

El derecho de desistimiento en el marco común de referencia

Rocío Diéguez Oliva

Facultad de Derecho
Universidad de Málaga

Abstract

Este artículo examina las normas del CFR relativas al derecho de desistimiento. El análisis se centrará en el tratamiento del derecho de retractación y en el modo en que lo han resuelto las fuentes del Common Frame of Reference y los sistemas jurídicos nacionales de la Unión Europea.

This article looks at the CFR rules relating to the right of withdrawal. Our analysis will focus on the treatment of the right of withdrawal and the way in which it has been dealt with the sources of the Common Frame of References and the national legal systems in European Union.

Title: Right of withdrawal in Common Frame of Reference

Palabras claves: Marco Común de Referencia, Derecho Privado Europeo, Derecho Contractual europeo, Derecho de Consumo, Derecho de desistimiento, Derecho comparado, Protección de los consumidores

Keywords: Common Frame of Reference, European Private Law, European Contract Law, Comparative Law, Consumer Protection

*Sumario**

1. **Introducción**
2. **Antecedentes y fundamento del derecho de desistimiento**
3. **Caracterización del derecho de desistimiento en el CFR: plazo y obligación de informar del empresario**
4. **Los efectos del desistimiento: la extinción del contrato, costes económicos y obligación de restitución**
5. **Los particulares derechos de desistimiento recogidos en el CFR: los contratos celebrados fuera de establecimiento mercantil y los contratos de adquisición de derecho de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles**
6. **Estudio comparativo del CFR y el derecho de desistimiento en el Texto Refundido de la Ley de Consumidores y Usuarios**
7. **Bibliografía**

* El presente trabajo se enmarca en las actividades de la Red Española de Derecho Europeo Privado y Comparado (REDPEC) (SEJ 2006-27567-E/JURI), coordinada por el Prof. Dr. Miquel MARTÍN CASALS.

1. Introducción

Utilizando metodológicamente una técnica comparativista, el objetivo de este trabajo es el estudio del derecho de desistimiento orientado en una doble dirección: de una parte, atendiendo a los antecedentes y trabajos previos al *Common Frame of Reference*, para determinar si efectivamente nos encontramos dentro de la inicial aspiración de la *Action Plan*¹: la mejora de la coherencia y calidad del acervo comunitario en el ámbito del derecho de los contratos, más allá de las propias limitaciones metodológicas de los Principios del Derecho Contractual Europeo elaborados por el Acquis Group². Y en segundo lugar, un estudio del derecho de desistimiento desde la perspectiva del derecho español, el régimen del mismo en el Texto Refundido de la Ley de Consumidores y Usuarios aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, y en la recientemente publicada Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos³ (a partir de ahora PALMOC) para comprobar cuál es el grado de europeización, intencionado o no, de nuestro derecho privado.

2. Antecedentes y fundamento del derecho de desistimiento

Efectivamente, desde que comenzó el desarrollo del cuerpo normativo al que hemos venido denominado Derecho de Consumo, el derecho de desistimiento reconocido a favor del consumidor en las Directivas de dicho ámbito, se ha erigido como instrumento para crear y delimitar el tan deseado ámbito de protección y defensa de los consumidores. La necesidad de configurar un marco legal común en cuanto a los derechos de los consumidores en todo el íter comercial llevó al legislador comunitario a articular herramientas jurídicas que permitieran, en la medida de lo posible, reducir o aminorar la asimetría económica y jurídica en la que se encuentra el consumidor en las tres fases que, desde el punto de vista doctrinal, acostumbramos a estructurar el fenómeno de la contratación. Así, en la fase precontractual, en cuanto a la formación del consentimiento de forma reflexiva y conscientemente, la legislación comunitaria es uniforme y constante en cuanto a la forma y los contenidos de la oferta publicitaria que, en su caso, será fuente de integración del contrato. En el momento de la contratación, regulando extremos en cuanto a la forma (escrita, idioma, copia al consumidor) y al contenido, tanto la determinación de los elementos del mismo como de la cláusulas que pueden o no ser incluidas y aquellas que, aún incluidas, sean consideradas como nulas por abusivas. Y finalmente, una vez perfeccionado el mismo, no sólo en cuanto a los derechos de garantía (servicios de postventa,

¹ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo. Un derecho Contractual Europeo más coherente. Plan de Acción (DOCE de 15 de marzo de 2003).

² Como señala ARROYO AMAYUELAS (2008, pp. 211 y ss., en concreto p. 214), el Grupo Acquis solo trabaja sobre el acervo comunitario existente, sin innovar ni llenar las lagunas que existen en los ACQP. Es tarea posterior la eventual reforma, ampliación y mejora de los mismos en la que no sólo están presentes cuestiones jurídicas, sino decisiones políticas que exceden a la labor de los investigadores. Sobre esta cuestión y las diversas perspectivas del fenómeno, INFANTE RUIZ (2008).

