

# La contratación mediante formularios en el Derecho privado alemán de consumo

Johann Kindl

Facultad de Derecho  
Universität Münster (Alemania)

### *Abstract\**

*El legislador alemán de los últimos tiempos se ha caracterizado por la puesta a disposición de los operadores jurídicos de formularios que consisten en una especie de instrucciones sobre la correcta aplicación del Derecho. El ejemplo más importante y también más conocido de prototipo legalmente privilegiado es el de los formularios que informan al consumidor sobre su derecho a desistir, que se añaden en la Ley de Introducción al Código Civil alemán (EGBGB) en forma de Anexo. La experiencia no ha estado exenta de problemas. De hecho, su utilización puede considerarse realmente ventajosa solo a partir de 2010. Y todavía subsisten dudas sobre los efectos que pueden tener las modificaciones introducidas en el modelo oficial de instrucciones.*

*In the last years, the German legislator has been characterized by the provision of legal model instructions on the correct application of the law. The most important and well-known example of a legally privileged prototype is a model informing the consumer about his or her right of withdrawal, which are included in the Law of Introduction to the German Civil Code (EGBGB) in the form of an annex. However, the experience demonstrated some problems. In fact, it's only since 2010 that its use can be considered advantageous. There are still doubts about the effects that the modifications introduced in the official model of instructions can have.*

*Title:* Model contracts in German private consumer law

*Palabras clave:* derecho alemán, derecho de desistimiento, ley de protección al consumidor, Modelo de documento de información al consumidor sobre el desistimiento, el trato privilegiado, ficción de legalidad, la perspectiva del comerciante al derecho de desistimiento, caducidad del derecho de desistimiento, el uso correcto de instrucciones para la cumplimentación, consecuencias legales de anexos al modelo de documento de información.

*Keywords:* German law, European right of withdrawal, consumer protection law, Model instructions on withdrawal, statutory privileged models, fiction of legality, trader's perspective on the right of withdrawal, forfeiture of the right of withdrawal, correct application of instructions for completion, legal consequences of amendments to model instructions.

---

\* Traducción del original alemán al castellano de Esther Arroyo Amayuelas, Titular de la Cátedra Jean Monnet de Derecho privado europeo en la Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona, a quien el autor agradece su disponibilidad.

## *Sumario*

1. Introducción
2. El legislador alemán y los formularios sobre el derecho a desistir
  - 2.1. El punto de partida: La complejidad del Derecho privado de protección de los consumidores
  - 2.2. La reacción del legislador: la puesta a disposición de formularios o muestras privilegiadas
  - 2.3. La experiencia previa
  - 2.4. ¿El fracaso de la legislación?
    - a. Formularios defectuosos
    - b. El uso incorrecto del formulario
  - 2.5. Conclusiones

## 1. Introducción

En los últimos tiempos, el legislador alemán ha ido poniendo formularios jurídicos a disposición de los usuarios y su correcta utilización la compensa con la atribución de privilegios legales.<sup>1</sup> Como ejemplo pueden citarse los modelos que se encuentran en el anexo al § 2, párrafo 1º de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada (GmbHG), que facilitan y simplifican la creación de este tipo de sociedades. Además, las disposiciones del Anexo al § 60 AO pueden ser incluidas en los Estatutos de las asociaciones y otras entidades a las que la norma se refiere, lo cual les permite ser reconocidas como entidades de utilidad pública o beneficencia y gozar de beneficios fiscales. Debe hacerse notar, sobre todo, la tendencia a privilegiar la utilización de formularios en el Derecho privado de protección de los consumidores. El ejemplo más importante en la práctica es el de los formularios que informan sobre el derecho a desistir. Se pueden definir como una especie de hoja de instrucciones que el legislador proporciona al empresario con el fin de facilitarle el cumplimiento de sus obligaciones contractuales y, en particular, los deberes de información impuestos legalmente. Las páginas que siguen tienen por objeto la explicación de este fenómeno.

## 2. El legislador alemán y los formularios sobre el derecho a desistir

Como cualquier particular, el legislador puede proporcionar a los operadores jurídicos “instrucciones de uso” en forma de modelos de contrato o formularios, que no tienen otra finalidad que la de facilitar la aplicación de las normas. Pero además, el legislador – esta vez a diferencia de los particulares- está en disposición de vincular determinados privilegios al uso de tales formularios. Como ya se ha adelantado en la introducción, el legislador alemán ha considerado que su puesta a disposición era una necesidad especialmente sentida en el ámbito de las relaciones de consumo, con el fin de facilitar al empresario el cumplimiento de los deberes de información a que legalmente está obligado.

### 2.1. El punto de partida: La complejidad del Derecho privado de protección de los consumidores

Lo anterior se explica, fundamentalmente, a la vista de la complejidad del Derecho privado de protección de los consumidores. Muchas veces se ha observado con cierto lamento que los cambios profundos y continuados y la frecuente introducción de nuevas distinciones dificulta enormemente estar al día y tener una visión completa y coherente del panorama jurídico.<sup>2</sup> Finalmente, el 13 de junio de 2014, con la transposición de la Directiva sobre los derechos de los

---

<sup>1</sup> Sobre el particular, *vid.* la tesis doctoral de DAMLER (2015).

<sup>2</sup> SCHÜRNBRAND (2015), p. 974.

consumidores<sup>3</sup>, parece haberse puesto un punto y final, por lo menos de forma provisional, a un desarrollo del Derecho privado europeo más bien accidentado y respecto del cual el operador jurídico ha tenido la sensación de hallarse ante una obra en permanente construcción.<sup>4</sup> A ello se añade que el Derecho privado de consumo está fuertemente impregnado de la legislación europea y condicionado por los requisitos que esta impone.<sup>5</sup> Son de gran importancia práctica reglas de derivación europea, como las que regulan el derecho a desistir. Este derecho se encuentra regulado tanto en la Directiva sobre los derechos de los consumidores ya mencionada, como en la Directiva sobre crédito al consumo, la Directiva sobre comercialización a distancia de servicios financieros, o la Directiva sobre contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico.<sup>6</sup> Son directivas, por cierto, de plena armonización<sup>7</sup>, a diferencia de la Directiva sobre el crédito inmobiliario, recientemente transpuesta en el Derecho alemán<sup>8</sup>, que es de armonización mínima. La mayoría de derechos de desistimiento regulados en el BGB son de derivación europea (§§ 312g, 485, 495, 506.1 BGB); otros, por el contrario, no (se trata de derecho puramente nacional: es lo que se conoce como regulación autónoma) y se regulan al margen del BGB (§§ 8.1 VVG, 4 FernUSG, 305 KAGB; pero también §§ 510.2, 514.2, 515 BGB).

