores para desistir del contrato (en el mismo sentido, art. 11 LOCM, 11.1 L. 26/84 [RCL 1984, 1906] GDCU, Directiva CEE 1999/44/CEE [LCEur 1999, 1654] , Ley de Garantía en la Venta de Bienes de Consumo art. 6, 2, 23/2003 de 10 de julio [RCL 2003, 1764]) que la demandante accionó y -no*

⁵⁸² Responsabilidad que también se prevé en el Proyecto de Marco Común de Referencia (PMCR, DCFR), cuyo artículo 5.105.4.b indica: *"The withdrawing party is not liable to pay:...(b) for any destruction or loss of, or damage to, anything received under the contract, provided the withdrawing party used reasonable care to prevent such destruction, loss or damage."* Traducción: *"Quien desiste no estará obligado a pagar: ...b) por destrucción, pérdida, o daño de la cosa recibida en virtud del contrato, siempre que haya actuado con la debida diligencia en evitar esa destrucción, pérdida o daño."* En esta norma si hacemos una lectura contrario, igualmente concluimos que si el consumidor no ha sido diligente con la tenencia del bien, será responsable por los daños o su pérdida. En STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE. RESEARCH GROUP ON EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP). *Principles. Definitions al Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR), Op. Cit., p. 102.*

IV. EFECTOS DEL DERECHO DE DESISTIMIENTO

obstante ser después de los 7 días- le fue aceptada la devolución; a partir de dicha devolución: -a) el vendedor esta obligado a devolver las sumas abonadas por el comprador, sin retención de gastos; b) "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" (carácter imperativo de la norma), ello en relación con los arts. 10 y 10.bis LGDCU (RCL 1984, 1906) , es decir, son nulas por abusivas; a su vez, conforme al el art. 4 LGVBC: "El vendedor responderá ante el consumidor de cualquier falta de conformidad que exista en el momento de la entrega del bien", de forma que concreta diana responsabilidad a través de una serie de remedios que asisten al consumidor en dicho caso: dos, de primer grado, la reparación y la sustitución (arts. 5 y 6), y otros dos, subsidiarios de aquellos, la rebaja del precio y la resolución del contrato (arts. 7 y 8), hasta el punto de que aquella previsión, se acompaña de la prohibición de la renuncia de tales derechos, al igual que se establece la interdicción de los actos realizados en fraude de ley"⁵⁸³.

Hay una excepción a la obligación del empresario de devolver el pago principal del contrato y es *"cuando el consumidor ha pagado mediante tarjeta de crédito, lo más frecuente es que en lugar de dirigirse al proveedor y reclamarle las cantidades abonadas, se dirija a la entidad emisora de la tarjeta para anular el cargo, acto al que le faculta del (sic) art. 46.2 de la LOCM en su redacción tras la ley 47/2002"⁵⁸⁴. En estos casos vemos como se faculta al consumidor cuyo contrato desistido es aún reciente, a bloquear el pago al empresario y con ello, evitar que el dinero salga de su patrimonio.*

⁵⁸³ SAP Barcelona (Sección 13), número 544/2008, de 9 octubre de 2008, ponente: Ilmo. Sr. D. Juan Bautista Cremades Morant. (AC 2008\1681). Aunque autores como EVANGELIO LLORCA critican esta sentencia sobre todo en la generalización que se hace en la declaratoria de ilegalidad de entregar vales en materia de consumo. La autora afirma en síntesis, que debe analizarse cada caso en concreto para determinar la legitimidad o no de la práctica. A mayor abundamiento ver: EVANGELIO LLORCA, RAQUEL. "¿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)", en *RDP*, julio – agosto, 2011, p. 3 y ss.

⁵⁸⁴ CLEMENTE MEORO, MARIO E. "Consecuencias del ejercicio del Derecho de desistimiento en los contratos electrónicos", *Op. Cit.*, p. 8. Sobre el punto RIVAS agrega: *"Respecto al popular temor a la devolución de las cantidades abonadas indebidamente o fraudulentamente, en concepto de compra, mediante tarjeta de crédito y sin autorización de su titular, la Ley prevé que este podrá solicitar la inmediata anulación del cargo a su banco (artículo 46.1 LCM) debiendo ser efectuadas éstas a la mayor brevedad posible (artículo 46.1 segundo párrafo LCM). El importe será abonado por el banco al titular de la tarjeta y adeudado al establecimiento. Ahora bien, si esta compra ha sido realizada efectivamente por el titular de crédito, éste estará obligado a indemnizar al comerciante de los daños y perjuicios que dicha anulación indebida le cause."* En RIVAS, JAVIER. "El Derecho de desistimiento en las compras realizadas por internet", en *Partida Doble*, número 117, diciembre, año 2000, p. 58

De alguna manera, se gana celeridad y lo que se evita es la engorrosa situación que el monto sea entregado al empresario, para que éste tenga que devolverlo posteriormente.

Al contrario, si sería legítimo que el empresario reintegre únicamente el monto que él finalmente recibió por la compra, ya que debemos recordar que las entidades financieras que administran las tarjetas de crédito suelen dejarse una comisión por uso del sistema (tasa de descuento), la cual es un porcentaje del valor de la compra y cuyo monto dependerá del tipo de tarjeta y del valor de la transacción. En este caso, el consumidor recibiría el monto del contrato, menos la comisión cobrada por el intermediario⁵⁸⁵.

ii.- Plazo de devolución:

Como segundo punto relevante, hay que mencionar que el TRLDGCU prevé una sanción cuando el empresario no devuelve a tiempo el dinero, es decir, *“lo antes posible y, en cualquier caso en el plazo máximo de 30 días desde el desistimiento.”*⁵⁸⁶, Dicha sanción se traduce un aumento de un 100% en el monto a devolver, es decir, el consumidor *“tendrá derecho a reclamarla duplicada”*, sin perjuicio de que además, *“se le indemnicen los daños y perjuicios que se le hayan causado en lo que exceda de dicha cantidad.”*

Así, *“si no se cumpliera en el plazo máximo señalado se establece una cláusula punitiva legal semejante a la prevista para las arras penitenciales en el artículo 1454 CC: el consumidor tendrá derecho a reclamar «duplicada» la suma, «sin perjuicio de que se le indemnicen los daños y perjuicios que se le hayan causado en lo que excedan de dicha cantidad». La suma tiene una función punitiva pero también es comprensiva de los daños causados por el retraso (en lo que «excedan»). Es improbable que puedan*

⁵⁸⁵

A

mayor

abundamiento

ver:

http://www.visaeurope.es/es/visa_para_comercios/c%C3%B3mo_funciona/tasa_de_descuento.aspx,
fecha de visita: 20 de abril de 2012.

⁵⁸⁶ Plazo que deberá contarse en días naturales.

IV. EFECTOS DEL DERECHO DE DESISTIMIENTO

padecerse daños que superen esa suma, sobre todo porque el consumidor no puede reclamar lucros cesantes puesto que, por definición, actúa en un ámbito ajeno a su actividad empresarial o profesional (art. 3 TRLGDCU)”⁵⁸⁷.

Finalmente, la norma indica que será el empresario quien tendrá la carga de la prueba para acreditar no solo el cumplimiento del plazo, sino el buen pago, conforme todos los extremos indicados.

b.- Obligaciones del consumidor (Efecto restitutorio):

La consecuencia directa que asume el consumidor por haber ejercido el Derecho de desistimiento, es la de devolver el objeto del contrato que acaba de decretar como ineficaz. Este compromiso surge, al igual que en el caso del empresario, del deber de restablecimiento mutuo de las prestaciones y de la restitución de las cosas al estado original.

Los alcances de esta devolución dependerán de si el objeto del contrato desistido era la realización de un servicio, o la adquisición de un bien. Esta diferenciación resulta fundamental porque es evidente que en la realidad no es lo mismo devolver una cosa, que devolver una prestación recibida.

Y así lo previó el legislador cuando en el artículo 74.2 del TRLDGCU también hizo diferencia entre ambos tipos de contrato: *“Artículo 74. Consecuencias del ejercicio del Derecho de desistimiento...2. El consumidor y usuario no tendrá que rembolsar cantidad alguna por la disminución del valor del bien, que sea consecuencia de su uso conforme a lo pactado o a su naturaleza, o por el uso del servicio.”*(subrayado es propio).

⁵⁸⁷ GARCÍA VICENTE, JOSÉ RAMÓN. “Comentario al artículo 77. Desistimiento de un contrato vinculado a financiación al consumidor y usuario”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, RODRIGO (COORD.). *Comentario del texto refundido de la ley general para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007)*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2009, p. 872.

Conforme ello, es claro que sobre los contratos sobre bienes, no encontramos problema alguno, ya que los mismos simplemente se restituyen para cumplir con la obligación, a diferencia de lo que puede ocurrir con los contratos de servicios, sobre los cuales si podemos encontrar algunas complicaciones, enfocadas sobre todo en *“las diferencias que presentan los servicios en relación con los bienes, pues aquéllos no se pueden devolver in natura si se ejercita el Derecho de desistimiento. Así, la doctrina ha advertido de la imposibilidad de ejercicio de este derecho una vez que ya se ha suministrado el servicio. Otros, más que de un Derecho de desistimiento, se refieren a la existencia de un derecho de reflexión. De ahí también, que el único punto de referencia para iniciar el plazo en que se puede ejercitar el desistimiento sea el de celebración del contrato, y no el de la recepción del servicio (art. 71.2 del Texto Refundido). Imposibilidad pues de ejercitar el Derecho de desistimiento una vez que se ha iniciado la prestación del servicio porque éste en puridad no puede ser devuelto”*⁵⁸⁸. Algunos autores llegan incluso a afirmar que estamos ante un supuesto de imposibilidad de devolución de la prestación⁵⁸⁹.

La solución que da el TRLDGCU, como producto de la transcripción de la Directiva 97/7/CE, de 20 de mayo de 1997⁵⁹⁰, es la de prohibir la opción de desistir en esta modalidad de contratación, sobre todo cuando la ejecución de la prestación ya haya iniciado, aún y cuando estemos dentro del plazo de siete días⁵⁹¹.

⁵⁸⁸ SÁNCHEZ GÓMEZ, AMELIA. “Comentario al Artículo 102”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, RODRIGO. *Comentario del texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007)*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2009, p. 1296.

⁵⁸⁹ FERNÁNDEZ-ALBOR BALTAR indica: *“Ahora bien, a diferencia de lo que ocurre en los contratos relativos a la entrega de una cosa, donde las mercancías recibidas pueden ser devueltas por el consumidor si no le interesan, en los contratos relativos a la prestación de un servicio, una vez ejecutada la prestación su restitución no resulta posible de acuerdo con las reglas previstas en el artículo 6 LCCFEM. Nos encontramos pues ante un supuesto de imposibilidad de devolución de la prestación.”* En FERNÁNDEZ-ALBOR BALTAR, ÁNGEL. “El derecho de revocación del consumidor en los contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles: algunos problemas derivados de la Ley 36/1991”, *Op. Cit.*, p. 606.

⁵⁹⁰ Artículo 6.3 *“ Salvo si las partes conviniesen en otra cosa, el consumidor no podrá ejercer el derecho de resolución previsto en el apartado 1 para los contratos: - de prestación de servicios cuya ejecución haya comenzado, con el acuerdo del consumidor, antes de finalizar el plazo de siete días laborables que se contempla en el apartado 1...”*

- de prestación de servicios cuya ejecución haya comenzado, con el acuerdo del consumidor, antes de finalizar el plazo de siete días laborables que se contempla en el apartado 1

⁵⁹¹ “Artículo 102. Excepciones al Derecho de desistimiento...e.- Contratos de prestación de servicios cuya ejecución haya comenzado, con el acuerdo del consumidor y usuario, antes de finalizar el plazo de siete días hábiles.”. Sobre el punto PASQUAU LIAÑO agrega: *“En relación a los contratos a distancia de*

IV. EFECTOS DEL DERECHO DE DESISTIMIENTO

Dicha prohibición, a mi criterio resulta curiosa y desacertada. Curiosa, porque llama la atención que el TRLDGPU la aplique únicamente para contratos realizados a distancia, cuando el problema con la devolución de los servicios, se plantea independientemente de la naturaleza del contrato.

Y desacertada, porque no comparto la prohibición absoluta, aún y cuando, si me parece atinado que se pretenda evitar el enriquecimiento injusto del consumidor, ya que al igual que en su momento justificamos el pago de mejoras e intereses a su favor, con el argumento de que denegarlas implicaría un eventual aumento patrimonial del empresario, si ahora permitiésemos que el consumidor pudiese desistir de un contrato de servicios, cuya ejecución ya se estuviese realizando, implicaría que tendríamos que aceptar como justo que éste se aprovechara de esas prestaciones realizadas, a sabiendas de que no podría reintegrarlas, lo cual deja en desventaja al empresario, quien vería como su trabajo se perdería ante la simple decisión unilateral de su contraparte.

Respecto a la prohibición, creo que hubiese resultado mucho más acertado que el legislador matizase la transposición normativa de la Directiva 97/7/CE, tal y como acertadamente lo propone PANIZA FULLANA, citando en pie de página a PASQUAU LIAÑO: *“en el supuesto de contratos de prestación de servicios. La regulación es la siguiente: el plazo de siete días hábiles para el ejercicio del Derecho de desistimiento se iniciará, en el caso de servicios, en el momento de la celebración del contrato (salvo incumplimiento del deber de información precontractual de la existencia del mismo); para asegurar la posibilidad de ejercicio de este derecho, el proveedor no podrá iniciar la ejecución mientras no transcurra dicho plazo; si se infringe esta prohibición se aplicarán las consecuencias de los envíos no solicitados. El consumidor, por su parte,*

prestación de servicios profesionales, la Directiva 97/7/CE no contempla la posibilidad de ejercicio del derecho una vez iniciada la ejecución del servicio. Respecto de ellos, el primer punto del artículo 3 (sic, léase correctamente artículo 6.3) dice que el consumidor no podrá ejercer el Derecho de desistimiento cuando se trate de contrato de prestación de servicios «cuya ejecución haya comenzado, con el acuerdo del consumidor, antes de finalizar el plazo de siete días laborables» desde la celebración del contrato. Sin duda, detrás de esta diferenciación entre ventas (respecto de las que el plazo de ejercicio del derecho no comienza mientras no se haya entregado la cosa) y contratos de prestación de servicios (en los que el plazo concluye con el inicio de la ejecución de la prestación) está la más difícil restituibilidad de los servicios ya prestados.” EN PASQUAU LIAÑO, MIGUEL. ET AL. “Propuesta de transposición al derecho español de la Directiva 97/7/CE, de 20 de mayo de 1997, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia”, en *Estudios sobre Consumo*, número 57, 2001, p. 85.

*puede autorizar la ejecución anticipada, pero tal autorización debe ser expresa. Aunque opte por la ejecución anticipada, el consumidor no pierde el Derecho de desistimiento, aunque su ejercicio deberá ser anterior a que concluya la ejecución. Ello comportará costes para el consumidor de lo que debe ser informado. Estos costes deben ser calculables objetivamente”*⁵⁹². Igualmente, *“debe afirmarse que el empresario que presta el servicio por propia iniciativa durante el periodo de reflexión, no podrá exigir del consumidor restitución alguna del equivalente, si éste, actuando de buena fe, hiciese eso posterior de su derecho de revocación. El empresario tendría en estos casos que correr con el riesgo del ejercicio del derecho de revocación por parte del consumidor”*⁵⁹³. Y obviamente, aplicado a todo tipo de contratos, no solo a aquellos realizados a distancia.

Otra arista del problema, es el relativo a la devolución de los servicios en aquellos casos en que nos encontramos en presencia de un contrato con plazo ampliado para desistir, es decir, de aquellos contratos en donde el empresario incumple con su deber de información y documentación y las ejecuciones contractuales se ejecutan mucho más allá de los siete días inicialmente previstos para

⁵⁹² PANIZA FULLANA, ANTONIA. *Contratación a distancia y defensa de los consumidores. Su regulación tras la reforma de la Ley de Ordenación de Comercio Minorista y la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico*, Editorial Comares, S.L., Granada, 2003, p. 341. Inicialmente lo que PASQUAU LIAÑO propone son cuatro puntos concretos, para ello indica: *“Nos ha parecido, en cambio, más adecuado el sistema previsto en la Propuesta 99SF que sí prevé esta posibilidad, si bien con la repercusión sobre el consumidor del coste de la ejecución ya realizada al tiempo del desistimiento, calculable conforme a criterios cognoscibles por el consumidor (art. 5.1, letras a y b, de la Propuesta 99 SF). Así, en definitiva, cuando se trate de contratos de prestación de servicios:*

- i) El plazo de siete días para el ejercicio del Derecho de desistimiento se iniciará en el momento de la celebración del contrato (salvo incumplimiento del deber de información precontractual de la existencia del mismo) (art. 6.2.b);*
- ii) Para asegurar la posibilidad del ejercicio del mismo, el proveedor no podrá iniciar la ejecución mientras no transcurra dicho plazo; si infringe esta prohibición, se aplicarán las consecuencias previstas en el art. 12 para el caso de suministros no solicitados (art. 6.2.b);*
- iii) El consumidor podrá, sin embargo, autorizar esa ejecución anticipada, pero habrá de ser una autorización expresa (art. 6.2.b);*
- iv) Si consiente dicha ejecución anticipada, no por ello pierde el Derecho de desistimiento; pero su ejercicio, que en todo caso deberá ser anterior a que se concluya la ejecución (art. 8, letra c, punto i), comportará costes para el consumidor respecto de los que habrá debido recibir información suficiente, y que serán objetivamente incalculables (art. 7.3).”*

En PASQUAU LIAÑO, MIGUEL. ET AL. *“Propuesta de transposición al derecho español de la Directiva 97/7/CE, de 20 de mayo de 1997, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia”*, *Op. Cit.*, p. 87.

⁵⁹³ FERNÁNDEZ-ALBOR BALTAR, ÁNGEL. *“El derecho de revocación del consumidor en los contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles: algunos problemas derivados de la Ley 36/1991”*, *Op. Cit.*, p. 611.

IV. EFECTOS DEL DERECHO DE DESISTIMIENTO

desistir. Pues, *“en este supuesto, parece razonable mantener la posibilidad de que el consumidor, no obstante haber recibido la prestación del servicio pueda ejercitar su Derecho de desistimiento y exigir la devolución de las sumas abonadas. En este caso, el aumento experimentado en su patrimonio podría estar fundamentado en la conducta del empresario que ha incumplido este deber de información”*⁵⁹⁴. Es decir, el empresario asume las consecuencias de su omisión.

Ahora, queda por tratar el tema de los extremos de la obligación de restitución a cargo del consumidor, es decir, ¿qué es exactamente lo que el consumidor tiene que devolver? para dar respuesta a la pregunta, ya habíamos adelantado que debe reintegrar el objeto principal de la obligación contractual, junto con los frutos que éste genere mientras esté en sus manos, ya que *“será el propietario quien ostente la facultad frutiva y hará suyos los frutos naturales, industriales y civiles. Huelga toda discusión sobre si en tal hipótesis nos hallamos ante una forma de adquirir o un ejercicio normal del derecho de propiedad, extendido a los frutos o incrementos de la cosa. Es una teorización un tanto bizantina, si tenemos en cuenta que tanto da de hablar de que la propiedad se extiende al disfrute de lo que produzca el objeto dominical, como que incorpora o atrae a su órbita todos los beneficios y réditos de la res frugífera”*⁵⁹⁵.

En nuestro caso y conforme lo anterior, ya sabemos que cuando se declara la ineficacia absoluta del contrato a través del ejercicio del Derecho de desistimiento, una de las principales consecuencias es la de restituir las cosas al estado original previo al negocio extinto. Y siendo que en contratos de consumo generalmente estamos en presencia de contratos traslativos de dominio, la derivación es que al extinguirse la relación jurídica mediante la cual el consumidor adquiriría la titularidad del derecho de propiedad sobre el bien, ahora, esta le sea devuelta a su titular original, es decir, al empresario. Y junto con la titularidad deben reintegrarse todos aquellos derechos que le son inherentes, entre ellos, el de disfrutar de los frutos que la cosa hubiese

⁵⁹⁴ SÁNCHEZ GÓMEZ, AMELIA. “Comentario al Artículo 102”, *Op. Cit.*, p.1297.

⁵⁹⁵ ALONSO PÉREZ, MARIANO. “Capítulo II: Del derecho de accesión”, EN ALBALADEJO, MANUEL (DIR.). *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, Tomo I, Volumen 1, artículos 333 a 391 del Código Civil*, Editorial Revista de Derecho privado, 1990, p. 288.

generado, lo cual es una consecuencia directa del derecho de uso y disfrute de la cosa (Artículo 334.2 CC)⁵⁹⁶.

Así, el fundamento de obligar al consumidor a reintegrar los frutos del objeto lo encontramos en el artículo 71.4 TRLDGCU, pero también en la justa equiparación de cargas derivadas del desistimiento, es decir, *“por un lado lo hallamos en la indemnidad económica del consumidor (principio general, art. 6.1 LCFE) y, por el otro, en la restitución de los frutos al empresario (remisión al art. 1303 CC). Hay una clara conexión económica entre los gastos necesarios y los provechos de la cosa, que nos dice que la conservación del provecho exige asignar a quien lo conserva el gasto realizado para su obtención: no puede simultáneamente requerirse la restitución de los gastos y permitirse la conservación de los provechos (cfr. los arts. 356, 452 I y 472 III CC). La idea que subyace es la de restablecer plenamente la situación anterior a la celebración del contrato: el consumidor debe restituir en el estado en que se encuentre la cosa, y por ello, desde el lado negativo, no reembolsará disminuciones de valor (en cambio), procedentes de un uso razonable; por el lado positivo se le reembolsarán los gastos necesarios realizados para la conservación de su utilidad, de su valor en uso. Este estado debe ser el de la utilidad propia del bien (arts. 6.2 II a contrario y 7.1 LCFE para los deterioros) y si es superior, de modo que se mejora su valor en uso (y en cambio) los gastos (útiles) realizados para ellos son reembolsables. El fundamento no es sólo evitar un enriquecimiento injusto, que parece ser el propósito principal de la disciplina sobre liquidación posesoria, sino también el de asegurar un completo restablecimiento de la situación anterior”*⁵⁹⁷.

⁵⁹⁶ “Artículo 334: Son bienes inmuebles:...Los árboles y plantas y los frutos pendientes, mientras estuvieren unidos a la tierra o formaren parte integrante de un inmueble.”

⁵⁹⁷ GARCÍA VICENTE, JOSÉ RAMÓN. *Ley de contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles: El derecho de revocación*, Op. Cit., p. 214. En igual sentido se manifiesta BELUCHE RINCÓN, quien sobre el punto indica: *“El legislador pretende que el consumidor quede indemne, por lo que será el empresario el que tendrá que soportar el menor valor de la cosa «usada» devuelta, sin poder exigir tampoco reembolso alguno por el enriquecimiento –aunque pequeño, habida cuenta del corto plazo del desistimiento– derivado del buen uso del bien. Que éste es el criterio legislativo claramente se pone de manifiesto cuando, además, refiriéndose tácitamente a contratos que tengan por objeto servicios, añade de manera intencionada en la última frase de este segundo párrafo (porque carece de precedentes en el artículo 6.2 de la Ley 26/1991) que el usuario no habrá de rembolsar cantidad alguna por el uso de los mismos.”* En BELUCHE RINCÓN, IRIS. *El Derecho de desistimiento del consumidor*, Op. Cit., p. 86.

IV. EFECTOS DEL DERECHO DE DESISTIMIENTO

Entonces, conforme lo expuesto, frutos a los que nos referimos son aquellos que se enumeran en el artículo 354 del CC, es decir, los frutos naturales, los frutos industriales y los frutos civiles⁵⁹⁸.

Los cuales conforme el artículo 355 CC, se definen así: *“Son frutos naturales las producciones espontáneas de la tierra, y las crías y demás productos de los animales. Son frutos industriales los que producen los predios de cualquier especie a beneficio del cultivo o del trabajo. Son frutos civiles el alquiler de los edificios, el precio del arrendamiento de tierras y el importe de las rentas perpetuas, vitalicias u otras análogas”*⁵⁹⁹.

Además, conforme el artículo 357 CC: *“No se reputan frutos naturales, o industriales, sino los que están manifiestos o nacidos....Respecto a los animales, basta que estén en el vientre de su madre, aunque no hayan nacido.”*

Finalmente queda por analizar un par de situaciones previstas por la ley y derivadas de la obligación de restitución, la primera tiene que ver cuando el consumidor se vea imposibilitado a reintegrar el objeto contractual por pérdida del mismo. Y el segundo, cuando a pesar de haberse devuelto, se encuentre tan deteriorado, que se deba sentar algún tipo de responsabilidad por el daño.

⁵⁹⁸ *“Artículo 354. Pertenece al propietario:*

1.- Los frutos naturales.

2.- Los frutos industriales.

3.- Los frutos civiles.”

⁵⁹⁹ Clasificación que es ampliada por SIERRA GIL DE LA CUESTA: *“El precepto que ahora se estudia hace una clasificación de los frutos que nunca se puede estimar como enclavada dentro de un parámetro de «numerus clausus», determinando que los mismos pueden ser naturales, industriales y civiles.*

Los frutos naturales son los que produce directamente la cosa fructífera –el trigo, las crías de cordero-

Los frutos industriales son los que se obtienen a través de la intervención del hombre –el trigo en una explotación agrícola, las crías de cordero en una explotación ganadera–.

Por su parte, es fruto civil el producido por razón de una relación jurídica constituida sobre una cosa –el precio que se cobra como arrendador de una cosa–.

Se puede ver claramente que el Código Civil no clasifica dentro de los frutos el de la plusvalía, que puede, incluso, tener una importancia económica superior a la de los antedichos frutos.” En SIERRA GIL DE LA CUESTA, IGNACIO. “Título II de la propiedad, Capítulo Primero de la propiedad en general”, en SIERRA GIL DE LA CUESTA, IGNACIO (COORD.). *Comentario del Código Civil, Libro II de los bienes, de la propiedad y sus modificaciones, arts. 333 al 608*, Editorial Bosch S.A., Barcelona, 2000.

i.- Imposibilidad de devolución e imputación del riesgo de pérdida de la cosa:

El artículo 75 del TRLDGCU⁶⁰⁰ regula la situación en que el consumidor se vea impedido a reintegrar la prestación recibida por pérdida o destrucción, una vez que es ejercitado el Derecho de desistimiento del contrato.

En cuanto a la pérdida tenemos que recordar que *“se trata del concepto jurídico o técnico de «pérdida de la cosa» (aplicable ante la mención de dicha «pérdida» por otras normas), más amplio que el vulgar: engloba el perecimiento o destrucción de la cosa, que incluye los supuestos de muerte de animales o transformación de su sustancia de forma que pierde su valor económico o de uso - p. ej.: el vino se avinagra-, la transformación en cosa «extra comercio» (que hace imposible la entrega -p. ej. al entrar en el dominio público-), o su desaparición: pérdida en sentido vulgar, e imposibilidad de recuperarla, por ejemplo tras un delito contra la propiedad, aunque se conozca su paradero (p. ej. si es irreivindicable o está en el extranjero). El deterioro no se define; pero supondrá una degradación de la cosa de relativa importancia. No su simple depreciación por causas económicas o de mercado. A los deterioros se asimila la pérdida parcial de la cosa”⁶⁰¹.*

Conforme lo anterior, es claro que la norma indicada se dirige a aquellos casos en que el objeto del contrato es un bien mueble corporal, no fungible; ya que en el caso de otro tipo de objetos contractuales, como lo podría ser un bien incorporal o fungible, es materialmente imposible que puedan perderse o destruirse, en cuyo caso,

⁶⁰⁰ “Artículo 75. Imposibilidad de devolver la prestación por parte del consumidor y usuario.

1. La imposibilidad de devolver la prestación objeto del contrato por parte del consumidor y usuario por pérdida, destrucción u otra causa no privarán a éste de la posibilidad de ejercer el Derecho de desistimiento.

En estos casos, cuando la imposibilidad de devolución le sea imputable, el consumidor y usuario responderá del valor de mercado que hubiera tenido la prestación en el momento del ejercicio del Derecho de desistimiento, salvo que dicho valor fuera superior al precio de adquisición, en cuyo caso responderá de éste.

2. Cuando el empresario hubiera incumplido el deber de información y documentación sobre el Derecho de desistimiento, la imposibilidad de devolución sólo será imputable al consumidor y usuario cuando éste hubiera omitido la diligencia que le es exigible en sus propios asuntos.”

⁶⁰¹ BERCOVITZ ÁLVAREZ, GERMÁN. “Comentario al artículo 1122”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, RODRIGO. (COORD.). *Comentarios al Código Civil*, tercera edición, Editorial Aranzadi, Madrid, 2009.p. 1333.

IV. EFECTOS DEL DERECHO DE DESISTIMIENTO

al desistir deberíamos aplicar analógicamente los artículos 1740.1⁶⁰² y 1743⁶⁰³ del CC, que establecen una devolución *tantundem eiusdem generis et qualitatis* «*tantundem*», es decir, devolviendo otro tanto de la misma especie y calidad, de aquello consumido⁶⁰⁴.

Así, teniendo claro lo anterior, tenemos que indicar que esta norma del TRLDGCU que es un resabio del artículo 7 de la derogada Ley sobre contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles⁶⁰⁵ que “*establece sucesivamente estas tres reglas: 1) el derecho de revocación subsiste aunque se haya hecho imposible, por cualquier causa, la obligación restitutoria del consumidor; 2) el riesgo de la obligación restitutoria lo soporta el empresario y si le es imputable al consumidor el evento que lo ha ocasionado no se extingue el vínculo sino que se perpetúa en su equivalente, a través conocido expediente técnico de la perpetuatio obligationis; y 3) se fija como criterio para calcular la cuantía de la perpetuo obligationis, como equivalente, el «valor de mercado» de la cosa, con el límite máximo del precio de adquisición*”⁶⁰⁶.

En cuanto a la subsistencia del derecho a desistir, con esta disposición se reafirma casi que de manera incondicional el derecho del consumidor a ejercer su

⁶⁰² “Artículo 1740. Por el contrato de préstamo, una de las partes entrega a la otra, o alguna cosa no fungible para que use de ella por cierto tiempo y se la devuelva, en cuyo caso se llama comodato, o dinero u otra cosa fungible, con condición de devolver otro tanto de la misma especie y calidad, en cuyo caso conserva simplemente el nombre de préstamo...”

⁶⁰³ “Artículo 1753. El que recibe en préstamo dinero u otra cosa fungible, adquiere su propiedad, y está obligado a devolver al acreedor otro tanto de la misma especie y calidad.”

⁶⁰⁴ Aunque debemos aclarar que, si bien es cierto, lo expresado debe ser la norma general, en el mercado actual podemos encontrar ofertas o promociones en las que los empresarios admiten el desistimiento del contrato, aún y cuando, el bien haya sido consumido. Con lo cual se relativiza la imposibilidad de devolución prevista por la ley. Un ejemplo claro lo encontramos en la siguiente página de internet: <http://www.promocionesinteractivas.com/granini/>, fecha de visita: 18 de agosto de 2012. En la cual la marca de zumos Granini, publicita como promoción temporal, la devolución del coste de la botella de zumo, aún y cuando haya sido consumido, si el mismo no es del agrado del consumidor.

⁶⁰⁵ “Artículo 7. Imposibilidad de devolver la prestación por parte del consumidor.

1. La imposibilidad de devolver la cosa objeto del contrato por parte del consumidor por pérdida, destrucción u otra causa no privarán a éste de la posibilidad de ejercer el derecho a la revocación.

En estos casos, cuando la imposibilidad de devolución le sea imputable, el consumidor quedará obligado a abonar el valor de mercado que hubiera tenido la cosa en el momento del ejercicio del derecho de revocación, salvo que dicho valor fuera superior al precio de adquisición, en cuyo caso procederá el abono de éste.

2. Cuando el empresario hubiere incumplido los deberes previstos en el artículo 3, la imposibilidad solo será imputable al consumidor cuando éste hubiera omitido la diligencia que le es exigible en sus propios asuntos.”

⁶⁰⁶ GARCÍA VICENTE, JOSÉ RAMÓN. *Ley de contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles. El derecho de revocación*, Op. Cit., p. 219.

derecho a desistir del contrato, incluso, eximiéndole de la obligación restitutoria, cuando no pueda cumplirla. Aunque, ello no significa que saldrá económicamente indemne, ya que si el daño le es imputable, deberá indemnizarlo.

Así, respecto a la imputabilidad y asignación del riesgo de pérdida o destrucción fortuita de la cosa, partimos de la aplicación genérica de los artículos 1452⁶⁰⁷, que a su vez remite al 1096⁶⁰⁸ y al 1182⁶⁰⁹, todos del Código Civil. En ellos se establece el principio general de que la cosa perece para su dueño.

En nuestro caso, el dueño será el empresario, ya que por la extinción de la relación jurídica, los derechos que originalmente fueron traspasados mediante el contrato desistido, vuelven a su titular original. Así, si la cosa perece, lo hará para el empresario, ya que como el contrato pierde eficacia con efectos *ex tunc* se tiene como nunca traspasado.

Sin embargo, como se dijo, esta regla tiene su excepción y es cuando hay culpa o dolo del consumidor en la pérdida del objeto, de ahí que se hable de una *perpetuatio obligationis*, para referirse a la reversión de la responsabilidad ante la pérdida de la cosa a reintegrar. Caso en el cual, se establece una salvedad al principio de gratuidad y se obliga al consumidor a asumir los costos del bien fenecido o perdido.

Así, se establece como criterio para establecer la responsabilidad del consumidor la diligencia que éste tuvo con el bien. *“Tal regla de moderación se establece para relajar la diligencia exigible que, en defecto de regla expresa, sería la propia de un buen*

⁶⁰⁷ “Artículo 1452. El daño o provecho de la cosa vendida, después de perfeccionado el contrato, se regulará por lo dispuesto en los artículos 1.096 y 1.182.

Esta regla se aplicará a la venta de cosas fungibles hecha aisladamente y por un solo precio, o sin consideración a su peso, número o medida.

Si las cosas fungibles se vendieren por un precio fijado con relación al peso, número o medida, no se imputará el riesgo al comprador hasta que se hayan pesado, contado o medido, a no ser que éste se haya constituido en mora.”

⁶⁰⁸ “Artículo 1096. Cuando lo que deba entregarse sea una cosa determinada, el acreedor, independientemente del derecho que le otorga el artículo 1.101, puede compeler al deudor a que realice la entrega.

Si la cosa fuere indeterminada o genérica, podrá pedir que se cumpla la obligación a expensas del deudor.

Si el obligado se constituye en mora, o se halla comprometido a entregar una misma cosa a dos o más personas diversas, serán de su cuenta los casos fortuitos hasta que se realice la entrega.”

⁶⁰⁹ “Artículo 1182. Quedará extinguida la obligación que consista en entregar una cosa determinada cuando ésta se perdiere o destruyere sin culpa del deudor y antes de haberse éste constituido en mora.”