³ Publicado en el Boletín del Ministerio de Justicia de enero de 2009.

reparación, sustitución, agentes responsables, etc.) sino reconociendo la posibilidad al consumidor de desvincularse del contrato aun cuando éste responda al esquema sucintamente descrito.

Sin embargo, no ha existido unanimidad ni terminológica ni legal en el tratamiento de la figura del derecho de desistimiento. Es más, dicha falta de uniformidad del derecho de desistimiento fue el referente utilizado por la Comisión en el Plan de Acción del 2003⁴ para resaltar la necesidad de superar la incoherencia que supone el tratar de manera diferente situaciones idénticas sin justificación para ello. Y la superación de dicha situación es al que se pretende alcanzar con la regulación del derecho de desistimiento en el *Common Frame of Reference*, en el capítulo V del Libro II, en concreto 5: 101-5:202.

Efectivamente, si realizamos un breve recorrido por el acervo comunitario en materia de contratación y consumo podremos comprobar cómo ha sido diverso el tratamiento recibido por el derecho de desistimiento no sólo a nivel terminológico⁵ sino también jurídico, dada la heterogeneidad del régimen legal del mismo en extremos tales como el plazo (tanto en cuanto a su duración como en cuanto a la fijación del *dies a quo* para el inicio del cómputo del mismo), modo de ejercicio, y efectos de su ejercicio, extremo sobre el que volveremos posteriormente. En concreto, arts. 4 y 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; art. 5 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; art. 6 de la 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; art. 6 de 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; art. 14 de la Directiva 2008/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril, relativa a los contratos de crédito al consumo.

No hay referencia alguna en los *Principles of European Contract Law* al derecho de desistimiento (*right of withdrawal*). El único extremo de los mismos en el que, desde una perspectiva lejana, podríamos contemplar un remedio al contrato o negocio celebrado por un consumidor que devenga arrepentido, sería en con respecto al art. 4:109⁶, en la medida en que la situación de

⁴ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre *Un derecho contractual europeo más coherente* (2003/C 63/01).

⁵ También ha sido diversa la denominación del derecho de desistimiento, referido en algunas ocasiones como *right of cancellation* o *right of renounce* (art. 4 y 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); o *right to cancell*.

⁶ Article 4:109: Excessive Benefit or Unfair Advantage

(1) A party may avoid a contract if, at the time of the conclusion of the contract:

presupuesta inferioridad económica y jurídica del consumidor pueda ser subsumida en la letra (a) del mismo, y que como consecuencia de dicha situación, el empresario obtenga un beneficio excesivo o se aprovechó injustamente de dicha situación de inferioridad.

El antecedente de la regulación en el CFR del derecho de desistimiento tanto por la técnica utilizada como por el contenido lo encontramos en los **Principios del Derecho Contractual Europeo** (ACQP), formulados por el *Acquis Group*, en concreto en su capítulo V, artículos 5:101-5:202. En el mismo, la regulación del derecho de desistimiento se divide en dos secciones, la primera relativa al ejercicio y eficacia; y la segunda, dedicada a los derechos de desistimiento especiales, estructura y similar regulación que la contenida en los arts.5:101-5:202 del *Common Frame of Reference* (CFR).

Antes de analizar la configuración del derecho de desistimiento en el CFR necesariamente tenemos que delimitar cuál es la razón que justifica la concesión sólo a una de las partes contratantes de la posibilidad de desvincularse del contrato celebrado, en principio, sin coste aún cuando su consentimiento no esté viciado ni haya sido captado sorpresivamente e incluso cuando haya sido él quien ha provocado y querido dicha operación. Tradicionalmente en los Códigos continentales y bajo el principio *pacta sunt servanda*, el desistimiento unilateral de los contratos no responde a uno de los modos usuales de extinción de las obligaciones sino que, por el contrario, su admisión con relación a ciertos supuestos, siempre se ha entendido excepcional. Todos los ordenamientos europeos parten del principio *pacta sunt servanda* como pieza angular de la teoría general de los contratos junto con el principio de relatividad de los contratos y la autonomía de la voluntad. De ahí que siempre se haya considerado como un modo excepcional y su ausencia entre la regulación general de la extinción de las obligaciones. Pero la falta de un régimen jurídico uniforme con respecto al derecho de desistimiento no es una nota exclusiva del derecho contractual europeo sino que la misma igualmente se aprecia con relación a nuestro derecho interno. 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

(a) it was dependent on or had a relationship of trust with the other party, was in economic distress or had urgent needs, was improvident, ignorant, inexperienced or lacking in bargaining skill, and

(b) the other party knew or ought to have known of this and, given the circumstances and purpose of the contract, took advantage of the first party's situation in a way which was grossly unfair or took an excessive benefit.