Podría pensarse que los destinatarios inmediatos de esas normas no tendrían por qué preocuparse ni por la vigencia temporal de las normas, ni por la compatibilidad de las medidas legislativas nacionales adoptadas con ocasión de la transposición de las de derivación europea. Si se prefiere decir de otro modo, parecería lógico que el empresario a quien el Derecho privado de consumo impone numerosos deberes y, en particular, deberes de información, solo tuviera que cumplir con las normas según la redacción que tuviera en el momento en que debieran aplicarse. Y, desde ese punto de vista, resulta evidente que el empresario tampoco podría evitar el riesgo de que las normas que debe aplicar no fueran conformes con el Derecho europeo. El problema es que si el riesgo de esa falta de conformidad aumenta porque -como sucede en el Derecho privado de consumo- los requisitos que impone la Directiva se imponen casi por completo a toda la regulación y, además, se trata de una regulación de gran complejidad, entonces, en cierto modo, habría que empezar a preocuparse por la mala suerte del empresario que se sirve de normas

---

<sup>3</sup> Directiva 2011/83/UE, de 25.10.2011 (DO L 304, p. 62).

<sup>4</sup> *Münchener Kommentar zum BGB/Wendehorst*, 7ª ed., 2016, § 312 Rn. 2. Para los avatares, en castellano, ARROYO AMAYUELAS (2014), pp. 201 ss.; TWIGG-FLESNER (2012), pp. 81 ss.

<sup>5</sup> Sobre las consecuencias metodológicas a que ello da lugar en la aplicación del Derecho civil, ampliamente, GSELL (2014), pp. 99 ss.

<sup>6</sup> Directiva 2008/48/EU, de 23.4.2008 (DO L 133, p. 66); Directiva 2002/65/EU, de 23.9.2002 (DO L 271, p. 16); Directiva 2008/122/EU, de 14.1.2009 (DO L 33, p. 10).

<sup>7</sup> BÜLOW y ARTZ(2016), Rn. 116.

<sup>8</sup> Directiva 2014/17/EU, de 4.2.2014 (DO L 60, p. 34), transpuesta mediante la Ley de 21.3.2016, de transposición de la Directiva sobre crédito inmobiliario y de modificación de las disposiciones mercantiles (*Gesetz zur Umsetzung der Wohnimmobilienkreditrichtlinie und zur Änderung handelsrechtlicher Vorschriften*, (BGBl. I p. 396). Los materiales pueden consultarse en: <http://www.bundesgerichtshof.de/DE/Bibliothek/GesMat/WP18/W/Wohnimmobilienkreditr.html> (Diciembre 2016). Sobre el particular, SPITZER (2016), pp. 425 ss.

incorrectas. El ejemplo más conocido de que el empresario no siempre permanece a salvo de sorpresas desagradables como consecuencia de la aplicación de un Derecho técnicamente defectuoso es la STJUE *Heininger*.<sup>9</sup> El TJUE consideró aplicable la Directiva 85/577/CEE, sobre negocios concluidos fuera de establecimiento comercial, a los contratos de crédito garantizados con un derecho real y, además, decidió que el legislador nacional no podía limitar a un año el ejercicio del derecho de desistimiento cuando el profesional no había informado al consumidor sobre la existencia de ese derecho.

A diferencia de lo que sucede con la adecuación de las normas nacionales al Derecho europeo, el empresario sí que debe estar necesariamente al tanto de la dinámica de las leyes de protección al consumidor, con el fin de evitar errores resultantes de la aplicación de normas que, o bien ya no son vigentes, o bien todavía no han llegado a ser Derecho aplicable. Además, la sistemática -no muy clara todavía- del Derecho de consumo debería contribuir a que los empresarios no infringieran sus deberes legales. Los distintos derechos de desistimiento de que pueden disponer los consumidores se encuentran regulados en distintos lugares, según ya se ha indicado más arriba; las disposiciones relativas al plazo, el ejercicio y las consecuencias de los respectivos derechos están reguladas en los §§ 355 ss BGB; por el contrario, por razones de claridad, la regulación del contenido y las modalidades de los deberes de información a que viene obligado el empresario han sido desplazados y se hallan en la Ley de Introducción al BGB (EGBGB).<sup>10</sup> De este modo, como con fortuna se ha señalado, el operador jurídico se coloca en la necesidad de observar tres complejos de reglas distintas.<sup>11</sup> Por un lado, las que permiten saber dónde se regula el derecho a desistir (en leyes especiales o en el BGB); por otro, las que permiten saber cuáles son las consecuencias del ejercicio del derecho (§ 355 BGB ss); y, finalmente, las que indican cuáles son los deberes de información del empresario, entre los cuales se encuentra el derecho a desistir (EGBGB). Se da la circunstancia, además, de que los requisitos para que pueda dar comienzo el plazo de ejercicio del derecho no están unificados. Así, mientras que en la mayoría de supuestos la información sobre el derecho a desistir se debe proporcionar en un formulario expresamente previsto al efecto, junto con el contrato, en el préstamo al consumo esa mención forma parte del contenido obligatorio del contrato (§ 492 párrafo 2 BGB).<sup>12</sup> Es posible que la razón por la que el empresario no pueda cumplir correctamente, sea, sencillamente, el elevadísimo número de

---

<sup>9</sup> STJUE 13. 12. 2001 (NJW 2002, 281). *Vid.* LECHNER (2015), pp. 2165, p. 2166, a propósito del derecho “eterno” a desistir y la falta de congruencia entre la norma alemana y la Directiva sobre ventas fuera de establecimiento comercial. En España, EBERS y ARROYO AMAYUELAS (2006), pp. 409 ss.