IV. EFECTOS DEL DERECHO DE DESISTIMIENTO

*padre de familia (arts. 1094, 1104 II y 1182 CC) pero subsisten el resto de reglas previstas y entre otras la de presunción de culpa contenida en el art. 1183 CC.”*⁶¹⁰ Y segundo, del cumplimiento de parte del empresario de su obligación de información y documentación del Derecho de desistimiento,

Como resultado de lo anterior, la normativa nos propone dos supuestos diferentes cuyas consecuencias que tienen mucho que ver con ambos extremos, gratuidad y cumplimiento de información y documentación. Veamos:

- En el primer supuesto, si el empresario cumplió en su deber de información y documentación sobre el Derecho de desistimiento y la pérdida es achacable al comprador, éste *“responderá del valor de mercado que hubiera tenido la prestación en el momento del ejercicio del Derecho de desistimiento, salvo que dicho valor fuera superior al precio de adquisición, en cuyo caso responderá de éste”*⁶¹¹. Es decir, el comprador será responsable únicamente por el valor real de la cosa, fijándose como techo el costo pagado en el contrato. En este sentido, al indicarse que tomaremos como referencia valor de mercado, es claro que el costo de depreciación lo asume directamente el vendedor.
- En el segundo supuesto, si el vendedor faltó al deber de información y la cosa perece, *“la imposibilidad de devolución sólo será imputable al consumidor y usuario cuando éste hubiera omitido la diligencia que le es exigible en sus propios asuntos”*⁶¹².

Como se denota, de nuevo se sanciona al empresario que omite informar al consumidor sobre la posibilidad de desistir del acuerdo, al punto que si el consumidor

⁶¹⁰ GARCÍA VICENTE, JOSÉ RAMÓN. “Comentario al artículo 75. Imposibilidad de devolver la prestación por parte del consumidor y usuario”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, RODRIGO (COORD.). *Comentario del texto refundido de la ley general para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007)*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2009, p. 869. En igual sentido ver a Gallego Domínguez, quien indica: “y, por tanto, ¿cuál es ese nivel de diligencia que hace que el consumidor responda en los casos normales de la pérdida de la cosa? Habrá que aplicar el criterio normal de diligencia exigido en nuestro Derecho civil, el tipo medio o normal de persona diligente, la figura-patrón de un hombre medio, la diligencia de un buen padre de familia —sistema de «culpa leve in abstracto» (art. 1.104.2 CC)—.” En GALLEGO DOMÍNGUEZ, IGNACIO. “Capítulo II. Derecho de desistimiento”, *Op. Cit.*, p. 1291.

⁶¹¹ Artículo 75.1 TRLDU.

⁶¹² Artículo 75.2 TRLDU.

logra acreditar que mantuvo la diligencia de un *buen padre de familia* en el cuidado, uso y disfrute de la cosa, la pérdida de la misma, la sufriría el vendedor, conforme lo analizado⁶¹³.

En resumen, *“Todo lo dicho nos lleva a la siguiente conclusión: los riesgos de la cosa objeto del contrato en principio corresponden al vendedor, al empresario, hasta tanto no termina el plazo de ejercicio. El consumidor no está obligado a responder de las pérdidas o menoscabos en las cosas debidas a caso fortuito o fuerza mayor. Sólo responde en los casos en que le sean imputables, ya a título de dolo, ya a título de culpa en los términos vistos”*⁶¹⁴.

Ahora, respecto al término *“valor de mercado”* que utiliza la norma para medir el valor de la prestación que el consumidor deberá reintegrar, debemos entenderlo como el valor real y actual del bien y sobre todo, tasado conforme los calores del mercado en que originalmente fue ofrecido al consumidor

En este sentido, no sería admisible que se vaya a tomar como referencia de valor un índice de precios al cual la cosa originalmente nunca estuvo sometida, ni mucho menos, como algunos autores indican, que debe tomarse el precio de mercado mayorista, ya que ello a mi criterio retuerce innecesariamente la intención de protección al consumidor perjudicando al empresario, quien tenía una expectativa producto del margen ganancia que en su momento fue aceptada por el consumidor⁶¹⁵.

⁶¹³ Conclusión a la que se arriba también, haciendo una simple interpretación a *contrario sensu* de la norma analizada.

⁶¹⁴ GALLEGO DOMÍNGUEZ, IGNACIO. “Capítulo II. Derecho de desistimiento”, *Op. Cit.*, p. 1292.

⁶¹⁵ Bajo esta línea podemos citar a MIRANDA SERRANO, quien dice: *“Por valor de mercado habrá que entender el valor que tenga la cosa en el mercado al por mayor. No el que posea en el mercado de consumo (mercado al por menor). La explicación no es difícil de entender: dado que estamos ante una legislación tuitiva de una de las partes contratantes, la que actúa en condición consumidora, y dado, también, que el legislador persigue que tras el ejercicio del Derecho de desistimiento por el consumidor se restablezca la situación previa a la celebración y ejecución del contrato, el empresario verá satisfechos sus intereses y el consumidor no resultará perjudicado si éste, en el supuesto de imposibilidad de devolución que se analiza, reintegra a aquél el precio que en el mercado al por mayor tendría una adquisición de reemplazo. Si el consumidor quedara obligado a entregar al empresario el valor que tendría la cosa objeto del contrato en el mercado de consumo, el empresario obtendría la misma ganancia o lucro que la que hubiera obtenido de haberse celebrado el contrato y no haberse ejercitado el Derecho de desistimiento, lo que no parece de recibo.”* En MIRANDA SERRANO, LUIS MARÍA. “Título IV. Contratos celebrados fuera de establecimientos mercantiles”, en REBOLLO PUIG, MANUEL. IZQUIERDO CARRASCO, MANUEL (DIR.). *La Defensa de los consumidores y usuarios. Comentario sistemático del Texto Refundido, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007*, IUSTEL, Madrid, 2011, p. 1677.

IV. EFECTOS DEL DERECHO DE DESISTIMIENTO

Además, dicho margen de ganancia sirve para compensar la depreciación del bien desistido, al dejar de ser nuevo al momento de recibirlo de vuelta.

Finalmente, el TRLDGCU guarda silencio sobre el caso en que sea el empresario el que se vea imposibilitado para devolver lo que le corresponde, por ello, a nuestro parecer lo que operaría en estos casos es el de conceder un derecho de retención al consumidor conforme las características que más adelante indicaremos⁶¹⁶.

ii.- Responsabilidad por mal uso o abuso del bien:

Un supuesto diferente al anterior, pero igual de conflictivo, es aquél en que si bien es cierto, la cosa no se pierde, se retorna en una situación de desmejora tal que demuestra un *“uso (NO) conforme a lo pactado o a su naturaleza, o por el uso del servicio”*⁶¹⁷ (entre paréntesis es propio).

Me parece que para dar respuesta a este tipo de situaciones, debemos hacer una lectura en el sentido contrario de la norma y entender que en estos casos *“El consumidor y usuario si tendrá que rembolsar alguna por la disminución del valor del bien”*, ya que es obvio que este tipo de situaciones lo que reflejan es un descuido que no debe ser tolerado y mucho menos soportado por el empresario⁶¹⁸.

Así, sería admisible que se realice un cobro al consumidor por el menoscabo del objeto desistido, pero siempre teniendo claro que no es que estamos en presencia de

⁶¹⁶ Ver *infra*, sección c.- Derecho de retención.

⁶¹⁷ Artículo 74.2 del TRLDGCU.

⁶¹⁸ Es importante hacer notar que en el sistema francés, tampoco hay norma concreta que indique qué hacer en caso de desmejora del bien en manos del consumidor, o bien, sobre la imputación de riesgos en caso de pérdida. Sobre el punto PAISANT indica: *“Dos cuestiones más se plantean que no fueron consideradas por el Código de consumo: durante el plazo de desistimiento ¿puede el consumidor usar la cosa entregada y quién asume los riesgos de su deterioro o pérdida fortuita?”*, el autor responde a la interrogante indicando proponiendo que se aplique el artículo 1588 del Code Civile relativo a la venta a prueba, sin embargo, advierte que dicha aplicación deberá realizarse evitando limitar la posibilidad de desistir. En cuanto a los riesgos, también propone aplicar la regla general del Code Civile de «res perit domino». En PAISANT, GILLES. *“Los Derechos de desistimiento de los consumidores en Francia”*, Op. Cit., p. 706.

un costo por el desistimiento, sino en un costo por la responsabilidad derivada de los daños causados.

Pero debe quedar claro, que esta indemnización que tendrá que pagarse, es un simple ejercicio de responsabilidad civil derivada de los daños causados y nunca debe ser interpretada como una sanción por un posible incumplimiento al contrato, derivado del desistimiento.

Esta postura, ha sido admitida por el TJCE, al indicar que: *“29.- Habida cuenta de las consideraciones precedentes, procede responder a la cuestión planteada que las disposiciones del artículo 6, apartados 1, segunda frase, y 2, de la Directiva 97/7 deben interpretarse en el sentido de que se oponen a que una normativa nacional establezca con carácter general la posibilidad de que el vendedor reclame al consumidor una indemnización por el uso de un bien adquirido en virtud de un contrato a distancia en el caso de que éste haya ejercido su derecho de rescisión dentro de plazo. No obstante, estas disposiciones no se oponen a que se imponga al consumidor el pago de una indemnización por el uso del bien en el supuesto de que dicho consumidor haga uso de dicho bien de un modo incompatible con los principios de Derecho civil, como la buena fe o el enriquecimiento sin causa, siempre que no se menoscabe la finalidad de dicha Directiva y, en particular, la eficacia y la efectividad del derecho de rescisión, extremo que debe determinar el juez nacional”*⁶¹⁹ (subrayado es propio).

En este sentido, lo que se sanciona es a negligencia del consumidor que a sabiendas de que va a desistir del contrato, realiza un mal uso del bien, deteriorándole lo suficiente como para causar un perjuicio al empresario, quien al final de cuentas el que deberá recibirlo y dejárselo.

Pero también se sanciona la mala fe, del consumidor que cause daños en el bien y luego pretenda devolverlo sin más. En este caso, no se le impide que desista del acuerdo, pero si se le obliga a que se haga responsable de los deterioros que hubiese infringido a la cosa.

⁶¹⁹ STJCE (Sala Primera), de 3 de setiembre de 2009, asunto C-489/07, petición de decisión prejudicial de Pía Messner versus Firma Stefan Krüger.

c.- Derecho de retención:

Un tema que ha resultado bastante controvertido en doctrina, es el relativo a la existencia de un derecho de retención derivado de las relaciones de reintegro que surgen entre las partes, como consecuencia directa de que el consumidor haya desistido del contrato que les unía.

El artículo 74.1 del TRLDGCU, indica textualmente que como consecuencia de haberse *“ejercido el Derecho de desistimiento, las partes deberán restituirse recíprocamente las prestaciones de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 1303 y 1308 del Código Civil”*. El artículo 1308 CC, por su parte dice que: *“Mientras uno de los contratantes no realice la devolución de aquello a que en virtud de la declaración de nulidad esté obligado, no puede el otro ser compelido a cumplir por su parte lo que le incumba.”*

Como vemos, de este esquema perfectamente podemos derivar varias ideas interesantes, primero, que el sistema prima como deseable que tanto el ejercicio del desistimiento, como el reintegro de las prestaciones se haga a la mayor brevedad entre uno y otro, es decir, en el campo del *deber ser* en el ejercicio de la figura, una vez que el consumidor desista, ambas partes deben reintegrarse instantáneamente las prestaciones. Y segundo, como en ocasiones el deber ser es irrealizable, ubicándonos en el campo del *ser*, cuando haya un espacio temporal entre ambos momentos, es decir, entre la acción de desistir y la de reintegrar, las partes –ojo que la normativa no excluye al empresario–, podrían tenerse mutuamente un derecho de retención, el cual aplicaría en el caso de que su contrario, dilate o incumpla sus obligaciones de restitución de las prestaciones.

Así, en casos de restituciones no simultáneas, es decir, aquellas en las que no coincidan ambas acciones, la de desistir y la de reintegrar, como comúnmente suele pasar en cierto tipo de contratos en los que por sus características las cosas así se dan,

como por ejemplo, los contratos realizados a distancia. Es evidente que en este tipo de situaciones la simultaneidad deseada se rompe por lo que el legislador buscó encontrar fórmulas que solventen los eventuales problemas derivados de ello, siendo la de otorgarles un derecho de retención como mecanismo de defensa, una de sus respuestas⁶²⁰.

La opción de que ante un Derecho de desistimiento, se le otorgue a una de las partes la posibilidad de retener sus prestaciones ha resultado polémico, en tanto, hay un sector de la doctrina que considera que el mismo, resulta improcedente ya que más bien estaríamos frente a un incumplimiento de obligaciones contractuales bilaterales, subsumido en la excepción de contrato no cumplido y no frente a una situación que justifique retención alguna.

Así, *“ante el silencio legal al respecto, es necesario preguntarse si el consumidor, en cuanto poseedor de buena fe, tiene o no el derecho de retener la cosa en su poder hasta que el empresario le abone los referidos gastos ex art. 453 CC. A nuestro juicio, la respuesta ha de ser negativa: cuando la retención se ejerce frente a la otra parte contratante en el seno de una relación jurídica obligacional de carácter bilateral o recíproca, como ocurre en la contratación celebrada a distancia, queda subsumida dentro de la exceptio non adimpleti contractus (también conocida como exceptio implementi o non implementi y, más impropriamente, como compensatio morae). Sólo cuando la retención gozara, merced a un medio de publicidad legal, de oponibilidad erga omnes y se ejercitara frente a un tercero distinto del empresario, cabría ejercitar tal derecho de retención”*⁶²¹.

⁶²⁰ Sobre los mecanismos de defensa de los derechos subjetivos, DE CASTRO Y BRAVO, dice: *“De igual modo que el ordenamiento jurídico entrega una determinada libertad de ejercicio al titular, con la atribución del derecho subjetivo, le confiere la posibilidad de defenderlo y le confía ciertos medios para ello. Así, pone a su disposición: la legítima defensa, las diversas acciones y excepciones, tanto para exigir la ejecución forzosa, la destrucción de lo ilícitamente hecho, la indemnización de daños y perjuicios, ejercitar la compensación, la retención, pedir el embargo, medidas de seguridad, acudir a las autoridades judiciales, como para pedir la protección policíaca y contar con la sanción penal de los infractores”*, en DE CASTRO Y BRAVO, FEDERICO. *Derecho civil de España, volumen I, Derecho civil de España, tomo I, Op. Cit.*, p. 657.

⁶²¹ MIRANDA SERRANO, LUIS MARÍA. *“Título III. Contratos celebrados a distancia”*, en REBOLLO PUIG, MANUEL. IZQUIERDO CARRASCO, MANUEL (DIR.). *La Defensa de los consumidores y usuarios. Comentario sistemático del Texto Refundido, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007*, IUSTEL, Madrid, 2011, p. 1533. En igual sentido, GARCÍA VICENTE *“En nuestro caso la duda sobre la utilidad de atribuir al consumidor un*

IV. EFECTOS DEL DERECHO DE DESISTIMIENTO

Mientras tanto, otros autores sin cuestionarse la naturaleza jurídica de la relación, simplemente consideran que bajo una relación de causalidad, como *“consecuencia, una vez ejercitado el derecho a desistir, nace para el consumidor la obligación de restituir el bien con sus frutos y para el empresario la de devolver las cantidades abonadas con los intereses (1303 CC), y en tanto el primero no devuelva la prestación no podrá verse el segundo compelido a devolver las cantidades abonadas (1308 CC)”*⁶²².

A mi criterio, el análisis que hacen ambas teorías de la situación post desistimiento resulta inadecuado para definir la posible existencia de un Derecho de desistimiento: La primera porque a mi criterio, parte de dos premisas equivocadas: a).- Porque desecha la posibilidad de que como consecuencia del desistimiento, las partes puedan deberse prestaciones mutuas, que nada tengan que ver con las derivadas de las ejecuciones contractuales. Y, b).- Porque desecha la idea de la equidad como elementos fundamental para determinar la existencia de una retención mutua.

Y la segunda teoría, porque precisamente incurre en el mismo vicio apuntado, es decir, cae en el error de equiparar el Derecho de desistimiento, como figura tuitiva del consumidor, al del Derecho de retención, el cual por naturaleza parte de un fundamento muy diferente: la equidad entre sujetos. El error se da, precisamente cuando consideran o proponen otorgarle únicamente al consumidor, la posibilidad de retener su prestación derivada de haber desistido del contrato.

derecho de retención, cuando éste goza de autonomía y no es simple facultad de otro (v. gr. art. 1866 I CC), nace de su solapamiento con la exceptio inadimpleti contractus que, como sabemos, se aplica sin mayor obstáculo en los casos de relación recíproca de liquidación (arts. 6.1 LCFE y 1308 CC). Como regla la reciprocidad desplaza el juego del derecho de retención en favor de la exceptio inadimpleti¹¹. La retención, cuando se ejerce frente a la otra parte contratante dentro de alguna de las relaciones obligatorias bilaterales o recíprocas (sean sinalagmáticas o bilaterales imperfectas o expostfacto, caso este del art. 1779 CC, por ejemplo) se embebe en la exceptio inadimpleti; sólo cuando el derecho de retención goza, en razón de algún medio de publicidad, de oponibilidad erga omnes y se ejerce frente a un tercero (el propietario de la cosa que la reivindica), se singulariza su eficacia y fundamento. Dentro de los medios de publicidad en nuestro caso «no» cabe la incorporación del crédito sobre bienes muebles en una escritura pública (en razón del art. 2.1.5.Q de la Ley 26/1991) y la posesión es un limitado mecanismo de publicidad (art. 464 CC). Es decir, sólo en los casos en que se ejerciera el derecho de revocación frente a un tercero distinto al empresario cabría el derecho de retención, y sería oponible tal crédito si gozara de algún medio de publicidad para ello o fuera un tercero de mala fe.” En GARCÍA VICENTE, JOSÉ RAMÓN. Ley de contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles: El derecho de revocación, Op. Cit., p. 218.

⁶²² BELUCHE RINCÓN, IRIS. *El Derecho de desistimiento del consumidor*, Op. Cit., p. 85.

BELTRÁN DE HEREDIA DE ONIS, ejemplifica muy bien, el porqué es un error denegar la posible existencia de un Derecho a retener las consecuencias del desistimiento: *“Si, conforme al derecho estricto, se obligara al retentor a restituir la cosa sin indemnizarle previamente de los gastos realizados sobre la cosa, que de buena fe consideraba suya, se cometería un acto contrario a la equidad; y la función de la equidad es suavizar el rigor del derecho estricto. El más elemental principio de equidad enseña, que si el titular de la cosa quiere recuperarla, habrá de indemnizar al poseedor por los gastos de conservación que sobre ella realizó. Así lo enseñan claramente las expresiones «aequitas ratione», «aequum est», «aequitate iudicii», «benignius est», que aparecen en las fuentes romanas al hablar de la retención. No olvidemos, por otra parte, cómo surgió el derecho de retención en Roma: fue un remedio equitativo introducido por el Pretor para evitar los resultados inicuos a que conduciría una estricta aplicación del derecho civil. En quien reclamaba la cosa sin indemnizar al poseedor de los gastos realizados sobre ella, vio el Pretor un obrar doloso, en contradicción con toda equidad natural. Esta idea viene expresada en el fr. 1D. de «doli mali» XLIV, 4: «Ideo autem hanc exceptionem Praetor proposuit ne cui dolus sus per occasionem iurir civilis contra naturalis aequitaten prosit.»⁶²³. Agrega además que: “Es la equidad un elementos presupuesto en todo negocio jurídico. El derecho estricto no debe vencer a la equidad. La equidad, dice el mismo Butera, partidario como vimos de la teoría anterior, no es algo extraño al derecho, sino que es la justicia misma; ya Ciceron decía: «Ius civile est aequitas constituta.» Derecho y equidad se desenvuelven dentro de la misma esfera de acción y no existe predominio, sino acomodamiento mutuo para mejor realizar la armonía de los intereses legítimos.*

La equidad así entendida es la que inspiró la antigua «exceptio doli generalis», la que justifica hoy la misma «exceptio non adimpletus contractus», y la que fundamenta al derecho de retención»⁶²⁴.

⁶²³ BELTRÁN DE HEREDIA DE ONIS, PABLO. *El derecho de retención en el Código Civil Español*, Derecho, Tomo II, número 4, Universidad de Salamanca, 1955, p. 25.

⁶²⁴ *Ibid*, p. 27. Igualmente, sobre el punto LÓPEZ DE HARO, indica: “La posición del que retiene es la de un acreedor y deudor simultáneamente respecto a la misma persona. Le debe la cosa y tiene que cobrarle un crédito.

IV. EFECTOS DEL DERECHO DE DESISTIMIENTO

Por lo expuesto, es que coincido totalmente con CLEMENTE MEORO para admitir no solo la existencia de un eventual derecho de retención en el desistimiento, sino para justificarlo como aplicable para ambas partes y no solo para el consumidor. Así, el autor indica: *“En efecto, los arts. 1303 y 1308 establecen un principio de reciprocidad y simultaneidad en la restitución que entronca con otras previsiones del Código Civil en el ámbito de las relaciones obligatorias bilaterales (cfr. arts. 1100, 1123.1, 1124, 1274, 1289.1, 1466, 1500.2, 1505 y 1599 CC). En consecuencia, desde que el consumidor ejercita el Derecho de desistimiento, nace para él la obligación de restituir el bien que, en su caso, haya recibido; y para el empresario la de devolver las cantidades abonadas, en su caso, por el consumidor. Es más, el bien ha de restituirse con sus frutos y el precio con los intereses (cfr. art. 1303 CC).*

Mas mientras el consumidor no devuelva el producto, ni puede verse compelido el vendedor a devolver las cantidades abonadas (art. 1308 CC) y no devengan intereses las cantidades abonadas (cfr. art. 1100 CC in fine). Por el contrario, el cumplimiento por el comprador de su obligación de restituir determinará para el vendedor, salvo pacto en contrario, la obligación de satisfacer los intereses legales correspondientes (art. 1108 CC), mientras que el cumplimiento por el vendedor de su obligación de restitución le supondrá al comprador la imputación de los deterioros que pueda sufrir la cosa, incluso por caso fortuito (arts. 1096.3 y 1183 CC), así como la obligación de indemnizar los daños y perjuicios que se hayan seguido al vendedor como consecuencia del retraso y

Si las dos prestaciones fueran susceptibles de compensación, el acto de retener sería simplemente una manera de extinguirlas; no siéndolo, la situación es semejante en apariencia, pero radicalmente diferente a la que da lugar a la compensación.

Cada prestación tiene su manera de cumplirse y está adornada de las acciones correspondientes, resultando absurdo ligarlas para defenderse de cumplirlas.

Si en derecho se busca un fundamento a esa pretensión no se hallará y como discurrimos en derecho habríamos de concluir en que la retención es un acto arbitrario.

Pero el buen sentido revela contra esa conclusión, porque es absurdo que quien tiene un derecho contra una persona y además una cosa de ella, si esta cosa le puede asegurar la realización de aquél derecho, se la entregue quedándose o pudiendo quedarse burlado.

Es también absurdo, en principio general que existiendo entre ambas recíprocas obligaciones, uno, el que tiene la cosa, cumpla su obligación entregándola, y el otro, el que debe, no pague, reciba su cosa, realice su derecho sin pagar, sin cumplir su obligación.

En estas circunstancias se inclina el ánimo en favor del tenedor de la cosa para que no la entregue mientras el dueño no le pague.

En pugna el derecho con el sentido jurídico la solución tiene que ser de acuerdo con éste y como esa solución requiere un fundamento lo halla en la equidad.

La equidad, la igualdad para ambos.” En LÓPEZ DE HARO, CARLOS. El derecho de retención, Editorial Reus S.A., Madrid, 1921, p.34.

que, como regla general, podrá cifrarse en los intereses correspondientes al valor del producto (arg. Ex art. 1501 CC); y en el caso de que el régimen descrito no sea de aplicación porque, no habiéndose realizado el pago por el comprador, sólo proceda la restitución de la cosa recibida, la constitución en mora del comprador dependerá de la intimación que en este sentido le dirija el vendedor (art. 1100.1 CC)”⁶²⁵.

Independientemente de lo analizado, lo que si es claro es que para que la dinámica entre desistimiento y restitución resulte satisfactoria para ambas partes, debe haber un diálogo directo entre ellas, ya que hay extremos sobre los que la ley guarda silencio y solo a través de una adecuada interlocución se pueden resolver. Podemos citar a manera de ejemplo, la manera en que el empresario se informe y confirme las mejoras efectuadas por el consumidor, así como la determinación de su valor, al igual que la manera de determinación de los eventuales frutos que la cosa contractual hubiese generado, entre otros.

Finalmente, hay que tener presente que si alguna de las partes se rehúsa a devolver lo que le corresponde, habiendo la otra cumplido con lo suyo y el monto *litis* es superior a 400 euros, la parte acreedora estaría legitimado a recurrir a la vía penal y denuncia a su contraparte –deudora- por el delito de apropiación indebida, previsto y sancionado en el numeral 252 del Código Penal Español. Ello por cuanto, se estaría incumpliendo una obligación legal de devolución, que es la acción prevista en el tipo penal indicado⁶²⁶.

d.- Efectos de la restitución frente a los contratos vinculados:

⁶²⁵ CLEMENTE MEORO, MARIO E. “Consecuencias del ejercicio del Derecho de desistimiento en los contratos electrónicos”, *Op. Cit.*, p. 8.

⁶²⁶ Lectura del Artículo 252, del Código Penal: “*De la apropiación indebida: Serán castigados con las penas del artículo 249 ó 250, en su caso, los que en perjuicio de otro se apropiaren o distrajeren dinero, efectos, valores o cualquier otra cosa mueble o activo patrimonial que hayan recibido en depósito, comisión o administración, o por otro título que produzca obligación de entregarlos o devolverlos, o negaren haberlos recibido, cuando la cuantía de lo apropiado exceda de cuatrocientos euros. Dicha pena se impondrá en su mitad superior en el caso de depósito necesario o miserable.*” (subrayado es propio). A mayor abundamiento ver SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA (DIR.). *Lecciones de Derecho penal, parte especial*, Editorial Atelier, Barcelona, 2011, p. 245 y ss.

IV. EFECTOS DEL DERECHO DE DESISTIMIENTO

Otro tema importante que debe ser analizado es el de las consecuencias que el derecho de desistimiento pueda tener frente a los contratos vinculados⁶²⁷, es decir, de aquellos acuerdos que se suscribieron en virtud de la existencia del contrato desistido, los cuales asumen la características de ser contratos accesorios y así lo ha entendido la jurisprudencia, que sobre el punto ha dicho: *“...por norma general los contratos de financiación, y por excelencia el préstamo, son independientes de los contratos de transmisión onerosa, sin embargo, en ocasiones cabe hablar de una conexión entre ambos, pudiendo ser calificados, como lo hace la mejor doctrina civilista, como verdaderos contratos conexos cuando existe un acuerdo de colaboración entre el vendedor y la entidad financiera. De tal manera que la conexión no es sólo económica, sino que puede tener una trascendencia jurídica, especialmente cuando el contrato de compraventa sufre alguna vicisitud, lo que puede incidir, al mismo tiempo, en el préstamo. Esta repercusión es perfectamente posible, siempre que exista una conexión jurídica entre uno y otro contrato, como ha reconocido la jurisprudencia cuando se trata de contratos propiamente conexos (SSTS 31 enero 1987 [RJ 1987, 367] y de la Audiencia Provincial de Valencia en sus SS. 12 septiembre 1990, 23 junio 1992, y 25 de mayo de 1998 [AC 1998, 5421]).*

*La Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 13ª, de 29 de octubre de 2002 (JUR 2003, 23897), ponía de manifiesto que «...En la moderna contratación frecuentemente aparece desligada la compra de un bien o la adquisición del derecho a la prestación de determinados servicios del pago directo de su precio por el comprador o adquirente, pues al carecer del dinero preciso para satisfacer la contraprestación exigida tiene que acudir a diversos mecanismos de financiación a fin de que el proveedor perciba en el momento y de consumarse el negocio jurídico la integridad del precio”*⁶²⁸.

⁶²⁷ Llamados por la nueva Directiva de derechos de los consumidores como contrato complementario, el cual según su artículo 2.15 es: *“un contrato por el cual el consumidor adquiere bienes o servicios relacionados con un contrato a distancia o celebrado fuera del establecimiento y dichos bienes o servicios son proporcionados por el comerciante o un tercero sobre la base de un acuerdo entre dicho tercero y el comerciante.”*

⁶²⁸ S.A.P. Málaga (Sección 5), número 1128/2005, de 29 de octubre de 2005, ponente Illma Sra. Inmaculada Melero Claudio, (AC 2006/479). Igualmente, sobre los contratos vinculador LÓPEZ FRÍAS dice: *“Para nosotros se está ante el fenómeno de la conexión contractual cuando varios sujetos celebran dos o más contratos distintos que presentan una estrecha vinculación funcional entre sí por razón de su*

En nuestro caso, los efectos que el Derecho de desistimiento puede tener en este tipo de acuerdos se encuentra regulado en el artículo 77 del TRLDGCU⁶²⁹, el cual debemos concordar con los artículos 28⁶³⁰ y 29⁶³¹ de la ley de crédito para el consumo (en adelante LCC)⁶³².

propia naturaleza o de la finalidad global que los informa, vinculación que es o puede ser jurídicamente relevante”, en LÓPEZ FRÍAS, ANA, *Los contratos conexos. Estudio de supuestos concretos y ensayo de una construcción doctrinal*, José María Bosch editor, S.A., Barcelona, 1994, p. 273.

⁶²⁹ “Artículo 77. Desistimiento de un contrato vinculado a financiación al consumidor y usuario: Cuando en el contrato para el que se ejercite el Derecho de desistimiento el precio a abonar por el consumidor y usuario haya sido total o parcialmente financiado mediante un crédito concedido por el empresario contratante o por parte de un tercero, previo acuerdo de éste con el empresario contratante, el ejercicio del Derecho de desistimiento implicará al tiempo la resolución del crédito sin penalización alguna para el consumidor y usuario.”

⁶³⁰ “Artículo 28. Derecho de desistimiento.

1. El Derecho de desistimiento de un contrato de crédito es la facultad del consumidor de dejar sin efecto el contrato celebrado, comunicándoselo así a la otra parte contratante en un plazo de catorce días naturales sin necesidad de indicar los motivos y sin penalización alguna.

El plazo para ejercer el Derecho de desistimiento se iniciará en la fecha de suscripción del contrato de crédito o bien, si fuera posterior, en la fecha en que el consumidor reciba las condiciones contractuales y la información recogida en el artículo 16.

2. El consumidor que ejerza el Derecho de desistimiento tendrá las obligaciones siguientes:

Comunicarlo al prestamista antes de que expire el plazo previsto en el apartado 1, ateniéndose a la información facilitada por este último de acuerdo con la letra p del apartado 2 del artículo 16, por medios que permitan dejar constancia de la notificación de cualquier modo admitido en Derecho.

Se considerará que se ha respetado el plazo si la notificación se ha enviado antes de la expiración del plazo, siempre que haya sido efectuada mediante documento en papel o cualquier otro soporte duradero a disposición del prestamista y accesible para él.

Pagar al prestamista el capital y el interés acumulado sobre dicho capital entre la fecha de disposición del crédito y la fecha de reembolso del capital, sin ningún retraso indebido y a más tardar a los treinta días naturales de haber enviado la notificación de desistimiento al prestamista.

Los intereses adeudados se calcularán sobre la base del tipo deudor acordado.

El prestamista no tendrá derecho a reclamar al consumidor ninguna otra compensación en caso de desistimiento, excepto la compensación de los gastos no reembolsables abonados por el prestamista a la Administración Pública.

3. En caso de que un prestamista o un tercero proporcione un servicio accesorio relacionado con el contrato de crédito sobre la base de un acuerdo entre ese tercero y el prestamista, el consumidor dejará de estar vinculado por dicho servicio accesorio si ejerce su Derecho de desistimiento respecto del contrato de crédito conforme a lo dispuesto en el presente artículo. En caso de que este servicio accesorio sea un contrato de seguro de vida, el Derecho de desistimiento se regirá en lo que sea aplicable por lo establecido en el artículo 83.a de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro, y en el resto de casos, el consumidor tendrá derecho al reembolso de la parte de prima no consumida.

4. Si el consumidor tiene Derecho de desistimiento con arreglo a los apartados anteriores, no se aplicarán los artículos 10 y 11 de la Ley 22/2007, de 11 de julio, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores, ni el artículo 110 del 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.”

⁶³¹ “Artículo 29. Contratos de crédito vinculados. Derechos ejercitables.

1. Por contrato de crédito vinculado se entiende aquel en el que el crédito contratado sirve exclusivamente para financiar un contrato relativo al suministro de bienes específicos o a la prestación de servicios específicos y ambos contratos constituyen una unidad comercial desde un punto de vista objetivo.

IV. EFECTOS DEL DERECHO DE DESISTIMIENTO

Dentro de este marco debemos entender que “*por contrato de crédito vinculado se entiende aquel en el que el crédito contratado sirve exclusivamente para financiar un contrato relativo al suministro de bienes específicos o a la prestación de servicios específicos y ambos contratos constituyen una unidad comercial desde un punto de vista objetivo*”⁶³³. Esta definición, que a su vez es tomada de la Directiva 2008/48⁶³⁴, “*gira en torno al concepto de «contrato de crédito vinculado», que se define en el art. 3.n) como un contrato de crédito en el que: a) el contrato en cuestión sirve exclusivamente para financiar un contrato relativo al suministro de bienes específicos o a la prestación de servicios específicos; y b) los dos contratos constituyen una unidad comercial desde un punto de vista objetivo. En tales supuestos se considera que existe una unidad comercial cuando el proveedor del bien o el suministrador del servicio financian el crédito al consumo o, en el caso de que este sea financiado por un tercero, cuando el prestamista se sirve de la intervención del proveedor del bien o el suministrador del servicio en la preparación o celebración del contrato de crédito, o cuando los bienes específicos o la prestación de un servicio específico vienen expresamente indicados en el contrato de crédito. Lo que se establece claramente y con carácter general es que, como consecuencia de la relación de interdependencia entre la*

2. Si el consumidor ha ejercido su Derecho de desistimiento respecto a un contrato de suministro de bienes o servicios financiado total o parcialmente mediante un contrato de crédito vinculado, dejará de estar obligado por este último contrato sin penalización alguna para el consumidor.

3. El consumidor, además de poder ejercitar los derechos que le correspondan frente al proveedor de los bienes o servicios adquiridos mediante un contrato de crédito vinculado, podrá ejercitar esos mismos derechos frente al prestamista, siempre que concurren todos los requisitos siguientes:

Que los bienes o servicios objeto del contrato no hayan sido entregados en todo o en parte, o no sean conforme a lo pactado en el contrato.

Que el consumidor haya reclamado judicial o extrajudicialmente, por cualquier medio acreditado en derecho, contra el proveedor y no haya obtenido la satisfacción a la que tiene derecho.”

⁶³² Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo.