(2) Upon the request of the party entitled to avoidance, a court may if it is appropriate adapt the contract in order to bring it into accordance with what might have been agreed had the requirements of good faith and fair dealing been followed.

(3) A court may similarly adapt the contract upon the request of a party receiving notice of avoidance for excessive benefit or unfair advantage, provided that this party informs the party who gave the notice promptly after receiving it and before that party has acted in reliance on it.

únicamente de la voluntad de su titular, manifestada mediante una declaración de voluntad recepticia, sometida a plazo de caducidad⁷.

Por lo que a nuestro derecho sustantivo se refiere y con anterioridad al fenómeno del derecho contractual europeo, el desistimiento unilateral de los contratos se configura como un supuesto de extinción de las obligaciones al margen de los tradicionales de ineficacia negocial, casi en exclusiva reservado para aquellos contratos en los que en la base del negocio jurídico viene dada por relaciones de confianza (*intuitus personae*) que las cualidades personales de las partes suscitaron en el momento de contratar, de modo que, desaparecida o frustrada aquella, se reconoce a aquella que ha visto frustrada dicha confianza, poder desistir de dicha relación. En este sentido se pronuncia nuestro Código Civil en los arts. 1733 y 1736 en sede del contrato de mandato, tanto para el mandante como para el mandatario; en el art. 1594, únicamente con respecto al comitente en el contrato de obra; art. 1755, contrato de depósito. Se configuraba como una facultad concedida a una o a ambas partes, siempre con respecto a relaciones duraderas o de tracto sucesivo y de duración, generalmente, indefinida.

Pero tampoco podemos afirmar que sea un supuesto de extinción de las obligaciones caracterizado por la presencia de dicha nota *intuitus personae*, ni propia de los contratos de tracto sucesivo o de carácter duradero e indefinido, en tanto que el mismo está igualmente presente en contratos en los que el elemento personal no podemos afirmar que se encuentre en la base del negocio ni que respondan al modelo de contrato duradero o de tracto sucesivo. Así por ejemplo igualmente el art. 1454, en sede del contrato de compraventa, permite a los contratantes desistir del contrato con ciertos efectos, como en otros muchos supuestos del derecho de desistimiento, pero sin alegar causa alguna; o en el art.9 de la Ley 28/1998, de 13 de julio, de Venta a Plazos de Bienes Muebles. O el art. 24 b) de la Ley 49/2003, de 26 de noviembre, de arrendamientos rústicos, que permite al arrendatario desistir unilateralmente del contrato, al término del año agrícola, notificándolo al arrendador con un año de antelación, justificando el legislador dicho derecho en la Exposición de Motivos de la misma como instrumento para equilibrar la posición de las partes en el contrato. Podríamos afirmar que estamos ante la ausencia de un denominador común a todos estos supuestos que nos sirva de fundamento. El único rasgo que comparten todos los supuestos enunciados es la posibilidad de ejercicio sin justificar causa o razón alguna. Y con respecto a los supuestos de derecho comunitario, el reconocimiento del mismo únicamente a favor del consumidor. Es más, aquella cláusula general de la contratación que se pronuncie en tal

⁷ Al respecto, FD Tercero, STS de 10.11.1994 (RJ 1994/8466), en tanto que «la caducidad o decadencia de derechos surge cuando la Ley o la voluntad de los particulares señalan un plazo fijo para la duración de un derecho, de tal modo que transcurrido no puede ser ya ejercitado, refiriéndose a las facultades o poderes jurídicos cuyo fin es promover un cambio de situación jurídica, nota característica que la diferencia de la prescripción, pues así como ésta tiene por finalidad la extinción de un derecho ante la razón objetiva de su no ejercicio por el titular, y a fin de evitar la inseguridad jurídica, en la caducidad se atiende sólo al hecho objetivo de la falta de ejercicio dentro del plazo prefijado, hasta el punto de que puede sostenerse en realidad que es de índole preclusiva, al tratarse de un plazo dentro del cual, y únicamente dentro de él, puede realizarse un acto con eficacia jurídica, de tal manera que transcurrido sin ejercitarlo impone la decadencia fatal y automática de tal derecho en razón meramente objetiva de su no utilización, y más en cuanto que los derechos o facultades jurídicas conceden a su titular la facultad o poder para provocar un efecto o modificación jurídica, con el fin de producir una consecuencia de tal índole en favor del sujeto y a cargo de otros, lo que puede tener lugar haciendo cesar un preexistente».

sentido será nula de pleno derecho por abusiva en la medida que vincula la eficacia del contrato únicamente a la voluntad del empresario (art. 85 TRLCU)⁸, así como en la contratación sin condiciones generales, como condición puramente potestativa (art. 1115 CC).