<sup>10</sup> De todos modos, se ha dado un gran paso con la transposición de la Directiva sobre derechos de los consumidores, porque la norma ha regulado de forma unitaria el derecho a desistir en los contratos a distancia y fuera de establecimiento. *Vid.* HEIDERHOFF (2016), Rn. 322.

<sup>11</sup> *Münchener Kommentar zum BGB/Wendehorst* (n. 4), § 312d Rn. 3, que, por lo demás, considera la redacción del § 312 BGB bastante desafortunada (*op. cit.* Rn. 9).

<sup>12</sup> Para una posible presentación exitosa, *vid.* BÜLOW y ARTZ (2016), Rn. 127 ss. Llama la atención sobre el paralelismo con la información sobre el derecho a desistir, *Münchener Kommentar zum BGB/Schürnbrand* (n. 4) § 492 Rn. 28.

menciones obligatorias en el contrato que se le imponen legalmente.<sup>13</sup>

## **2.2. La reacción del legislador: la puesta a disposición de formularios o muestras privilegiadas**

El legislador ha puesto a disposición de empresario algunas muestras o modelos, con el fin de facilitarle el cumplimiento de las exigencias legales. Actualmente, se encuentran todas en anexos a la EGBGB. A su correcta utilización se anuda la ficción de que el empresario cumple correctamente sus deberes de información. Actualmente existen nueve modelos y prácticamente todos –aparte del referido al derecho de desistimiento– tienen que ver con los deberes de información que debe cumplir el empresario. Como se puede apreciar en la descripción que sigue, por un lado se trata de formularios que informan sobre el derecho a desistir; y, por otro lado, se trata de formularios con las menciones obligatorias de la información precontractual que necesariamente debe proporcionar el empresario:

### 1) Modelo sobre el derecho a desistir en:

- Contratos fuera de establecimiento mercantil y a distancia, hecha excepción de los contratos sobre servicios financieros: Anexo 1 (al art. 246a § 1 párrafo 1, frase 2 EGBGB);
- Contratos fuera de establecimiento mercantil y a distancia sobre servicios financieros: Anexo 3 (al art. 246b § 2 párrafo 3 EGBGB);
- Contratos de préstamo gratuitos entre un empresario en calidad de prestamista y un consumidor como prestatario: Anexo 9 (al art. 246 párrafo 3 EGBGB).

### 2) Modelo sobre la información acerca del derecho a desistir en:

- Contratos de préstamo al consumo, en general: Anexo 7 (al art. 247 § 6 párrafo 2 y § 12 párrafo 1 EGBGB);
- Contratos inmobiliarios de préstamo al consumo: Anexo 8 (al art. 247 § 6 párrafo 2 y § 12 párrafo 1 EGBGB).

### 3) Información estandarizada:

- Información estandarizada europea para créditos al consumo: Anexo 4 (al art. 247 § 2 EGBGB);
- Información estandarizada europea para créditos al consumo en caso de créditos al descubierto y reestructuración de deuda: Anexo 5 (al art. 247 § 2 EGBGB);
- Hoja estandarizada europea (Ficha Europea de Información Normalizada, FEIN): Anexo 6 (al art. 247 § 1 párrafo 2 EGBGB)

---

<sup>13</sup> HEIDERHOFF (2016), Rn. 312 y Rn. 248 ss. Igualmente crítico con los desbordantes deberes de información que se imponen al empresario, KOCH(2014), pp. 128, p. 133.

Como ejemplo de instrucciones privilegiadas puede servir el art. 246a § 1 párrafo 2 frase 2 EGBGB:

"El empresario puede cumplir con estos deberes de información, siempre que proporcione, en la forma del texto, el modelo que se contiene en el Anexo 1 con las instrucciones para el ejercicio del derecho de desistimiento".

Ahora bien, en general, el empresario es libre de hacer uso de la posibilidad que le brinda el legislador. Sólo es obligatoria la utilización de la información estandarizada europea para los créditos al consumo, así como la Ficha Europea de Información Normalizada (FEIN) para los préstamos al consumo sobre bienes inmuebles (art. 247 § 2 párrafo 2 y § 1 párrafo 2, frase 2 EGBGB).

Las explicaciones sobre la finalidad perseguida por el legislador con la puesta a disposición de tales modelos o instrucciones se pueden encontrar en los materiales que sirvieron para redactar la Ley de Modernización del Derecho de obligaciones. Tales formularios encontraron acomodo por primera vez en el curso de esa reforma y, más precisamente, en el contexto del Derecho privado de protección de los consumidores y se regularon mediante un anexo al BGB-InfoV.<sup>14</sup>

El informe de la Comisión legislativa afirma lo siguiente:

"La Comisión es consciente de que a los empresarios no les es nada fácil cumplir, sin temor a equivocarse, con los cada vez mayores deberes de información que, por supuesto, son esenciales para la protección de los consumidores. Es crucial, tanto para los empresarios como para los consumidores, una formulación correcta de las instrucciones sobre el derecho a desistir y su correcta vinculación con las informaciones debidas a estos últimos. La experiencia demuestra que siempre surgen diferencias sobre si la empresa ha informado correctamente sobre el derecho a desistir o a retornar el producto. Por tanto, en aras a la simplificación de las prácticas comerciales y la justicia y la seguridad jurídica, a la Comisión le ha parecido oportuno fijar de forma uniforme y mediante reglamento el contenido legalmente exigido, así como su organización interna".<sup>15</sup>

Dicho más directamente y con otras palabras, se trata de proteger al empresario mediante la simplificación de las transacciones, con el fin de facilitar la seguridad jurídica y, por ende, también la justicia. Además, con ello el consumidor consigue tener unas condiciones precontractuales estandarizadas susceptibles de ser comparadas unas con otras, que es algo que, naturalmente, le ha de permitir decidir con mayor facilidad cuál es la oferta que más le conviene.<sup>16</sup>

---

<sup>14</sup> *Verordnung über Informationspflichten im bürgerlichen Recht* (Reglamento sobre los Deberes de información en el Derecho civil), de 2.1.2000 (BGBl. I, p. 342).