⁶³³ Artículo 29.1 de la LCC. MARÍN LÓPEZ agrega que: “Para que los contratos puedan considerarse jurídicamente vinculados debe existir una conexión funcional entre ambos. Como en todo supuesto de conexión funcional, se exige la presencia de dos presupuestos: la pluralidad de contratos (los celebre el consumidor con una única parte o como es habitual, con dos contratantes) y el nexo funcional entre ellos. Con carácter general, existe nexo funcional cuando a través de los dos contratos las partes pretendan alcanzar un único resultado económico. En el ámbito del crédito al consumo, habrá vinculación contractual (conexión causal) cuando los dos contratos se han celebrado con el fin de facilitar al consumidor la adquisición de un bien o la prestación de un servicio con pago a plazos; esto es, cuando los dos contratos puedan considerarse, en función de datos objetivos, como partes una única operación económica, debido a que prestamista y proveedor colaboran para permitir al consumidor la adquisición de bienes o un servicios a plazos.” En MARÍN LÓPEZ, MANUEL JESÚS. “Protección del consumidor y crédito al consumo. Análisis del proyecto de ley de contratos de crédito al consumo”, en RDP, marzo – abril, 2011, p. 78.

⁶³⁴ Directiva 2008/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2008, relativa a los contratos de crédito al consumo y por la que se deroga la Directiva 87/102/CEE del Consejo.

*adquisición de bienes o servicios y el contrato de crédito celebrado a tal efecto, el consumidor que ejerza su Derecho de desistimiento respecto de un contrato de compra, basándose en el Derecho comunitario, debe dejar de estar obligado por el contrato de crédito vinculado. En este sentido, el art. 15.1 de la Directiva dispone: «Si el consumidor ha ejercido su Derecho de desistimiento conforme al Derecho comunitario respecto a un contrato de suministro de bienes o servicios, dejará de estar obligado por un contrato de crédito vinculado»*⁶³⁵.

Así conforme lo expuesto, la respuesta que se prevé para este tipo de situaciones es que ante el fenecimiento del contrato principal, se extinguen también todos aquellos contratos que de él se deriven, en cuenta los contratos de financiamiento. Independientemente de si el precio del contrato principal haya sido abonado total o parcialmente, o si el contrato accesorio hubiese sido realizado con el mismo empresario, o bien, por un tercero. Simplemente al dejar de existir el contrato que le dio origen, el contrato conexo pierde su razón de ser y con ella, su capacidad de producir efectos jurídicos⁶³⁶.

Sostener lo contrario, sería admitir como válida la posibilidad de que al desistirse de un contrato principal, el vinculado aún conserve eficacia, a pesar de que el acuerdo que lo originó ya no exista y se hayan retraído todos los efectos al momento previo de su firma.

La normativa además, garantiza dos principios básicos del consumidor en la ineficacia de los contratos vinculados⁶³⁷. Por un lado, el ejercicio *ad nutum* del

⁶³⁵ DOMÍNGUEZ LUELMO, ANDRÉS. “Comentario al artículo 77. Desistimiento de un contrato vinculado”, en CÁMARA LAPUENTE, SERGIO (DIR.). *Comentarios a las normas de protección de los consumidores. Texto refundido (RDL 1/2007) y otras leyes y reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea*, Colex S.A., Madrid, 2011, p. 675. Debemos agregar que la LCC, en su artículo 29.1 define a los contratos vinculados como “*aquel en el que el crédito contratado sirve exclusivamente para financiar un contrato relativo al suministro de bienes específicos o a la prestación de servicios específicos y ambos contratos constituyen una unidad comercial desde un punto de vista objetivo.*”

⁶³⁶ Conclusión que se prevé también en el Proyecto de Marco Común de Referencia (PMCR, DCFR), cuyo artículo 5.106.1, indica: “*If a consumer exercises a right of withdrawal from a contract for the supply of goods, other assets or services by a business, the effects of withdrawal extend to any linked contract.*” Traducción: “*Si un consumidor desiste de un contrato, sea de bienes o servicios, los efectos del desistimiento se extenderán al contrato vinculado.*” En STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE. RESEARCH GROUP ON EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP). *Principles. Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR), Op. Cit.*, p. 203.

⁶³⁷ Artículo 77 TRLDGCU y 28.1 LCC.

IV. EFECTOS DEL DERECHO DE DESISTIMIENTO

desistimiento, es decir, se podrá desistir del acuerdo principal, independientemente de la existencia del contrato conexo, así el contrato accesorio no condicionará la posibilidad de desistir del contrato principal. Y por otro lado, se garantiza la total indemnidad para el consumidor por la ineficacia de ambos acuerdos.

En cuanto al plazo para desistir del contrato vinculado, la LCC estipula un tanto de 14 días naturales, los cuales por la fecha de la legislación podríamos presumir que son conformes con lo que estipulan las Directivas 2008/48/CE y 2011/83/UE, sobre contratos de crédito al consumo y de derechos de los consumidores respectivamente⁶³⁸, pero que mientras tanto no se trasponga al sistema español, entran en aparente contradicción con los 7 días que prevé el TRLDGCU.

Y nótese que digo aparente, porque si bien es cierto, en algún momento habrá que modernizar la normativa interna trasponiendo estos instrumentos europeos, la verdad es que si analizamos bien la situación, podríamos encontrarle cierta lógica a la diferencia en los términos actuales. Así, si partimos que conforme el artículo 71 TRLDGCU, el consumidor tiene como mínimo 7 días para desistir del acuerdo y que conforme la LCC tiene 14 días para hacerlo del contrato vinculado y asumiendo, además, que el conteo de ambos plazos inicia en la misma fecha, encontramos el siguiente panorama:

- En los primeros 7 días el consumidor puede barajar varias opciones dependiendo de sus intereses:
 - Puede desistir de ambos contratos:
 - Sea que se haga de una sola vez, desistiendo del principal, con lo cual, se extiende la ineficacia al vinculado. O,
 - Sea que lo haga de manera separada, es decir, cada uno por aparte.

⁶³⁸ Directiva 2008/48/CE del Parlamento y del Consejo de 23 de abril de 2008, relativa a los contratos de crédito al consumo y por la que se deroga la Directiva 87/102/CEE del Consejo de 22 de mayo. Y, Directiva 2011/83/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo sobre los derechos de los consumidores, de 28 de setiembre de 2011, 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

- Puede desistir únicamente del contrato principal, porque le quedan 7 días para desistir del vinculado.

- En los segundos 7 días, el consumidor únicamente podría desistir del contrato de financiamiento, ya que para hacerlo con el principal venció el plazo.

Es claro, que en el primer escenario se presentan las mejores condiciones para que el consumidor valore y tome la mejor decisión para sus intereses, ya que en esos primeros 7 días, discrecionalmente podría desistir de uno o de los dos acuerdos y librarse así totalmente de las obligaciones contraídas. Sin embargo, la segunda situación no le es del todo desfavorable, ya que aunque no podría finiquitar el contrato principal, en los 7 días restantes que le da la LCC, al menos podría desistir del contrato de financiamiento y con ello, librarse de la deuda que él implica, sea porque encontró mejores condiciones ante otra entidad crediticia, o porque simplemente ya no requiere de él.

Así, mientras no se traspongan las nuevas Directivas, podemos jugar con un sistema que bien entendido, permite que el consumidor valore lo que mejor le convenga para sus intereses y finanzas.

En otro orden de ideas, hay que mencionar también, que la legislación prevé dos modalidades diferentes de financiación vinculada al contrato principal, cada una de ellas depende del sujeto que ofrezca la financiación requerida y de su relación con el empresario que vende el producto u ofrece el servicio.

Así en primera instancia, tenemos el caso en que es el mismo vendedor quien ofrece prestar el dinero requerido para la compra, caso en el cual, ante el desistimiento del contrato principal, me parece que es evidente y que no genera mayor duda, que el contrato vinculado se extingue sin mayor consecuencia, ni complicación, ya que hay identidad de partes para extremos evitar conflictos en puntos tan importantes, como lo puede ser la comunicación del deseo de desistir y la

IV. EFECTOS DEL DERECHO DE DESISTIMIENTO

manera en que se retornen las prestaciones y se finiquiten las cuestiones ligadas al financiamiento mismo.

El segundo caso es aquél en que el empresario, como parte de su política al cliente, o bien, con tal de asegurar la venta, se compromete a realizar todas las gestiones necesarias para que sea un tercero quien otorgue el crédito.

En este supuesto, el panorama tiende a complicarse un tanto más, ya que será otra persona, ajena al acuerdo principal, la que entre a la relación jurídica en función de la financiación que preste. Así quedamos con una situación jurídica tripartita: el empresario, el consumidor y el financista o financiador.

Decimos que este es un campo algo más complicado, ya que en virtud de la aparición del financista, el consumidor, no solo deberá negociar con el vendedor sobre el contrato principal, sino que ahora, deberá convenir también las condiciones del financiamiento y una vez logrado el acuerdo, deberá suscribir un doble contrato, el inicial y el derivado. Y aunque ambos contratos son interdependientes, lo cierto del caso es que es una nueva obligación que el consumidor asume.

En estos casos, de conformidad con el artículo 29 de la LCC y a pesar de ser independientes entre sí y de ser suscritos entre sujetos diferentes e independientes, *“ambos contratos constituyen una unidad comercial desde un punto de vista objetivo”*, por lo que *“si el consumidor ha ejercido su Derecho de desistimiento respecto a un contrato de suministro de bienes o servicios financiado total o parcialmente mediante un contrato de crédito vinculado, dejará de estar obligado por este último contrato sin penalización alguna para el consumidor”*⁶³⁹.

⁶³⁹ *“Artículo 29. Contratos de crédito vinculados. Derechos ejercitables.*

1. *Por contrato de crédito vinculado se entiende aquel en el que el crédito contratado sirve exclusivamente para financiar un contrato relativo al suministro de bienes específicos o a la prestación de servicios específicos y ambos contratos constituyen una unidad comercial desde un punto de vista objetivo.*

2. *Si el consumidor ha ejercido su Derecho de desistimiento respecto a un contrato de suministro de bienes o servicios financiado total o parcialmente mediante un contrato de crédito vinculado, dejará de estar obligado por este último contrato sin penalización alguna para el consumidor.*

3. *El consumidor, además de poder ejercitar los derechos que le correspondan frente al proveedor de los bienes o servicios adquiridos mediante un contrato de crédito vinculado, podrá ejercitar esos mismos derechos frente al prestamista, siempre que concurran todos los requisitos siguientes:*

Además, como ambos contratos constituyen una unidad comercial, la norma es clara (Art. 29.3 LCC) en otorgar al consumidor, bajo ciertas condiciones⁶⁴⁰, los mismos derechos frente al financiador, que tiene respecto al empresario. Con lo cual, para efectos del régimen de protección, les equipara jurídicamente. *“La finalidad de la norma es, pues, que el consumidor que debe solicitar un crédito para adquirir un bien o para que se le preste un servicio no se encuentre en peores condiciones que aquel que no recurre a dicho medio de financiación. De esta forma, el financiador asume el riesgo del incumplimiento, no sólo del consumidor, sino también del proveedor. De todos modos, hay que tener en cuenta que entre éste y aquél existe una colaboración, en la que el proveedor puede verse remunerado si consigue consumidores que financien su contrato de consumo con ese financiador en concreto. Está, pues el financiador en mejor disposición de forzar un correcto cumplimiento por parte del proveedor. Además, para el consumidor se distribuye, de esta forma el riesgo del incumplimiento del proveedor con la consiguiente contrapartida que no debe ocultarse, para el mismo de*

-
- a) *Que los bienes o servicios objeto del contrato no hayan sido entregados en todo o en parte, o no sean conforme a lo pactado en el contrato.*
 - b) *Que el consumidor haya reclamado judicial o extrajudicialmente, por cualquier medio acreditado en derecho, contra el proveedor y no haya obtenido la satisfacción a la que tiene derecho.”*

⁶⁴⁰ Condiciones descritas en el artículo 29.3, incisos a y b. de la LCC. Además, es importante aclarar también que el Código Civil Alemán, respecto del término unidad comercial en su artículo 358.3 indica: *“(3) Ein Vertrag über die Lieferung einer Ware oder die Erbringung einer anderen Leistung und ein Verbraucherdarlehensvertrag sind verbunden, wenn das Darlehen ganz oder teilweise der Finanzierung des anderen Vertrags dient und beide Verträge eine wirtschaftliche Einheit bilden. Eine wirtschaftliche Einheit ist insbesondere anzunehmen, wenn der Unternehmer selbst die Gegenleistung des Verbrauchers finanziert, oder im Fall der Finanzierung durch einen Dritten, wenn sich der Darlehensgeber bei der Vorbereitung oder dem Abschluss des Verbraucherdarlehensvertrags der Mitwirkung des Unternehmers bedient.”* Traducido por LAMARCA MARQUÉS: *“Un contrato sobre el suministro de una mercancía o el cumplimiento de otra prestación y un contrato de préstamo a consumidores están vinculados si el crédito sirve total o parcialmente para la financiación del otro contrato y ambos contratos constituyen una unidad económica. Se da especialmente una unidad económica si el propio empresario financia la contraprestación del consumidor o, en caso de financiación por un tercero, si el prestamista se sirve de la cooperación del empresario en la preparación o conclusión del contrato de préstamo a consumidores. En la adquisición financiada de una finca o de un derecho equiparado a una finca sólo se da una unidad económica si el propio prestamista proporciona la finca o el derecho equiparado a una finca o si él además de la puesta a disposición del crédito facilita la adquisición de la finca o del derecho equiparado a una finca mediante la actuación conjunta con el empresario haciéndose suyo total o parcialmente el interés en la enajenación, y en la planificación, publicidad o ejecución del proyecto asume funciones del enajenante o favorece unilateralmente al enajenante.”* En LAMARCA MARQUÉS, ALBERT. *Código Civil Alemán Bürgerliches Gesetzbuch, Op. Cit., p. 111.*

IV. EFECTOS DEL DERECHO DE DESISTIMIENTO

un encarecimiento del precio de los bienes o servicios y de los créditos que se soliciten”⁶⁴¹.

Conforme lo anterior, para nuestros efectos, puede resultar conflictivo determinar cuándo ambos contratos constituyen la unidad económica que refiere la ley, sobre todo, en casos en que alguna de las partes reniegue de la conexidad entre los acuerdos, para con ello, evitar la posibilidad de que le desistan del negocio. En estas situaciones, la jurisprudencia ha optado por analizar indiciariamente cada caso concreto para determinar si efectivamente estamos frente a contratos vinculados o no. Así: *“Jurisprudencialmente también se han encontrados estos indicios de acuerdo previo en casos en que los dos contratos se celebran en el mismo acto (SAP Cádiz 19.9.2003), o en un mismo lugar (SAP Asturias 24.10.2003, SAP Barcelona 15.5.2003), cuando el empresario aporta los impresos de solicitud del crédito y se encarga de trasladarlos al financiador (SAP Huesca 22.3.2002, SAP Barcelona 29.12.2003, SAP A Coruña 8.3.2007), cuando la parte del documento dedicada a la forma de pago viene redactada de la misma manera y con cantidades coincidentes en los dos contratos (SAP Asturias 24.10.2003), cuando se ofrece una entidad de financiación concreta al consumidor (SAP Barcelona 29.12.2003), cuando se muestra como condición favorable para la celebración del contrato de consumo el sistema de financiación y aplazamiento (SAP Barcelona 23.2.2006), o cuando se obliga pagar por anticipado, bien sea en efectivo o financiándolo en un plazo breve (SAP Barcelona 20.6.2007). Igualmente puede considerarse que existe vinculación previa cuando aparezcan cláusulas en los contratos que remitan recíprocamente a otra relación, como sucederá en los préstamos en que se mencione el precio y las características del bien o servicio, o en los contratos de consumo en que se informe de la cuantía del préstamos, plazos o tipos de interés, o cuando determinadas cláusulas condicionen la eficacia del contrato a la obtención del crédito*”⁶⁴².

⁶⁴¹ NAVAS NAVARRO, SUSANA. “Notas sobre la financiación por un tercero y el crédito al consumo («Los derechos ejercitables por el consumidor frente al financiador en los contratos vinculados», art. 15 Ley 7/1995, de 23 de marzo, de crédito al consumo)”, en *Estudios sobre consumo*, número 53, año 2000, p. 35.

⁶⁴² DOMÍNGUEZ LUELMO, ANDRÉS. “Comentario al artículo 77. Desistimiento de un contrato vinculado”, *Op. Cit.*, p. 676.

Es claro que identificar la conexidad entre los contratos es una cuestión meramente probatoria, pero el que los Tribunales acepten como suficiente a la prueba indiciaria para demostrar su nexo es un triunfo para el derecho de consumo, ya que bastará con eso, con indicios para acreditar la relación, sin que sea necesario aportar prueba directa, la cual en muchas ocasiones es muy difícil de lograr.

Finalmente, queda por analizar el caso de aquellos contratos de financiamiento que no fueron ofrecidos o coordinados por el empresario, sino que es el propio consumidor quien asume la responsabilidad de buscar y conseguir el dinero necesario para adquirir el bien objeto del acuerdo principal.

En estos casos, lo primero que tenemos que indicar es que bajo estas condiciones, el contrato que suscriba el consumidor y financista, al margen del empresario, es un acuerdo ajeno al contrato principal, es decir, ya no estamos en presencia de un contrato principal y uno accesorio o vinculado, sino que más bien, estamos frente a dos contratos diferentes que quien adquiere suscribe. Uno será el contrato de consumo y el otro será el contrato de financiamiento necesario para pagar el bien o servicio comprado.

Así, conforme lo anterior, ya no estaríamos frente a la unidad comercial de la que habla la LCC, sino en presencia de dos actos jurídicos diferentes e independientes, que no tienen mayor relación que la de compartir al mismo sujeto, el consumidor. En este sentido, ambos no solo son diferentes, sino independientes uno del otro, por lo que los problemas de eficacia que pueda afectar a uno, en principio, no tienen porqué afectar al otro. Ergo, el desistimiento que se realice sobre el negocio de compraventa, no afectara al de financiamiento, debiendo ser la parte quien negocie la manera de continuar o fenecerlo, a través de otros mecanismos diferentes al nuestro.

La única manera en que podríamos lograr la interconexión entre ambas figuras es constituir la unidad económica de la que habla la ley, con lo cual subsumiríamos el acuerdo del financiamiento al de consumo y con ello, también su eficacia jurídica.⁶⁴³

⁶⁴³ Idea que ha resultado bastante discutida por la doctrina, por ejemplo en contra podemos citar a PASQUAU LIAÑO, quien sobre el punto indica: “*La explicación técnica de esta repercusión del desistimiento*”

IV. EFECTOS DEL DERECHO DE DESISTIMIENTO

Y para interconectarlos, nos parece bastante acertada la propuesta de MARÍN LÓPEZ quien habla de la necesaria determinación del fin del préstamo como un presupuesto necesario para la existencia de la vinculación contractual, para ello indica: *“El préstamo sirve para la financiación de otro negocio jurídico. Por lo tanto, es imprescindible que las dos partes intervinientes en el negocio jurídico crediticio conozcan que el préstamo se destinará total o parcialmente al cumplimiento de la obligación de pago nacida de un negocio jurídico que el consumidor ya ha celebrado o que está a punto de celebrar. Por lo que respecta al consumidor, no existe ningún inconveniente, pues resulta obvio que él sabe perfectamente cuál es el fin del crédito. Las dificultades surgen en relación al prestamista. Antes de nada, conviene resaltar que resulta sensato que el prestamista sepa que el crédito se obtiene con la única finalidad de adquirir un bien de un tercero”*⁶⁴⁴. Y agrega que: *“El conocimiento por el prestamista del fin del préstamo se puede producir por alguno de los siguientes procedimientos. En primer lugar, por la inclusión en el documento contractual de una cláusula en la que consta el fin del préstamo...Por otra parte, si en el contrato crediticio no se afirma expresamente que este sirve para financiar otro negocio jurídico, este dato puede también deducirse de la interpretación del contrato, en concreto, de las circunstancias*

sobre el contrato de crédito viene de la mano de la idea de conexión funcional de contratos. Decaída la eficacia del contrato principal, queda desprovisto sobrevenidamente de causa el contrato instrumental de crédito, lo que será causa de su resolución (no de la nulidad, pues al tiempo de su celebración no existe irregularidad alguna). El legislador puede modular la relevancia de dicha conexión; la regla general, según se ha visto es que solo determinará la resolución cuando además de una conexión objetiva exista ese previo acuerdo entre tercero y proveedor. Pero tomar más en serio la propia idea de «conexión» puede llevar a extender la incidencia de la ineficacia de un contrato sobre el otro incluso en ausencia de dicho acuerdo, siempre, eso sí, que en el contrato de crédito quede perfectamente determinada la finalidad del mismo, es decir, siempre que quepa razonablemente pensar que el contrato de consumo forme parte de la causa del contrato de crédito.” En PASQUAU LIAÑO, MIGUEL. “Comentario al artículo 44: Derecho de desistimiento”, *Op. Cit.*, p.346. Por el contrario, a favor se pronuncia Díez Soto, quien afirma que *“no puede olvidarse que la norma comunitaria sobre contratos a distancia, como ocurre habitualmente con las que tienen por objeto la tutela de los intereses de los consumidores, es una Directiva de «mínimos» (art. 14), lo que supone dejar en manos del legislador interno la posibilidad de establecer un régimen más riguroso con el fin de garantizar «un nivel de protección más elevado para los consumidores»; y no parece que haya ninguna razón para excluir la posibilidad de que el legislador español, en uso de ese margen, haya decidido establecer un régimen unitario de los efectos del desistimiento sobre el acuerdo de crédito con independencia de quien sea el concedente del mismo.”* EN DÍEZ SOTO, CARLOS MANUEL. “Artículo 44, Derecho de desistimiento”, en ALONSO ESPINOSA, FRANCISCO JOSÉ. LÓPEZ PELLICER, JOSÉ ANTONIO. MASSAGUER FUENTES, JOSÉ. REVERTE NAVARRO, ANTONIO. (COORD.). *Régimen Jurídico General del Comercio Minorista, comentarios a la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista y a la Ley Orgánica 2/1996, de 15 de enero, complementaria de la de Ordenación del Comercio Minorista*, McGraw Hill, Madrid, 1999, p. 562.

⁶⁴⁴ MARÍN LÓPEZ, MANUEL JESÚS. *La compraventa financiada de bienes de consumo*, Editorial Aranzadi S.A., Navarra, 2000, p. 223.

en que se celebra el contrato de crédito (art. 1282 CC), circunstancias que, por otra parte, son las mismas que sirven para admitir la colaboración planificada entre prestamista y vendedor. Esto significa que, aunque el prestamista no tenga conocimiento del destino concreto del dinero, al menos tiene la posibilidad de conocerlo, por la presencia de los indicios de la colaboración planificada”⁶⁴⁵.

Así, al acreditarse la unidad económica de contratos, el consumidor no deberá pagar indemnización alguna, por la ineficacia de ninguno de los dos negocios⁶⁴⁶, pero conforme con el artículo 28.2.b de la LCC, tendrá que: *“Pagar al prestamista el capital y el interés acumulado sobre dicho capital entre la fecha de disposición del crédito y la fecha de reembolso del capital, sin ningún retraso indebido y a más tardar a los treinta días naturales de haber enviado la notificación de desistimiento al prestamista.”*

Y sobre quién debe asumir los costos derivados de aplicar el desistimiento, pues en principio, ninguno, salvo aquellos ya mencionados que se derivan de un abuso de posición de garante del buen estado de conservación del bien. Y en el caso del empresario y el financista, *“existiendo acuerdo previo, será en dicho acuerdo donde el empresario y el concedente del crédito se deberán distribuir el coste económico de los efectos del desistimiento sobre ambos contratos: el de consumo y el de financiación. En tales acuerdos se deberá contemplar, sin duda, que en el supuesto previsto en el art. 71.3 (cuando el plazo es de tres meses porque el empresario no ha cumplido con el deber de información y documentación sobre el Derecho de desistimiento), ante el ejercicio del derecho por el consumidor, será el empresario quien asuma el coste económico de la resolución del contrato de financiación. Y ello, porque de haber cumplido escrupulosamente con tal deber de información, el consumidor habría perdido el derecho a desistir una vez transcurrido el plazo inicial de siete días del art. 71.2 TR-LGDCU”⁶⁴⁷.*

⁶⁴⁵ *Idem.*

⁶⁴⁶ En este sentido es importante destacar que el artículo 28.2 de la LCC, indica que: *“El prestamista no tendrá derecho a reclamar al consumidor ninguna otra compensación en caso de desistimiento, excepto la compensación de los gastos no reembolsables abonados por el prestamista a la Administración Pública.”*

⁶⁴⁷ DOMÍNGUEZ LUELMO, ANDRÉS. “Comentario al artículo 77. Desistimiento de un contrato vinculado”, *Op. Cit.*, p. 679. Finalmente, para mayor abundamiento acerca del Derecho de desistimiento en contratos vinculados, ver: MARÍN LÓPEZ, MANUEL JESÚS. “¿Puede el consumidor desvincularse del contrato de crédito

e.- Lugar de devolución:

Finalmente en el tema de la restitución mutua de las prestaciones, queda hacer referencia al lugar de cumplimiento, como punto de referencia previsto por el TRLDGCU para devolver la cosa. En este sentido, el artículo 73 indica que: *“A estos efectos se considerará lugar de cumplimiento el lugar donde el consumidor y usuario haya recibido la prestación.”* Ello significa que *“a efectos de no repercutir al consumidor ningún gasto por el ejercicio del Derecho de desistimiento, se considerará lugar de cumplimiento el lugar donde el consumidor y usuario haya recibido la prestación. Es éste, por tanto, el lugar donde el empresario deberá recoger las mercancías en el caso de ejercicio del Derecho de desistimiento por el consumidor”*⁶⁴⁸.

Esta norma resulta fundamental porque es la que da certeza y garantía al consumidor de buena devolución del objeto contractual que en virtud del contrato desistido, aún esta en sus manos. Da certeza porque, independientemente de lo que le pueda exigir el empresario, sabrá que hará buen reintegro al dejar el objeto lo en el mismo lugar en que lo recibió. Y da garantía, también, porque con ello, sabe que, independientemente de lo que le pueda exigir el empresario, al dejarlo en ese lugar, no podrá ser perseguido por incumplimiento de sus obligaciones post desistimiento.

La identificación del lugar de devolución, es importante además, porque al saber el lugar en donde se debe devolver, se evitan atrasos innecesarios en el cumplimiento

al consumo? EL derecho de desistimiento en el Proyecto de Ley de Contratos de Crédito al Consumo”. Documento localizable en: <http://www.uclm.es/centro/cesco/pdf/trabajos/6/2011/6-2011-5.pdf>, fecha de visita: 29 de marzo de 2011.

⁶⁴⁸ DOMÍNGUEZ LUELMO, ANDRÉS. “Comentario al artículo 73. Gastos vinculados al desistimiento”, en CÁMARA LAPUENTE, SERGIO (DIR.). *Comentarios a las normas de protección de los consumidores. Texto refundido (RDL 1/2007) y otras leyes y reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea*, Colex S.A., Madrid, 2011, p. 657. Hemos de indicar que esta norma se constituye como una excepción del principio general previsto en el artículo 1171 del CC, el cual establece tres opciones excluyentes entre si, primero que: “El pago deberá ejecutarse en el lugar que hubiese designado la obligación”, es decir, el pactado. Segundo, que “No habiéndose expresado y tratándose de entregar una cosa determinada, deberá hacerse el pago donde ésta existía en el momento de constituirse la obligación.” Y finalmente: “En cualquier otro caso, el lugar del pago será el del domicilio del deudor.”

de las obligaciones del consumidor, con lo cual le evitamos situaciones de morosidad que le pueden generar responsabilidades como las previamente expuestas.

Además, nos garantizamos que hará una rápida descarga riesgos y responsabilidad trasladándoselos al vendedor, ya que cada momento en que el consumidor tenga el objeto del contrato en su poder, es él quien asume los riesgos de aquellos daños que sufra.

Igualmente, cobra relevancia respecto a la imputación de los gastos de porteo en caso de que el objeto del acuerdo se encuentre en un lugar distinto al donde se haya recibido la prestación, como es el caso de los contratos realizados a distancia. En este punto debemos indicar que el artículo 101 TRLDGCU, indica que en este tipo de acuerdos, *“el empresario podrá exigir al consumidor y usuario que se haga cargo del coste directo de devolución del bien o servicio”*.

Lo cual se convierte en una excepción relativa al principio de gratuidad que ampara la figura, ya que el cargo, será únicamente sobre los costes de transporte, ya que el mismo artículo 101, en su punto 2, aclara 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.”*

Y así lo ha reafirmado el TJCE, quien en un análisis de los costos de desistir previstos en la Directiva sobre contratos a distancia, rechaza cualquier cobro extra al consumidor, que no sea aquél derivado de la devolución. Rechaza incluso, que se pretenda cobrar el envío del objeto del contrato: *“Habida cuenta de las consideraciones anteriores, procede responder a la cuestión planteada que el artículo 6, apartados 1, párrafo primero, segunda frase, y 2, segunda frase, de la Directiva 97/7 (LCEur 1997, 1493) debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que permite al proveedor, en un contrato celebrado a distancia, imputar los gastos de envío de los bienes al consumidor en caso de que éste ejerza su derecho de rescisión”*⁶⁴⁹.

⁶⁴⁹ STJCE (Sala Cuarta), de 15 de abril de 2010. Asunto Handelsgesellschaft Heinrich Heine GmbH contra Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen eV. (TJCE 2010/99).

IV. EFECTOS DEL DERECHO DE DESISTIMIENTO

Sobre el punto Carrasco Perera indica: *“Es evidente que los profesionales que interioricen la doctrina del tribunal no tendrán otro modo de reaccionar ante el aumento de los costes, sino mediante una subida de precios, si desean seguir operativos en ese mercado. Esto es una regla de oro de la microeconomía, y actúa cada vez que un operador jurídico decide a favor del consumidor al prohibir un coste accesorio del precio o un modo o índice determinado de calcular el precio. La consecuencia no es en sí nefasta, si existe competencia en el mercado y los empresarios están dispuestos a competir en el margen de beneficio, o si se trata de productos, servicios o mercados de los que el consumidor pueda fácilmente desistir o procurárselos de otra manera. Parece que el mercado de ventas a distancia es de esta clase, y puede soportar la interpretación pro consumidor sin mayores efectos perversos. Además, con un aumento de precio que sea transparente, el consumidor interioriza de modo inequívoco cuál es para él el coste total previsible de la operación, y decide en consecuencia”*⁶⁵⁰.

Por último, la definición del lugar del cumplimiento tiene otra importancia práctica y es que en caso de conflicto derivado de la ejecución del contrato o del Derecho de desistimiento, esta norma nos fija competencia territorial para determinar cuál podría ser la autoridad judicial o administrativa competente para conocer de él.

Además, si lo unimos al artículo 90 del TRLDGCU⁶⁵¹, que declara abusivas las cláusulas de sumisión a juez o tribunal determinado, tenemos que el lugar de cumplimiento será uno único y de competencia improrrogable. Lo cual resulta muy importante, sobre todo, en contratos realizados a distancia o fuera de establecimiento

⁶⁵⁰ CARRASCO PEREZA, ÁNGEL. “Costes del desistimiento en la venta a distancia”, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, número 802/2010, Editorial Aranzadi, S.A., Pamplona, 2010. Referencia Aranzadi: BIB 2010/1478, fecha de visita 6 de agosto de 2012.

⁶⁵¹ “Artículo 90. Cláusulas abusivas sobre competencia y derecho aplicable: Son, asimismo, abusivas las cláusulas que establezcan:

1. La sumisión a arbitrajes distintos del arbitraje de consumo, salvo que se trate de órganos de arbitraje institucionales creados por normas legales para un sector o un supuesto específico.
2. La previsión de pactos de sumisión expresa a Juez o Tribunal distinto del que corresponda al domicilio del consumidor y usuario, al lugar del cumplimiento de la obligación o aquél en que se encuentre el bien si éste fuera inmueble.
3. La sumisión del contrato a un Derecho extranjero con respecto al lugar donde el consumidor y usuario emita su declaración negocial o donde el empresario desarrolle la actividad dirigida a la promoción de contratos de igual o similar naturaleza.”

mercantil, en donde, el consumidor podría ser llevado a una jurisdicción y/o competencia territorial diferente a la suya y no la que corresponde conforme la ley⁶⁵².

⁶⁵² Sobre la competencia territorial, la LEC indica: “Artículo 50. Fuero general de las personas físicas.

1. Salvo que la Ley disponga otra cosa, la competencia territorial corresponderá al tribunal del domicilio del demandado y si no lo tuviere en el territorio nacional, será Juez competente el de su residencia en dicho territorio.

2. Quienes no tuvieren domicilio ni residencia en España podrán ser demandados en el lugar en que se encuentren dentro del territorio nacional o en el de su última residencia en éste y, si tampoco pudiera determinarse así la competencia, en el lugar del domicilio del actor.

3. Los empresarios y profesionales, en los litigios derivados de su actividad empresarial o profesional, también podrán ser demandados en el lugar donde se desarrolle dicha actividad y, si tuvieren establecimientos a su cargo en diferentes lugares, en cualquiera de ellos a elección del actor.”

CAPÍTULO V. DERECHO CONTRACTUAL DE DESISTIMIENTO

Tal y como hemos expuesto en líneas precedentes, el Derecho de consumo, tal y como se encuentra regulado actualmente en España básicamente es producto de la transposición de la normativa de instrumentos comunitarios, así como de todo un proceso de evolución normativa que, al menos en el caso del desistimiento, inició con la ley 50/1965, sobre ventas de bienes muebles a plazos.

Y hoy en día, cuando podemos asegurar que la rama jurídica ya se encuentra consolidada, se pretende ir más allá y dar un paso más, de lo que hasta ahora ha sido: un derecho de naturaleza tuitiva previsto en la ley⁶⁵³.

Lo que se propone es que el Derecho de consumo deje de ser un instrumento rígido de regulación legal y pase a ser un mecanismo dinámico de protección, de acceso libre para los sujetos que decidan utilizarlo, dándoles incluso la libertad, de aplicarlo sin mayores limitaciones que aquellas que las partes autónomamente consientan en otorgarle.

Así, bajo estas características, el derecho que contractualmente se le otorgue al consumidor, será el más completo mecanismo de protección al que éste pueda acceder, ya que es él mismo quien negocia los términos en que figuras como el Derecho de desistimiento le tutelarán en sus relaciones jurídicas.

Tutela que deberá darse dentro del marco de los límites que la ley propone⁶⁵⁴, pero a partir de ello, todo aquello que el consumidor logre a través de su astucia

⁶⁵³ Primordialmente de protección, porque debemos recordar que el derecho de consumo, igualmente se fundamenta de otras bases, como lo son la protección de las políticas económicas del Estado, la protección de las relaciones de oferta y demanda, etc. A mayor abundamiento ver: LASARTE ÁLVAREZ, CARLOS. *Manual sobre protección de consumidores y usuarios*, tercera edición, Editorial Dykinson, S.L., Madrid, 2007, p. 5 y ss.