Desde la perspectiva del derecho contractual europeo, la doctrina no es unánime en cuanto al fundamento del mismo. Los Principios del CFR parten de la diversidad de supuestos que pueden justificar el derecho de desistimiento, bien porque en el momento de contratar el consentimiento del consumidor se haya captado de forma sorpresiva, porque la contratación se haya llevado a cabo en condiciones o circunstancias en que fueran menores las posibilidades del consumidor de comparar precios o alternativas, o porque sea necesario reconocerle a «*cooling off period*» que le permita recabar más información y datos que le permitan decidir si quiere o no permanecer en el contrato⁹. Desde el punto de vista doctrinal, encontramos diversas opiniones al respecto. Así por ejemplo, ZWEITER/KÖTZ (2002, p. 343), justifican el derecho de desistimiento atendiendo a la fase precontractual, como instrumento para salvar o subsanar cualquier defecto en el procedimiento o negociación, vinculándolo a los vicios del consentimiento, al error e incluso el dolo¹⁰. Por el contrario, para otros autores, el derecho de desistimiento en el ámbito de la protección de los consumidores no debe partir, como pudo suceder en otros momentos, de situaciones en las que el consentimiento del consumidor, precisamente por las técnicas comerciales y jurídicas empleadas en la contratación, sí podía adolecer de algún vicio que impidiera u obstaculizase una formación libre del consentimiento. Como señala ZIMMERMANN (2008, pp. 248-249), parece superada aquella visión del derecho de desistimiento en la que el presupuesto fáctico se encontraba en la asimetría informativa entre empresarios y consumidores, asimetría que los conduce en situaciones a contratar «tomados por sorpresa». Pero la falta de un común denominador en todos los supuestos en los que el derecho europeo contempla el derecho de desistimiento como excepción del principio *pacta sunt servanda* es el que le lleva a advertir la necesidad de que todos los supuestos de derecho de desistimiento respondan a una política jurídica convincente. En su opinión resulta arriesgada una generalización del derecho de desistimiento a todo el ámbito del Derecho del Consumo en tanto que situaría al mismo fuera del Derecho de Obligaciones¹¹.

Es evidente que, en el contexto del derecho contractual europeo y del ámbito del derecho del consumo, el fundamento del derecho de desistimiento necesariamente se vincula con vicisitudes con respecto a la formación del consentimiento del consumidor. La razón de ser no es, a diferencia de muchos de los supuestos del derecho interno español y de otros derechos nacionales, la relevancia de las cualidades personales del contratante, cuando precisamente el marco en el que se desenvuelve es, por lo general, el de la contratación en masa. El derecho de

⁸ Por lo que a nuestro derecho sustantivo se refiere, art. 85 TRLCU y STS de 3.6.2008 (RJ 2008/4170).

⁹ Study Group on a European Civil Code and Acquis Group: *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference*, p. 58.

¹⁰ En igual sentido, situando el derecho de desistimiento en el ámbito precontractual, INFANTE RUIZ (2008).

¹¹ En este mismo sentido se pronuncia junto a EIDENMÜLLER, FAUST, GRIGOLEIT, JANSEN Y WAGNER en el reciente artículo (2008, pp. 659-708, en especial y por lo que a nuestro tema de estudio se refiere, pp. 698-699).

desistimiento necesariamente tenemos que remitirlo a la formación de la voluntad del consumidor y su finalidad no es otra que ofrecer al consumidor una vía rápida y eficaz de desvincularse del contrato sin tener que recurrir a los remedios generales, tales como la nulidad o la anulabilidad, y necesariamente a un proceso judicial. Responde no sólo a razones jurídicas sino también económicas en el sentido de incentivar el consumo, a sabiendas de la posibilidad de desligarse posteriormente del contrato sin tener que alegar causa alguna. Y es en este extremo donde como señala ZIMMERMANN cobran mayor peso las cuestiones políticas que las jurídicas, en la medida que serán razones de dicha índole las que justifiquen el reconocimiento del derecho de desistimiento unilateral del contrato a favor del consumidor, en tanto que con la misma se incentive la contratación en concretos ámbitos económicos.

3. Caracterización del derecho de desistimiento en el CFR: plazo y obligación de informar del empresario

El capítulo V del Libro II del CFR, bajo el epígrafe *right of withdrawal*, se encuentra dividido en dos secciones, la primera, relativa al ejercicio y efectos del derecho de desistimiento (arts. 5:101- 5:106); y la segunda, dedicada al estudio de las particularidades del derecho de desistimiento en las ventas fuera de establecimiento mercantil (arts. 5:201), y los contratos de utilización de bienes inmuebles en régimen de tiempo compartido (art. 5:202). Se reconoce tal derecho con relación a los contratos celebrados conforme a las normas contenidas en los Libros II a IV del CFR [art. 5:101 (1)], sin que sea necesaria para su ejercicio la alegación de causa o motivo alguno. En líneas generales el CFR recoge los elementos y caracteres propios del derecho de desistimiento formulados en el derecho comunitario.