<sup>15</sup> *Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses zum Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts* (Recomendaciones finales e Informe de la Comisión legislativa sobre el Proyecto de Ley de modernización del Derecho de obligaciones) (*BT-Drucks.* 14/7052, de 9.10.2001, p. 208). A propósito de la finalidad del modelo con instrucciones sobre el Derecho a desistir, *vid.* todavía SCHMIDT-KESSEL y SCHAFFER (2013), pp. 2241 ss, pp. 2243 ss. Sobre los formularios, en general, y con detalle, DAMLER (2015), pp. 55-70.

<sup>16</sup> De esta opinión, SCHÜRNBRAND (2015), pp. 974 ss, p. 975.



### 2.3. La experiencia previa

A pesar de las declaraciones de buenas intenciones, el uso de formularios podría calificarse, todo lo más y con cierta benevolencia, como una experiencia mediocre. El simple hecho de que los formularios de desistimiento se hubieran tenido que modificar hasta seis veces entre 2004 y 2011<sup>17</sup> permite pensar que no se hicieron realidad las proclamadas necesidades de “seguridad jurídica” y “facilitación de las transacciones”. Lo corroboraría un estudio del año 2007, donde se afirma que la razón por la cual los empresarios resultan amonestados con mayor frecuencia es la existencia de errores en las instrucciones.<sup>18</sup> Para comprobar el fracaso evidente del legislador, a pesar de todas las molestias que este se ha tomado, basta echar una ojeada a las estadísticas realizadas por la Central de Consumo de Hamburgo entre 2014 y 2015<sup>19</sup>: A partir de una muestra de más de 3.300 contratos de crédito inmobiliario, la conclusión es que más de un 80% de las instrucciones sobre el desistimiento eran incorrectas. El resultado es desastroso y lo es aunque no se pueda perder de vista que una central de consumo no es necesariamente neutra en sus posicionamientos. Si los formularios no estaban libres de errores, probablemente habrá que concluir que el legislador no ha sido ajeno a ese desastre.

Algunos ejemplos servirán para ilustrar lo que se quiere decir. Es evidente, por ejemplo, que la frase que literalmente afirma que “[E]l plazo no puede empezar antes de que se reciban las instrucciones”, no permite al consumidor saber exactamente cuándo comienza el plazo.<sup>20</sup> Por lo demás, según la jurisprudencia del BGH sobre los principios que rigen las sociedades irregulares, el desistimiento de una inversión en un fondo inmobiliario revestido de forma societaria solo tiene eficacia *ex nunc*.<sup>21</sup> Por consiguiente, tras el desistimiento, el inversor solo puede pretender una restitución que se debe calcular según el valor que tenga su participación en el momento en que haga valer el derecho a la devolución; no, de acuerdo con el valor que la misma tenía en el momento en que realizó la inversión. Eventualmente, deberá incluso pagar su parte por las deudas de la sociedad. Desde luego, la frase: “[S]i el desistimiento se ejerce eficazmente, deberá

---

<sup>17</sup> Vid. BRAUNSCHMIDT (2014), pp. 1558 ss, p. 1559, que, por lo demás, hace notar que fue en 2010 cuando por primera vez se introdujo un formulario especial para los préstamos al consumo; parte de esas instrucciones pueden consultarse en: <http://www.finanztip.de/baufinanzierung/fehlerhafte-widerrufsbelehrung-darlehen/> (Diciembre 2016); para los formularios actuales, *vid.* lo que ya se ha dicho en el texto.

<sup>18</sup> A ese estudio se refiere FRÖHLISCH (2007), pp. 749 ss. *Vid.* también el informe de la Comisión encargada de la redacción del proyecto de ley para la transposición de la directiva sobre crédito inmobiliario, *BT-Drucks.* 18/7584, p. 146: “En consecuencia, hubo mayores amonestaciones a los empresarios que utilizaron los formularios”.

<sup>19</sup> Disponible en <http://www.vzh.de/baufinanzierung/311059/immobilienkredit-jetzt-widerruf-pruefen.aspx> Para los detalles, <http://www.finanztip.de/baufinanzierung/fehlerhafte-widerrufsbelehrung-darlehen/> última consulta de ambos documentos, diciembre 2016).

<sup>20</sup> Cf. BGH 01.12.2010 (NJW 2011, p. 1061). La frase se encontraba en el Anexo 2 al § 14 párrafos 1 y 3 BGB-InfoV (BGBl. 2004 I, p. 3102). Por cierto, en el caso a que dio lugar la sentencia del BGH, el empresario no se había servido del formulario.

<sup>21</sup> BGH 12.07.2010 - Friz II (NJW 2010, p. 3096); además, BGH 18.3.2014, Rn. 10 ss (NJW 2014, p. 2022). Sobre la conformidad de esa jurisprudencia con las directivas, *vid.* STJUE 15.04.2010 - Fritz, Rn. 35 ss (NJW 2010, p. 1511).

producirse una restitución recíproca de los beneficios recibidos” es completamente ambigua y no expresa correctamente esas consecuencias.<sup>22</sup>

Son particularmente desagradables las consecuencias derivadas de la poca fiabilidad del formulario en los préstamos al consumo, porque una información incorrecta puede traer consigo un proverbial derecho “eterno” a desistir (cf. § 356a párrafo 3, frase 3 y párrafo 4, frase 2 BGB).<sup>23</sup> No ocurre así en los contratos de consumo de crédito inmobiliario. Aquí el legislador ha dado una regla especial, a propósito de la transposición de la Directiva 2014/17. En particular, el § 356b párrafo 2, frase 4 BGB contempla un derecho de extinción absoluto, si bien solo se aplica a los contratos concluidos a partir del 21.03.2016.<sup>24</sup> Los contratos concluidos entre el 1.9.2002 y el 10.6.2010 (incluida esta fecha) tienen un régimen transitorio especial. De ellos se podía desistir hasta el 21.6.2016, siempre que la información sobre el derecho a desistir se hubiera proporcionado, aunque fuera de modo incorrecto (art. 229 § 38 párrafo 3 EGBGB).<sup>25</sup> Por el contrario, para los numerosos contratos concluidos en el periodo que iba entre el 11.06.2010 y el 20.03.2016, el legislador confió en la solución de los formularios, esto es, no preveía la extinción del derecho por considerar que la corrección de los formularios lo hacía innecesario.<sup>26</sup> Para todas esas hipótesis, una posible pérdida del derecho de desistimiento solo sería posible si se confía en el lema: “[S]i ya no sabes qué hacer o a dónde acudir, deja actuar a la buena fe”.<sup>27</sup> Aun así, los requisitos para que pueda apreciarse un ejercicio desleal (*Verwirkung*) del derecho a desistir solo se darán, muy probablemente, en contadas excepciones.<sup>28</sup> El BGH todavía no se ha pronunciado sobre la existencia de *Verwirkung* ante un posible derecho “eterno” a reclamar y, de momento, los tribunales inferiores no muestran gran acuerdo: mientras que, con razón, los tribunales

---

<sup>22</sup> Para los detalles, SCHÜRNBRAND (2015), pp. 974 ss, p. 977; con detalle, pero poco convincente en mi opinión, GUGGENBERGER (2011), pp. 397 ss.