⁶⁵⁴ Sobre el tema de los límites en el Derecho de desistimiento contractual EVANGELIO LLORCA, cuando trata el tema de su regulación legal en el artículo 79 TRLDGCU, indica que la ley expresamente impone un par de límites *“a la configuración de dicho derecho por el empresario que se traducen en sendas prohibiciones: por un lado, la de imponer al consumidor que ejercite el Derecho de desistimiento contractualmente reconocido la 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 (párrafo segundo); y por otro lado, la de exigir anticipo de pago o prestación de garantías, incluida la aceptación de efectos, para asegurar un eventual resarcimiento a su favor para el caso de que el consumidor desista (párrafo tercero).”* En EVANGELIO LLORCA, RAQUEL. *“¿Es abusiva la entrega de vales en*

negociadora, o de la oferta que el comerciante le proponga y que vaya más allá de esos extremos legales, irá en su beneficio.

Y nos atrevemos a afirmar que será el más completo mecanismo de protección, porque a través de la autonomía de la voluntad y de la libertad de contratación, los sujetos serán los que determinarán los extremos tuitivos de los instrumentos que la ley pone a su disposición. Incluso, podrán adaptarlos a su verdadera realidad y a sus necesidades, dándoles un contenido propio y especial en donde los temas fundamentales de cada figura, como los mecanismos de ejercicio, el plazo, los efectos, etc., serán ajustados a los requerimientos de cada relación jurídica.

Así, derechos como el de desistimiento, dejarán de ser imposiciones legales, muchas veces de aplicación molesta para los sujetos –sobre todo para los empresarios–, para pasar a ser conquistas negociadas, o bien, ofertas o ventajas comerciales que los vendedores otorgan sin reticencia alguna; y que se principal característica es la de convertirse en mecanismos amigables para las partes que voluntariamente han aceptado su aplicación. Pero teniendo siempre presente que *“la regulación convencional del derecho a desistir, si la hubiere, primará sobre la legal, que regirá supletoriamente”*⁶⁵⁵.

Conforme lo expuesto, conviene que ahora nos centremos en las condiciones en que, dentro de este contexto, las partes pueden utilizar la figura del derecho contractual de desistimiento.

A.- Concepto de derecho contractual de desistimiento:

El derecho contractual de desistimiento es una especie del género, es decir, es una modalidad especial del Derecho de desistimiento, por ello, su regulación parte de la normativa básica prevista para la figura general que hemos venido analizando en líneas anteriores de este trabajo.

la compraventa de productos de consumo? (Reflexiones en relación con el desistimiento unilateral del consumidor y la resolución del contrato)”, *Op. Cit.*, p. 38.

⁶⁵⁵ ARNAU RAVENTÓS, LIDIA. “El plazo para desistir en los contratos con consumidores”, *Op. Cit.*, p. 166.

Y como ya habíamos adelantado, la de desistir contractualmente es la facultad que se le otorga a las partes intervinientes en un contrato de consumo de aplicar a su libre albedrío lo que nos hemos dado en llamar la cláusula de desistimiento⁶⁵⁶.

La cláusula de desistimiento, entonces, es aquella que contiene en su redacción – aceptada por las partes– la posibilidad de aplicar un derecho a desistir, sobre todo, en aquellos contratos en que legalmente no se prevea tal posibilidad, eso sí, siempre que sean contratos de consumo. *“Este derecho de desistimiento puede ser reconocido en virtud de un acto bilateral, esto es, mediante la firma de un contrato con intervención del empresario y del consumidor en su celebración, de tal manera que este derecho puede ser reconocido bien por una cláusula negociada individualmente entre ambos, o bien que será lo más normal, por una cláusula predeterminada incluida en las condiciones generales del contrato”*⁶⁵⁷.

Así, *“el Derecho de desistimiento unilateral se establece por voluntad del empresario en contratos en los que inicialmente no se reconoce este derecho al consumidor por disposición legal o reglamentaria alguna. Es un acto del empresario unilateral, dado que las actividades de promoción, oferta y publicidad son específicas del empresario, precontractuales y sin intervención alguna del consumidor en su formación y contenido, dado que es precisamente al consumidor a quien va dirigida dicha actividad promocional”*⁶⁵⁸. Aunque, nada impide una acción del consumidor encaminada a conseguirlo, aún y cuando, el empresario inicialmente no lo ofrezca.

La facultad de que las partes puedan negociar la posibilidad de desistir del contrato en aquellos casos en que no esté previsto en la ley, parte del artículo 68.2 del TRLDGCU, el cual indica que: *“El consumidor tendrá derecho a desistir del contrato en los supuestos previstos legal o reglamentariamente y cuando así se le reconozca en la*

⁶⁵⁶ REBOLLEDO VARELA lo define así: *“Se trata, pues, de un derecho de desistimiento de origen convencional, es decir, en los términos del art. 68.1 TRLDGCU, de una facultad del consumidor –no del empresario al que no se le puede atribuir este derecho– de dejar sin efecto el contrato celebrado, notificándose así a la otra parte en el plazo establecido para el ejercicio del derecho, sin necesidad de justificar su decisión y sin penalización de ninguna clase.*

En otras palabras, estamos hablando de un derecho concedido convencionalmente al consumidor...”, en REBOLLEDO VARELA, ÁNGEL LUIS. “El ejercicio del Derecho de desistimiento en los contratos con consumidores en el RDLEG 1/2007, de 16 de noviembre”, en RDP, mayo-junio, año 2010, p. 54.

⁶⁵⁷ LARROSA AMANTE, MIGUEL ÁNGEL. *Derecho de consumo, protección legal del consumidor*, Op. Cit., p. 96.

⁶⁵⁸ SAP Murcia (Sección 5), número 298/2009, de 15 de setiembre, ponente: Ilmo. Sr. D. Miguel Ángel Larrosa Amante. (AC/2010/645).

oferta, promoción publicidad o en el propio contrato."(Subrayado es propio). Además, el 79 TRLDGCU, amplía indicando que: "A falta de previsiones específicas en la oferta, promoción, publicidad o en el propio contrato el Derecho de desistimiento reconocido contractualmente, éste se ajustará a lo previsto en este título." Con este marco, se asegura que las partes puedan suscribir acuerdos que permitan a una de ellas desistir del contrato⁶⁵⁹.

Esta normativa sin embargo, no resulta novedosa dentro del sistema legal español, ya que de alguna manera lo que hace es reiterar de manera mucho mas completa, lo que ya el artículo 10.1 de la LOCM indicaba, que: "Cuando en el ejercicio de un derecho previamente reconocido se proceda a la devolución de un producto...", se le concedía al consumidor la facultad de desistir.

En dicha frase el legislador se incluyó, por primera vez y aunque de manera indirecta, la posibilidad de que las partes pudiesen negociar libremente la aplicación de un Derecho de desistimiento de aquellos que no estaban expresamente previstos en la Ley.

Sobre el punto GONZÁLEZ PACANOWSKA nos dice: "Nótese, con todo, que el artículo 10 LOCM no pretende conceder derecho alguno, puesto que se refiere a supuestos en los que el desistimiento se encuentra «previamente reconocido» para el comprador que

⁶⁵⁹ Igualmente, en su preámbulo II, el TRLDGCU sobre el tema agrega: "El libro II, que regula relaciones jurídicas privadas, se estructura en cinco títulos. El título I, en el que se contienen las disposiciones generales de los contratos con los consumidores, siguiendo el régimen contenido en la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y estableciendo, conforme a las previsiones de las normas que se incorporan al texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, el régimen común del Derecho de desistimiento en aquellos contratos en los que se prevé tal derecho." (Subrayado es propio). Disposición que curiosamente resulta más parecida a la que contiene el BGB Alemán, que habla de reserva de la facultad, en concreto su artículo 346.1 indica: "Hat sich eine Vertragspartei vertraglich den Rücktritt vorbehalten oder steht ihr ein gesetzliches Rücktrittsrecht zu, so sind im Falle des Rücktritts die empfangenen Leistungen zurückzugewähren und die gezogenen Nutzungen herauszugeben." Traducción: "Cuando una de las partes se haya reservado contractualmente un Derecho de desistimiento, o tal derecho le corresponda en virtud de una Ley, el ejercicio del desistimiento implicará la devolución de las prestaciones recibidas y la restitución de los rendimientos obtenidos." Tomado de la STJCE (Sala Primera), de 17 de abril de 2008. Asunto Quelle AG contra Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände. (TJCE 2008/89).

sea destinatario final (art. 1.2 LOCM). Ese previo reconocimiento puede encontrarse en la Ley (estatal en todo caso), pero también tener un origen convencional”⁶⁶⁰.

Ahora, resulta sumamente importante resaltar que cualquier cláusula que otorgue la posibilidad de retirarse del acuerdo a través del desistimiento, lo debe hacer conforme los límites indicados en la ley, con las mismas garantías y derechos, es decir, aplicando el régimen general previsto para la figura.

Así, la relación entre desistimiento legal y desistimiento contractual no es de naturaleza horizontal, sino vertical, ya que debemos recordar que el Derecho de consumo se caracteriza por la irrenunciabilidad de sus márgenes de protección, por ello, siempre los acuerdos que las partes tomen, deberán subordinarse a los límites legales previstos. En este sentido, es claro que dicha sumisión constituye una limitación a la libertad de las partes, ya que su rango de acción esta limitado por la ley. *“La concesión voluntaria del derecho de desistimiento (sic) no deja de ser una técnica comercial en la que, no cabe duda, su reconocimiento favorece la contratación con el consumidor, Por ello, la libertad en las condiciones de concesión no puede llevar a desvirtuar los aspectos sustanciales del derecho de desistimiento (sic), llevando a confusión al consumidor y usuario”⁶⁶¹.*

Sin embargo y a pesar de lo anterior, las partes si tienen libertad absoluta en determinar cuando aplican la facultad de desistir, ya que conforme se regula el derecho, la misma es una oportunidad abierta a todo tipo de contrato de consumo. *“El Texto Refundido contempla, como ya quedara señalado, que el origen del Derecho de desistimiento puede ser legal, cuando es una norma especial la que lo concede imperativamente al consumidor —en cuyo caso esta facultad se regirá en primer término por las disposiciones que lo establezcan en cada supuesto y, subsidiariamente, por el, ya analizado, régimen común previsto en el Real Decreto Legislativo—, y, también, de manera expresa admite genéricamente, excediéndose en nuestra opinión*

⁶⁶⁰ GONZÁLEZ PACANOWSKA, ISABEL, “Artículo 10: Derecho de desistimiento”, *Op. Cit.*, p. 143.

⁶⁶¹ REBOLLEDO VARELA, ÁNGEL LUIS. “El ejercicio del Derecho de desistimiento en los contratos con consumidores en el RDLEG 1/2007, de 16 de noviembre”, *Op. Cit.*, p. 55.

de su cometido refundidor, su origen negocial dando validez al pacto entre contratantes que otorga al usuario tal facultad de desligarse del contrato”⁶⁶².

A mi criterio tal y como está el régimen legal, lo que se buscó fue equiparar ambas modalidades de la figura –legal y consensual-, buscando un nivel de protección uniforme para los consumidores, tanto en el campo de las obligaciones, como en el de los efectos. Por esto es que la posibilidad otorgada al consumidor de aplicar este tipo de cláusula nunca puede ser catalogada como un desequilibrio en las prestaciones contractuales, ya que es simplemente la aplicación voluntaria de todo un régimen proteccionista previamente establecido por el legislador y de naturaleza irrenunciable.

Por ello, es que la misma ley dice hace hincapié en indicar que: *“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”,* así como que *“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.”*

Por lo anterior, es que cuando estemos en presencia de un derecho contractual a finiquitar un contrato de consumo, no solo debemos ser cuidadosos en analizar que este presente cada uno de los elementos que en su momento dijimos que conforman el instituto, sino que además, debe estar incorporado conforme los parámetros legales. En tanto se denote la ausencia de uno o varios de ellos, o bien, si estando presente, se introduce con limitaciones o restricciones ilegales, podría ser que estemos en presencia de un ejercicio abusivo de la figura y como tal, frente a un acuerdo con vicios de ilegalidad.

Así, en el caso del elemento subjetivo, el acuerdo únicamente puede implicar a los sujetos que directamente lo suscriben, en este caso consumidor y empresario.

⁶⁶² BELUCHE RINCÓN, IRIS. *El Derecho de desistimiento del consumidor, Op. Cit.*, p. 95.

V. DERECHO CONTRACTUAL DE DESISTIMIENTO

En el caso del consumidor, es claro que al ser el desistimiento contractual un elemento más del contrato de consumo, sea porque se incorpora por aceptación de la oferta contractual que realiza el vendedor, o porque se aplica como una promoción especial para ese tipo de transacciones, o bien, porque por simple negociación el consumidor logró que se incluyese la posibilidad de desistir; lo deseable es que quien suscriba el acuerdo, sea quien ejerza la facultad de desistir, ya que esta persona será la única que, a ciencia cierta, sabrá lo puntos directos que en su momento se barajaron para incluir el derecho a su favor.

Con lo anterior, no estoy diciendo que el caso del desistimiento contractual sea diferente al del desistimiento legal, en donde la facultad, si bien es cierto, únicamente está reservada a un sujeto –el consumidor-, no puede ser considerada como una potestad personalísima, ya que nada impide que quien actué como éste, o en su representación, pueda ejercitarlo (Art. 1257 CC).

Ello significa que nada impide que un tercero inicialmente ajeno a la relación contractual pueda hacerse con la facultad de desistir del acuerdo, sea porque actúa a cargo y cuenta del titular del derecho, o bien, porque adquirió la facultad de su titular original, por ejemplo, adquiriendo la cosa contractual a través de una reventa realizada por el consumidor, con lo cual se subroga todos los derechos inherentes al negocio, desistimiento incluido.

Independientemente de quien sea la persona que asuma el papel de consumidor, lo cierto del caso es que aunque estemos en presencia de un derecho de origen contractual, ello no varía en nada el panorama tuitivo que caracteriza a la figura del desistimiento, ciertamente se mantendrán indemnes todos los derechos y garantías que el Derecho de consumo garantizan a quien acuerde la aplicación de una facultad como la expuesta, lo cual significa que para este tipo de acuerdos, las partes únicamente pueden negociar su aplicación en aquellos acuerdos en donde no estén previstos por ley, pero una vez acordada su incorporación, deben respetarse los límites normativos. En este sentido debemos recordar que los derechos del consumidor son irrenunciables.

En cuanto al empresario, la situación es similar a la del consumidor, ya que también sería deseable que quien haya asumido la titularidad de la negociación y quien se ha identificado como tal frente al consumidor, sea el legitimado para asumir de manera directa no solo la aceptación de la cláusula de desistimiento, sino sus efectos y consecuencias. Salvo que se efectúe algún tipo de subrogación de derechos, que en todo caso, no tiene que afectar la aplicación de la figura, ni restringir los derechos del consumidor.

Con ello, a mi criterio, también podrían ser ilegales aquellas estipulaciones que indiquen que para desistir el consumidor deberá dirigirse ante un tercero el cual deberá ser quien acepte o asuma la ineficacia del contrato. En este sentido, no es admisible la excusa, tan extendida en el comercio, de que nuestro vendedor es un simple distribuidor y que será la casa matriz quien asuma extremos como el desistimiento o la garantía. Desde mi óptica, el contrato se desiste frente a quien lo negoció o frente a quien negocialmente me otorgó la facultad de desistir.

Igualmente, subsiste la obligación de información y documentación prevista para la figura, sin embargo, dicho mandato, a mi criterio, de alguna manera se verá relativizado, ya que los presupuestos que fundamentan la obligación de información y documentación en los casos del desistimiento legal, se diluyen en el contractual, por cuanto, se parte de la premisa de que si el consumidor negocia la aplicación de un desistimiento contractual, conocerá la figura, así como los extremos en que admite que sea incorporada al acuerdo.

Lo anterior, conllevaría también afirmar que no resultaría legítimo aplicar las sanciones previstas al empresario que ni cumple con su deber de información y documentación del derecho a desistir. Y así lo ha entendido la jurisprudencia, que sobre el punto ha dicho: *“Ello nos lleva a considerar que el contrato suscrito sí tiene reconocido el derecho de desistimiento pero por disposición contractual, esto es por voluntad del empresario y no por una expresa previsión legal que así lo acuerde... Ahora bien, lo que se deriva tanto del propio cartel publicitario como de la conversación telefónica es que Telefónica Móviles reconoce a sus abonados un derecho de desistimiento que puede ser ejercitado en el plazo de siete días, de tal manera que*

transcurrido dicho plazo, el consumidor no tendrá derecho a desistir del contrato con los efectos legalmente previstos, sin perjuicio de que pueda resolver unilateralmente el contrato con las sanciones que se establecen en el propio convenio. No es aplicable en este caso, en modo alguno, el plazo de tres meses pretendido por el apelante por incumplimiento del deber de información y la entrega del documento de desistimiento, pues tal como establece literalmente el artículo 69.1 RDLDC, dichas obligaciones sólo serán exigibles en los contratos a los que «..la ley atribuya el derecho de desistimiento al consumidor...» por lo que no puede extenderse al derecho de desistimiento contractual. Esta exclusión tiene gran trascendencia pues el artículo 71.3 amplía el plazo de siete días a tres meses únicamente en los casos en los que el empresario, teniendo la obligación legal, no haya llevado a cabo ni la información ni la entrega del documento contractual de desistimiento al que se refiere el artículo 69.1 del RD Legislativo 1/2007. Fuera de este caso, el plazo mínimo será el de siete días fijado en el artículo 71.1 o el plazo mayor que contractualmente se haya podido fijar por el empresario para el ejercicio del derecho de desistimiento...»⁶⁶³.

Ahora bien, en cuanto al elemento objetivo de la relación obligatoria, es claro que cualquier pretensión de aplicar un Derecho de desistimiento en un contrato de consumo tiene que ir encaminada a la finalización del contrato en el cual él se encuentra plasmado de manera contractual y sobre todo, debe respetar el contenido legal de la figura.

No es admisible que se pretenda pasar como un Derecho de desistimiento cualquier otra que no lo sea, es decir, cualquier cláusula que se pretenda titular como Derecho de desistimiento, no lo será si la misma no tiene los efectos declarados de ineficacia que éste tiene. Si el empresario pretende validar una oferta o promoción enmascarando algo como un eventual de derecho a desistir, podríamos estar frente a un posible fraude que no debe ser admitido, lo cual implicaría que en caso de conflicto, el Juez pueda decretar que esa estipulación deba interpretarse como un desistimiento, tal cual lo hemos estudiado y lo regula la ley y siempre y cuando así le haya sido presentado al consumidor.

⁶⁶³ SAP Murcia (Sección 5), número 298/2009, de 15 de setiembre. Ponente: Ilmo. Sr. D. Miguel Angel Larrosa Amante. (AC 2010/645).

Diferente sería el caso en que las partes negocian la aplicación de cualquier otra figura que por mala técnica identificaran como un Derecho de desistimiento, en este caso deberemos atenernos a la voluntad de quienes negociaron el acuerdo y aplicar la cláusula tal cual está plasmada en el acuerdo.

Y si la confusión persiste, a lo sumo lo único que podríamos hacer es aplicar las reglas de la interpretación contractual y con ello, identificar la verdadera intención negociadora del empresario y del consumidor, procurando eso sí, que con ella, no se violente ningún derecho legalmente establecido para el segundo.

Respecto al contenido del derecho contractual de desistimiento, éste al igual que con los elementos anteriores, no puede alejarse de lo que deberá ser en el derecho legalmente previsto, por ello, como ya habíamos mencionado en líneas anteriores, cualquier intento que se haga por aplicar un Derecho de desistimiento pactado en un acuerdo de consumo deberá respetar el contenido mínimo de la figura, es decir, su capacidad para poner fin a un contrato perfectamente eficaz sin consecuencia alguna para el consumidor dentro de los parámetros de gratuidad e indemnidad previamente analizados⁶⁶⁴.

Pero también, hay que indicar, que sería ilícito que un consumidor pretenda aprovecharse de las garantías que se le otorgan y con ello, aspirar a que se le aplique un desistimiento que vaya aún mucho más allá de los mínimos legales, es decir, extendiendo sus derechos a un nivel tal, que termine desbalanceando la relación jurídica a su favor, con lo le cause un perjuicio al empresario.

Ello significa que la discrecionalidad de las partes en la negociación, no solo debe respetar los mínimos legalmente impuesto, sino que también tiene que guardar proporcionalidad y no sobrepasar ciertos límites máximos que terminen desestabilizando el sinalagma jurídico de la relación contractual.

⁶⁶⁴ Concepto que se reafirma en la Propuesta de modernización del CC en materia de obligaciones y contratos, cuyo artículo 1265.8 referido al Derecho a desistir indica: “8. *Los derechos conferidos en este artículo al consumidor y usuario son irrenunciables, pero se considerarán válidas las cláusulas contractuales que le sean más beneficiosas.*” En Comisión General de Codificación. *Propuesta de modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos, Op. Cit.*, p. 49.

V. DERECHO CONTRACTUAL DE DESISTIMIENTO

Finalmente y en cuanto a los efectos que se puedan prever en una cláusula negociada de aplicación del derecho a desistir del negocio, hemos de indicar que el panorama no varía sustancialmente de lo que hemos venido apuntando, es decir, debe respetarse la regulación dictada en la ley y únicamente podrá permitirse la negociación en aspectos no previstos en ella y que favorezcan al consumidor.

Por ello, será inadmisibles que se aplique en un contrato de consumo una cláusula que, aunque negociada libremente por las partes, implique un derecho a desistir con cualquier otra consecuencia que no sea la ineficacia plena de la relación jurídica y con ello, la obligación de restitución de las cosas al estado original, previo al acuerdo.

En resumen, el derecho contractual de desistimiento se puede definir como aquella facultad que tienen las partes de ampliar las previsiones legalmente establecidas para la figura, las cuales pueden ir desde pactar su aplicación en aquellos contratos en los que legalmente no se prevé su incorporación, hasta la posibilidad de aplicarlo con mayores garantías de las legalmente establecidas para el consumidor. Siempre y cuando esas garantías guarden la proporcionalidad requerida para una relación contractual.

Así, el desistimiento contractual es un ejercicio de libertad que las partes realizan para incorporar la posibilidad de finiquitar unilateralmente el acuerdo, es decir, de aquél en que *“en la noción de libertad contractual están abarcadas las facultades de celebrar un contrato, de rehusarse a hacerlo, de elegir el cocontratante, de determinar su objeto; se trata de las denominadas autodecisión y autorregulación...Además, se incluyen las de elegir la forma del contrato, de modificarlo, transmitir la posición contractual y ponerle fin”*⁶⁶⁵. Es decir, de la manera en que empresario y consumidor pactan la posibilidad de desistir del acuerdo unilateralmente sin que haya una obligación legal en ello.

Además, es un reflejo de la realidad económica del mercado en el que los actores se desenvuelven y sobre todo, de aquél en el que el acuerdo se realiza. Esto porque no podemos dejar de admitir que la posibilidad de desistir, pueda ser también una

⁶⁶⁵ ALTERINI, ATILIO. LÓPEZ CABANA, ROBERTO. *La autonomía de la voluntad en el contrato moderno*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1989, p. 36.

concesión comercial que voluntariamente otorguen algunos empresarios, para ganar clientes y/o posicionamiento en el mercado.

De ahí que las técnicas de mercadotecnia o marketing que utilicen las empresas comerciales, resulten fundamentales para determinar la utilización y sobre todo, la legalidad de una figura como la que analizamos.

En este sentido, hay que tener conciencia que *“el mercado realiza una tarea de conversión de una corriente o flujo de bienes y servicios en un flujo monetario mediante el precio como mecanismo de conversión. En este sentido, el sistema de comercialización de la empresa realiza la labor de dar salida a la producción de bienes y servicios y convertirlos en un flujo de ingresos. Para la realización de esta labor es necesario que se establezcan además, dos flujos de información, uno de comunicación a los consumidores con objeto de que conozcan las características y ventajas del producto, y otro de información relevante sobre el mercado que sirva para la toma de decisiones posteriores”*⁶⁶⁶. Por ello, resulta necesario que el derecho controle el resultado de esos procesos centrándose en su cometido fundamental que debe ser la protección del consumidor⁶⁶⁷.

Así, debemos tener muy claro que *“Dado el hecho de vivir en un sistema de economía de mercado regido por el principio reconocido en el art. 38 C.E. de libertad de*

⁶⁶⁶ CRUZ ROCHE, IGNACIO. *Fundamentos de marketing*, Editorial Ariel, S.A., Barcelona, 1990, p. 11.

⁶⁶⁷ Y es que en las técnicas de mercadeo se analiza al consumidor y sus preferencias para buscar engancharlo con productos, ofertas, promociones adaptadas a sus gustos y/o necesidades. En este sentido, ALONSO RIVAS indica: *“Parece claro que el comportamiento del consumidor es una materia de interés actual. Probablemente no se pueda afirmar que es lo más importante en el área de marketing, pero sí se puede afirmar que es necesario desarrollar un conocimiento suficiente. Comprender el comportamiento del consumidor constituye la base para las actividades de marketing, parece impensable plantear cualquier decisión comercial sin previamente establecer algunas hipótesis relativas al consumidor.*

¿Por qué los consumidores actúan de una determinada forma?, ¿por qué compran determinados productos y otros no?, ¿por qué adquieren una marca en perjuicio de otra? Son preguntas elementales y tremendamente controvertidas por investigadores, políticos, hombres de empresa, profesores y prácticos. A estas preguntas hay que buscarles respuesta. Sin embargo, el porqué del comportamiento de los consumidores es el factor más dinámico, indeterminado, estocástico e impredecible al que ha de hacer frente cualquier empresa situada en un mercado, cualquier partido político localizado en un sistema democrático y cualquier gobierno que pretenda conseguir un bienestar social para su población. En cada decisión comercial y en muchas políticas subyace una consideración previa relativa al individuo que acude al mercado a realizar sus compras. La dificultad de cada una de estas decisiones comienza con el conocimiento del individuo – consumidor. Sería arriesgado tratar de elaborar estrategias y planes sin una buena dosis de cómo y porqué se forman las preferencias de los consumidores.” En ALONSO RIVAS, JAVIER. *Comportamiento del consumidor*, cuarta edición, ESIC Editorial, Madrid, 2001, p. 31.

empresa, que garantiza la autonomía de cada vendedor para escoger el modo de realizar los métodos comerciales encaminados a la venta y distribución de los productos o, en su caso, de los servicios, unido, en ocasiones, a la imposibilidad de realizar contrataciones particulares con cada uno de sus destinatarios, con el propósito de que sus productos sean adquiridos por los consumidores, con frecuencia realizan ofertad, promociones o publicidad sobre sus productos o servicios empleando, algunas veces, métodos o técnicas que no se ajustan en su información a la veracidad sobre las condiciones y cualidades efectivas del producto, lo que provoca como efecto, directa o indirectamente, confusión o, en la peor de las ocasiones, engaño en el adquirente del producto sobre lo que compra o sobre las pretensiones iniciales que tenía del producto cuando lo compró”⁶⁶⁸.

Por ello, es que a pesar de ser una manifestación de libertad individual, el legislador se dio a la tarea de regular ciertas manifestaciones del derecho a desistir de los contratos, pero no lo hizo a través de la limitación de los derechos de los sujetos, sino que optó por regular los mecanismos en virtud de los cuales se instiga o encausa su incorporación en el negocio. En otras palabras, son la causa del efecto y sin ellos, posiblemente en muchos contratos no encontraríamos la cláusula de desistimiento. Nos referimos a la oferta, a las promociones, a la publicidad y a la consensualidad.

Así, “el consumidor tendrá derecho a desistir del contrato tanto en los supuestos legalmente previstos como en aquellos en donde se reconozca dicha facultad en la oferta, promoción, publicidad o en el propio contrato”⁶⁶⁹.

⁶⁶⁸ REYES LÓPEZ, MARÍA JOSÉ. “El carácter vinculante de la oferta y de la publicidad en el artículo 8 de la ley general para la defensa de los consumidores y usuarios”, en *Estudios sobre consumo*, número 43, año 1997, p. 63.

⁶⁶⁹ PAÑOS PÉREZ, ALBA. *Derechos y garantías del consumidor en el ámbito contractual*, Editorial Universidad de Almería, Almería, 2010, p. 74. Sobre el punto, la jurisprudencia ha dicho: “Junto con estas figuras de desistimiento legal, el citado derecho del consumidor también puede ser establecido contractualmente, tal como se señala en el artículo 68.2 RDLDC “...cuando así se le reconozca en la oferta, promoción, publicidad o en el propio contrato”. Ello supone que el derecho de desistimiento unilateral se establece por voluntad del empresario en contratos en los que inicialmente no se reconoce este derecho al consumidor por disposición legal o reglamentaria alguna. Es un acto del empresario unilateral, dado que las actividades de promoción, oferta y publicidad son específicas del empresario, precontractuales y sin intervención alguna del consumidor en su formación y contenido, dado que es precisamente al consumidor a quien va dirigida dicha actividad promocional. A los efectos de hacer más atractivo su producto, el empresario ofrece un derecho de desistimiento que no necesariamente tiene que estar definido como tal, sino que se debe de deducir del contenido de la oferta, publicidad o promoción. La única norma de todo el RD Legislativo 1/2007 que hace mención a dicho desistimiento

1.- Manifestaciones del Derecho de desistimiento contractual:

Conforme los artículos el artículo 79⁶⁷⁰ y 61⁶⁷¹ del TRLDGPU, la oferta contractual, las promociones o ventas especiales, la publicidad y la consensualidad; son los mecanismos a través de los cuales se incorpora el derecho a desistir en aquellos contratos en los que legalmente no se imponga la aplicación de la figura.

Como dijimos, con la identificación de estos cuatro conceptos, se pretendió regular los mecanismos de incorporación del desistimiento contractual a los contratos de consumo. Así, como no se podría limitar la libertad individual de las partes contratantes, se optó regular las maneras en que ellas podían incorporar la figura a sus contratos.

Llegándose a la conclusión, entonces, que el verdadero margen de acción en el que los sujetos pueden decidir sobre los extremos de aplicación de la figura, son bastante reducidos, en tanto, están altamente delimitados por la ley.

Y como es entendible, el legislador optó por limitar el margen de acción en la etapa precontractual, ya que *“las primeras medidas protectoras de los intereses*

unilateral es el artículo 79, que establece en un régimen marcado las previsiones específicas de la oferta, promoción, publicidad o en el propio contrato y en su defecto se ajustará a lo previsto en los artículos 69 a 78 del mismo texto legal , estableciéndose en el propio artículo 79 dos matizaciones a la libre autonomía de la voluntad, de tal manera que ni siquiera en los contratos en los que voluntariamente el empresario conceda al consumidor el derecho de desistimiento tendrá éste obligación de indemnizar por el desgaste o deterioro del bien o por el uso del servicio a prueba para tomar una decisión final sobre su adquisición ni tampoco podrá el empresario exigir el anticipo de pago o prestación de garantías para el caso de que se ejercite el derecho de desistimiento.” SAP Valencia (Sección 7), número 574/2011, de 3 de noviembre, ponente: Illma Sra. Doña María Ibañez Solaz. (JUR 2012\42146). Ratificada en SAP Asturias (Sección 5), número 117/2012, de 23 de marzo, ponente: Illma. Sra. María José Pueyo Mateo. (JUR 2012\131344).

⁶⁷⁰ *“A falta de previsiones específicas en la oferta, promoción, publicidad o en el propio contrato el Derecho de desistimiento reconocido contractualmente, éste se ajustará a lo previsto en este título.”*

⁶⁷¹ *“Artículo 61. Integración de la oferta, promoción y publicidad en el contrato.*

- 1. La oferta, promoción y publicidad de los bienes o servicios se ajustarán a su naturaleza, características, utilidad o finalidad y a las condiciones jurídicas o económicas de la contratación.*
- 2. El contenido de la oferta, promoción o publicidad, las prestaciones propias de cada bien o servicio, las condiciones jurídicas o económicas y garantías ofrecidas serán exigibles por los consumidores y usuarios, aun cuando no figuren expresamente en el contrato celebrado o en el documento o comprobante recibido y deberán tenerse en cuenta en la determinación del principio de conformidad con el contrato.*
- 3. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, si el contrato celebrado contuviese cláusulas más beneficiosas, estas prevalecerán sobre el contenido de la oferta, promoción o publicidad.”*

económicos de los consumidores se encuadran en el momento previo a la celebración de los contratos, y se refieren, tanto a la promoción de la oferta o a la publicidad, como a todas las actividades del empresario o profesional tendentes a lograr atraer a personas que se interesen en la misma al objeto de poder convertirse en clientes potenciales”⁶⁷².

La importancia de que se regulen estos elementos en los contratos en la etapa previa al contrato, estriba en que el TRLDGCU los dispone como elementos incorporables al mismo, por lo que su debida negociación determinará las consecuencias que las mismas tendrán sobre el acuerdo final.

a.- Oferta contractual

La oferta contractual, como mecanismo de incorporación de un derecho a desistir en contratos de consumo, existe en tanto, es parte de las propias relaciones de intercambio del mercado, ya que es común que algunos empresarios ofrezcan a sus clientes la posibilidad de devolución de las mercaderías que se adquieren⁶⁷³.

Dicha promesa suele incorporarse a la oferta del producto, pasando a ser con ello, un componente directo de este elemento jurídico, el cual cobrará vigencia jurídica a partir del momento de su policitud, es decir, cuando aún todavía no es aceptada por el destinatario, que en nuestro caso será el consumidor. Con ello, pasa a formar parte del régimen especial previsto para los contratos de consumo, siéndole aplicable todas sus prerrogativas especiales.

En este supuesto, lo importante a destacar es que la cláusula de desistimiento contractual vendría a constituirse como un elemento que se adiciona a la oferta con miras de hacer más atractivo el objeto y lograr con ello la venta. Y como resulta obvio,

⁶⁷² ACEDO PENCO, ÁNGEL. *Nociones de derecho de consumo. Aproximación a la protección jurídica de los consumidores en Extremadura*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Extremadura, Cáceres, 2003, p. 133.

⁶⁷³ Aunque debemos indicar que dicha facultad generalmente no es libre, sino que está sometida a una serie de requisitos propios de cada cadena comercial, los cuales serán válidos en tanto no sean contrarios al régimen previsto para la figura. A manera de ejemplo ver: <http://www.elcorteingles.es/comun/eci/informacion/devolver.asp>, fecha de visita 26 de marzo de 2010.

en el momento en que sea aceptada, el desistimiento pasa a formar parte íntegra del acuerdo.

Todos sabemos que publicitar concesiones o cortesías es una práctica sumamente extendida en muchos negocios comerciales y para ello, ofrecen descuentos, garantías extendidas, regalos, entre otros; que buscan que el consumidor se decante por su producto y no por el de su competencia. Y la posibilidad de desistir del acuerdo es una de estas opciones que se ofrecen, la famosa frase de *“si no le sirve o no le gusta devuélvalo o le devolvemos el dinero”* resume de alguna manera la concesión que la cláusula de desistir otorga. *“Campañas publicitarias del tipo «si no queda satisfecho le devolvemos su dinero», que son tan habituales en los medios de comunicación para la promoción de productos de consumo, serían un ejemplo del reconocimiento de este derecho de desistimiento efectuado por el empresario como medio para atraer un mayor número de compradores”*⁶⁷⁴.