Al igual que todo el acervo comunitario y en el art. 5:101 de ACQP, se parte del carácter imperativo e irrenunciable del derecho de desistimiento. Puede ejercitarse expresamente, si bien igualmente se admite su ejercicio tácito, en tanto que «*returning the subject of the contract is considered a notice of withdrawal unless the circumstances indicate otherwise*» (art. 5:102). Se establece el deber de informar del mismo al contratante a favor se reconozca dicha facultad (art. 5:104) información que ha de ser clara y comprensible, así como adecuada en forma y contenido a las circunstancias de su destinatario. Dicha información necesariamente ha de comprender los siguientes extremos: forma de ejercicio, sujeto frente a quien ha de ejercitarse así como el plazo para su ejercicio [art. 5:104 con relación a los arts. 3:101 y ss, también del Libro II relativos a los deberes precontractuales de información]. Se establece un plazo general de ejercicio de catorce días que empezará a contar bien desde el momento de la conclusión del contrato, a partir del momento en que el contratante a favor del cual se reconozca el desistimiento sea debidamente informado de la facultad de desistir el contrato, o cuando la prestación principal a favor de aquel sea la entrega de ciertos bienes, desde el momento de recepción de las mismas [art. 5:103 (2)]. En cualquier caso, el plazo para el ejercicio del desistimiento no puede dilatarse más de un año desde la conclusión del contrato.

Estos son los caracteres del derecho de desistimiento que se derivan de una lectura de los mencionados artículos del CFR, lectura de la cual igualmente se suscitan algunas dudas o interrogantes. En concreto son tres los temas que queremos traer a colación en estas líneas, al ser aspectos sobre los que ya se ha pronunciado la doctrina y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia con relación a concretos ámbitos de la contratación con consumidores, contratación fuera de establecimientos mercantiles, relevantes no sólo con relación a la regulación de los mismos en el CFR como con carácter general a todos los supuestos o ámbitos en los que se reconozca el derecho de desistimiento.

La primera de las interrogantes que nos surge de la lectura de los preceptos referidos del CFR es la relativa a los efectos que se derivan del incumplimiento por parte del empresario del deber de informar a la otra parte contratante del derecho que su derecho a poder desistir del contrato, máxime cuando dicho extremo ha sido objeto de estudio y debate por la doctrina y por el propio Tribunal de Justicia de las Comunidades, al hilo del art. 5.1 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, y en especial con relación al art. 4 párrafo tercero de la Directiva 85/577/CEE del Consejo de 20 de diciembre de 1985 relativa a protección de los consumidores en el caso de contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles.

A diferencia del art. 5.1 de la Directiva 94/47CE que establece a favor del consumidor el derecho a resolver el contrato si no se le ha informado en el momento de la firma del contrato del derecho de desistimiento, el mencionado art. 4.3 de la Directiva 85/577/CEE determina que sean los Estados los que fijen las medidas adecuadas a adoptar para proteger al consumidor en el supuesto de que no se le haya proporcionado la información relativa al derecho de desistimiento, en tanto que considera que es necesario proteger al consumidor que ha contratado desconociendo la existencia de poder desistir de su contrato. Si bien como señala ARROYO, la remisión al derecho nacional no otorga soluciones en ningún caso homogéneas¹², si es cierto que choca la ausencia en el CFR de previsión alguna al respecto, ni siquiera con respecto a los contratos celebrados fuera de establecimiento mercantil. Únicamente en el art. 5:105 (5) con relación a los efectos del desistimiento establece al respecto y por lo que a los costes que asume la parte que asume el derecho de desistimiento se refiere que la parte que ejercita el desistimiento ha de asumir como coste la disminución del valor del bien como consecuencia del uso del mismo, a no ser que no haya sido adecuadamente informada del derecho de desistimiento. Pero no va más allá, a diferencia de la propia Directiva comunitaria y de los distintos derechos internos en la transposición de la misma.

¹² Vid. al respecto ARROYO AMAYUELAS y EBERS (2008, pp. 407-442), y en especial con relación a la transposición del mencionado art. 4.3 en los diversos ordenamientos internos enumerados, las notas 85 a 91. En tal sentido señala como Gran Bretaña, Irlanda, Dinamarca y Suecia, la inobservancia de dicha obligación conlleva la suspensión de la ejecución del contrato para el empresario pero no para el consumidor, frente a países como Francia, Bélgica, Malta o Portugal que sancionan con la nulidad el incumplimiento de dicha obligación.