<sup>23</sup> Por el contrario, si no se ha informado, o no correctamente, sobre el derecho a desistir en los contratos de servicios financieros, el derecho se extingue transcurrido un determinado plazo (§§ 356a párrafo 3, frase 2, 356c párrafo 2, frase 2 BGB). Para el mantenimiento del derecho a desistir de un contrato de seguro de vida, en el caso de no proporcionar una información correcta, según el § 5a VVG (antigua versión), *vid.* BGH 07.05.2014 (NJW 2014, p. 2646).

<sup>24</sup> Para las razones, *vid.* BT-Drucks. 18/5922, p. 74.

<sup>25</sup> La regla fue incorporada a propuesta de la Comisión; *vid.* *Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses*, BT-Drucks. 18/7584, pp. 145-147.

<sup>26</sup> LECHNER (2015), pp. 2165 ss, p. 2169 y, para la situación jurídica de los “casos realmente antiguos” (anteriores a 2002), p. 2171.

<sup>27</sup> LECHNER (2015), pp. 2165, p. 2171.

<sup>28</sup> El legislador del art. 229 § 38 párrafo 3 ha dejado claro que no prejuzga la cuestión de un posible ejercicio desleal (*Verwirkung*). Para la *Verwirkung* desde el punto de vista de los bancos, con detalle, FRISCHEMEIER y JORDANS (2016), pp. 101, pp. 105 ss.

superiores de los *Länder* se muestran reticentes a admitirlo<sup>29</sup>, los tribunales de instancia opinan lo contrario.<sup>30</sup> Según la visión de los tribunales que aquí se comparte, sería legítimo el ejercicio de un derecho a desistir por razones meramente económicas;<sup>31</sup> por ejemplo, para poder sacar provecho de unos intereses más bajos. Por eso, aunque, a propósito de los contratos concluidos en el periodo que va desde el 1.9.2002 hasta el 10.6.2010, puede leerse, en los materiales que preceden a la aprobación de la norma sobre créditos inmobiliarios, que no queda prejuzgado que los derechos de desistimiento existentes entre los años 2002-2010 puedan perderse<sup>32</sup>, está claro que, a la vista del régimen transitorio establecido en el art. 229 § 38 párrafo 3 EGBGB, el consumidor podía confiar en la posibilidad de desistir hasta el 21.6.2016.

#### 2.4. ¿El fracaso de la legislación?

Después de todo lo dicho puede afirmarse, sin demasiado riesgo de equivocación, que ha fracasado la finalidad perseguida por el legislador con la puesta a disposición de formularios. De todos modos, he omitido dos detalles que ahora conviene traer a colación. Por un lado, en 2010 se introdujo un formulario especial de información sobre el derecho a desistir para los préstamos al consumo<sup>33</sup>; desde entonces, según el estudio de la central de consumo citado más arriba, las instrucciones sobre el ejercicio de ese derecho son correctas en su mayoría. Por otro lado, los formularios dejaron de tener rango reglamentario<sup>34</sup>, a partir del momento en que, en el año 2010, fueron incorporados en la EGBGB y adquirieron el rango de ley formal.<sup>35</sup> Eso permitió a los

<sup>29</sup> Últimamente, OLG Frankfurt/Main 17.02.2016 (MDR 2016, p. 537), con ulteriores referencias; cf. también BGH 07.05.2014, Rn. 39 ss. (NJW 2014, p. 2646), a propósito del ejercicio del derecho a desistir según el antiguo § 5a VVG.

<sup>30</sup> Por ejemplo, LG Krefeld 13.04.2016 (BKR 2016, p. 258); en contra, BGH 07.05.2014 (NJW 2014, p. 2646); también la instancia previa a la OLG Frankfurt/Main 17.02.2016 (MDR 2016, p. 537) había reconocido la *Verwirkung*.

<sup>31</sup> OLG Frankfurt/Main 17.02.2016 (MDR 2016, p. 537).

<sup>32</sup> *Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses (BT-Drucks. 18/7584, p. 147)*.

<sup>33</sup> Mediante la ley de 24.07.2010, que entró en vigor el 30.7.2010 (BGBl. I, p. 977), Ley sobre el modelo de información sobre el derecho de desistimiento en los contratos de préstamo al consumo, de modificación de las normas sobre el derecho de desistimiento en los contratos de préstamo al consumo y de modificación de la ley de mediación en el préstamo (*Gesetz zur Einführung einer Musterwiderrufsinformation für Verbraucherdarlehensverträge, zur Änderung der Vorschriften über das Widerrufsrecht bei Verbraucherdarlehensverträgen und zur Änderung des Darlehensvermittlungsrechts*).

<sup>34</sup> Cf. § 14 párrafos 1 y 2 BGB-InfoV en la versión que estuvo vigente hasta 10.6.2010.