La oferta de consumo, como instituto jurídico, parte de la regulación general que de ella se hace en el CC⁶⁷⁵, y como tal resulta vinculante para su emisor: *“Como la oferta supone la propuesta de celebración de un contrato determinado, no bastando la simple indicación genérica de la oportunidad de la contratación, tiene que ser precisa, completa y definitiva y revelar inequívocamente el propósito de vincularse contractualmente el autor de la misma”*⁶⁷⁶ y es en ese tanto, que la misma tiene efectos jurídicos que se regulan en el ya citado artículo 61 del TRLDGCU.

Esta característica que también encontramos en la publicidad, deja de manifiesto la estrecha relación existente entre ambos conceptos, ya que en conjunto integran el mensaje que los empresarios envían al consumidor para informarle de los bienes y servicios a los cuales puede acceder, además, de las condiciones concretas a las que

⁶⁷⁴ LARROSA AMANTE, MIGUEL ÁNGEL. *Derecho de consumo, protección legal del consumidor, Op. Cit.*, p. 95.

⁶⁷⁵ Regulada en el artículo 1262 CC y definida como una promesa de contrato que en su expresión más básica deben cumplir con ciertos requisitos para su eficacia, entre ellos podemos indicar que al menos, debe ser declarada, dirigida, precisa y completa. A mayor abundamiento sobre la oferta de contrato en el sistema del Código Civil, VER MORENO QUESADA, BERNARDO. “La oferta de contrato”, en *Revista de Derecho Notarial*, año IV, número 12, abril – junio, 1956, p. 107 y ss.

⁶⁷⁶ LACRUZ BERDEJO, JOSE LUIS. ET AL. *Elementos de Derecho civil, II Derecho de Obligaciones, Volumen Primero, Parte general. Teoría general del contrato*, Editorial Dykinson, S.L., Madrid, 1998, p.375.

debe someterse por ellos. En materia comercial no puede haber publicidad sin oferta, ni oferta sin publicidad.

Por ello es que en materia de defensa de los consumidores, al hablar de régimen regulatorio de la oferta de contratos, en el fondo debemos tocar el tema de su régimen publicitario, y así lo ha entendido el legislador, ya que desde la vigencia de la derogada Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios, en su artículo 8, así lo reguló⁶⁷⁷.

Dicha norma que es el antecedente del actual artículo 61 del TRLDGCU, expresamente indicaba en lo que interesa, que: *“La oferta, promoción y publicidad de los productos, actividades o servicios, se ajustarán a su naturaleza, características, condiciones, utilidad o finalidad, sin perjuicio de lo establecido en las disposiciones sobre publicidad y de acuerdo con el principio de conformidad con el contrato regulado en su legislación específica.”*

Esta norma sentó las bases del marco regulatorio actual, además que por sus características podría ser plenamente aplicable a nuestra realidad, ya que no solo subsumía las condiciones que debía cumplir los mecanismos de publicitación de las ofertas y promociones de los contratos comerciales a la regulación pertinente sobre pautas publicitarias, sino que además, regulaba otros puntos importantes de ella, como la identidad que debe existir entre el bien y la descripción que de él se haga en la oferta. Es una cuestión que tiene que ver con la información que el empresario debe suministrar al consumidor para que haya transparencia en el negocio que les unirá y con ello, evitar conflictos posteriores.

Igualmente, ordenaba que todo lo que completase la oferta del contrato, pudiese ser exigible por el consumidor como un derecho otorgado contractualmente y como tal irrenunciable, al menos en los mínimos en que la ley lo regulaba. *“Con ello, el precepto está poniendo de manifiesto, en primer lugar, la importancia de la información en la configuración del consentimiento a la hora de perfeccionar el contrato, cuyo tratamiento específico sí puede considerarse una de las innovaciones de*

⁶⁷⁷ Para mayor abundamiento en el tema de la relación entre la oferta en contratos de consumo y la publicidad, ver: SIRVENT GARCÍA, JORGE. *La oferta en contratos con consumidores*, edita Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009.

la L.G.D.C.U. y, en segundo lugar, la adecuación de la oferta, promoción o publicidad a los principios de eficacia, exactitud y veracidad, para lo que se fija como parámetro atender a la naturaleza, características, condiciones, utilidad o finalidad de cada producto o servicio. Consiguientemente, como legalmente esa información pasa a integrar los contratos perfeccionados con los consumidores, cuando dicha información no haya existido total o parcialmente, los contratos ya suscritos se integrarán, respecto a los especificado de manera ambigua u omitido, con las características que normativamente cabe esperar del producto o servicios”⁶⁷⁸.

Lo anterior significa entonces que la oferta de contrato es también fuente de derecho, ya que es causa de obligaciones que en muchos casos, la ley no prevé. En este sentido, coincidimos con RODRÍGUEZ DE QUIÑONES Y DE TORRES, cuando indica que: *“Algunos usos del comercio se sitúan fuera de la esfera negocial, y afectan a la competencia en el mercado, a la llevanza en la contabilidad, etc. Sin embargo, la mayoría se ubica en el tráfico negocial y tiene origen contractual. Estos usos nacen a la vida del tráfico en un proceso formativo en el que pueden identificarse tres fases sucesivas: en la primera, ciertas cláusulas se incluyen en los contratos de modo reiterado, y con el tiempo se estandarizan (cláusulas de estilo); en la segunda, a fuerza de repetirse llega a estimarse que no es necesaria su inclusión expresa en el contrato, porque se presume que es voluntad de las partes observarla, quedando así sobreentendida; por último, el contenido de estas cláusulas se separa de la voluntad de las partes y se aplica al contrato, salvo pacto expreso en contrario, incluso aunque las partes la desconocieran (en suma, se objetiva)”⁶⁷⁹.*

Ello podría significar entonces que mientras más difundida esté la cláusula de desistimiento y más extendida esté su incorporación, llegará el día en que la misma se convierta en un uso comercial y como tal, de aplicación automática en la contratación entre consumidores y empresarios. Llegado ese momento y en la misma proporción entonces, cada vez menos se requerirá de la necesidad de pactar su aplicación de manera casuística inter partes.

⁶⁷⁸ REYES LÓPEZ, MARÍA JOSÉ. “El carácter vinculante de la oferta y de la publicidad en el artículo 8 de la ley general para la defensa de los consumidores y usuarios”, *Op. Cit.*, p. 69.

⁶⁷⁹ RODRÍGUEZ DE QUIÑONES Y DE TORRES, ALFONSO. “Lección 2º Fuentes del Derecho Mercantil”, en JIMÉNEZ SÁNCHEZ, GUILLERMO J. (COORD.). *Lecciones de Derecho Mercantil*. Editorial TECNOS S.A., 2007, p.60.

Y para apoyar lo anterior, he de exponer mi propia experiencia la cual me dice que tal vez en España, éste derecho de desistir de los acuerdos comerciales (salvo aquellos casos en que la ley lo prevea o aquellos casos en que grandes cadenas comerciales lo otorguen), no está muy difundido, a diferencia de lo que sucede en otros países donde es prácticamente una consecuencia natural de toda compra comercial y casi sin que las partes se cuestionen si el desistimiento opera o no. Tal es el caso de los Estados Unidos (a través del *period of cooling, cooling off period* o *cancellations*), en donde las tiendas, sin importar su tamaño o poderío económico siempre reciben aquellas compras que se les devuelvan, sin ningún tipo de cuestionamiento. *“Conceder al comprador una libre facultad de desistir del contrato es una práctica habitual en las grandes superficies, que incluso ha llegado a considerarse implícita, y supone una operación de marketing que facilita sin duda la inclinación a una inmediata adquisición de los artículos expuestos”*⁶⁸⁰.

A pesar de lo anterior, me parece que en España, con la regulación existente, en todos aquellos casos en que se oferte la posibilidad de desistir del acuerdo, el desistimiento contractual será de aplicación obligatoria. En este sentido, bastará simplemente con que se busquen medidas que difundan la práctica entre los comerciantes y que los consumidores también empiecen a exigirlo. Inclusive ya podríamos decir que es una medida de aplicación normal en grandes cadenas comerciales como Zara o Carrefour, entre otros⁶⁸¹.

b.- Promociones o ventas especiales:

El segundo mecanismo de incorporación de la cláusula de desistimiento regulado por ley, son las promociones o ventas especiales, las cuales pueden ser definidas como todas aquellas transacciones realizadas bajo el título de promoción, rebaja, oferta, saldo, liquidación, venta con obsequio, etc., en fin, todos aquellos negocios que llevan

⁶⁸⁰ GONZÁLEZ PACANOWSKA, ISABEL, “Artículo 10: Derecho de desistimiento”, *Op. Cit.*, p. 143.

⁶⁸¹ Sobre la política de devoluciones de Zara ver: <http://www.zara.com/webapp/wcs/stores/servlet/ShopGuideReturnsSubView?catalogId=&langId=-5&storeId=10701>, fecha de visita 3 de julio de 2012. Y sobre las políticas de Carrefour ver: <http://www.carrefour.es/ayuda/#p59>, fecha de visita 3 de julio de 2012.

implícita la modalidad de venta con descuento⁶⁸². *“Al respecto, la idea de descuento se encuentra implícita en las diversas modalidades referidas y fundamentalmente comprende los dos siguientes elementos: la confrontación de precios (precio de descuento con el precio de referencia) y su carácter excepcional (es decir, de duración limitada en el tiempo). Es denominador común de todas estas promociones de ventas la reducción del margen comercial del vendedor, en la búsqueda de un incremento de sus ventas. En cuanto a los efectos sobre los consumidores de las ventas promocionales, cabe destacar tanto los positivos como los negativos. En cuanto a los primeros, se menciona, normalmente, la reducción de los precios de los artículos y/o la existencia de prestaciones adicionales. En cambio, entre los efectos negativos, se duele destacar la posibilidad de conductas desleales (engaño, error), la disminución de la calidad de los artículos como consecuencia de promociones realizadas durante un periodo largo de tiempo, la opacidad en la diferenciación de los productos y la desaparición –aspecto discutible- del pequeño comercio”*⁶⁸³.

Conforme lo anterior, le corresponde al Estado regular y vigilar cada uno de estos tipos de venta para evitar los posibles excesos, abusos o fraudes, de parte de los empresarios hacia los consumidores.

Este tipo de transacciones se regula en la LOCM, según la cual y conforme su artículo 1.1⁶⁸⁴, refiere como objeto de su competencia a todos aquellos mecanismos de mercadeo que impliquen una posible ventaja en el precio y una excepcionalidad en su existencia, es decir, a las ventas especiales y a las actividades de promoción comercial.

Para ello, impone una serie de condiciones que este tipo de negocios deben cumplir para su reconocimiento legal, condiciones que hemos dividido para efectos

⁶⁸² En resumen aquellas descritas en el artículo 18 de la LOCM.

⁶⁸³ Girgado Perandones, Pablo. “La protección jurídica de los consumidores en el marco de algunas ventas promocionales (ventas en rebajas, de saldos y en liquidación)”, en MARÍN LÓPEZ, JUAN JOSÉ (DIR.). *La protección jurídica de los consumidores*, Editorial Dykinson, S.L., Madrid, 2003, p. 230.

⁶⁸⁴ “La presente Ley tiene por objeto principal establecer el régimen jurídico general del comercio minorista, así como regular determinadas ventas especiales y actividades de promoción comercial, sin perjuicio de las leyes dictadas por las Comunidades Autónomas en el ejercicio de sus competencias en la materia.”

demostrativos en dos grupos, a saber aquellas de contenido general y aquellas de contenido particular.

Entre las condiciones de contenido general podemos citar las siguientes:

- Obligaciones relativas a la información⁶⁸⁵: En la que se exige que en los anuncios de estas ventas especiales debe especificarse la duración de las mismas, así como las condiciones en que ellas se otorgan.
- Obligaciones relativas a la claridad de las ofertas⁶⁸⁶: En la cual se requiere que debe hacer clara constancia de la reducción de precios, el cual debe constar justo al precio anterior –el completo-.
- Obligaciones relativas a la determinación de las ofertas⁶⁸⁷: En las que se requiere la necesaria determinación de cuáles son los artículos que están en oferta, los cuales deberán estar debidamente separados de aquellos que no lo están.

En cuanto a las condiciones particulares de este tipo de ventas, podemos citar, las siguientes:

- Ventas en Rebajas⁶⁸⁸: las cuales se definen en la ley de la siguiente manera: *“Se entiende que existe venta en rebajas cuando los artículos objeto de la misma se ofertan, en el mismo establecimiento en el que se ejerce habitualmente la actividad comercial, a un precio inferior al fijado antes de dicha venta”*⁶⁸⁹.

Además, se dice que únicamente podrán ser realizadas en dos temporadas al año, una al iniciar y otra en el periodo estival de vacaciones. Finalmente, se aclara que los bienes objeto de las ventas en rebaja *“deberán haber estado incluidos con anterioridad y, durante el plazo mínimo de un mes, en la oferta habitual de ventas y no podrán haber sido objeto de práctica de promoción alguna en el curso del mes*

⁶⁸⁵ Artículo 19 de la LOCM.

⁶⁸⁶ Artículo 20 de la LOCM.

⁶⁸⁷ Artículo 21 de la LOCM.

⁶⁸⁸ Regulada en los artículo 24 al 26 de la LOCM.

⁶⁸⁹ Artículo 24.1 de la LOCM.

*que preceda a la fecha de inicio de la venta en rebajas*⁶⁹⁰. Y mucho menos ofertar artículos deteriorados⁶⁹¹.

- Ventas de saldos⁶⁹²: Definida por la ley de la siguiente manera: “*Se considera venta de saldos la de productos cuyo valor de mercado aparezca manifiestamente disminuido a causa del deterioro, desperfecto, desuso u obsolescencia de los mismos, sin que un producto tenga esta consideración por el solo hecho de ser un excedente de producción o de temporada*”⁶⁹³.

En estos casos, se prohíbe expresamente calificar como saldos aquellos productos que puedan implicar algún riesgo para los consumidores, o bien, que en la realidad no sean saldos de mercadería. Además, si lo son en realidad, se prohíbe venderlos como tales, si no tienen un descuento real en su precio. De cualquier forma, se obliga a que se informe al consumidor que los productos ofertados son saldos de sus existencias y como tales de su estado de conservación o deterioro.

- Ventas en liquidación⁶⁹⁴: “*Se entiende por venta en liquidación la venta de carácter excepcional y de finalidad extintiva de determinadas existencias de productos que, anunciada con esta denominación u otra equivalente, tiene lugar en ejecución de una decisión judicial o administrativa, o es llevada a cabo por el comerciante o por el adquirente por cualquier título del negocio de aquél*”⁶⁹⁵, sea por cesación de la actividad comercial, por cambios de ramo de comercio, por cambio de local u obras en el mismo y finalmente, por cualquier causa que implique un obstáculo al desarrollo normal de la actividad comercial.

⁶⁹⁰ Artículo 26 de la LOCM.

⁶⁹¹ Aunque hemos de aclarar que al momento de redacción de este trabajo, el gobierno español, ya planteó la modificación de esta normativa eliminando las restricciones temporales, ampliando horarios, etc. A mayor abundamiento ver: http://economia.elpais.com/economia/2012/07/13/actualidad/1342188676_460846.html, fecha de visita: 14 de julio de 2012.

⁶⁹² Regulada en los artículo 28 y 29 de la LOCM.

⁶⁹³ Artículo 28 de la LOCM.

⁶⁹⁴ Reguladas en los artículo 30 y 31 de la LOCM.

⁶⁹⁵ Artículo 30 de la LOCM.

V. DERECHO CONTRACTUAL DE DESISTIMIENTO

- Ventas con obsequio o prima⁶⁹⁶: *“Son ventas con obsequio aquellas que con finalidad de promover las ventas ofertan, ya sea en forma automática, o bien, mediante la participación en un sorteo o concurso, un premio, cualquiera que sea la naturaleza de éste. Son ventas con prima aquéllas que ofrezcan cualquier incentivo o ventaja vinculado a la adquisición de un bien o servicio”*⁶⁹⁷. Es importante destacar que hay que ser cuidadoso, porque este tipo de negocio puede ser catalogado como desleal en lo que a libre competencia entre empresarios se refiere, o bien, frente a los consumidores mismo,, cuando su práctica encuadre en alguno de los supuestos ya analizados como riesgosos de aquellos previstos en la LCD .

De todas maneras, en caso de que el negocio sea proceda, el premio, obsequio, incentivo o prima, ofrecido deberá ser entregado dentro del plazo estipulado para tal efectos por la Comunidad Autónoma competente en la zona en que el mismo se realizó, sin sobrepasar los 3 meses, contados a partir del momento en que el mismo deba ser entregado.

- Oferta de venta directa: Realizada por quien dice ser el fabricante o mayorista del producto a un precio menor de mercado, es decir, al precio del ofrecido a los intermediarios.

Este tipo de negocio en principio está prohibido por ley⁶⁹⁸, salvo que el vendedor fabrique la totalidad del producto ofertado y su actividad sea primordialmente encausada a comerciantes minoristas. Además, como dijimos, que el precio ofertado sea realmente el mismo ofrecido a sus clientes primarios.

Al igual que sucede con la publicidad y con la oferta contractual, en este tipo de ventas especiales, deben incorporar todas las condiciones que se le ofrecen a los consumidores, por ello, si entre la gama de ofrecimientos realizados se ha dado la

⁶⁹⁶ Regulada en los artículos 32 al 34 de la LOCM.

⁶⁹⁷ Artículo 32 de la LOCM.

⁶⁹⁸ Artículo 35 de la LOCM.

opción de desistir, esta posibilidad quedará en el contrato como un elemento constitutivo de él y como tal, obligará a las partes a su acatamiento obligatorio.

c.- Publicidad:

“El artículo 61 TRLGDCU establece en sus dos primeros números una regla de alcance general, aplicable a cualquier contrato de consumo, que sustancialmente significa que las afirmaciones publicitarias integran el contenido contractual y vinculan al empresario o profesional. El número 1 establece una regla general sobre el contenido de la publicidad informativa o mejor ordena que se «ajusten» (o que haya correspondencia) la publicidad y la naturaleza de los bienes o servicios, así como con sus condiciones jurídicas o económicas. Hay múltiples normas que fijan para sectores o bienes determinados el contenido lícito de las declaraciones publicitarias y la publicidad que infrinja tales requisitos es «ilícita» [art. 3.e) LGPu]. Es la regla general que legitima las restricciones a los contenidos publicitarios”⁶⁹⁹.

Es claro que con lo anterior, lo que se pretende es ampliar el marco proteccionista que ya tienen los contratos de consumo, ya que aunque se diga que medidas como las apuntadas están encaminadas a proteger el mercado mismo y a los comerciantes de prácticas de comercio injusto, lo cierto del caso es que la prohibición de publicidad ilícita⁷⁰⁰, en cualquiera de sus modalidades, sea como publicidad

⁶⁹⁹ GARCÍA VICENTE, JOSÉ RAMÓN. “Comentario al artículo 61. Integración de la oferta, promoción y publicidad en el contrato”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, RODRIGO (COORD.). *Comentario del texto refundido de la ley general para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007)*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2009, p.780. Igualmente, hemos de indicar que el artículo 61.1 LGP, indica: “Artículo 61. Integración de la oferta, promoción y publicidad en el contrato...1. La oferta, promoción y publicidad de los bienes o servicios se ajustarán a su naturaleza, características, utilidad o finalidad y a las condiciones jurídicas o económicas de la contratación.”

⁷⁰⁰ Definida en el artículo 3 de la LGP como:

- a) La publicidad que atente contra la dignidad de la persona o vulnere los valores y derechos reconocidos en la Constitución, especialmente en lo que se refiere a la infancia, la juventud y la mujer.
- b) La publicidad engañosa.
- c) La publicidad desleal.
- d) La publicidad subliminal.
- e) La que infrinja lo dispuesto en la normativa que regule la publicidad de determinados productos, bienes, actividades o servicios.”

engañosa⁷⁰¹, como publicidad desleal⁷⁰², o como publicidad subliminal⁷⁰³; redundando en que se proteja la libertad de decisión de los sujetos y con ella, su capacidad cognitiva y volitiva⁷⁰⁴.

Y es que hablamos de publicidad en primera instancia porque este es el mecanismo idóneo mediante el cual se transmite el mensaje de empresario al consumidor. Su capacidad de informar y comunicar las ofertas contractuales, las promociones, rebajas, etc.; le convierten en el mecanismo idóneo para atraer al consumidor y sobre todo, lograr que éste crea, se entusiasme y compre. Por ello, es que el mensaje publicitario debe ser siempre analizado no solo, porque él lleva implícito las condiciones en que el futuro contrato se realizará, sino porque generalmente ese mensaje publicitario ha jugado un papel determinante en la intención de quien compra⁷⁰⁵.

⁷⁰¹ Definida según el artículo 4 de la LGP así: *“Es engañosa la publicidad que de cualquier manera, incluida su presentación, induce o puede inducir a error a sus destinatarios, pudiendo afectar a su comportamiento económico, o perjudicar o ser capaz de perjudicar a un competidor.*

Es asimismo engañosa la publicidad que silencie datos fundamentales de los bienes, actividades o servicios cuando dicha omisión induzca a error de los destinatarios.”

⁷⁰² Definida según el artículo 6 de la LGP así: *“Es publicidad desleal:*

a) La que por su contenido, forma de presentación o difusión provoca el descrédito, denigración o menosprecio directo o indirecto de una persona, empresa o de sus productos, servicios o actividades.

b) La que induce a confusión con las empresas, actividades, productos, nombres, marcas u otros signos distintivos de los competidores, así como la que haga uso injustificado de la denominación, siglas, marcas o distintivos de otras empresas o instituciones, y, en general, la que sea contraria a las normas de corrección y buenos usos mercantiles.

c) La publicidad comparativa cuando no se apoye en características esenciales, afines y objetivamente demostrables de los productos o servicios, o cuando se contrapongan bienes o servicios con otros no similares o desconocidos, o de limitada participación en el mercado.”

⁷⁰³ Definida según el artículo 6 de la LGP así: *“A los efectos de esta Ley, será publicidad subliminal la que mediante técnicas de producción de estímulos de intensidades fronterizas con los umbrales de los sentidos o análogas, pueda actuar sobre el público destinatario sin ser conscientemente percibida.”*

⁷⁰⁴ Aunque autores como CÁMARA LAPUENTE, indican que lo que el sentido general del precepto es la tutela al principio de veracidad de la información, así como la tutela al principio de buena fe en la contratación que prevé el artículo 1258 del C.C., en este sentido indica: *“El art. 61 TR se estructura conforme a estas ideas: en el apartado primero se hace mérito al principio de veracidad; el apartado segundo contiene la parte esencial de la norma, al declarar el carácter vinculante del contenido de la oferta, promoción y publicidad así como las prestaciones propias de cada bien o servicio; el apartado tercero explicita una excepción a esa integración de la publicidad en el contrato cuando éste contuviese cláusulas más beneficiosas que aquella.”* En CÁMARA LAPUENTE, SERGIO. *“Comentario al artículo 61. Integración de la oferta, promoción y publicidad en el contrato”*, en CÁMARA LAPUENTE, SERGIO (DIR.). *Comentarios a las normas de protección de los consumidores. Texto refundido (RDL 1/2007) y otras leyes y reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea*, Colex S.A., Madrid, 2011, p. 511.

⁷⁰⁵ Para mayor abundamiento sobre la publicidad y la protección del consumidor ver: LEMA DEVESA, CARLOS. *“La protección del consumidor en la Ley General de Publicidad”*, en FONT GALÁN, JUAN IGNACIO. LÓPEZ MENUDO, FRANCISCO (COORD.). *Curso sobre el nuevo derecho del consumidor*, Instituto Nacional del Consumo, Madrid, 1990, p. 105 y ss.

Y así lo ha reconocido el Tribunal Supremo quien sobre el punto ha dicho. *“Las actuaciones publicitarias no son en sí totalmente neutras o inocuas, ya que pueden resultar enormemente ofensivas y perjudiciales, por las consecuencias económicas graves que suelen ocasionar cuando no se observan elementales principios de ética y, en todo caso, la normativa que las disciplina. Para evitar estas situaciones, hubo de promulgarse su regulación, la que, con referencia a los hechos del debate, es la correspondiente al Estatuto de Publicidad -Ley de 11-6-1964 (RCL 1964\1269 y NDL 25361)-, entonces vigente [derogado actualmente por la Ley General de Publicidad de 11-11-1988 (RCL 1988\2279), que se acomoda a la Directiva del Consejo de la Comunidad Europea de 10-9-1984]....La Exposición de Motivos del citado estatuto, ya recoge que la actividad publicitaria presenta una naturaleza competitiva preferencial, dirigida a provocar la adquisición de bienes y servicios por el público, para lo que se utilizan todos los medios de difusión al alcance. Su misma dinámica, en cuanto es medio e instrumento para la obtención del mayor lucro económico posible, la hace en sí actividad de riesgo, en la que cabe la previsibilidad y exige el necesario control, la actuación más diligente y el imprescindible cuidado, y, sobre todo, el respeto a los derechos ajenos. Debe de evitarse, sin excusa alguna, la creación de situaciones conflictivas, daños y perjuicios por un uso no adecuado de la misma; lo que equivale a abuso de unos medios autorizados, cuando se producen situaciones de publicidad negativa, por presentarse engañosa o desleal (situaciones que contempla la nueva Ley, en su art. 3, bajo la rúbrica de ilícitas)”*⁷⁰⁶.

Por lo anterior es que dentro de los parámetros de valoración publicitaria debemos valorar las pautas de buena conducta comercial que establece la Ley de competencia desleal (en adelante LCD)⁷⁰⁷, la cual es relevante para nosotros, en tanto impone una serie de códigos de conductas a los empresarios para evitar prácticas de publicidad y venta, que eventualmente puedan causar perjuicio a sus destinatarios, es

⁷⁰⁶ STS (Sala de lo Civil), número 4832/1992 de 30 de mayo, ponente Excmo Sr. Alfonso Villagómez Rodil (RJ 1992/4832).

⁷⁰⁷ Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, reformada por Ley 29/2009, de 30 de diciembre, por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios.

decir a los consumidores⁷⁰⁸. Sobre el punto MUÑAGORRI LAGÚA indica: *“La publicidad deberá ajustarse a la realidad material y funcional del producto, actividad o servicio, y su contenido formará parte del contrato siendo así exigible por los consumidores el cumplimiento de lo publicitariamente ofertado”*⁷⁰⁹.

Entre estas, podemos citar la prohibición expresa de realizar prácticas comerciales desleales, confusas, engañosas o de señuelo. Igualmente, la prohibición sobre ciertas prácticas que pudiesen también considerarse agresivas, coactivas, o de acoso, sea frente a adultos o frente a menores, quienes por su condición podrían ser más vulnerables aún⁷¹⁰.

Al final de cuentas, lo realmente importante es que con la regulación publicitaria podemos garantizar que aquellas ofertas, promociones y demás estrategias de marketing, que estén dirigidas al consumidor, pasen por un tamiz legal que evite el

⁷⁰⁸ Es importante destacar que a nivel Comunitario, con fundamento en la jurisprudencia del TJCE, se ha ideado el concepto de consumidor medio como mecanismo unificador sobre el tipo de consumidor a proteger en materia publicitaria, así el Considerando 18 de Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, que modifica la Directiva 84/450/CEE del Consejo, las Directivas 97/7/CE, 98/27/CE y 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y el Reglamento (CE) no 2006/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo («Directiva sobre las prácticas comerciales desleales»); indica: *“Es importante que todos los consumidores estén protegidos de las prácticas comerciales desleales; sin embargo, el Tribunal de Justicia ha considerado necesario, al fallar sobre casos relacionados con la publicidad desde la entrada en vigor de la Directiva 84/450/CEE, estudiar los efectos de dichas prácticas en la figura teórica del consumidor típico. Atendiendo al principio de proporcionalidad, la presente Directiva, con objeto de permitir la aplicación efectiva de las disposiciones de protección que contiene, toma como referencia al consumidor medio, que, según la interpretación que ha hecho de este concepto el Tribunal de Justicia, está normalmente informado y es razonablemente atento y perspicaz, teniendo en cuenta los factores sociales, culturales y lingüísticos, pero incluye además disposiciones encaminadas a impedir la explotación de consumidores cuyas características los hacen especialmente vulnerables a las prácticas comerciales desleales. Cuando una práctica comercial se dirija específicamente a un grupo concreto de consumidores, como los niños, es conveniente que el efecto de la práctica comercial se evalúe desde la perspectiva del miembro medio de ese grupo. Por consiguiente, es adecuado incluir en la lista de prácticas que se consideran desleales en cualquier circunstancia una disposición por la cual, sin prohibir totalmente la publicidad dirigida a los niños, los proteja frente a exhortaciones directas a comprar. La referencia del consumidor medio no es una referencia estadística. Los tribunales y autoridades nacionales deben aplicar su propio criterio, teniendo en cuenta la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, para determinar la reacción típica del consumidor medio en un caso concreto.”*

⁷⁰⁹ MUÑAGORRI LAGÚA, IGNACIO. *La protección penal de los consumidores frente a la publicidad engañosa. Art. 282 del Código Penal*, Editorial COMARES S.L., Granada, 1998, p. 9.

⁷¹⁰ Todas previstas y reguladas en los artículos 19 y ss de la Ley.

fraude y nos dote de medios para evitar que en esas condiciones sean incorporados al contrato⁷¹¹.

Con ello, ante frases comúnmente utilizadas en el tráfico comercial de: “*úselo y si no le gusta, le devolvemos el dinero*” o “*garantía de devolución*”, podrían ser incorporadas al contrato como cláusulas de desistimiento, garantizándonos con ello que si posteriormente no se cumple la promesa, el consumidor podría defenderse del abuso del comerciante, aplicando los mecanismos que el Derecho de consumo le garantiza.

Y si se cumple, garantizarnos que en caso de insatisfacción o simple cambio de parecer, se pueda desistir del acuerdo y con ello, evitarnos el disgusto que implica tener que quedarse con algo que interesa, o bien, evitarse el recurrir a instancias litigiosas mucho más onerosas.

Ahora, hay que tener muy claro tal y como hemos dicho que *“la integración se produce tanto con respecto a la oferta, que supone una declaración de voluntad del empresario a través de la cual se propone la celebración de un contrato a un consumidor y que reúne todos los elementos esenciales de dicho contrato, como con respecto a la publicidad, que no siempre puede ser equiparada a una oferta, pues sólo la que se denomina oferta publicitaria, en cuanto contiene los elementos esenciales del futuro contrato. Sin embargo hay que tener en cuenta que la previsión del artículo 61.2 LGDC es aplicable a toda publicidad, no sólo a la oferta publicitaria, sino también a aquella otra que sirve de simple reclamo para atraer la atención del consumidor hacia un determinado producto. Desde el mismo momento en el que se produce el anuncio de un producto o servicio con unas determinadas características, surge la obligación*

⁷¹¹ Algunos autores hablan de códigos de conducta en la negociación comercial. Para mayor abundamiento sobre el tema y sobre todo, referido al Derecho de desistimiento ver: LÓPEZ JIMÉNEZ, DAVID. “El derecho de desistimiento en el ámbito de la contratación electrónica”, en *Aranzadi Civil*, número 18/2009, Editorial Aranzadi, SA, Pamplona. 2010. Referencia Aranzadi: BIB 2009\1981, fecha de visita: 15 de agosto de 2012. Igualmente, LÓPEZ JIMÉNEZ DAVID. BARRIO, FERNANDO. “El derecho de desistimiento en el ámbito de la contratación electrónica realizada en España”, en *Script*, volumen 7, Issue 3, 2010. Documento localizable en <http://www.law.ed.ac.uk/ahrc/script-ed/vol7-3/barrio.asp>, fecha de visita: 15 de junio de 2011. Igualmente, MARTÍNEZ LÓPEZ, FRANCISCO JOSÉ. LUNA HUERTAS, PAULA. “Sociedad de la información y el conocimiento y nuevos paradigmas del Derecho: El caso de los códigos de conducta en el comercio electrónico”, en *Derecho y conocimiento: Anuario jurídico sobre la sociedad de la información y del conocimiento*, volumen 2, 2002. Documento localizable en http://www.uhu.es/derechoyconocimiento/DyC02/DYC002_A04.pdf, fecha de visita: 29 de marzo de 2011.

*del empresario de proporcionar las mismas a los consumidores que contratan con él*⁷¹².

d.- Consensualidad:

Finalmente y como último presupuesto de aplicación de la facultad de desistir contractualmente de los contratos de consumo, encontramos a la más básica de todas, a la que no depende, ni de la publicidad, ni de la oferta, ni de las promociones, ni de ningún mecanismo ajena a las partes; nos referimos a la libre voluntad de los sujetos.

Es claro que la manera más básica en que la cláusula de desistimiento puede ser adherida a un acuerdo es a través del consenso de las partes. Esta facultad que parte de la libertad contractual, da a los intervinientes de un contrato la posibilidad no solo de incluir todo aquellos que ellos consideren oportuno y necesario, sino que además, les da la opción de extender los mínimos de tutela previstos en la ley y con ello, de jugar con las ofertas y los ofrecimientos que se hagan mutuamente, negociando y logrando mejores condiciones de las inicialmente ofrecidas por su contrario.

Así, para el desistimiento contractual, la consensualidad es en muchos casos la base de su existencia, son las partes las que a través de ella, se autogobiernan y deciden si aplican la facultad de finiquitar el acuerdo unilateralmente.

Lo interesante de esta modalidad, es que son las partes las que acuerdan aplicarlo y es el propio consumidor, quien lucha por proteger sus intereses y no espera a que sea la ley la que le ampare como parte débil de la contratación.

Estamos en presencia, entonces, de un consumidor informado de sus derechos, de aquél consumidor profesional del que hablábamos al inicio del trabajo que conoce hasta adonde puede llegar en sus reclamos al empresario y sobre todo, que conoce cuáles son sus derechos y a partir de allí, negociar su incorporación a aquellos acuerdos en donde no se incluyan.

⁷¹² LARROSA AMANTE, MIGUEL ÁNGEL. *Derecho de consumo, protección legal del consumidor, Op. Cit.*, p. 161.

i.- Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas:

Somos conscientes que en los mecanismos de contratación moderna, no siempre es el consumidor el que puede decidir qué condiciones negocia o acepta incorporar a los contratos que suscribe. Bajo la llamada crisis de la autonomía de la voluntad, se esconde todo un régimen de contratación en donde la voluntad de las partes cada vez tiene menor relevancia, ya que se le coarta la posibilidad de negociar los términos y condiciones de las obligaciones que adquiere, simplemente se le imponen una serie de condiciones que debe aceptar si quiere acceder al bien o servicio pretendido. Y lastimosamente la posibilidad de incorporar al Derecho de desistimiento no es ajena al proceso.