La segunda de las dudas nos la suscita el art. 5:103 (3), al establecer como periodo máximo para el ejercicio del derecho de desistimiento, el plazo de un año a contar, como señala el mencionado artículo *after the time de conclusión of the contract*, sin distinguir a tal efecto si el contrato es de suministro de bienes o de servicios, si se ha ejecutado o no, y sin tampoco especificar si el mismo plazo resulta aplicable indistintamente al supuesto en que el empresario ha incumplido o no su obligación de informar al consumidor acerca del derecho de desistimiento. Y resulta destacable esta cuestión si tenemos en cuenta que uno de los extremos sobre los que, con relación a la interpretación y aplicación de la Directiva 85/577/CEE se ha pronunciado en varias ocasiones el Tribunal de Justicia de las Comunidades, ha sido precisamente en cuanto al plazo establecido en la entonces vigente ley alemana sobre revocación de negocios a domicilio, *Haustürwiderrufsgesetz* (HWiG), de 14 de noviembre de 1985¹³. En concreto nos referimos a la sentencia de 13 de diciembre de 2001, Heiniger, C-481-99, y las que posteriormente la citan, en concreto a las sentencias de 25 de octubre de 2005, Schulte, asunto C-350/03; sentencia de 25 de octubre de 2005, Crailsheimer Volksbank, asunto C-229/04; y sentencia de 10 de abril de 2008, Hamilton, asunto C-4127/06. Dichas sentencias fueron dictadas ante la petición de decisión prejudicial planteada por diversas instancias de los tribunales alemanes interpelando al Tribunal de Justicia de las Comunidades sobre si los legisladores nacionales pueden establecer el plazo de un año a partir de la fecha de celebración del contrato como fecha límite para el ejercicio del derecho de desistimiento, cuando el consumidor no ha recibido la información prevista en el art. 4 de la mencionada Directiva. Al respecto consideró el Tribunal de Justicia en el apartado 48 de la sentencia de 13 de diciembre de 2001, Heiniger (C-481/99), que la Directiva se opone a que los legisladores nacionales aplicaran el plazo de un año a partir de la celebración del contrato para poder ejercitar el derecho de revocación cuando el consumidor no ha recibido la información prevista en el art. 4 de la Directiva sobre los contratos celebrados fuera de establecimientos comerciales. Tal medida se considera que no responde a la finalidad de la Directiva ni a los instrumentos establecidos en la misma para asegurar su efectividad. Y la razón no es otra que la imposibilidad de poder ejercitar dicho derecho cuando no se le ha informado al consumidor sobre el mismo, o aún cuando informándole, dicha información, como en el supuesto analizado en la sentencia de 10 de abril de 2008, Hamilton, C-412-06, fue defectuosa o incompleta, equiparando el Tribunal ambos supuestos, tal y como señala el apartado 35 de la misma¹⁴.

Y finalmente, señalar que no queda claro en el texto del CFR si es posible o no el ejercicio del derecho de desistimiento con relación a los contratos ya ejecutados, en especial cuando, como hemos analizado anteriormente, no ha sido informado el consumidor acerca de la posibilidad de

¹³ La reciente reforma del Derecho de Obligaciones alemán, el actual §355 (3) BGB fija en seis meses el plazo máximo para el ejercicio del derecho de revocación a contar desde la celebración del contrato, excepto cuando no ha sido informado sobre el derecho de desistimiento, supuesto en el que el ejercicio del derecho de revocación no queda sujeto a plazo alguno.

¹⁴ Literalmente señala la sentencia en su apartado 35: «*como ha observado el Abogado General en los puntos 18 y 19 de sus conclusiones, la información errónea proporcionada por escrito al consumidor en relación con el ejercicio del derecho de revocación debe ser considerada como inexistencia de información a este respecto, puesto que estas dos circunstancias inducen igualmente a error al consumidor sobre su derecho de revocación*».