<sup>35</sup> Mediante la ley de 29.7.2009, que entró en vigor el 11.6.2010 (BGBl. I, p. 2355), Ley para la transposición de la directiva sobre crédito al consumo, la parte civil de los servicios de pago a distancia, así como la nueva ordenación de los preceptos sobre el derecho a desistir y a la devolución (*Gesetz zur Umsetzung der Verbraucherkreditrichtlinie, des zivilrechtlichen Teils der Zahlungsdienstrichtlinie sowie zur Neuordnung der Vorschriften über das Widerrufs- und Rückgaberecht*).

tribunales entrar a verificar sus contenidos.<sup>36</sup> Para entender lo que se quiere decir hay que tener en cuenta que con anterioridad no se sabía exactamente cómo debía juzgarse el formulario que contenía errores. Algunos autores entendían que el formulario debía cumplir con los requisitos establecidos en la ley de autorización al Gobierno para su redacción; sin embargo, no quedaba claro si esa ley solo autorizaba a redactar el formulario o si, además, ello prejuzgaba que el formulario debía estar libre de errores. Por eso, se pudo argumentar que los formularios que no cumplían con las exigencias legales sobre los requisitos de ejercicio del derecho a desistir, no quedaban incluidos en la ley de autorización que se había dado al Ministerio para establecer tanto su contenido como la organización de la información y las instrucciones debidas a los consumidores para reclamar sus derechos (antigua versión del art. 245 Nr. 1 EGBGB) y, por consiguiente, debían ser nulos. Finalmente, con la atribución de rango legal al formulario, tales argumentos ya no tienen cabida. En este nuevo contexto, el BGH no ha secundado la opinión de algunos tribunales de instancia y ha decidido que el empresario que utiliza el formulario que el Gobierno ha puesto a su disposición y lo rellena correctamente, según lo exigido en el mismo, puede gozar del privilegio, aunque el mismo contenga errores; eso significa que los jueces no pueden entrar a valorar el contenido del formulario, sino solo si está bien cumplimentado.<sup>37</sup>

#### a. Formularios defectuosos

Los peligros derivados de formularios incorrectos amenazan a sus usuarios en Europa. Efectivamente, el modelo privilegiado por el legislador alemán no les resulta de utilidad si resulta que no cumple con los requisitos legales de información que exige la Directiva para el derecho a desistir del concreto contrato de que en cada caso se trate.<sup>38</sup> Ciertamente, a veces los formularios que se encuentran como Anexo en la EGBGB son idénticos a los modelos que incorporan las directivas. Es el caso, por ejemplo, de las informaciones estandarizadas en el crédito al consumo (Anexo 4 al art. 247 § 2 EGBGB), de las informaciones en el crédito al consumo en la hipótesis de crédito al descubierto y la reestructuración de deuda (Anexo 5 al art. 247 § 2 EGBGB), así como la hoja que contiene el FEIN (Anexo 6 al art. 247 § 1 párrafo 2 EGBGB).<sup>39</sup> Por consiguiente, en ninguno de esos casos existe el riesgo de la falta de conformidad con el Derecho europeo.

#### b. El uso incorrecto del formulario

Seguramente no serán infrecuentes los litigios que en el futuro se planteen sobre el correcto uso del formulario. Por un lado, se puede discutir sobre si el formulario se ha rellenado de forma adecuada; y, por otro, sobre si las desviaciones del mismo deben comportar la pérdida del trato privilegiado al empresario.

Podría pensarse que rellenar un formulario no presenta ninguna complicación. Pero si se analiza

<sup>36</sup> Referencias a la jurisprudencia y a la doctrina, en BGH 27.06.2012, Rn. 12 (NJW 2012, p. 3238).

<sup>37</sup> BGH 27.06.2012 (NJW 2012, p. 3298); *vid.* también BGH 18.03.2014, Rn. 15 (NJW 2014, p. 2022); BGH 12.11.2015, Rn. 15 (WM 2016, p. 968).

<sup>38</sup> Con detalle, SCHÜRNBRAND (2015), pp. 974 ss, pp. 976 ss.

<sup>39</sup> *Vid.* Anexos II y III de la Directiva 2008/48/UE, así como el Anexo II de la Directiva 2014/17, sobre crédito inmobiliario.

de cerca uno de ellos uno enseguida se da uno cuenta de que esa afirmación no es correcta. Ello es evidente si se analiza el modelo sobre información del derecho de desistimiento en la generalidad de los préstamos al consumo (Anexo 7, art. 247 § 6 párrafo 2 y § 12 párrafo 1 EGBGB). El modelo es un texto corto, que contiene unas 15 orientaciones dirigidas a quien debe utilizarlo y estas deben señalarse o incorporarse dependiendo de la hipótesis concreta que se contemple. En definitiva, si alguien que concede crédito debe usar el formulario, también debe estar en condiciones de saber si existe un contrato vinculado, o subordinado, o un determinado negocio. Y el empleado que concede crédito en un banco puede verse completamente sobrepasado por tales cuestiones.<sup>40</sup> Debe tenerse en cuenta, además, que el formulario remite en más de una ocasión a las indicaciones o instrucciones contenidas en otro formulario que, en su caso, también debe ser incorporado. No es, pues, fácil, rellenar el modelo y, por eso, antes de acometer esa empresa se recomienda proveerse de asesoramiento jurídico.<sup>41</sup>

Es preciso aclarar en qué medida el usuario puede alejarse del modelo que le proporciona la muestra sin correr el riesgo de perder el trato privilegiado que le dispensa el legislador. No interesa ahora profundizar en los detalles en los que han entrado la doctrina y la jurisprudencia<sup>42</sup> y bastará señalar a grandes rasgos qué ha dicho el BGH. En una sentencia reciente, el tribunal ha resumido su doctrina como sigue: el empresario solo puede pretender la protección que le dispensa el hecho de poder gozar de un trato privilegiado cuando la información sobre el derecho a desistir sigue exactamente la muestra o modelo, tanto en lo que se refiere al contenido como a la disposición u organización de las menciones. Si, por el contrario, el usuario somete las instrucciones de muestra a cambios y organiza el contenido a su modo, entonces no goza de la protección vinculada a la utilización de la citada muestra. Es así con independencia de las concretas circunstancias de las modificaciones de fondo realizadas, porque a la vista de la gran diversidad de hipotéticos cambios, no es posible establecer un límite que pueda generalizarse, esto es, que pudiera permitir gozar de la protección si ese límite no se sobrepasara y no en caso contrario. Es igualmente irrelevante si las desviaciones consisten en ampliar atinadamente la información en beneficio de su destinatario.<sup>43</sup> El BGH solo fue generoso en un caso en el que el empresario había adaptado a lo dispuesto legalmente el error de la muestra en torno al *dies a quo* (§ 187 BGB).<sup>44</sup> En definitiva, esto significa lo siguiente: la muestra con las instrucciones continúa siendo defectuosa aunque el empresario corrija la imperfección que detecte si, aun así, todavía existen errores que él no aprecia. No es, pues, recomendable que realice modificaciones en el

---

<sup>40</sup> Cf. OLG München 09.11.2015 (WM 2016, pp. 123 ss, p. 125) con ulteriores referencias.