Lo anterior, se da por ciertos fenómenos claramente marcados, entre los cuales podemos mencionar, una evolución hacia una especialización absoluta de los acuerdos contractuales. Hoy día, no solo se especializan las relaciones jurídicas entre los sujetos, sino que los contratos sufren el mismo fenómeno. Dejan de ser negocios de tipo general, para pasar a ser acuerdos sumamente específicos con un grado de especialización muy alto.

Además, hay un serio empobrecimiento del individualismo. Cada vez se habla más del fenómeno de la colectivización contractual, el cual se caracteriza por un marcado declive del sujeto individual, frente a una colectivización del contenido de esos acuerdos.

Colectivización que podemos analizar en dos vertientes, por un lado a través de la existencia de cada día más comunes negociaciones colectivas, las cuales son el resultado de uniones de sujetos que estando en un mismo nivel de la cadena productiva, se unen para conseguir mejores condiciones en el mercado, o bien, estando en niveles diferentes, se unen para garantizar mayor rentabilidad en sus procesos productivos.

V. DERECHO CONTRACTUAL DE DESISTIMIENTO

Además, tampoco podemos dejar de lado la innegable estandarización de los contratos, ya que hoy día muchos de los acuerdos que diariamente suscribimos, no son reflejo de un acuerdo de voluntades individuales, sino más bien, son reflejo de la colectivización socioeconómica que hemos venido citando. Las relaciones jurídicas entre los sujetos han llegado a un nivel de masificación tan alto, que ya los contratos parten de una misma estructura y hasta de un mismo contenido.

Los llamados contratos tipo siempre van a tener las mismas obligaciones y derechos para las partes. Así se estandarizan los acuerdos y cada vez vale menos la voluntad individual. El acelere de la economía así lo exige, ya que no se puede perder tiempo y dinero en la negociación de acuerdos individualmente pactados. En resumen, la era de la contratación en masa⁷¹³.

Todo este proceso desencadena lo más importante para nuestro planteamiento que es la disminución de la autonomía de la voluntad como elemento primordial de la contratación privada. Hoy día ya no hay negociación, las partes se limitan a predisponer y aceptar un clausulado sin posibilidad de estipulación en contrario, únicamente se puede elegir entre tomar o dejar el acuerdo ofrecido⁷¹⁴.

Por ello, es que los Estados han debido tomar acciones para equilibrar las relaciones que en este entorno se realizan y limitar de alguna manera los abusos realizados por algunos predisponentes que en su afán mercantilista atropellan los derechos de los consumidores manipulando sus principales institutos, como lo son las garantías, los temas sobre seguridad y el Derecho de desistimiento, entre otros.

⁷¹³ Término utilizado por ORDUÑA MORENO para referirse a los fenómenos descritos. En ORDUÑA MORENO, FRANCISCO JAVIER. "Contratos concluidos mediante condiciones generales de la contratación", en ORDUÑA MORENO, FRANCISCO JAVIER (COORD.). *Contratación y consumo*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1998, p. 253.

⁷¹⁴ Sobre el tema resulta interesante la comparación que VIGURI PEREA realiza de nuestro sistema, con el sistema de common law Americano y sobre el tema que nos ocupa indica: "El derecho estadounidense define a los contratos de adhesión, «adhesion contracts», como contratos estándar que las empresas ofrecen a los consumidores de bienes y servicios unilateralmente, «take it or leave it», «lo tomas o lo dejas», sin otorgarles siquiera un mínimo poder de negociación. Como el Tribunal apuntó en *Wheeler v. (versus) St. Joseph Hospital*, «in a form adhesión contract, the terms of the contract are put to one party on a «take it or leave it» basis, rather than being dickered out».

En consecuencia, se imponen generalmente de modo abusivo al consumidor, que por ocupar una posición más débil en la contratación, no puede negociar sus términos esenciales. De ahí que sea necesaria su protección «protection of weaker party», ante la parte que goza de una mayor capacidad de negociación, lo que se conoce en la práctica estadounidense «substantially superior bargaining power»." En VIGURI PEREA, AGUSTÍN. *La protección del consumidor y usuario en el marco de los contratos de adhesión. Análisis comparado del derecho angloamericano*, Editorial COMARES, Granada, 1995, p. 6.

El Estado debe intervenir y buscar maneras de resguardo de los consumidores en este tipo de contratación y uno de estos frenos a la actividad abusiva en la contratación moderna, ha sido la de limitar el uso de ciertas condiciones predispuestas en los llamados contratos adhesivos. Sobre todo, mediante la reglamentación de las condiciones generales de la contratación y de las llamadas cláusulas abusivas.

Dicha regulación parte de la aplicación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, Sobre las Cláusulas Abusivas en los Contratos Celebrados con Consumidores; e incorporada al sistema español a través de la Ley 7/1998, de 13 de abril, Sobre Condiciones Generales de la Contratación. Posteriormente incorporada al TRLDGCU en los artículos 80 y ss⁷¹⁵.

⁷¹⁵ Definidas en el artículo 3 de la Directiva 93/13/CEE, así: “1. Las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato.

2. Se considerará que una cláusula no se ha negociado individualmente cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, en particular en el caso de los contratos de adhesión.

El hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una cláusula aislada se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación del presente artículo al resto del contrato si la apreciación global lleva a la conclusión de que se trata, no obstante, de un contrato de adhesión.

El profesional que afirme que una cláusula tipo se ha negociado individualmente asumirá plenamente la carga de la prueba.”

Igualmente, en el preámbulo de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación, se nos dice que: “Una cláusula es condición general cuando está predispuesta e incorporada a una pluralidad de contratos exclusivamente por una de las partes, y no tiene por qué ser abusiva. Cláusula abusiva es la que en contra de las exigencias de la buena fe causa en detrimento del consumidor un desequilibrio importante e injustificado de las obligaciones contractuales y puede tener o no el carácter de condición general, ya que también puede, darse en contratos particulares cuando no existe negociación individual de sus cláusulas, esto es, en contratos de adhesión particulares.

Las condiciones generales de la contratación se pueden dar tanto en las relaciones de profesionales entre sí como de éstos con los consumidores. En uno y otro caso, se exige que las condiciones generales formen parte del contrato, sean conocidas o -en ciertos casos de contratación no escrita- exista posibilidad real de ser conocidas, y que se redacten de forma transparente, con claridad, concreción y sencillez. Pero, además, se exige, cuando se contrata con un consumidor, que no sean abusivas.

El concepto de cláusula contractual abusiva tiene así su ámbito propio en la relación con los consumidores. Y puede darse tanto en condiciones generales como en cláusulas predispuestas para un contrato particular al que el consumidor se limita a adherirse. Es decir, siempre que no ha existido negociación individual.” Además, en su artículo 1.1 agrega: “Son condiciones generales de la contratación las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos.”

Finalmente, el artículo 82.1 del TRLDGCU, indica que: “1. Se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y

En dicho marco normativo, no solo se define que es una condición general de la contratación, sino que se nos da un concepto legal acerca de lo que debemos entender como cláusulas abusivas, sancionando con nulidad absoluta aquellas que sean declaradas como tales. Con ello, se asegura que todas aquellas estipulaciones que sean contrarias a la Ley, por ser de contenido abusivo, no vinculen al consumidor frente al empresario que contraviene la legalidad. El principio de no vinculación se entiende en España como sinónimo de nulidad absoluta⁷¹⁶.

Ahora, para identificar cuando una cláusula puede ser abusiva, según GONZÁLEZ PACANOWSKA, debemos centrarnos en dos elementos fundamentales de la contratación privada, que son los ejes sobre los cuales gira la regulación de la materia: la buena fe y el desequilibrio de los derechos y obligaciones derivadas del acuerdo⁷¹⁷.

Sobre la buena fe, la autora nos dice que: *“la buena fe exige la presentación completa y transparente, de modo que el consumidor pueda decidir con pleno conocimiento de causa el objeto y la adecuación económica. Cuál sea la información relevante y cómo ha de presentarse lo decide en muchas ocasiones la propia ley; como ya se ha observado, la falta de claridad es susceptible de ser argumentada desde ángulos diversos -con el mismo hilo conductor- y con distintas consecuencias jurídicas, entre las que se cuenta el posible carácter abusivo de la cláusula no transparente.*

usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato.”

⁷¹⁶ Artículo 83.1: *“Las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas.”* Pero el caso español es aún más particular, ya que aparte de las medidas indicadas, mediante Real Decreto 1828/1999, de 3 de diciembre, se aprobó la creación de un Registro de Condiciones Generales de la contratación; el cual está adscrito al Registro de Bienes Muebles del Ministerio de Justicia. La función principal de este organismo es la de inscribir todas aquellas cláusulas que hayan sido definidas como abusivas mediante sentencia judicial y con ello, dar oportunidad a que los ciudadanos se informen y con ello, evitar futuros abusos de parte de los comerciantes. “El Registro de Condiciones Generales de la Contratación español es una singularidad dentro del ordenamiento europeo. Los sistemas alemán y portugués plantean unas acciones colectivas contra las condiciones contractuales abusivas o poco claras en abstracto y con efectos generales, las sentencias de este tipo son comunicadas a una oficina pública que mantiene actualizada esta base de datos. El legislador español ha intentado ir más allá y ha pretendido crear un registro de carácter jurídico, es decir, con efectos para el que inscribe y para terceros que confían en su contenido. Parece que leyendo la exposición de motivos de la LCGC y el preámbulo del RRCGC el legislador español quiere crear un registro de gran trascendencia para la defensa de los consumidores y para el derecho de la contratación”, En Martínez Martín, Mauro. “El registro de condiciones generales de la contratación”, en MARÍN LÓPEZ, JUAN JOSÉ (DIR.). *La protección jurídica de los consumidores*, Editorial Dykinson, S.L., Madrid, 2003, p. 43.

⁷¹⁷ GONZÁLEZ PACANOWSKA, ISABEL. “Comentario al artículo 82”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, RODRIGO. *Comentario del texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007)*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2009, p. 956.

Conforme a lo ya expuesto, el carácter abusivo de la cláusula en estos casos se vincula necesariamente a la falta de información en el momento previo y coetáneo a la celebración de contrato. Si la cláusula es realmente clara, en principio no quedaría resquicio para un control de abusividad, al menos en una interpretación de nuestra norma conforme a la Directiva”⁷¹⁸.

Y sobre el desequilibrio contractual, agrega que: *“Los postulados son bien conocidos. La contratación en masa y la predisposición contractual es tan inevitable como positiva, desde el punto de vista económico: para empresarios y para consumidores. La formulación unilateral de la regla contractual, lícitamente diseñada por el empresario, ha de considerar también los intereses de la otra parte. Al fijar tales reglas no sólo a su legítimo provecho ha de atender, sino procurar un trato leal y equitativo del consumidor teniendo en cuenta los intereses de éste; deber de consideración a los intereses de quien típicamente no puede influir en el contenido de la oferta -no le es exigible jurídica ni económicamente-, ni es razonable que demore la decisión sobre el contrato. El control ulterior beneficia también a ambos: activa la contratación y protege la confianza del consumidor que puede despreocuparse de un texto, cuya lectura, como se ha dicho, se limita al consumidor «oit» (one in a thousand)”⁷¹⁹.*

Sin embargo, con la simple identificación de la buena fe y del desequilibrio contractual, no basta para decretar una cláusula como ilegal, sino que, además, debemos estar dentro de los supuestos concretos que el TRLDGCU tipifica como abusivos en el artículo 82.4. Así, serán abusivas todas aquellas estipulaciones que: *“a) vinculen el contrato a la voluntad del empresario, b) limiten los derechos del consumidor y usuario, c) determinen la falta de reciprocidad en el contrato, d) impongan al consumidor y usuario garantías desproporcionadas o le impongan indebidamente la carga de la prueba, e) resulten desproporcionadas en relación con el perfeccionamiento y ejecución del contrato, o, f) contravengan las reglas sobre competencia y derecho aplicable”⁷²⁰.*

⁷¹⁸ *Ibid*, p. 958.

⁷¹⁹ *Ibid*, p. 960.

⁷²⁰ Presupuestos ampliados posteriormente por el propio TRLDGCU en los artículos 85 al 90.

Así a manera de resumen y conforme lo analizado, serán abusivas aquellas cláusulas, que estando dentro de los supuestos indicados del artículo 82.4 (y ampliados en los artículos 85 al 90), violenten la buena fe contractual y con ello, el equilibrio natural del contrato.

En el caso del Derecho de desistimiento, pareciera que será abusiva (ilegal) cualquier condición que imponga renunciaciones o limitaciones a los derechos del consumidor⁷²¹, o bien, los amplíe a otros sujetos intervinientes en la relación jurídica, ya que conforme la definición legal de la figura, en la que se nos decía que: *“El Derecho de desistimiento de un contrato es la facultad del consumidor y usuario de dejar sin efecto el contrato celebrado, notificándose así a la otra parte contratante en el plazo establecido para el ejercicio de ese derecho, sin necesidad de justificar su decisión y sin penalización de ninguna clase. Serán nulas de pleno de derecho las cláusulas que impongan al consumidor y usuario una penalización por el ejercicio de su Derecho de desistimiento”*⁷²² (Subrayado el propio), únicamente serán válidas aquellas cláusulas que permitan el desistimiento para el consumidor, es decir, desde ya queda vedada, bajo sanción de nulidad absoluta (artículo 83 TRLDGPU), cualquier posibilidad de que un empresario –predisponente- pretenda establecer a su favor la facultad de desistir del acuerdo.

Además, conforme a la disposición adicional primera, 1, 2º, de la ley 7/1998, de 13 de abril de 1998, sobre condiciones generales de la contratación; será cláusula abusiva: *“La reserva a favor del profesional de facultades de interpretación o modificación unilateral del contrato sin motivos válidos especificados en el mismo, así como la de resolver anticipadamente un contrato con plazo determinado si al consumidor no se le reconoce la misma facultad o la de resolver en un plazo desproporcionadamente breve o sin previa notificación con antelación razonable un*

⁷²¹ El artículo 86 del TRLDGPU, indica que: *“En cualquier caso serán abusivas las cláusulas que limiten o priven al consumidor y usuario de los derechos reconocidos por normas dispositivas o imperativas y, en particular, aquellas estipulaciones que prevean:... 7. La imposición de cualquier otra renuncia o limitación de los derechos del consumidor y usuario.”* A mayor abundamiento sobre el uso de cláusulas abusivas en el Derecho de desistimiento ver la STS (Sala de lo Civil, Sección 1º), número 501/2008 de 3 de junio, ponente Excmo Sr. Xavier O'Callaghan Muñoz (RJ 2008/4170).

⁷²² Artículo 68 TRLDGPU.

contrato por tiempo indefinido, salvo por incumplimiento del contrato o por motivos graves que alteren las circunstancias que motivaron la celebración del mismo.”

Con lo anterior, concluimos que el Derecho de desistimiento se impone como una facultad de ejercicio personalísimo que es atribuible únicamente al eslabón débil de la relación jurídica, a saber el comprador que contrata como destinatario final del producto y con ánimo de uso personal y no profesional.

Si vía contractual, en algún momento, se pretendiese otorgar la facultad de desistir a ambos sujetos, o bien, únicamente al empresario, el panorama es totalmente contrario a la ley, sobreviniendo con él, un panorama de nulidad absoluta a la misma. Y ello será así, aún y cuando no estemos en contratos adhesivos.

Pero igualmente será abusiva aquella condición que pretenda disminuir los derechos mínimos que la ley le garantiza al consumidor para ejercer su derecho a desistir del acuerdo. Así, la de desistimiento *“es una cláusula en la que libremente se podrá pactar reconocer este derecho, pero que no puede ir en contra del contenido general de los derechos reconocidos a los consumidores en la ley, pues en función de su contenido podría ser considerada como cláusula abusiva en los casos en que se incorporen condiciones contrarias. En tal sentido, por ejemplo, el plazo nunca podrá ser inferior al plazo de ejercicio del derecho de desistimiento del art. 71.1 LGDCU, dado que este fija un plazo que califica expresamente como mínimo, y por ello podrá reconocerse un plazo mayor, pero un plazo menor supondría una vulneración de la previsión legal. Tampoco sería válida, en este caso por imperativo del art. 19.3 LGDCU una cláusula que permitiese exigir al empresario un anticipo del pago o prestación de garantías para garantizar un eventual resarcimiento a su favor en el caso del ejercicio del derecho de desistimiento”*⁷²³.

⁷²³ LARROSA AMANTE, MIGUEL ÁNGEL. *Derecho de consumo, protección legal del consumidor, Op. Cit.*, p. 96.

CONCLUSIONES

Finalizado el trabajo de investigación se obtienen a las siguientes conclusiones:

I

En el CC encontramos institutos que permiten la finalización unilateral de una relación jurídica que implique a varios sujetos. Estas figuras son las que toma como modelo el Derecho de consumo para conformar su propio sistema de desistimiento de contratos.

Para que este nuevo régimen llegase a tener las características con que hoy lo conocemos, como el Derecho de desistimiento del consumidor, se ha debido recorrer un largo proceso histórico normativo en el seno del propio Derecho de consumo, lo cual nos lleva a concluir que el presente es un instituto de formación histórica, que aún hoy en día se encuentra *in fieri*.

II

Conforme lo anterior, en el proceso de desarrollo y consolidación de la figura, logramos identificar al menos, tres etapas concretas:

La primera, que podríamos identificar como de nacimiento, que se caracteriza por ser aquella en la que se inicia el proceso de transformar una figura de Derecho civil, a una de contenido tuitivo de consumo. En esta etapa del desarrollo histórico encontramos una fuerte dispersión conceptual en los elementos más básicos de la figura, no había acuerdo ni siquiera en cosas tan básicas, como su denominación, el plazo, los mecanismos de ejecución y sus efectos.

La segunda etapa, que podríamos llamar de consolidación, se caracteriza por una aplicación armoniosa de la facultad, es decir, tanto a nivel europeo, como interno, se le reconoce como un Derecho del básico del consumidor y como tal, se aplica de manera uniforme, respetando todas y cada una de sus condiciones y características que le hacen especial y autónomo.

Y La tercera, que podríamos llamar de remodelación, es la que actualmente estamos viviendo, en ella se toma la experiencia de casi 30 años de desarrollo de la

figura, para corregir aquello que no funcionaba bien y sobre todo, para remodelarla conforme a los nuevos requerimientos de la sociedad.

III

El Derecho de desistimiento es un derecho subjetivo, de naturaleza potestativa y de efectos negativos, por ello, debe ser reconocido como una nueva causal de ineficacia jurídica. Causal que se aplica únicamente en aquellos contratos de consumo, en los que legalmente se prevea su aplicación, o bien, en aquellos en los que las partes sean las que acuerden su inclusión.

IV

El Derecho de desistimiento es, además, una expresión de autonomía de la voluntad y como tal, es equiparable a aquella realizada al momento de suscribir el contrato. Por ello, el ordenamiento jurídico debe buscar fórmulas de amparo de dicho *animus* y a nuestro criterio, la teoría de los vicios de la voluntad individual, es un mecanismo idóneo y totalmente aplicable, para realizar dicha protección.

Así, el consumidor que por error, dolo, violencia o intimidación, desista de un contrato, podría impugnar dicho acto, buscar su anulación y con ello, restituir la eficacia jurídica al acuerdo. Evitando con ello, el fraude pretendido por el causante de la acción ilícita.

V

La doctrina suele justificar la existencia de una figura como la del Derecho de desistimiento de muy diversas maneras, se le suele identificar como un modo de extintivo de obligaciones, como un mecanismo de reflexión contractual, como un mecanismo de simple defensa del consumidor, o de política económica, o bien, como un nuevo sistema de resolución alterna de conflictos.

Sin embargo, las anteriores son solo visiones parciales de lo que debe ser la figura, en realidad, la verdadera justificación para la existencia de un instituto como éste, tiene que ver con todas y cada una de las posiciones indicadas. El Derecho de desistimiento, es, entonces, un mecanismo complejo que busca la protección y

CONCLUSIONES

defensa del consumidor, al darle una segunda oportunidad de reflexionar acerca de la compra realizada. En caso de considerar que debe aplicar la figura, por simple deseo, se constituye como una causal de ineficacia jurídica. Y si debe aplicarla por disconformidad o desacuerdo con el empresario, se constituye como una vía alterna de resolución de eventuales conflictos. En fin, es un mecanismo estatal para estimular el tráfico mercantil y la estabilidad de los mercados.

VI

Sabemos que los sujetos del Derecho de desistimiento son, de manera directa, el consumidor y de manera indirecta, el empresario. Y que hay toda una construcción jurídica para definir quienes deben ser catalogados como tales.

Sin embargo, a pesar del trato doctrinal y normativo que se le ha dado al asunto, aún encontramos extremos que deben ser mejorados y uno de ellos, tal vez el más importante, es el relativo a la exclusión de ciertas personas que, por su naturaleza, se les suprime de la categoría de consumidores o comerciantes y por tanto, se les restringe el acceso a figuras como la que estudiamos a ellos o a sus contrapartes.

En concreto, nos referimos a las PYME's, así como ciertas asociaciones, fundaciones, uniones y demás personas jurídicas que actúan sin ánimo de lucro; las cuales por el hecho de ser personas jurídicas, no destinatarios finales del producto no pueden ser considerados consumidores. Pero igualmente, hablamos de cierto tipo de relaciones que, si bien son realizadas por sujetos no comerciantes, por sus características si pueden ser considerados, como actos o contratos de consumo, como los llamados contratos C2C.

En todos estos casos es evidente que debe haber un cambio, ya que los argumentos que se utilizan para justificar la procedencia de la figura en aquellos casos, en que hoy se admite, son igualmente válidos y aplicables, para todos estos y a pesar de ello, aún son excluidos. Siendo el Derecho de consumo y el Derecho de desistimiento, rama aún en formación, el cambio debe llegar.

VII

Derivado de la obligación de transparencia que conlleva la figura, encontramos la obligación general que el empresario tiene de informar y documentar al consumidor acerca de sus derechos. Este deber, tiene una arista especial que es la obligación conexas de informarle y documentarle sobre su derecho a desistir del contrato, así como de los requisitos y consecuencias de su ejercicio, incluidas las modalidades de restitución del bien o servicio recibido.

Esta obligación que nace de la tutela de la libertad de decisión del consumidor y como tal, tiene una excepción en el desistimiento contractual, ya que en estos casos, se parte de la premisa que la facultad es producto de un ofrecimiento del comerciante realizado a través de una oferta especial, de una concesión comercial, o bien, de un proceso de negociación inter partes; por ello, imponer la obligación al consumidor de informar y documentar es un sinsentido, ya que el consumidor ya ha tenido acceso a la información deseada, sea por la oferta, por la publicidad, o bien, por la negociación misma. Cosa que no ocurre en los contratos típicamente previstos, en donde generalmente hay poca divulgación de éste tipo de extremos.

Finalmente, la infracción del empresario de su deber, le acarrea importantes sanciones que van desde el aumento en el plazo para desistir, hasta el aumento de los costes derivados del desistimiento, incluidas las eventuales indemnizaciones por pérdida de la cosa.

VIII

Para el caso del consumidor, el Derecho de desistimiento, también puede implicar algún tipo de responsabilidad, ya que a pesar de que le abrigue el principio de gratuidad e indemnidad, si encontramos situaciones en las que deberá hacerse responsable frente al empresario de su proceder.

Nos referimos a aquellos casos en que por culpa o dolo del consumidor la cosa perece o se deteriora de tal manera que el desistimiento se convierte en un abuso del derecho. Así, se exige que el consumidor mantenga *la diligencia de un buen padre de familia* mientras el bien esté en su poder y ejerza su derecho dentro de los límites de la buena fe contractual.

CONCLUSIONES

IX

Las principales consecuencias del ejercicio del Derecho de desistimiento son la extinción de la relación jurídica que le precede y la obligación de restitución de las cosas al estado original, previo a la suscripción del acuerdo.

En éste contexto surgen una serie de derechos y obligaciones mutuas que las partes deben cumplir: Para el empresario, nace la obligación de devolver todo aquello que mantiene en su poder y que es producto del contrato fenecido, es decir, las sumas abonadas, sin retención de gasto alguno, además de los intereses que dicho dinero hubiese generado, así como los gastos necesarios y útiles que el consumidor hubiese introducido en el bien. Para el consumidor, surge la obligación de devolver el objeto del contrato desistido, así como de los frutos de éste se hubiesen derivado.

Finalmente, para ambos (empresario y consumidor), surge un eventual derecho de retención, aplicable en caso de que su contrario incumpla con su deber de restitución.

X

El ejercicio del Derecho de desistimiento, no solo tiene consecuencias frente al contrato principal del que la facultad se deriva, sino que sus efectos se extienden a todos aquellos contratos conexos que de él dependan.

Así, ante el fenecimiento del contrato principal, se extinguen también todos aquellos contratos que de él se deriven, en cuenta los contratos de financiamiento. Independientemente de si el precio del contrato principal haya sido abonado total o parcialmente, o si el contrato accesorio hubiese sido realizado con el mismo empresario, o bien, por un tercero. Simplemente al dejar de existir el contrato que le dio origen, el contrato conexo pierde su razón de ser y con ella, su capacidad de producir efectos jurídicos.

Esta regla también tiene se excepción que refiera a cuanto ambos contratos no constituyen una unidad económica, o sean del todo ajenos uno del otro.

XI

El Desistimiento contractual, es la más completa modalidad de protección al consumidor que podemos encontrar en la teoría del Derecho de desistimiento, ya que a través de la autonomía de la voluntad y de la libertad de contratación, los sujetos serán los que determinarán los extremos tuitivos de la figura, adaptándola a su realidad y verdaderas necesidades. Incluso, pueden darle contenido propio en temas fundamentales, como los mecanismos de ejercicio, el plazo, los efectos, etc.

Sin embargo, resulta sumamente importante resaltar que cualquier cláusula que otorgue la posibilidad de retirarse del acuerdo a través del desistimiento, debe ser redactada respetando los límites mínimos y máximos indicados en la ley y sobre todo, guardando la proporcionalidad de la relación jurídica, sin desestabilizar el sinalagma de la relación contractual.

XII

Como no se puede limitar la libertad individual de las partes contratantes, el legislador optó por delimitar las maneras en que se puede incorporar la figura del desistimiento contractual a los contratos de consumo. Para ello, eligió limitar el margen de acción de los sujetos en la etapa precontractual, a través de la regulación de los principales mecanismos de incorporación de la cláusula a los contratos de consumo.

Así, construyó todo un marco regulatorio de la oferta contractual, las promociones o ventas especiales, la publicidad y la consensualidad; para determinar los límites y condiciones en que las partes pueden utilizarles como herramientas de negociación.

En el caso de la oferta, las ventas especiales y la publicidad, se procuró obligar al comerciante a cumplir con aquello que ofrece y también, evitar el fraude hacia los consumidores.

En el caso de la consensualidad, se busco proteger al consumidor del contenido propio de los contratos predispuestos, a través de la incorporación de la teoría de regulación de condiciones generales de contratación y prohibición de cláusulas abusivas.

BIBLIOGRAFÍA

Doctrina:

- ABEL LLUCH, XAVIER. PICÓ I JUNOY, JOAN. *Objeto y carga de la prueba civil*, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 2007.
- ACEDO PENCO, ÁNGEL. “La noción de consumidor y su tratamiento en el Derecho Comunitario, Estatal y Autonómico. Breve referencia al concepto de consumidor en el Derecho Extremeño”, en *Anuario de la Facultad de Derecho*, número 18, 2000. Documento localizable en <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=831211>, fecha de visita: 24 de julio de 2012.
- ACEDO PENCO, ÁNGEL. *Nociones de derecho de consumo. Aproximación a la protección jurídica de los consumidores en Extremadura*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Extremadura, Cáceres, 2003.
- ALAZNE MUJICA ALBERDI, GIBAJA MARTÍNS, JUAN JOSÉ. GARCÍA ARRIZABALAGA, IÑAKI. “Un estudio sobre el endeudamiento del consumidor: el caso de los hogares vascos”, documento localizable en: <http://www.revista-eea.net/documentos/27207.pdf>, fecha de visita: 15 de setiembre de 2012.
- ALBALADEJO, MANUEL. *Derecho Civil II, derecho de obligaciones, volumen primero, la obligación y el contrato en general*, novena edición, José María Bosch editor, S.L., Barcelona, 1994.
 - *Derecho Civil II, Derecho de Obligaciones, Volumen Segundo* Los contratos en particular y las obligaciones no contractuales, décima edición, José María Bosch editor S.L., Barcelona, 1997.
 - *Derecho Civil III, derecho de bienes*, novena edición, Librería Bosch S.L., Barcelona, 2002.
 - *Derecho Civil II, Derecho de Obligaciones*, duodécima edición, Edita Edisofer S.A., Madrid, 2004.
 - *Derecho Civil I, introducción y parte general*, decimoctava edición, EDISOFER, S.L., Madrid, 2009.

- ALONSO PÉREZ, MARÍA TERESA. “El desistimiento unilateral en el contrato de servicios propiamente dichos (Estudio jurisprudencial)”, en *Aranzadi Civil*, volumen III, Editorial Aranzadi, SA, Pamplona. 1998, p. 3. Referencia Aranzadi: BIB 1999/99, fecha de visita: 15 de agosto de 2012.
- ALONSO PÉREZ, MARIANO. “Capítulo II: Del derecho de accesión”, EN ALBALADEJO, MANUEL (DIR.). *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, Tomo I, Volumen 1, artículos 333 a 391 del Código Civil*, Editorial Revista de Derecho Privado, 1990.
- ALONSO RIVAS, JAVIER. *Comportamiento del consumidor*, cuarta edición, ESIC Editorial, Madrid, 2001.
- ALONSO UREBA, ALBERTO (COORD.). *Régimen jurídico general del comercio minorista, comentarios a la Ley 7/1996, de 15 de enero de ordenación minorista, y a la Ley orgánica 2/1996, de 15 de enero, complementaria de la de ordenación minorista*, editorial McGraw Hill/Interamericana de España S.A.U., Madrid, 1999.
- ALTERINI, ATILIO. LÓPEZ CABANA, ROBERTO. *La autonomía de la voluntad en el contrato moderno*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1989.
- ÁLVAREZ LATA, NATALIA. *Invalidez e ineficacia en el derecho contractual de consumo español, Análisis de los supuestos típicos de ineficacia en los contratos con consumidores*, Editorial Aranzadi S.A., Navarra, 2004.
 - “El Derecho de desistimiento”, en BUSTO LAGO, JOSÉ MANUEL. ÁLVAREZ LATA, NATALIA. PEÑA LÓPEZ, FERNANDO. *Reclamaciones de consumo. Derecho de consumo desde la perspectiva del consumidor*, segunda edición, Editorial Aranzadi, Navarra, 2008.
 - “Comentario al artículo 17. Información, formación y educación de los consumidores y usuarios”, en Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo (Coord.). *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007)*, editorial Aranzadi S.A., Navarra, 2009.
- ÁLVAREZ MORENO, MARÍA TERESA. *El desistimiento unilateral en los contratos con condiciones generales*. EDERSA, Madrid, 2000.

BIBLIOGRAFÍA

- AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, CRISTINA. “Comentario artículo 1733”, en DOMÍNGUEZ LUELMO, ANDRÉS (DIR.). *Comentarios al Código Civil*, LEX NOVA, S.A.U., Valladolid, 2010.
- AÑOVEROS TERRADAS, BEATRIZ. *Los Contratos de Consumo Intracomunitarios*, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A. Madrid, 2003.
- ARAZI, ROLAND. *La prueba en el proceso civil*, Ediciones La Roca, Buenos Aires, 1998.
- ARIAS, MARÍA PAULA. TRIVISONNO, JULIETA BELÉN. “La rescisión unilateral en los contratos de duración”, *Ponencia presentada a las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil*, Tucumán, 29 de setiembre al 1º de octubre de 2011. Documento localizable en: <http://revista.cideci.org/index.php/trabajos/article/viewFile/117/159>, fecha de visita. Fecha: 5 de noviembre de 2011.
- ARIÑO ORTIZ, GASPAR. *Principios constitucionales de la libertad de empresa, libertad de comercio e intervencionismo administrativo*, Marcial Pons Ediciones Jurídicas, S.A., Madrid, 1995.
- ARNAU RAVENTÓS, LIDIA. “El plazo para desistir en los contratos con consumidores”, en *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXIV, fascículo I, enero-marzo, 2011.
- ARROYO APARICIO, ALICIA. *Los contratos a distancia en la Ley de Ordenación del Comercio Minorista*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2003.
- ARROYO LÓPEZ-SORO, JOSÉ. *Urbanizaciones privadas conjuntos y complejos inmobiliarios (adaptado a la Ley 8/1999, de 6 de abril, de reforma de la Ley de Propiedad Horizontal) y Aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico (Ley 42/1998, de 15 de diciembre). Estudio jurídico práctico de sus principales problemas: criterios jurisprudenciales actuales*, Editorial Dykinson, S.L., Madrid, 1999.
- BARCELLONA, EUGENIO. “Recesso ad nutum fra principio di buona fede e abuso del diritto: «solidarietà sociale» o inderogabilità del «mercato»? (Note a proposito di Cass. n. 20106/2009)”, en *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obligazioni*, número 2, año 2011.