desistir del contrato¹⁵. Sobre esta cuestión igualmente se ha pronunciado el Tribunal de Justicia en la sentencia de 10 de abril de 2008, Hamilton, C-412/06. En el supuesto, el tribunal nacional, nuevamente alemán, y planteó al Tribunal de Justicia si, igualmente con relación a la Directiva 85/577/CEE, en concreto a los arts. 4, 1 y 5 (1) y art. 5, relativos a la obligación de informar acerca del derecho de desistimiento y el plazo del mismo, si una vez ejecutadas todas las prestaciones a cargo de ambas partes contratantes es posible el ejercicio del derecho de desistimiento. Como señala el propio Tribunal, el efecto principal del ejercicio del derecho de desistimiento es dejar sin efecto la relación jurídica que vincula al consumidor con el empresario, por lo que su razón de ser se justifica precisamente en cuanto existan prestaciones pendientes a cargo de ambas o algunas de las partes. En igual sentido, el art. 5:105 (1). Sin embargo, nuevamente surge la duda acerca del supuesto en el que el consumidor no haya sido informado del derecho de desistimiento, extremo no contemplado por la regulación del CFR, como sucedió en los hechos de la sentencia Hamilton. Y al respecto señala el Tribunal en su apartado 32, recogiendo el criterio contenido en el apartado 66 de la sentencia Schulte, anteriormente referida, que el objeto principal de la Directiva 85/577/CEE es la protección del consumidor contra el riesgo que se deriva de la circunstancia que rodean la celebración del contrato fuera de los establecimientos comerciales. Y que en el supuesto de no haber sido debidamente informado sobre la existencia del derecho de desistimiento, es conforme a la Directiva que las legislaciones nacionales admitan dentro de un plazo, la posibilidad de ejercicio de dicho desistimiento aún cuando haya finalizado la ejecución completa del contrato, tanto para contratos cuya prestación principal sea la entrega de un bien o la prestación de un servicio, bien de ejecución inmediata, bien dilatada en el tiempo.

4. Los efectos del desistimiento: la extinción del contrato, costes económicos y obligación de restitución

El principal efecto que prevé el CFR en caso de ejercicio del derecho de desistimiento es la extinción de la relación contractual (art. 5:105), esto es, la desvinculación de ambas partes del vínculo contractual. Pero también conlleva como efecto jurídico el nacimiento de la obligación de restitución, cuya regulación es una novedad con respecto a la regulación del derecho de desistimiento en las Directivas comunitarias, en tanto que las mismas remitían a los distintos derechos nacionales¹⁶. Todos los extremos referentes a la restitución de las prestaciones por remisión se encuentran contenidos en el Libro III, Capítulo 3º, Sección 5ª, subsección 4ª (arts. 3:510-3:514), a no ser que el contrato contenga alguna previsión que resulte más beneficiosa para el consumidor. Sin embargo, no contiene el CFR previsión alguna en cuanto a determinación del momento en el que se entiende ejercitado el derecho de desistimiento, extinguido el contrato y por consiguiente, obligadas las partes a la restitución de las prestaciones que se hubieran

¹⁵ Únicamente con relación a los contratos celebrados fuera de establecimiento mercantil que tengan por objeto servicios financieros establece el art. 5:201 (4), siempre que estos hayan sido íntegramente ejecutados a petición expresa e informada del consumidor, antes de que éste ejercite su derecho o facultad de desistir del contrato.

¹⁶ En cuanto a las relaciones del CFR y los derechos nacionales, vid. *Principles, Definitions, and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (CFR)* p. 36.

cumplido, extremo relevante no sólo con relación a la determinación de quién asume los riesgos en caso de pérdida, destrucción o menoscabo del bien que ha de ser restituido, sino también en cuanto a la fijación del *dies a quo* para el inicio del plazo de treinta días para la restitución de los pagos realizados al empresario, como señala el art. 5:105 (3) «*after the withdrawal becomes effective*».

Para la determinación del momento en el que se entiende que surge la obligación de restituir, tendremos necesariamente que remitirnos a los preceptos que regulan en el CFR las declaraciones de voluntad, en sede de perfeccionamiento del contrato mediante oferta y aceptación, para determinar si sobre este extremo regirá bien la teoría del emisión, conforme a la cual entenderíamos ejercitado el desistimiento desde el momento en que el consumidor emita dicho desistimiento, y en caso de desistimiento tácito, reenvíe las mercancías a la persona física o jurídica indicada en el contrato; o si por el contrario, desde la perspectiva de la teoría de la recepción, en cuanto ésta llegue al conocimiento del empresario. El CFR establece en el Libro I, capítulo IV, art. 4:205 las reglas a tener en cuenta con relación a la determinación del momento de la celebración del contrato cuando ésta se ha alcanzado mediante la oferta y la aceptación. El criterio establecido en el 4:205 (1) responde a la segunda de las teorías reseñadas. Cuando nos encontremos ante emisiones de voluntad expresa, «*the contract is concluded when the acceptance reaches the offeror*», por lo tanto, rige la teoría del conocimiento. El derecho de desistimiento se entenderá por tanto ejercitado cuando el contratante a favor del cual se reconoce ejercite en plazo dicha facultad. Pero no podemos entender que surja dicha obligación de restitución y por tanto a correr el plazo de treinta días señalado por el art. 5:105 (2) en tanto que no tenga conocimiento o llegue al ámbito o círculo de los intereses dicha comunicación. Esta es la vía que tanto legal como doctrinalmente debe aceptarse al ser la que mejor responde a los principios de buena fe, de autorresponsabilidad del consumidor, al cumplir con todos los deberes propios de diligencia exigible, y de la confianza.