<sup>41</sup> Cf. *Palandt/Grüneberg*, 75ª ed., 2016, art. 246a § 1 EGBGB Rn. 8.

<sup>42</sup> Cf. SCHMIDT-KESSEL y SCHÄFER (2013), pp. 2241 ss, p. 2245 y allí bibliografía y jurisprudencia; recientemente, FRISCHMEIER y JORDANS (2016), pp. 101, pp. 103 ss. Una muestra instructiva de la jurisprudencia –y no solo en relación con la cuestión de las desviaciones permitidas– puede encontrarse en: <http://www.finanztip.de/baufinanzierung/fehlerhafte-widerrufsbelehrung-darlehen/> (Diciembre 2016).

<sup>43</sup> BGH 12.11.2015, Rn. 18 (WM 2016, p. 968), con amplias referencias a la jurisprudencia, todavía referida al antiguo § 14 párrafos 1 y 3 InfoV.

<sup>44</sup> BGH 20.11.2012, Rn. 6 (BeckRS 2013, 04168).

contenido de la muestra o modelo.

Por el contrario, los cambios puramente formales no le perjudican. Por ejemplo, es posible una alocución directa al consumidor o bien utilizar la forma femenina. La jurisprudencia también ha considerado admisible la inserción de un número de contrato y un logotipo de la empresa.<sup>45</sup>

Teniendo en cuenta todo lo anterior, se plantea la cuestión de si no es mejor renunciar a esa situación o trato privilegiado y que el empresario diseñe su propio modelo de conformidad con lo exigido legalmente. En pro de tal posibilidad podría traerse a colación el dato de que, a veces, la jurisprudencia es generosa. En un caso que hace poco fue juzgado por el Tribunal Superior de Múnic, el Banco había usado su propio formulario, que contenía menciones correctas, pero algunas de ellas iban referidas a un contrato vinculado que nada tenía que ver con el contrato que concluía el consumidor. Aun así, el tribunal consideró válido ese modelo porque incluía información adecuada sobre el derecho a desistir del contrato de préstamo al consumo y, por consiguiente, era suficiente para dar a conocer al consumidor su derecho a desistir.<sup>46</sup> El tribunal consideró que las muestras o modelos sobre el derecho a desistir deben admitir distintas configuraciones<sup>47</sup>, pero no cabe desconocer que en la decisión fue crucial el hecho de que, en el caso concreto, se había conseguido el objetivo perseguido con la información sobre el derecho a desistir.<sup>48</sup> El tribunal presupuso que el conjunto de instrucciones no solo permitían al consumidor conocer su derecho, sino que también le colocaban en situación de poder ejercerlo.<sup>49</sup> Aludió al modelo del consumidor medio, pero, seguramente hubiera sido más correcto haber recurrido a la imagen de un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, de acuerdo con la definición que ha dado el TJUE, para saber si este es capaz de encontrar la información en ese tipo de formularios.<sup>50</sup>

Sin embargo, no se recomienda en absoluto al empresario apartarse de la muestra o modelo legal. La razón es que no es seguro que el punto de vista del Tribunal Superior de Múnic acabe triunfando en la jurisprudencia. Si el empresario utiliza un formulario propio y no el legal predispuesto corre el riesgo de tener que discutir con el consumidor hasta los más mínimos detalles. Las dudas que puedan existir sobre la utilidad del formulario propio acabarán resolviéndose en instancias superiores, a la vista de los fallos que ya existen relativamente a casos en que el empresario omitió el uso del formulario legal. En una ocasión, a propósito de la demanda de un consumidor que entendía que la información no era “clara y comprensible”, tal y como exigía la ley (art. 247 § 6 párrafo 1 EGBGB), si no estaba en negrita y en cursiva, el tribunal

---

<sup>45</sup> Proporciona la evidencia, SCHÜRNBRAND (2015), pp. 974, p. 980.

<sup>46</sup> OLG München 09.11.2015 (WM 2016, pp. 123 ss).

<sup>47</sup> OLG München 09.11.2015 (WM 2016, pp. 123 ss, p. 126).

<sup>48</sup> OLG München 09.11.2015 (WM 2016, pp. 123 ss, p. 124).

<sup>49</sup> En cuanto a la finalidad del derecho a desistir, BGH 23.02.2016, Rn. 32 (WM 2016, p. 706).

<sup>50</sup> *Vid.* ahora BGH 23.02.2016, Rn. 33 ss. (WM 2016, p. 706) con referencias a la jurisprudencia del TJUE.

aclaró que la citada expresión no impone que la muestra deba reproducirse técnicamente de esa manera.<sup>51</sup>

## 2.5. Conclusiones

Los formularios contribuyen a la seguridad jurídica y a la consecución de mayor justicia pero, sobre todo, sirven para que el empresario pueda cumplir correctamente con sus deberes de información en los contratos con consumidores. Así se le alivia también la carga de tener en cuenta toda la complejidad de datos e informaciones que, en su mayor parte, le vienen impuestas desde Europa. Esos deberes se tienen por cumplidos si el empresario facilita al consumidor dicha muestra, correctamente completada. El trato privilegiado a que antes se ha aludido tiene especial importancia en los contratos que otorgan al consumidor un derecho de desistimiento, porque el *dies a quo* queda establecido solo cuando se ha informado correctamente de ese derecho a desistir. Tras años de errores y confusión, finalmente, en el año 2010, el legislador alcanzó la seguridad jurídica perseguida con los formularios. Solo a partir de esa fecha puede decirse que tales muestras o modelos están libres de errores. Naturalmente, si el empresario tiene que corregir los defectos que presenta la muestra, entonces desaparece el trato de privilegio con el que el legislador pretende beneficiarle. También si resulta que el formulario tiene errores que el empresario no advierte, porque entonces las instrucciones se proporcionan de manera incorrecta y el plazo para ejercer el derecho a desistir no puede empezar a transcurrir. El hecho de que no quede fijado el *dies a quo* tiene importantes consecuencias y, fundamentalmente, que el consumidor puede desistir aunque hayan transcurrido años. Se trata entonces de un derecho a desistir “eterno”, especialmente importante en la práctica en contratos de préstamo al consumo. Los formularios muestran sus ventajas en los contratos que hayan sido concluidos a partir del año 2010, que es cuando fueron incorporados en la Ley de Introducción al Código civil alemán y cunado adquirieron el rango de ley en sentido formal; y cuando, además, fueron corregidos los errores de contenido. Los empresarios viajan más seguros si adoptan servilmente el formulario y se olvidan de tener que corregir errores, pero el BGH aún no ha dicho la última palabra sobre los cambios tolerados o permitidos en el modelo oficial.