- BARONA VILAR, SILVIA. ET AL. *El proceso civil, volumen III, libro II: artículos 248 a 386 inclusive*, Tirant Lo Blach, Valencia, 2001.
- BASOZABAL ARRUE, XAVIER. “Capítulo II: Del derecho de accesión”, en CAÑIZARES LASO, ANA. DE PABLO CONTRERAS, PEDRO. ORDUÑA MORENO, JAVIER. VALPUESTA FERNÁNDEZ, ROSARIO. *Código Civil Comentado, Volumen I, Título Preliminar: de las normas jurídicas, su aplicación y eficacia, Libro I: de las personas, Libro II: de los bienes, de la propiedad y de sus modificaciones, (artículos 1 a 608)*, Editorial Aranzadi S.A., Navarra, 2011.
- BELTRÁN DE HEREDIA DE ONIS, PABLO. *El derecho de retención en el Código Civil Español*, Derecho, Tomo II, número 4, Universidad de Salamanca, 1955.
- BELUCHE RINCÓN, IRIS. “Algunas notas sobre el derecho del consumidor a desistir del contrato”, en *Diario La Ley*, número 7182, sección tribuna, 26 de mayo de 2009, año XXX, Madrid. Referencia: La Ley 11783/200.
 - *El derecho de desistimiento del consumidor*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009.
- BERCOVITZ ÁLVAREZ, GERMÁN. “Comentario al artículo 1122”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, RODRIGO. (COORD.). *Comentarios al Código Civil*, tercera edición, Editorial Aranzadi, Madrid, 2009.
 - “Comentario al artículo 1115”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, RODRIGO. (COORD.). *Comentarios al Código Civil*, tercera edición, Editorial Aranzadi, Madrid, 2009.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, ALBERTO. *Apuntes de derecho mercantil*, duodécima edición, Editorial Aranzadi, Navarra, 2011.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, RODRIGO. *Comentarios a la ley de ventas a plazos de bienes muebles*, Editorial Esquerdo, Madrid, 1977.
 - “La protección de los consumidores, la Constitución española y el Derecho mercantil”, En BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, ALBERTO. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, RODRIGO. *Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores*, Editorial Tecnos, Madrid, 1987.
 - “Comentario al artículo 3: Concepto general de consumidor y usuario”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, RODRIGO (COORD.). *Comentario del texto*

BIBLIOGRAFÍA

- refundido de la ley general para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007)*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2009.
- “Comentario al artículo 4: concepto de empresario”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, RODRIGO (COORD.). *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007)*, editorial Aranzadi S.A., Navarra, 2009.
 - BERCOVITZ, RODRIGO. SALAS, JAVIER. (COORD.). *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, Editorial Civitas, Madrid, 1992.
 - BERMÚDEZ BALLESTERO, MARÍA DEL SAGRARIO. “Informe sobre el posible Derecho de desistimiento ad nutum o facultad de cancelación con Derecho de reembolso que tienen los usuarios que contratan on line la compra de billetes de avión con compañías aéreas de bajo coste”. Documento localizable en: <http://www.uclm.es/centro/cesco/pdf/trabajos/13/2011/13-2011-1.pdf> Fecha de visita: 29/3/2011.
 - “Derecho de desistimiento del consumidor en un contrato celebrado del forma presencial. Improcedencia de la nulidad del contrato instada por el consumidor por incumplimiento de los deberes de información y documentación”, trabajo realizado dentro del Proyecto de Investigación DER2011-28562, del Ministerio de Economía y Competitividad (“Grupo de Investigación y Centro de Investigación CESCO: mantenimiento de una estructura de investigación dedicada al Derecho de Consumo”), que dirige el Prof. Ángel Carrasco Perera. Documento localizable en: <http://www.uclm.es/centro/cesco/pdf/trabajos/28/2012/La%20SAP%20Madrid%202%20febrero%202011.pdf>, fecha de visita: 10 de agosto de 2012.
 - “El derecho de desistimiento en la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre derechos de los consumidores”, en *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, número 1, 2012, en

<http://cesco.revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/11/13>, fecha de visita: 10 de agosto de 2012.

- BLASCO GASCÓ, FRANCISCO DE P. *Las ventas a plazos de bienes muebles*, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000.
- BONFANTE, PEDRO. *Instituciones de Derecho Romano*, traducción de la octava edición italiana por Luis Bacci y Andrés Larrosa, quinta edición, Instituto Editorial Reus, S.A., Madrid, 1979.
- BOTANA GARCÍA, GEMA. *Los contratos realizados fuera de los establecimientos mercantiles y la protección de los consumidores*, José María Bosch Editor, S.A., Barcelona, 1994.
 - “Lección 2: Noción del consumidor”, en BOTANA GARCÍA, GEMA. RUIZ MUÑOZ, MIGUEL (COORD.). *Curso sobre protección jurídica de los consumidores*, McGraw-Hill, Madrid, 1999.
 - “Derecho de desistimiento y otras fórmulas contractuales”, *Diario La Ley*, número 7147, 1 de Abril de 2009, Referencia La Ley 2418/2009.
- BOTANA GARCÍA, GEMA. RUIZ MUÑOZ, MIGUEL (COORD.). *Curso sobre protección jurídica de los consumidores*, McGraw-Hill / Interamericana de España, S.A.U., Madrid, 1999.
- BOURGOIGNIE, THIERRY. *Elementos para una teoría del derecho de consumo*, Departamento de Comercio, Consumo y Turismo, Vitoria, 1994.
- BROSETA PONT, MANUEL. MARTINEZ SANZ, FERNANDO. *Manual de derecho mercantil*, decimo sexta edición, Editorial TECNOS, Madrid, 2009.
- BUSTO LAGO, JOSÉ MANUEL. “Comentario al artículo 19: Principio general”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, RODRIGO (COORD.). *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007)*, editorial Aranzadi S.A., Navarra, 2009.
- BUSTO LAGO, JOSÉ MANUEL. ÁLVAREZ LATA, NATALIA. PEÑA LÓPEZ, FERNANDO. *Reclamaciones de consumo, Derecho de consumo desde la perspectiva del consumidor*, Editorial Aranzadi S.A., Navarra, 2008.

BIBLIOGRAFÍA

- “El desistimiento del consumidor”, en *Grandes Tratados*. Editorial Aranzadi, SA, septiembre de 2008. Referencia Aranzadi: BIB 2008\3358, fecha de visita: 15 de agosto de 2012.
- CABANELLAS DE TORRES, GUILLERMO. Diccionario jurídico *elemental*, Editorial Heliasta S, R, L., undécima edición, Buenos Aires, 1993. En <http://es.scribd.com/doc/27671641/Diccionario-Juridico-de-Guillermo-cabanellas-de-Torres>, fecha de visita: 6 de junio de 2011.
- CABANELLAS GALLAS, PÍO. “Defensa en Cortes realizada por D. Pío Cabanillas Gallas, del Proyecto de Ley de venta de bienes muebles a plazos, presentado por el Ministerio de Justicia”, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, número. 448-449, Septiembre - Octubre 1965, Madrid.
- CALVO ANTÓN, MANUELA. *La venta a prueba*, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 1995.
- CAMACHO CLAVIJO, SANDRA. “El Derecho de desistimiento unilateral en la contratación electrónica (Ley 47/2002, de 19 de diciembre, de Reforma de la Ley Ordenación del Comercio Minorista)”, en *Diario La Ley*, número 6466, 20 Abril de 2006. Referencia La Ley 984/2006.
- CAMACHO DE LOS RÍOS, FRANCISCO JAVIER. ESPIGARES HUETE, JOSÉ CARLOS. “Un apunte sobre el Derecho de desistimiento y protección de los consumidores en los contratos turísticos: El caso de los contratos de viaje combinado”, en AURIOLES MARTÍN, ADOLFO (COORD.). *Aspectos jurídico-mercantiles del turismo*, Editorial Atelier, Barcelona, 2003.
- CÁMARA LAPUENTE, SERGIO. “Tipos contractuales, excepciones sectoriales y metodología hermenéutica del derecho de consumo según la jurisprudencia comunitaria: «easycar» o el desistimiento en el alquiler a distancia de vehículos (Sentencia TJCE de 10 de marzo de 2005, Asunto C-336/03)”, en *Evolución y Tendencias del Derecho Europeo, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, número 9, 2006.
 - “Comentario al artículo 10. Irrenunciabilidad de los derechos reconocidos al consumidor y usuarios”, en CÁMARA LAPUENTE, SERGIO (DIR.). *Comentarios a las normas de protección de los consumidores. Texto refundido (RDL 1/2007) y otras leyes y reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea*, Colex S.A., Madrid, 2011.

- “Comentario al artículo 3. Concepto general de consumidor y de usuario”, en CÁMARA LAPUENTE, SERGIO (DIR.). *Comentarios a las normas de protección de los consumidores. Texto refundido (RDL 1/2007) y otras leyes y reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea*, Colex S.A., Madrid, 2011.
 - “Comentario al artículo 4. Concepto de empresario”, en CÁMARA LAPUENTE, SERGIO (DIR.). *Comentarios a las normas de protección de los consumidores. Texto refundido (RDL 1/2007) y otras leyes y reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea*, Colex S.A., Madrid, 2011.
 - “Comentario al artículo 60. Información previa al contrato”, en CÁMARA LAPUENTE, SERGIO (DIR.). *Comentarios a las normas de protección de los consumidores. Texto refundido (RDL 1/2007) y otras leyes y reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea*, Colex S.A., Madrid, 2011.
 - “Comentario al artículo 61. Integración de la oferta, promoción y publicidad en el contrato”, EN CÁMARA LAPUENTE, SERGIO (DIR.). *Comentarios a las normas de protección de los consumidores. Texto refundido (RDL 1/2007) y otras leyes y reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea*, Colex S.A., Madrid, 2011.
 - “El concepto legal de «consumidor» en el Derecho privado europeo y en el Derecho español: Aspectos controvertidos o no resueltos”, en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Volumen 3, Número 1, Marzo 2011. Documento Localizable en <http://kusan.uc3m.es/CIAN/index.php/CDT/article/viewFile/1150/549>, fecha de visita: 6 de agosto de 2012.
- CANEDO ARRILLAGA, MARÍA PILAR (DIR.). *Derecho de consumo*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009.
 - CARRASCO PERERA, ÁNGEL (DIR.). *El derecho de consumo en España: presente y futuro*, Instituto Nacional de Consumo, Madrid, 2002.
 - CARRASCO PERERA, ÁNGEL (DIR.). *Derecho Civil*, tercera edición, Editorial TECNOS, Madrid, 2011.
 - CARRASCO PERERA, ÁNGEL. “Sociedad de la información y protección del consumidor como títulos competenciales, examen de la LSSI (Ley 34/2002) y las

BIBLIOGRAFÍA

- competencias de Castilla-La Mancha”, en *Parlamento y Constitución. Anuario*, número 6, 2002. Documento localizable en http://dialnet.unirioja.es/servlet/fichero_articulo?codigo=1060367&orden=0, fecha de visita: 19 de agosto de 2012.
- “Costes del desistimiento en la venta a distancia”, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, número 802/2010, Editorial Aranzadi, S.A., Pamplona, 2010. Referencia Aranzadi BIB 2010/1478, fecha de visita: 6 de agosto de 2012.
 - CEINOS SUÁREZ, ÁNGELES. *El desistimiento como causa de extinción del contrato de trabajo*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2008.
 - CHAVAS, FRANCOIS. “La noción de consumidor”, en *Anuario jurídico de La Rioja*, número 4, 1988. Documento localizable en http://dialnet.unirioja.es/servlet/fichero_articulo?codigo=188501&orden=6099, fecha de visita: 17 de agosto de 2012.
 - CHINCHILLA COTO, JOSÉ CARLOS. “El objeto, el consumo y la sociedad contemporánea”, en CONAMAJ. *Defensa efectiva de los derechos del consumidor*, San José, 1999.
 - CLEMENTE MEORO, MARIO E. “Consecuencias del ejercicio del derecho de desistimiento en los contratos electrónicos”, en *Noticias de la Unión Europea*, número 263, año 2006.
 - “El ejercicio del Derecho de desistimiento en los contratos a distancia”, en *Revista de Derecho Patrimonial*, número 16, Año 2006.
 - Comisión General de Codificación. *Propuesta de modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos*, Boletín de Información, Ministerio de Justicia, año. LXIII, 2009. Documento localizable en http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/es/1215198250496/Estructura_C/1215198250781/Detalle.html, fecha de visita: 10 de agosto de 2012.
 - CORCHERO, MIGUEL. GRANDE MURILLO, ANA. *La protección de los consumidores, especial referencia al Estatuto de los Consumidores de Extremadura*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2007.
 - *La protección de los consumidores*, primera edición, Editorial Aranzadi, Navarra, 2007.

- CORRAL GARCÍA, EDUARDO. “El ¿desistimiento? unilateral de algunos contratos con consumidores”. En HERRERA CAMPOS, RAMÓN (COORD.). *Homenaje al profesor Bernardo Moreno Quesada*, edita Servicio de Publicaciones Universidad de Almería, Universidad de Granada, Universidad de Jaén, Almería, 2000.
- CRESPO ALLUÉ, FERNANDO. “Comentario artículo 1705”, en DOMÍNGUEZ LUELMO, ANDRÉS (DIR.). *Comentarios al Código Civil*, LEX NOVA, S.A.U., Valladolid, 2010.
- CRUZ ROCHE, IGNACIO. *Fundamentos de marketing*, Editorial Ariel, S.A., Barcelona, 1990.
- DAZA MARTÍNEZ, JESÚS. RODRÍGUEZ ENNES, LUIS. *Instituciones de derecho privado romano*, 4º edición revisada y ampliada, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009.
- DE CASTRO Y BRAVO, FEDERICO. *El negocio jurídico*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1971.
 - *Derecho Civil de España, volumen I, derecho civil de España, tomo I*, editorial Aranzadi S.A., Navarra, 2008.
 - *Derecho Civil de España, volumen I, derecho civil de España, tomo III*, editorial Aranzadi S.A., Navarra, 2008.
- DE LA OLIVA SANTOS, ANDRÉS. ET AL. *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Civitas Ediciones, S.L., Madrid, 2001.
- DE LUCAS FERNÁNDEZ, FRANCISCO. “Resolución, cláusula penal y desistimiento en el contrato de obra”, en CABANILLAS SÁNCHEZ, ANTONIO. CAFFARENA LAPORTA, JORGE. MIQUEL GONZÁLEZ, JOSÉ MARÍA. MONTÉS PENADÉS, VICENTE. MORALES MORENO, ANTONIO MANUEL. PANTALEÓN PRIETO, FERNANDO (COM. ORG.). *Estudios Jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo, Tomo II Derecho civil, Derecho de obligaciones*, Civitas Ediciones S.L., Madrid, 2003.
- DE SAVIGNY, M.F.C., *Sistema del derecho romano actual*, traducido del alemán por M. Ch. Guenox, vertido al castellano por Jacinto Mesía y Manuel Poley, Editorial COMARES, S.L., Granada, 2005.
- DEGNI, FRANCISCO. “La compraventa”, traducción de FRANCISCO BONET RAMÓN, Editorial *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1957.

BIBLIOGRAFÍA

- DÍAZ ALABART, SILVIA. “Prólogo”, en CALVO ANTÓN, MANUELA. *La venta a prueba*, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 1995.
 - “Comentario al artículo 10: Derecho de desistimiento”, en PIÑAR MAÑAS, JOSÉ LUIS. BELTRÁN SÁNCHEZ, EMILIO (DIR.). *Comentarios a la Ley de Ordenación del Comercio Minorista y a la Ley Orgánica Complementaria*, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1997.
- DÍAZ REGAÑÓN-ALCALÁ, CALIXTO. *La resolución unilateral del contrato de servicios*, Editorial Comares, 2000.
- DIÉGUEZ OLIVA, ROCÍO. “El Derecho de desistimiento en el marco común de referencia”, en *InDret* 2/2009.
- DÍEZ SOTO, CARLOS MANUEL. “Artículo 44, Derecho de desistimiento”, en ALONSO ESPINOSA, FRANCISCO JOSÉ. LÓPEZ PELLICER, JOSÉ ANTONIO. MASSAGUER FUENTES, JOSÉ. REVERTE NAVARRO, ANTONIO. (COORD.). *Régimen Jurídico General del Comercio Minorista, comentarios a la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista y a la Ley Orgánica 2/1996, de 15 de enero, complementaria de la de Ordenación del Comercio Minorista*, McGraw Hill, Madrid, 1999.
- DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, LUIS. “Eficacia e ineficacia del negocio jurídico”, en *Revista Anuario de Derecho Civil*, Tomo XIV, Fascículo IV, Octubre-Diciembre, publicaciones del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1961.
 - “¿Una nueva doctrina general del contrato?”, en *Anuario de Derecho Civil*, Tomo XLVI, Fascículo III, julio–setiembre, MCMXCIII.
 - *Fundamentos del derecho civil patrimonial I, introducción, teoría del contrato*, sexta edición, editorial Aranzadi S.A., Navarra, 2007.
 - *Fundamentos del derecho civil patrimonial II, las relaciones obligatorias*, sexta edición, editorial Aranzadi S.A., Navarra, 2008.
- DÍEZ-PICAZO, LUIS. GULLÓN, ANTONIO. *Sistema de derecho civil, volumen I: Introducción. Derecho de la persona. Autonomía Privada. Persona Jurídica*, novena edición, 2º reimpresión, Editorial TECNOS S.A., Madrid, 1998.
 - *Sistema de Derecho civil, volumen II: El contrato en general. La relación obligatoria. Contratos en especial. Cuasi contratos. Enriquecimiento sin*

- causa. Responsabilidad extracontractual*, novena edición, 2º reimpresión, Editorial TECNOS S.A., Madrid, 2002.
- *Sistema de Derecho Civil, volumen III, derecho de cosas y derecho inmobiliario registral*, séptima edición, Editorial TECNOS S.A., Madrid, 2004.
 - DOMÍNGUEZ LUELMO, ANDRÉS. “Comentario al artículo 70. Formalidades para el ejercicio del desistimiento”, en CÁMARA LAPUENTE, SERGIO (DIR.). *Comentarios a las normas de protección de los consumidores. Texto refundido (RDL 1/2007) y otras leyes y reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea*, Colex S.A., Madrid, 2011.
 - “Comentario al artículo 73. Gastos vinculados al desistimiento”, en CÁMARA LAPUENTE, SERGIO (DIR.). *Comentarios a las normas de protección de los consumidores. Texto refundido (RDL 1/2007) y otras leyes y reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea*, Colex S.A., Madrid, 2011.
 - “Comentario al artículo 74. Consecuencias del ejercicio del derecho de desistimiento”, en CÁMARA LAPUENTE, SERGIO (DIR.). *Comentarios a las normas de protección de los consumidores. Texto refundido (RDL 1/2007) y otras leyes y reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea*, Colex S.A., Madrid, 2011.
 - “Comentario al artículo 75. Imposibilidad de devolver la prestación por parte del consumidor”, en CÁMARA LAPUENTE, SERGIO (DIR.). *Comentarios a las normas de protección de los consumidores. Texto refundido (RDL 1/2007) y otras leyes y reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea*, Colex S.A., Madrid, 2011.
 - “Comentario al artículo 77. Desistimiento de un contrato vinculado”, en CÁMARA LAPUENTE, SERGIO (DIR.). *Comentarios a las normas de protección de los consumidores. Texto refundido (RDL 1/2007) y otras leyes y reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea*, Colex S.A., Madrid, 2011.
 - DURAN AYAGO, ANTONIA. *La protección de las pymes en el comercio internacional: propuestas de regulación*. Atelier, Barcelona, 2008.

BIBLIOGRAFÍA

- EBERS, MARTIN. ARROYO AMAYUELAS, ESTHER. “«Heninger» y las sanciones a la infracción del deber de información sobre el derecho de desistimiento ad nutum (Sentencia TJCE de 13 de diciembre de 2001, asunto C-481/99)”, en *Evolución y Tendencias del Derecho Europeo, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, número 9, 2006.
- ESCUIN IBAÑEZ, IRENE. “El Derecho de revocación en la Ley de Venta a Plazos de Bienes Muebles y su aplicación supletoria en el crédito al consumo”, en *Cuadernos de Derecho y Comercio*, número 30, año 1999.
- EVANGELIO LLORCA, RAQUEL. “¿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)”, en *Revista de Derecho Privado*, julio – agosto, 2011.
- FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, PABLO. TORRES PÉREZ, FRANCISCO. “Título I Ámbito de aplicación y derechos básicos de los consumidores y usuarios. Capítulo I Ámbito de aplicación”, En REBOLLO PUIG, MANUEL. IZQUIERDO CARRASCO, MANUEL (DIR.). *La Defensa de los consumidores y usuarios. Comentario sistemático del Texto Refundido, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007*, IUSTEL, Madrid, 2011.
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, MERCEDES. *La carga de la prueba en la práctica judicial civil*, edita La Ley, Madrid, 2006.
- FERNÁNDEZ ROZAS, JOSÉ CARLOS. ARENAS GARCÍA, RAFAEL. DE MIGUEL ASENSIO, PEDRO ALBERTO. *Derecho de los Negocios Jurídicos*, Primera edición, IUSTEL Portal Derecho, S.A., Madrid, 2007.
- FERNÁNDEZ-ALBOR BALTAR, ÁNGEL. “El derecho de revocación del consumidor en los contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles: algunos problemas derivados de la Ley 36/1991”, en *Revista de Derecho Mercantil*, número 207, enero – marzo, 1993.
- Ferrari, Camilla. “Ipotesi di qualificazione per il «recesso» del consumatore”, en *Rivista di Diritto Civile*, número 1, gennaio-febbraio, año 2010.
- FONT GALÁN, JUAN IGNACIO. LÓPEZ MENUDO, FRANCISCO (COORD.). *Curso sobre el nuevo derecho del consumidor*, Instituto Nacional del Consumo, Madrid, 1990.

- FUENTESECA DEGENEFFE, CRISTINA. *La venta de bienes de consumo y su incidencia sobre la legislación española (Ley 23/2003, de 10 de julio)*, edita La Ley, Madrid, 2007.
- GALLEGO DOMÍNGUEZ, IGNACIO. “La facultad de desistimiento en la Ley Sobre Derechos de Aprovechamiento por Turno de Bienes Inmuebles de Uso Turístico de 1998”, En HERRERA CAMPOS, RAMÓN (COORD.). *Homenaje al profesor Bernardo Moreno Quesada*, edita Servicio de Publicaciones Universidad de Almería, Universidad de Granada, Universidad de Jaén, Almería, 2000.
 - “Capítulo II. Derecho de desistimiento”, en REBOLLO PUIG, MANUEL. IZQUIERDO CARRASCO, MANUEL (DIR.). *La Defensa de los consumidores y usuarios. Comentario sistemático del Texto Refundido, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007*, IUSTEL, Madrid, 2011.
- GÁLVEZ CRIADO, ANTONIO. *La relevancia de la persona en los contratos de obra y servicios (especial estudio del derecho de desistimiento)*, edita Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008.
- GARCÍA AMIGO, MANUEL. *Instituciones de Derecho Civil, I. Parte General*, Editoriales de Derecho Reunidas, S.A., Madrid, 1979.
 - *Lecciones de derecho civil II, Teoría general de las obligaciones y contratos*, McGraw-Hill/Interamericana de España, S.A., Madrid, 1995.
- GARCÍA CANTERO, GABRIEL. “Comentario al Artículo 8. Derechos básicos de los consumidores y usuarios”, en CÁMARA LAPUENTE, SERGIO (DIR.). *Comentarios a las normas de protección de los consumidores. Texto refundido (RDL 1/2007) y otras leyes y reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea*, Colex S.A., Madrid, 2011.
- GARCÍA GIL, F. JAVIER. *Suma de la protección y defensa de los derechos de los consumidores*, edita DAPP, Publicaciones Jurídicas, S.L., Pamplona, 2007.
- GARCÍA SOLÉ, FERNANDO. *Comentarios a la ley de venta a plazos de bienes muebles (ley 28/1998, de 13 de julio)*, Civitas Ediciones S.L., Madrid, 1999
- GARCÍA VICENTE, JOSÉ RAMÓN. *Ley de contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles. El derecho de revocación*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1997.

BIBLIOGRAFÍA

- “Comentario al artículo 61. Integración de la oferta, promoción y publicidad en el contrato”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, RODRIGO (COORD.). *Comentario del texto refundido de la ley general para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007)*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2009.
- “Comentario al artículo 68. Contenido y régimen del derecho de desistimiento”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, RODRIGO (COORD.). *Comentario del texto refundido de la ley general para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007)*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2009.
- “Comentario al artículo 69. Obligación de informar sobre el derecho de desistimiento”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, RODRIGO (COORD.). *Comentario del texto refundido de la ley general para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007)*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2009.
- “Comentario al artículo 70. Formalidades para el ejercicio del desistimiento”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, RODRIGO (COORD.). *Comentario del texto refundido de la ley general para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007)*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2009.
- “Comentario al artículo 71. Plazo para el ejercicio del desistimiento”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, RODRIGO (COORD.). *Comentario del texto refundido de la ley general para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007)*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2009.
- “Comentario al artículo 75. Imposibilidad de devolver la prestación por parte del consumidor y usuario”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, RODRIGO (COORD.). *Comentario del texto refundido de la ley general para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007)*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2009.
- “Comentario al artículo 77. Desistimiento de un contrato vinculado a financiación al consumidor y usuario”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO,

RODRIGO (COORD.). *Comentario del texto refundido de la ley general para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007)*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2009.

- “Las consecuencias de la invalidez en los contratos de consumo”, en <http://www.codigo-civil.info/nulidad/lodel/document.php?id=328&format=print>, fecha de visita: 25 de marzo de 2011.
- GARCÍA-CUERVA GARCÍA, SILVIA. “Las reglas generales del onus probando”, en ABEL LLUCH, XAVIER. PICÓ I JUNOY, JOAN. *Objeto y carga de la prueba civil*, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 2007.
- GETE-ALONSO, MARÍA DEL CARMEN. “Capítulo XVII La relación jurídica y el derecho subjetivo”, en PUIG I FERROL, LLUIS. GETE-ALONSO Y GALERA, MARÍA DEL CARMEN. GIL RODRÍGUEZ, JACINTO. HUALDE SÁNCHEZ, JOSÉ JAVIER. *Manual de Derecho civil I (introducción y derecho de la persona)*, edita Marcial Pons Ediciones Jurídicas S.A., Madrid, 1995.
- GIAMPETRAGLIA, ROSARIA. “El nuevo derecho de desistimiento en la propuesta COM 2008-614”, en *Revista de Derecho Privado*, julio – agosto, 2011.
- Girgado Perandones, Pablo. “La protección jurídica de los consumidores en el marco de algunas ventas promocionales (ventas en rebajas, de saldos y en liquidación)”, en MARÍN LÓPEZ, JUAN JOSÉ (DIR.). *La protección jurídica de los consumidores*, Editorial Dykinson, S.L., Madrid, 2003.
- GONZÁLEZ GRANDA, PIEDAD. “Protección judicial de consumidores y usuarios en el ámbito del comercio electrónico”, *InDret*, 7/2007, Barcelona.
- GONZÁLEZ PACANOWSKA, ISABEL. “Artículo 10: Derecho de desistimiento”, en ALONSO ESPINOZA, ALBERTO. ET AL. (COORD.). *Régimen jurídico general del comercio minorista, comentarios a la Ley 7/1996, de 15 de enero de ordenación minorista, y a la Ley orgánica 2/1996, de 15 de enero, complementaria de la de ordenación minorista*, McGraw Hill/Interamericana de España S.A.U., Madrid, 1999.
 - “Comentario al artículo 82”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, RODRIGO. *Comentario del texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los*

BIBLIOGRAFÍA

Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007), Editorial Aranzadi, Navarra, 2009.

- GUZMÁN BRITO, ALEJANDRO. *Derecho Privado Romano, Tomo II, el derecho de las obligaciones, el derecho de la sucesión por causa de muerte, el derecho de las liberalidades*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1996.
- HERNÁNDEZ DÍAZ-AMBRONA, MARÍA DOLORES. “Capítulo II, el concepto de falta de conformidad”, en DÍAZ ALABART, SILVIA (COORD.). *Garantía en la venta de bienes de consumo (Ley 23/2003, de 10 de julio)*, EDISOFER, S.L., Madrid, 2006.
- HERRERO OVIEDO, MARGARITA. “El desistimiento en la venta a distancia”, en TORRES GARCÍA, TEODORA (COORD.). *Estudios de Derecho civil, homenaje al profesor Francisco Javier Serrano García*, Secretariado de Publicaciones e Intercambio Editorial, Universidad de Valladolid, 2005.
- IGLESIAS, JUAN. *Derecho romano*, 17º edición, Editorial Ariel, Barcelona, 2008.
 - *Derecho romano, historia e instituciones*, 18º edición, Ediciones Sello Editorial, Madrid, 2010.
- INFORME DEL CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL, Aprobado en la sesión del Pleno del Consejo Económico y Social celebrada el día 17 de febrero de 1999, localizable en: <http://ces.es/documents/10180/18510/inf00199>, fecha de visita: 15 de setiembre de 2012.
- JIMÉNEZ MUÑOZ, FRANCISCO JAVIER. “El derecho legal de desistimiento: presente y (posible) futuro”, en *Actualidad Civil*, número 7, quincena del 1 al 15 de Abril de 2011. Referencia La Ley 3360/2011.
 - “Perspectivas de regulación del derecho de desistimiento en el (posible) futuro Derecho europeo de contratos”, en BOSCH CAPDEVILA, ESTEVE (DIR.). *Nuevas perspectivas del Derecho contractual*, Editorial Bosch S.A., Barcelona, 2012.
- JIMÉNEZ SÁNCHEZ, GUILLERMO J. (COORD). *Lecciones de Derecho Mercantil*. Editorial TECNOS S.A., 2007.
- JUSTE MENCÍA, JAVIER. “Contratación a distancia y protección de los consumidores en el Derecho comunitario europeo, (Algunas consideraciones sobre la directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de mayo de 1987)”, en

Estudios de derecho mercantil, homenaje al profesor Justino Duque Domínguez, volumen II, Universidad de Valladolid, Valladolid, 1998.

- “Contratación a distancia y protección de los consumidores en el Derecho comunitario europeo (Algunas consideraciones sobre la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de mayo de 1997)”, en *Diario La Ley*, Sección Doctrina, tomo 6, 1997. Referencia La Ley 11844/2001.
- KLEIN, MICHELE. *El desistimiento unilateral del contrato*, Editorial Civitas, Madrid, 1997.
- LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS. *Elementos de Derecho civil I, parte general, volumen tercero, derecho subjetivo. Negocio jurídico*, tercera edición, Editorial Dykinson, Madrid, 2005.
 - *Elementos de derecho Civil, tomo II derecho de obligaciones, volumen primero, parte general. Teoría general del contrato*, cuarta edición, edita Editorial Dykinson, Madrid, 2007.
- LAMARCA MARQUÉ, ALBERT. *Código Civil Alemán Bürgerliches Gesetzbuch*, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid, 2008.
- LARROSA AMANTE, MIGUEL ÁNGEL. “El Derecho de desistimiento del consumidor en los contratos de consumo”, en *Práctica de Tribunales*, año VI, número 61, junio 2009.
 - *Derecho de consumo, protección legal del consumidor*, Grupo Editorial El Derecho y Quantor, S.L., Madrid, 2011.
- LASARTE ÁLVAREZ, CARLOS. “La protección del consumidor como principio general del derecho”, en MONSERRAT QUINTANA, ANTONIO. (DIR.). *Cuadernos de derecho judicial VI, Nuevos derechos fundamentales en el ámbito privado*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007.
 - *Manual sobre protección de consumidores y usuarios*, tercera edición, Editorial Dykinson, S.L., Madrid, 2007.
 - *Principios de Derecho Civil V, derechos reales y derecho hipotecario*, quinta edición, Editorial Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid, 2007.

BIBLIOGRAFÍA

- *Principios de derecho civil I, parte general y derecho de la persona*, décimo séptima edición, Editorial Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid, 2011.
- *Principios de Derecho civil II, derecho de obligaciones*, décimo quinta edición, Editorial Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid, 2011.
- LEMA DEVESA, CARLOS. “La protección del consumidor en la Ley General de Publicidad”, en FONT GALÁN, JUAN IGNACIO. LÓPEZ MENUDO, FRANCISCO (COORD.). *Curso sobre el nuevo derecho del consumidor*, Instituto Nacional del Consumo, Madrid, 1990.
- LEÓN DÍAZ, JOSÉ RODOLFO. “Algunas reflexiones en torno a los principios que informan la protección del consumidor”, en CONAMAJ. *Defensa efectiva de los derechos del consumidor*, San José, 1999.
- LETE ACHIRICA, JAVIER. “A propósito del derecho de desistimiento unilateral en materia de multipropiedad: la Directiva 94/47/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de octubre de 1994 y su aplicación en el Derecho español”, en *Actualidad Civil*, Tomo 1998-2.
- LETE DEL RÍO, JOSÉ MANUEL. LETE ACHIRICA, JAVIER. *Derecho de obligaciones, volumen I teoría general de la relación obligatoria y del contrato. Derecho de daños*, edita Editorial Aranzadi, Navarra, 2005
- LLAMAS POMBO, EUGENIO (DIR.). *Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, Comentarios y Jurisprudencia de la Ley veinte años después*, Editorial La Ley, 2005.
- LLOBET I AGUADO, JOSEP. “El periodo de reflexión y la facultad de retractación. Algunas reflexiones en torno a la Ley 26/1991, de 21 de noviembre sobre Protección de los Consumidores en el caso de contratos celebrados fuera de los establecimientos comerciales”, en *Revista General de Derecho*, año II, número 604-605, enero – febrero 1995.
- LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, CARMEN. *La nulidad de los contratos*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009.
- LÓPEZ DE HARO, CARLOS. *El derecho de retención*, Editorial Reus S.A., Madrid, 1921.

- LÓPEZ DE ZAVALÍA, FERNANDO J. *Teoría de los contratos, tomo II*, Zavalía editor, Buenos Aires, 2000.
- LÓPEZ FRÍAS, ANA, *Los contratos conexos. Estudio de supuestos concretos y ensayo de una construcción doctrinal*, José María Bosch editor, S.A., Barcelona, 1994.
- LÓPEZ JIMÉNEZ, DAVID. “El derecho de desistimiento en el ámbito de la contratación electrónica”, en *Aranzadi Civil*, número 18/2009, Editorial Aranzadi, SA, Pamplona. 2010. Referencia Aranzadi: BIB 2009\1981, fecha de visita: 15 de agosto de 2012.
- LÓPEZ JIMÉNEZ, DAVID. BARRIO, FERNANDO. “El derecho de desistimiento en el ámbito de la contratación electrónica realizada en España”, en *Script*, volumen 7, Issue 3, 2010. Documento localizable en <http://www.law.ed.ac.uk/ahrc/script-ed/vol7-3/barrio.asp>, fecha de visita: 15 de junio de 2011.
- LÓPEZ MARCO, PILAR. “Desistimiento unilateral en el contrato de matrimonio”, en *Revista de Derecho de Familia*, número 37, octubre – diciembre, año, 2007.
- LÓPEZ Y LÓPEZ, A. M. “Lección 19ª La relación jurídica”, en BLASCO GASCÓ, FRANCISCO (COORD.). *Derecho civil, parte general, derecho de la persona*, cuarta edición, edita Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003.
- MARÍN LÓPEZ, JUAN JOSÉ (DIR.). *La protección jurídica de los consumidores*, Editorial Dykinson, S.L., Madrid, 2003.
- MARÍN LÓPEZ, JUAN JOSÉ. “Comentario Artículo 10: Derecho de Desistimiento.” En ARIMANY, MANUBENS & ASOCIADOS (COORD.). TORNOS MAS, JOAQUÍN. MARÍN LÓPEZ, JUAN JOSÉ. CASES PALLARES, LLUIS. ARIMANY LAMOGLIA, ESTEBAN. MANUBENS FLORENSA, CARLOS (DIR). *Ordenación del Comercio Minorista, Comentarios a la ley 7/1996 y a la Ley Orgánica 2/1996, ambas de fecha 15 de enero*, editorial Praxis, 1ª edición, Barcelona, 1996.
 - “Comentario Artículo 44: Derecho de desistimiento”, en ARIMANY, MANUBENS & ASOCIADOS (COORD.). TORNOS MAS, JOAQUÍN. MARÍN LÓPEZ, JUAN JOSÉ. CASES PALLARES, LLUIS. ARIMANY LAMOGLIA, ESTEBAN. MANUBENS FLORENSA, CARLOS (DIR). *Ordenación del Comercio Minorista, Comentarios a la ley*

BIBLIOGRAFÍA

- 7/1996 y a la Ley Orgánica 2/1996, ambas de fecha 15 de enero.* Editorial Praxis, Barcelona, 1º edición, 1996.
- “Derecho de desistimiento de los consumidores en los contratos celebrados fuera de establecimiento comercial: El Juez puede apreciar de oficio la nulidad del contrato si el vendedor no cumplió la obligación de información impuesta por el derecho comunitario”. Documento localizable en <http://www.uclm.es/centro/cesco/pdf/trabajos/13/2010/13-2010-1.pdf>, fecha de visita: 18 de agosto de 2012.
 - MARÍN LÓPEZ, MANUEL JESÚS. “La protección del consumidor de crédito en Alemania. Análisis de la Verbraucherkreditgesetz”, en NIETO CAROL, UBALDO (DIR). *Crédito al consumo y transparencia bancaria*, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1998.
 - *La compraventa financiada de bienes de consumo*, Editorial Aranzadi S.A., Navarra, 2000.
 - “¿Puede el consumidor desvincularse del contrato de crédito al consumo? EL derecho de desistimiento en el Proyecto de Ley de Contratos de Crédito al Consumo”. Documento localizable en: <http://www.uclm.es/centro/cesco/pdf/trabajos/6/2011/6-2011-5.pdf>, fecha de visita: 29 de marzo de 2011.
 - “Protección del consumidor y crédito al consumo. Análisis del proyecto de ley de contratos de crédito al consumo”, en *Revista de Derecho Privado*, marzo – abril, 2011.
 - MARTÍN PÉREZ, JOSÉ ANTONIO. *La rescisión del contrato (En torno a la lesión contractual y el fraude de acreedores)*, J. H. Bosch Editor, S.A., Barcelona, 1995.
 - MARTÍN SALAMANCA, SARA. “Los derechos potestativos en la Ley 22/2007: El Derecho de desistimiento contractual”, en *Perspectivas del Sistema Financiero. El Consumidor en la Contratación Bancaria Electrónica*, número 96, año 2009.
 - MARTÍNEZ ESCRIBANO, CELIA. “Comentario artículo 1594”, en DOMÍNGUEZ LUELMO, ANDRÉS (DIR.). *Comentarios al Código Civil*, Lex Nova, S.A.U., Valladolid, 2010.
 - MARTÍNEZ LÓPEZ, FRANCISCO JOSÉ. LUNA HUERTAS, PAULA. “Sociedad de la información y el conocimiento y nuevos paradigmas del Derecho: El caso de los códigos de

conducta en el comercio electrónico”, en *Derecho y conocimiento: anuario jurídico sobre la sociedad de la información y del conocimiento*, volumen 2, 2002. Documento localizable en http://www.uhu.es/derechoyconocimiento/DyC02/DYC002_A04.pdf, fecha de visita: 29 de marzo de 2011.