---

<sup>51</sup> De nuevo, BGH 23.02.2016 (WM 2016, p. 706); cf. Además la sentencia paralela de 23.2.2016 – XI ZR 549/14.

**3. Índice de abreviaturas:**

AcP	Archiv für die civilistische Praxis
AO	Abgabenordnung
BeckRS	Beck online Rechtsprechung
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGB-InfoV	BGB-Informationspflichten-Verordnung
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BKR	Baukoordinierungsrichtlinie
BT-Drucks.	Drucksache des Deutschen Bundestages
CEE	Comunidad Económica Europea
DZWIR	Deutsche Zeitschrift für Wirtschafts- und Insolvenzrecht
EGBGB	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche
FEIN	Ficha Europea de Información Normalizada
FernUSG	Fernunterrichtsschutzgesetz
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
GPR	Zeitschrift für das Privatrecht der Europäischen Union
JZ	Juristenzeitung
KAGB	Kapitalanlagegesetzbuch
LG	Landgericht
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
MMR	MultiMedia und Recht
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
OLG	Oberlandesgericht
STJUE	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
UE	Unión Europea
VVG	Gesetz über den Versicherungsvertrag
WM	Wertpapiermitteilungen
ZfPW	Zeitschrift für die gesamte Privatrechtswissenschaft
ZGS	Zeitschrift für das gesamte Schuldrecht



#### 4. Bibliografía

Esther ARROYO AMAYUELAS (2014): "¿Es el CESL legislación inteligente?", *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 2014, 11, pp. 201-228.

Florian BRAUNSCHEMIDT (2014): *Der Widerruf im Bankrecht – Richtlinienkonforme Auslegung und Belehrungswirren*, *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)*, 2014, pp. 1558-1560.

Peter BÜLOW y Markus ARTZ (2016): *Verbraucherprivatrecht*, 5ª ed., C.F. Müller, Heidelberg.

Daniel DAMLER (2015): *Das gesetzlich privilegierte Muster im Privatrecht*, Mohr Siebeck, Tübingen.

Martin EBERS y Esther ARROYO AMAYUELAS (2006): "Heininger y las sanciones a la infracción del deber de información sobre el derecho de desistimiento ad nutum", *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, 2006, 9, pp. 409-444.

Florian EICHEL (2016): "Schadensersatzhaftung im Falle fehlerhafter Widerrufsbelehrung in Verbraucherdarlehensverträgen", *Zeitschrift für die gesamte Privatrechtswissenschaft (ZfPW)*, 2016, pp. 52-67.

André FRISCHEMEIER (2016) y Roman JORDANS: "Verwirkung des Widerrufsrechts bei Verbraucherkrediten - der Widerrufsjoker aus Perspektive der Bank", *Deutsche Zeitschrift für Wirtschafts- und Insolvenzrecht (DZWIR)*, 2016, pp. 101-112.

Carsten FRÖHLISCH (2007): "Endlich Rechtssicherheit im Fernabsatz durch die neue Muster-Widerrufsbelehrung?", *MultiMedia und Recht (MMR)*, 2007, pp. 749-750.

Beate GSELL (2014): "Zivilrechtsanwendung im Europäischen Mehrebenensystem", *Archiv für die civilistische Praxis (AcP)*, 214 (2014), pp. 99-150.

Nikolas GUGGENBERGER (2011): "Rechtsklarheit vs. Rechtswahrheit - Widerrufsbelehrung, Gesetzlichkeitsfiktion und die Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft", *Zeitschrift für Vertragsgestaltung, Schuld- und Haftungsrecht (ZGS)*, 2011, pp. 397-406.

Bettina HEIDERHOFF (2016): *Europäisches Privatrecht*, 4ª ed., C.F. Müller, Heidelberg.

Raphael KOCH (2014): "Verbraucherrecht = brauchbares Recht? Ausgewählte Aspekte nach Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie", *Zeitschrift für das Privatrecht der Europäischen Union (GPR)*, 2014, 128-135.

Herbert LECHNER (2015): "Zur Beibehaltung des ewigen Widerrufsrechts für Finanzdienstleistungen - Wille des Gesetzgebers und Konsequenzen für die Rechtsanwendung", *Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht (WM)*, 2015, pp. 2165-2173.

*Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 7<sup>a</sup> ed., C.H. Beck, Munich, 2016.

*Palandt: Bürgerliches Gesetzbuch*, 75<sup>a</sup> ed., C.H. Beck, Munich, 2016.

Martin SCHMIDT-KESSEL y Stephan SCHÄFER (2013): “Wie flexibel ist die Musterwiderrufsbelehrung?”, *Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht* (WM), 2013, pp. 2241-2249.

Jan SCHÜRNBRAND (2015): “Gesetzliche Muster im Verbraucherschutzrecht”, *JuristenZeitung* (JZ), 2015, pp. 974-980.

Albert SPITZER (2016): “Das Gesetz zur Umsetzung der Wohnimmobilienkreditrichtlinie und zur Änderung handelsrechtlicher Vorschriften”, *Monatsschrift für Deutsches Recht (MDR)*, 2016, pp. 425-430.

Christian TWIGG-FLESNER (2012): “La directiva sobre derechos de los consumidores en el contexto del Derecho de consumo de la Unión europea”, en Sergio CÁMARA LAPUENTE (dir.) y Esther ARROYO AMAYUELAS (coord.), *La revisión de las normas europeas y nacionales de protección de los consumidores*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), pp. 81-105.