- MARTÍNEZ MARTÍN, MAURO. “El registro de condiciones generales de la contratación”, en MARÍN LÓPEZ, JUAN JOSÉ (DIR.). *La protección jurídica de los consumidores*, Editorial Dykinson, S.L., Madrid, 2003.
- MASCAREÑAS, CARLOS. *Nueva enciclopedia jurídica, Tomo VII*, Francisco Seix editor, Barcelona, 1955.
- MASTURZI, SABRINA. “Il recesso ex art. 2343 C.C.” en *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obligazioni*, número 4, año 2011.
- MENÉNDEZ, AURELIO. ROJO, ÁNGEL (DIR.). *Lecciones de derecho mercantil, volumen I*, novena edición, Editorial Aranzadi, Navarra, 2011.
- MIRANDA SERRANO, LUIS MARÍA. “La contratación fuera de los establecimientos mercantiles”, en OLIVENCIA RUIZ, MANUEL. FERNÁNDEZ NOVOA, CARLOS. JIMÉNEZ DE PARGA, RAFAEL. (DIR.). *Tratado de derecho mercantil, tomo 30: La contratación mercantil. Disposiciones generales. Protección de los consumidores*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid-Barcelona, 2006.
 - “Derecho de desistimiento del consumidor en la contratación electrónica”, en BOTANA GARCÍA, GEMA ALEJANDRA (COORD.). *Comercio electrónico y protección de los consumidores*. La Ley, Madrid, 2001.
 - “El desistimiento del consumidor en la contratación fuera de los establecimientos mercantiles: Fundamentación y disciplina”, en *Revista de derecho de Extremadura*, número 5, 2009. Documento localizable en <http://www.penjex.es/>, fecha de visita: 19 de agosto de 2012.
 - “Título III. Contratos celebrados a distancia”, en REBOLLO PUIG, MANUEL. IZQUIERDO CARRASCO, MANUEL (DIR.). *La Defensa de los consumidores y usuarios. Comentario sistemático del Texto Refundido, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007*, IUSTEL, Madrid, 2011.
 - “Título IV. Contratos celebrados fuera de establecimientos mercantiles”, en REBOLLO PUIG, MANUEL. IZQUIERDO CARRASCO, MANUEL (DIR.). *La Defensa*

BIBLIOGRAFÍA

de los consumidores y usuarios. Comentario sistemático del Texto Refundido, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, IUSTEL, Madrid, 2011.

- MORALES MORENO, ANTONIO MANUEL. *El error en los contratos*, Editorial Ceura, Madrid, 1988.
- MORENO CATENA, VICTOR. “De la prueba: Disposiciones generales”, en BARONA VILAR, SILVIA. ET AL. *El proceso civil, volumen III, libro II: artículos 248 a 386 inclusive*, Tirant Lo Blach, Valencia, 2001.
- MORENO QUESADA, BERNARDO. “La oferta de contrato”, en *Revista de Derecho Notarial*, año IV, número 12, abril – junio, 1956.
- MOUCHET, CARLOS. ZORRAQUIN BECÚ, RICARDO. *Introducción al derecho*, Librería Editorial Depalma, Buenos Aires, 1953.
- MUNAR BERNAT, PEDRO A. *La regulación española de la multipropiedad*, Editorial Aranzadi, Navarra, 1999.
- MUÑAGORRI LAGÚA, IGNACIO. *La protección penal de los consumidores frente a la publicidad engañosa. Art. 282 del Código Penal*, Editorial COMARES S.L., Granada, 1998.
- MUÑOZ GARCÍA, CARMEN. “Particularidades del desistimiento unilateral en el contrato de obra inmobiliaria. Derecho civil y derecho administrativo”, en *Diario La Ley*, año XXVIII, número 6814, martes 6 de noviembre de 2007, p. 12. Referencia La Ley 5820/2007.
- NAVAS NAVARRO, SUSANA. “Notas sobre la financiación por un tercero y el crédito al consumo («Los derechos ejercitables por el consumidor frente al financiador en los contratos vinculados», art. 15 Ley 7/1995, de 23 de marzo, de crédito al consumo)”, en *Estudios sobre consumo*, número 53, año 2000.
- NIETO MELGAREJO, PATRICIA. “El derecho de información en la contratación electrónica en base a la legislación Española y Europea,” en <http://derecho-uirg.com/AGORA/revistas/R000007.pdf>, fecha de visita: 29 de marzo de 2011.
- OLIVENCIA RUIZ, MANUEL. FERNÁNDEZ NOVOA, CARLOS. JIMÉNEZ DE PARGA, RAFAEL. (DIR.). *Tratado de derecho mercantil, tomo 30: La contratación mercantil*.

Disposiciones generales. Protección de los consumidores, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid-Barcelona, 2006.

- ORDUÑA MORENO, FRANCISCO JAVIER. “Contratos concluidos mediante condiciones generales de la contratación”, en ORDUÑA MORENO, FRANCISCO JAVIER (COORD.). *Contratación y consumo*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1998.
- ORELLANA CANO, NURIA. “El desistimiento unilateral en los contratos de consumo”, en VILATA MENADAS, SALVADOR (DIR.). *Venta de bienes fuera del establecimiento mercantil. La carta de revocación*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007.
- ORMAZABAL SÁNCHEZ, GUILLERMO. *Carga de la prueba y sociedad del riesgo*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid, 2004.
- PAISANT, GILLES. “Los Derechos de desistimiento de los consumidores en Francia”, en GARCÍA RUBIO, MARÍA PAZ (COORD.). *Estudios jurídicos en memoria del profesor José Manuel Lete Del Río*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2009.
- PALACIOS GONZÁLEZ, MARÍA DOLORES. “La incidencia de la noción de consumidor medio en la protección de los consumidores: Protección frente a la publicidad engañosa, la información falsa o engañosa y la falta de información previa a la contratación”, en *Revista de Derecho Privado*, enero – febrero, 2012.
- PANETTI, FRANCESCO. “Buona fede, recesso ad nutum e investí non recuperabili dell'affiliato nella disciplina dei contratti di distribuzione: in margine a Cass. 18 settembre 2009, n. 20106”, en *Rivista di Diritto Civile*, número 6, noviembre-diciembre, año 2010.
- PANIZA FULLANA, ANTONIA. *Contratación a distancia y defensa de los consumidores. Su regulación tras la reforma de la Ley de Ordenación de Comercio Minorista y la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico*, Editorial Comares, S.L., Granada, 2003.
- PAÑOS PÉREZ, ALBA. *Derechos y garantías del consumidor en el ámbito contractual*, Editorial Universidad de Almería, Almería, 2010.
- PARRA LUCÁN, MARÍA ÁNGELES. “Comentario al artículo 10: Derecho de desistimiento”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, RODRIGO. LEGUINA VILLA, JESÚS

BIBLIOGRAFÍA

- (COORD.). *Comentarios a las leyes de ordenación del comercio minorista*, Editorial Tecnos S.A., Madrid, 1997.
- “Comentario al Artículo 11: Deber general de seguridad”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, RODRIGO (COORD.). *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007)*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2009.
 - PARRA LUCÁN, MARÍA ÁNGELES (COORD.). *Obligaciones y Contratos, cuaderno II, eficacia e ineficacia del contrato*, Editorial Dykinson, S.L., Madrid, 2010.
 - PASQUAU LIAÑO, MIGUEL. “Comentario al artículo 44: Derecho de desistimiento”, en PIÑAR MAÑAS, JOSÉ LUIS. BELTRÁN SÁNCHEZ, EMILIO. (DIR.). *Comentarios a la Ley de Ordenación del Comercio Minorista y a la Ley Orgánica Complementaria*, Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1997.
 - PASQUAU LIAÑO, MIGUEL. ET AL. “Propuesta de transposición al derecho español de la Directiva 97/7/CE, de 20 de mayo de 1997, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia”, en *Estudios sobre Consumo*, número 57, 2001.
 - PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, CARLOS MAURO. *El arbitraje. La conciliación. Los modos anormales de terminación del proceso (El desistimiento. La renuncia. El allanamiento. La transacción. La caducidad) Textos legales, comentarios y fórmulas*, Editorial COMARES, Granada, 1991.
 - PEÑA LÓPEZ, FERNANDO. “Artículo 8. Derechos básicos de los consumidores y usuarios”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, RODRIGO (COORD.). *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007)*, editorial Aranzadi S.A., Navarra, 2009.
 - “Artículo 10. Irrenunciabilidad de los derechos reconocidos al consumidor y usuario”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, RODRIGO (COORD.). *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007)*, editorial Aranzadi S.A., Navarra, 2009.

- PÉREZ MARÍN, MARÍA ÁNGELES. *El desistimiento en el proceso civil (Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil)*, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 2001.
- PICATOSTE BOBILLO, VICTORIA. “El intento de unificación del Derecho de desistimiento en el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y Otras Leyes Complementarias: La obligación de información”, en GARCÍA RUBIO, MARÍA PAZ (COORD.). *Estudios jurídicos en memoria del profesor José Manuel Lete Del Río*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2009.
- PIÑAR MAÑAS, JOSÉ LUIS. BELTRÁN SÁNCHEZ, EMILIO. (DIR). *Comentarios a la Ley de Ordenación del Comercio Minorista y a la Ley Orgánica complementaria*. Editorial Civitas S.A., Madrid, 1997.
- POLO, EDUARDO. *La protección del consumidor en el derecho privado*. Editorial Civitas S.A., Madrid, 1980.
- PORRES DE MATEO, CRISTINA. “Los contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles. En particular, el Derecho de revocación del consumidor”, en *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, número 21, agosto, año 1994.
- PUIG PEÑA, FEDERICO. “Desistimiento unilateral”, en MASCAREÑAS, CARLOS. *Nueva enciclopedia jurídica, Tomo VII*, Francisco Seix editor, Barcelona, 1955
- QUESADA SANCHÉZ, ANTONIO. RUIZ-RICO RUIZ, JOSÉ MANUEL. “Comentario al artículo 10. Desistimiento y resolución del contrato”, en QUESADA SÁNCHEZ, ANTONIO. RUIZ-RICO RUIZ, JOSÉ MANUEL. *Multipropiedad y aprovechamiento por turno, comentarios sistemáticos a la ley sobre derechos de aprovechamiento por turno*, Civitas Ediciones, S.L., Madrid, 2000.
- REALE, MIGUEL. *Introducción al derecho*, quinta edición, Ediciones Pirámide S.A., Madrid, 1982.
- REBOLLEDO VARELA, ÁNGEL LUIS. “El ejercicio del Derecho de desistimiento en los contratos con consumidores en el RDLEG 1/2007, de 16 de noviembre”, en *Revista de Derecho Privado*, mayo-junio, año 2010.
- REBOLLO PUIG, MANUEL. IZQUIERDO CARRASCO, MANUEL. “Capítulo II. Derechos básicos de los consumidores y usuarios”, en REBOLLO PUIG, MANUEL. IZQUIERDO CARRASCO,

BIBLIOGRAFÍA

- MANUEL (DIR.). *La Defensa de los consumidores y usuarios. Comentario sistemático del Texto Refundido, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007*, IUSTEL, Madrid, 2011.
- REYES LÓPEZ, MARÍA JOSÉ. “El carácter vinculante de la oferta y de la publicidad en el artículo 8 de la ley general para la defensa de los consumidores y usuarios”, en *Estudios sobre consumo*, número 43, año 1997.
 - “Capítulo I: Génesis y delimitación del derecho de consumo en los ámbitos comunitario, estatal y autonómico”, en REYES LÓPEZ, MARÍA JOSÉ (Coord.). *Derecho de Consumo*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999.
 - *Manual de derecho privado de consumo*, La Ley, Madrid, 2009.
 - RIBÓN SEISDEDOS, EUGENIO. “Sobreendeudamiento del consumidor: Sin segunda oportunidad. El consumidor ante la crisis económica: análisis y soluciones”, documento localizable en http://www.google.es/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=4&sqi=2&ved=0CDkQFjAD&url=http%3A%2F%2Fwww.ceaccu.org%2Fcomponent%2Fdocman%2Fdoc_download%2F334-sobreendeudamiento-del-consumidor-sin-segunda-oportunidad&ei=XINUUMTXC4HL0QWE4IH0Bw&usg=AFQjCNF474oBb25qHN7TGK08YyB8-pk9hQ&cad=rja, fecha de visita: 15 de setiembre de 2012.
 - RICO CARRILLO, MARILIANA. “El Derecho de desistimiento en la contratación de servicios financieros”, en *Revista de la Contratación Electrónica*, número 108, año 2009.
 - RIVAS, JAVIER. “El Derecho de desistimiento en las compras realizadas por internet”, en *Partida Doble*, número 117, diciembre, año 2000.
 - RODRÍGUEZ MARÍN, CONCEPCIÓN. *El desistimiento unilateral (como causa de extinción del contrato)*, Editorial Montecorvo, Madrid, 1991.
 - ROCA SASTRE, RAMÓN MARÍA. PUIG BRUTAU, JOSÉ. *Estudios de derecho privado, volumen I obligaciones y contratos*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2009.
 - ROGEL VIDE, CARLOS. *Estudios de derecho civil*, Editorial Reus, S.A., Madrid, 2008.
 - ROSENBERG, LEO. *La carga de la prueba*, Traducción de Ernesto Krotoschin, ediciones jurídicas Europa – América, Buenos Aires, 1956.

- ROTT, PETER. “Harmonising Different Rights of Withdrawal: Can German Law Serve as an Example for EC Consumer Law?”, en *German Law Journal*, volume 7, number 12, 2006. Documento localizable en http://www.germanlawjournal.com/pdfs/Vol07No12/PDF_Vol_07_No_12_1109-1136_Developments_Rott.pdf, fecha de visita: 24 de marzo de 2011.
- RUIZ MUÑOZ, MIGUEL. “Lección 1: Introducción a la protección jurídica de los consumidores”, EN BOTANA GARCÍA, GEMA. RUIZ MUÑOZ, MIGUEL (COORD.). *Curso sobre protección jurídica de los consumidores*, McGraw Hill Interamericana de España, S.A.U., Madrid, 1999.
- RUIZ SERRAMALERA, RICARDO. *Derecho civil, el negocio jurídico, elementos y eficacia del negocio jurídico, la representación*, Universidad Complutense, Madrid, 1980.
- SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, MARÍA BELÉN. “El Desistimiento ad nutum en los contratos con consumidores tras la Ley 44/2006 y el Texto Refundido 1/2007 de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias”. En *Actualidad Civil*, número 9, mayo de 2008, Editorial La Ley (La Ley 15974/2008). Documento localizable en www.laleydigital.es, fecha de consulta 23 de julio de 2012.
- SAN MIGUEL PRADERA, LIZ PAULA. “Comentario artículo 1124”, en DOMÍNGUEZ LUELMO, ANDRÉS (DIR.). *Comentarios al Código Civil*, LEX NOVA, S.A.U., Valladolid, 2010.
- SÁNCHEZ GÓMEZ, AMELIA. “Comentario al Artículo 102”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, RODRIGO. *Comentario del texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007)*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2009.
- SÁNCHEZ GOYANES, Enrique. *Constitución Española Comentada*, Thompson Editores Spain Paraninfo S.A., 23 edición actualizada, Madrid, 2005.
- SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, BLANCA. “Comentario artículo 644”, en DOMÍNGUEZ LUELMO, ANDRÉS (DIR.). *Comentarios al Código Civil*, LEX NOVA, S.A.U., Valladolid, 2010.

BIBLIOGRAFÍA

- SÁNCHEZ-CÍA, ÁNGEL L. *Multipropiedad, timesharing y aprovechamiento por turno. La Ley 42/1998. Comentario Jurídicos*, Editorial EDIJUS, Zaragoza, 1999.
- SENTIS MELENDO, SANTIAGO. *La prueba, los grandes temas del derecho probatorio*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1979.
- SERRANO ALONSO, EDUARDO. SERRANO GÓMEZ, EDUARDO. *Manual de derecho civil, curso I – Plan de Bolonia*, edita EDISOFER S.L., Madrid, 2011.
- SIERRA GIL DE LA CUESTA, IGNACIO. “Título II de la propiedad, Capítulo Primero de la propiedad en general”, en SIERRA GIL DE LA CUESTA, IGNACIO (COORD.). *Comentario del Código Civil, Libro II de los bienes, de la propiedad y sus modificaciones*, arts. 333 al 608, Editorial Bosch S.A., Barcelona, 2000.
- SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA (DIR.). *Lecciones de derecho penal, parte especial*, Editorial Atelier, Barcelona, 2011.
- SIRVENT GARCÍA, JORGE. *La oferta en contratos con consumidores*, edita Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009.
 - “El desistimiento del consumidor en la contratación bancaria electrónica” en *Perspectivas del Sistema Financiero. El Consumidor en la Contratación Bancaria Electrónica*, número 96, año 2009.
- SORIANO, RAMÓN. *Compendio de teoría general del derecho*, 2º edición, corregida y aumentada, Editorial Ariel S.A., Barcelona, 1993.
- STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE. RESEARCH GROUP ON EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP). *Principles. Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR)*. Documento localizable en http://ec.europa.eu/justice/contract/files/european-private-law_en.pdf, fecha de visita: 10 de agosto de 2012.
- TRUJILLO DÍEZ, IVÁN JESÚS. “El sobreendeudamiento de los consumidores”, documento localizable en <http://www.ecri.eu/new/system/files/13+Sobreendeudamiento-spanish-Trujillo.pdf>, fecha de visita: 15 de setiembre de 2012.
- UREÑA MARTÍNEZ, MAGDALENA. “Comentario al artículo 453”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, RODRIGO (COORD.). *Comentarios al Código Civil*, tercera edición, Editorial Aranzadi, Navarra, 2009.

- VAQUERO PINTO, MARÍA JOSÉ. “El Desistimiento unilateral en los contratos de duración indefinida”, en LLAMAS POMBO, EUGENIO (COORD). *Estudios de derecho de obligaciones. Homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez*. Editorial La Ley, Madrid, 2006.
- VÁSQUEZ-PASTOR JIMÉNEZ, LUCÍA. “Una aproximación al desistimiento unilateral: la experiencia italiana”. En *Revista de Derecho Patrimonial*, año 2009-1, número 22, editorial ARANZADI.
- VERGEZ, MERCEDES. ET AL. *Estudios de derecho mercantil en homenaje al profesor Manuel Broseta Pont*, Tomo III, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 1995.
- Vicente Rojo, José. *La constitución española de 1978*, Editorial Tébar, 1º edición, España, 2000.
- VIGURA PEREA, AGUSTÍN. *La protección del consumidor y usuario en el marco de los contratos de adhesión. Análisis comparado del derecho angloamericano*, Editorial COMARES, Granada, 1995.
- VILLALBA CUÉLLAR, JUAN CARLOS. “La noción de consumidor en el Derecho comparado y en el Derecho colombiano”, en *Universitas*, número 119, año 2009. Documento localizable en <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3130102>, fecha de visita: 6 de agosto de 2012.
- VON JHERING, RUDOLPH. *El espíritu del derecho romano en las diversas facetas de su desarrollo*, traducido por Enrique Príncipe y Satorres, editorial COMARES, S.L., Granada, 1998.
- VON TUHR, ANDREAS. *Clásicos del pensamiento jurídico: Derecho civil, volumen I, los derechos subjetivos y el patrimonio*, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid, 1998.
 - *Tratado de las obligaciones*, traducción por W.Roces, Editorial Comares, S.L., Granada, 2007.
- WEBER, MAX. *Economía y Sociedad. Esbozo de sociología comprensiva*, traducción de JOSÉ MEDINA ECHAVARRÍA, JUAN ROURA PARELLA, EUGENIO IMAZ, EDUARDO GARCÍA MÁYNEZ Y JOSÉ FERRATER MORA, segunda edición, Editorial Fondo de Cultura Económica, México, 1964.

BIBLIOGRAFÍA

- ZAFORTEZA FORTUNY, MARIANO. “El desistimiento unilateral en el contrato relativo a derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico”, en ZAFORTEZA FORTUNY, MARIANO (DIR.). *Propiedad horizontal y Derecho real de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2002.
- ZIMMERMANN, REINHARD. *El nuevo Derecho Alemán de obligaciones, un análisis desde la historia y el derecho comparado*, traducción de Esther Arroyo i Amayuelas, Editorial Bosch, S.A., Barcelona, 2008.

Normativa:

Europa:

- Directiva 85/577/CE, referente a la protección de los consumidores en el caso de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales.
- Directiva 1987/102/CEE, de 22 diciembre de 1987, relativa a la aproximación de las disposiciones legales reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de crédito al consumo.
- Directiva 1997/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 1997, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia.
- Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 8 de junio de 2000 sobre determinados aspectos jurídicos del comercio electrónico en el mercado interior.
- Directiva 2002/65/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores, y por la que se modifican la Directiva 90/619/CEE del Consejo y las Directivas 97/7/CE y 98/27/CE.

- Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, que modifica la Directiva 84/450/CEE del Consejo, las Directivas 97/7/CE, 98/27/CE y 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y el Reglamento (CE) no 2006/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo («Directiva sobre las prácticas comerciales desleales»).
- Directiva 2008/48/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2008, relativa a los contratos de crédito al consumo y por la que se deroga la Directiva 87/102/CEE del Consejo.
- Directiva 2008/122/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de enero de 2009 relativa a la protección de los consumidores con respecto a determinados aspectos de los contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio.
- Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, de 1 de diciembre de 2009.
- 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.
- Reglamento 44/2001/CE, Bruselas I, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.
- Reglamento 593/2008/CE, Roma I, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales.

España:

- Real Decreto de 24 de julio de 1889, Código Civil
- Texto Refundido según Decreto de 8 de febrero de 1946, Ley Hipotecaria.
- Ley 50/1965, de 17 de julio, Sobre Ventas de Bienes Muebles a Plazos.

BIBLIOGRAFÍA

- Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro.
- Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.
- Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad.
- Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal.
- Ley 26/1991, de 21 de noviembre, de Contratos Celebrados Fuera de Establecimiento Mercantil
- Ley 21/1995, de 6 de julio, Reguladora de los Viajes Combinados.
- Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.
- Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista.
- Ley 7/1998, de 13 de abril de 1998, Sobre Condiciones Generales de la Contratación.
- Ley 28/1998, de 13 de julio, de Venta a Plazos de Bienes Muebles
- Ley 42/1998, de 15 de diciembre, Reguladora de los Derechos de Aprovechamiento por Turno de Bienes Inmuebles de Uso Turístico
- Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.
- Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, Reguladora del Derecho de Asociación.
- Ley 34/2002 de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico
- Ley 23/2003, de 10 de julio, de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo.
- Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de Mejora de la Protección de los Consumidores y Usuarios
- 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
- Ley 22/2007, de 11 de julio. Sobre Comercialización a Distancia de Servicios Financieros Destinados a los Consumidores.
- Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito.

- Ley 29/2009, de 30 de diciembre, por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios.
- Ley 16/2011, de 24 de junio, Contratos de Crédito al Consumo.
- Real Decreto-ley 8/2012, de 16 de marzo, de Contratos de Aprovechamiento por Turno de Bienes de Uso Turístico, de Adquisición de Productos Vacacionales de Larga Duración, de Reventa y de Intercambio.

Jurisprudencia:

Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas:

- STJCE, de 21 de junio de 1978. Asunto Bertrand contra Paul Ott KG. (Asunto 150/77).
- STJCE (Sala Primera), de 14 de marzo de 1991. Asunto Penal contra Patrice di Pinto. (TJCE 1991/155).
- STJCE (Pleno), de 19 de enero de 1993. Asunto Shearson Lehman Hutton Inc. contra TVB Treuhandgesellschaft für Vermögensverwaltung und Beteiligung. (TJCE 1993/7).
- STJCE (Sala Sexta), de 3 de julio de 1997. Asunto Francesco Benincasa contra Dentalkit Srl. (TJCE 1997/142).
- STJCE (Sala Quinta), de 17 de marzo de 1998. Asunto Bayerische Hypotheken und Wechselbank AG, contra, Edgar Dietzinger. (TJCE 1998/52).
- STJCE (Sala Quinta), de 16 de julio de 1998. Asunto Gut Sprigenheide GmbH y Rudolf Tusky, contra, Oberkreisdirektor des Kreises Steinfurt Amt für Lebensmittelüberwachung. (TJCE 1998/174).
- STJCE (Sala Quinta), de 28 de enero de 1999. Asunto Verbraucherschutzverein Ev, contra, Sektkellerei G. C. Kessler GmbH und Co. (TJCE 1999/16).
- STJCE (Sala Tercera), de 22 de abril de 1999. Asunto Travel Vac, S.L., contra, Manuel José Antelm Sanchís.

BIBLIOGRAFÍA

- STJCE (Sala Primera), de 4 de abril de 2000. Asunto Verein gegen Unwesen in Handel und Gewerbe Köln eV, contra, Adolf Darbo AG. (TJCE 2000/70).
- STJCE (Sala Sexta), de 11 de julio de 2002. Asunto Penal contra Rudolf Gabriel. (TJCE 2002/228).
- STJCE (Sala Segunda), de 20 de enero de 2005. Asunto Johann Grube,r contra, Bay Wa AG. (TJCE 2005\24).
- STJCE (Sala Segunda), de 20 de enero de 2005. Asunto Petra Engler, contra, Janus Versand GmbH. (TJCE 2005/23).
- STJCE (Sala Primera), de 10 de marzo de 2005. Asunto esyCar (UK) Ltd, contra, Office of Fair Trading. (TJCE 2005/66).
- STJCE (Sala Primera), de 17 de abril de 2008. Asunto Quelle AG, contra, Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände. (TJCE 2008/89).
- STJCE (Sala Primera), de 17 de diciembre de 2009. Asunto Eva Martín Martín, contra, EDP Editores, SL. (TJCE 2009\397).
- STJCE (Sala Cuarta), de 15 de abril de 2010. Asunto Handelsgesellschaft Heinrich Heine GmbH, contra, Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen eV. (TJCE 2010/99).

Tribunal Constitucional:

- STC número 37/1981, de 16 de noviembre, ponente don Francisco Rubio Llorente (RTC 1981/37).
- STC número 71/1982, de 30 de noviembre, ponente: don Jerónimo Arozamena Sierra. (RTC 1982/71).
- STC número 124/2003, de 19 de junio, ponente doña Elisa Pérez Vera. (RTC 2003/124).
- STC número 164/2006, de 24 de mayo, ponente don Pascual Sala Sánchez. (RTC 2006/164).
- STC número 11/1981, de 8 de abril de 1981, ponente: don Luis Díez-Picazo y Ponce de León. (RTC 1981\11).

Tribunal Supremo:

- STS (Sala de lo Civil), número 4832/1992 de 30 de mayo, ponente Excmo Sr. Alfonso Villagómez Rodil (RJ 1992/4832).
- STS (Sala de lo Civil). número 977/1995 de 13 noviembre, ponente Excmo Sr. José Almagro Nosete (RJ\1995\8601).
- STS (Sala de lo Civil, Sección 1º), número 679/2005, de 29 de setiembre, ponente: Excmo Sr. Pedro González Poveda (RJ 2005/8892).
- STS (Sala de lo Civil, Sección 1º), número 501/2008 de 3 de junio, ponente Excmo Sr. Xavier O'Callaghan Muñoz (RJ 2008/4170).
- STS (Sala de lo Civil, Sección 1º), número 114/2010, de 15 de marzo, ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana. (RJ 2010/2347).

Audiencias Provinciales:

- SAP Barcelona (Sección 13), número 544/2008, de 9 octubre de 2008, ponente: Ilmo. Sr. D. Juan Bautista Cremades Morant. (AC 2008\1681).
- SAP Barcelona (Sección 16), número 234/1998, de 23 de junio. Ponente: Ilmo. Sr. D. Jordi Seguí Puntas. (AC 1998/1334).
- SAP Barcelona (Sección 12), de 5 de octubre de 1998. Ponente: Ilmo. Sr. Pascual Ortuño Muñoz. (AC 1998/1858).
- SAP Alicante (Sección 4), número 99/2000, de 10 de febrero, ponente Ilmo. Sr. D. Manuel Benigno Florez Menéndez. (AC 2000/580).
- SAP Navarra (Sección 2), número 119/2002 de 4 de febrero. Ponente: Ilmo. Sr. D. José Francisco Cobo Sáenz. (JUR 2003/76130).
- SAP Valencia (Sección 7), número 103/2003 de 21 de febrero. Ponente: Ilma Sra. Pilar Cerdán Villalba. (AC 2003/1291).
- SAP Alicante (Sección 5), número 449/2003, de 12 de setiembre, ponente desconocido. (JUR 2003/237589).
- SAP Tarragona (Sección 1), número 280/2003, de 24 de setiembre. Ponente: Ilmo. Sra. Sara Uceda Sales. (JUR 2003/258202).

BIBLIOGRAFÍA

- SAP Málaga (Sección 5), número 923/2005, de 15 de setiembre. Ponente: Illma. Sra. Inmaculada Melero Claudio. (JUR 2006/30498).
- SAP. Málaga (Sección 5), número 1128/2005, de 29 de octubre, ponente Illma Sra. Inmaculada Melero Claudio. (AC 2006/479).
- SAP Zamora (Sección 1), número 79/2006 de 21 de marzo, ponente: Ilmo. Sr. D. Pedro Jesús García Garzón. (JUR 2006/126781).
- SAP Barcelona (Sección 13), número 544/2008, de 9 octubre, ponente: Ilmo. Sr. D. Juan Bautista Cremades Morant. (AC 2008/1681).
- SAP Murcia (Sección 5), número 298/2009, de 15 de setiembre, ponente: Ilmo. Sr. D. Miguel Ángel Larrosa Amante. (AC/2010/645).
- SAP Madrid (Sección 21), número 185/2010, de 27 de abril, ponente Ilmo. Sr. D. Ramón Belo González. (JUR 2010/232470).
- SAP Granada (Sección 4), número 266/2010 de 18 de junio, ponente: Ilmo. Sr. Juan Francisco Ruiz-Rico Ruiz. (JUR 2011/74118).
- SAP Albacete (Sección 1), número 491/2011, de 25 de marzo, ponente: Ilmo. Sr. D. Manuel Mateos Rodríguez. (AC 2011/471).
- SAP Murcia (Sección 5), número 129/2011, de 3 de mayo, ponente: Ilmo. Sr. D. José Manuel Nicolás Manzanares. (AC 2011/1204).
- SAP Valencia (Sección 7), número 574/2011, de 3 de noviembre, ponente: Illma Sra. Doña María Ibañez Solaz. (JUR 2012\42146).
- SAP Asturias (Sección 5), número 117/2012, de 23 de marzo, ponente: Illma. Sra. María José Pueyo Mateo. (JUR 2012\131344).

Páginas de Internet:

- http://economia.elpais.com/economia/2012/04/19/actualidad/1334862142_848426.html, fecha de visita: 9 de julio de 2012.
- http://economia.elpais.com/economia/2012/07/13/actualidad/1342188676_460846.html, fecha de visita: 14 de julio de 2012.
- <http://lema.rae.es/drae/?val=desistir>, fecha de visita: 91 de julio de 2012.
- <http://www.carrefour.es/ayuda/#p59>, fecha de visita: 12 de marzo de 2010.

- http://www.consumo-inc.gob.es/informes/docs/CCC_CONSULTAS99.pdf, fecha de visita: 20 de abril de 2012.
- <http://www.elcorteingles.es/comun/eci/informacion/devolver.asp>, fecha de visita: 26 de marzo de 2010.
- <http://www.elcorteingles.es/comun/eci/informacion/devolver.asp>, fecha de visita: 26 de marzo de 2010.
- http://www.finanzas.com/noticias/economia/2010-07-12/314248_crisis-permanecera-economia-espanola-hasta.html, fecha visita: 28/Octubre/2010.
- <http://www.libertaddigital.com/economia/espana-registrara-la-mayor-caida-del-consumo-privado-de-su-historia-1276356186/>, fecha visita: 15/Diciembre/2009.
- <http://www.microsoft.com/latam/softlegal/basics/activation/mpafaq.aspx>, fecha de visita: 3 de abril de 2012.
- <http://www.ocu.org/organizacion/>, fecha de visita: 8 de diciembre de 2011.
- <http://www.uniondeconsumidores.info/php/quienessomos.php>, fecha de visita: 8 de diciembre de 2011.
- http://www.visaeurope.es/es/visa_para_comercios/c%C3%B3mo_funciona/tasa_de_descuento.aspx, fecha de visita: 20 de abril de 2012.
- <https://www.facua.org/es/sobrefacua.php?Id=29>, fecha de visita: 8 de diciembre de 2011.
- <http://www.promocionesinteractivas.com/granini/>, fecha de visita: 18 de agosto de 2012.