El CFR parte del carácter no oneroso del ejercicio del derecho de desistimiento, esto es, que para el consumidor no suponga, en principio, coste alguno ni cláusula penal el ejercicio del derecho de desistimiento, sin que incurran en responsabilidad alguna. Únicamente ha de responder de la disminución del valor del bien causado por su uso normal, a no ser que no hubiese sido debidamente informado conforme al art. 5:104 del derecho de desistimiento. Tampoco asume ni los gastos o disminución del valor que se generen como consecuencia del examen o prueba del bien objeto del contrato, ni aquellos gastos que se deriven de la pérdida o daños en el bien siempre y cuando haya empleado una diligencia media para evitar que se pudieran producir daño, menoscabos o la pérdida del mismo.

Especial atención merece el análisis de los efectos del desistimiento con relación a los **contratos vinculados**. Al igual que los ACQP, el CFR propaga los efectos del desistimiento a cualquier otro contrato que se encuentre vinculado al contrato con respecto al cual se ejercita el derecho de desistimiento. Pero ¿qué hemos de entender por contratos vinculados? y ¿a qué se refieren tanto el art. 5:106 ACQP y el art. 5:106 CFR cuándo establecen que los efectos del desistimiento del contrato se extienden a cualquier otro contrato vinculado? El art. 5:106 CFR no define los contratos vinculados sino que en el número segundo enumera aquellos contratos de financiación

entre los que sí considera que existe dicha vinculación. Sin embargo, en el último de los apartados del mencionado número sí hace referencia a la existencia de «*a similar economic link*». Considera que existe dicha vinculación económica con respecto a los contratos de financiación total o parcial del contrato principal en los que se produzca una identidad entre el proveedor del bien o prestador del servicio y el financiador, esto es, que aquel sea quien financie el crédito al consumo. En igual sentido se entenderá que se produce dicha vinculación cuando el financiador, siendo un sujeto distinto al proveedor del bien o al suministrador del servicio, se sirva de la intervención de ellos en la preparación o celebración del contrato de crédito. E igualmente, cuando en el contrato de crédito se haga expresa referencia a los bienes concretos o los servicios cuya adquisición se financia. Pero mientras que en los ACQP se consideran como contratos vinculados aquellos entre los que exista una *unidad económica* (art. 5:106 (2) ACQP), el CFR prescinde de la formulación de dicho presupuesto haciendo referencia a la existencia de una vinculación económica, «*a similar economic link*» (art. 5:106 (2) (d) CFR). Sobre los contratos vinculados y su régimen con respecto a los contratos de adquisición de viviendas y derechos reales en garantía del cumplimiento de los mismos volveremos posteriormente con relación a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades existente con relación a los contratos celebrados fuera de establecimiento mercantil.

5. Los particulares derechos de desistimiento recogidos en el CFR: los contratos celebrados fuera de establecimiento mercantil y los contratos de adquisición de derecho de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles

El art. 5:201 CFR relativo a los **contratos celebrados fuera de establecimiento mercantil** delimita, por exclusión, los contratos de dicha naturaleza con respecto a los cuales se reconoce a favor del consumidor el derecho de desistir¹⁷. La regulación contenida en los arts. 5:201 y 5:202 CFR es casi idéntica a la de los homónimos preceptos del ACQP. La única diferencia entre ambas, además de sistemática en cuanto a la numeración de los diversos apartados, es precisamente la supresión del número (2) del art. 5:201 de los ACQP, en cuanto que no se exige que legalmente se determine la cuantía mínima de los contratos celebrados fuera de establecimiento mercantil para el reconocimiento de dicho derecho de desistimiento. Damos por reproducidas aquí las

¹⁷ En concreto no se reconoce el derecho de desistimiento cuando nos encontremos antes alguna de los siguientes supuestos: los contratos concluidos mediante distribuidores automáticos o locales comerciales automatizados; los contratos concluidos mediante operadores de telecomunicaciones a través del uso de teléfonos públicos; los contratos concluidos para la construcción y venta de bienes inmuebles o que se refieran a otros derechos relativos a bienes inmuebles, con excepción del arrendamiento; los contratos sobre alimentos, bebidas o cualquier otro bien de consumo diario que habitualmente sea suministrado en el hogar, el domicilio o lugar de trabajo del consumidor, por distribuidores que realicen viajes frecuentes y regulares; los contratos concluidos a través de medios de comunicación a distancia, pero al margen de un sistema organizado de venta o suministro de servicios del profesional; los contratos de bienes y servicios cuyo precio dependa de las fluctuaciones del mercado financiero que se encuentren fuera del control o alcance del profesional y que puedan producirse durante el plazo de desistimiento; los contratos concluidos a través de subasta pública; así como a las pólizas de seguro de viaje y equipaje o contratos similares de corta duración, de vigencia inferior a un mes.

observaciones realizadas en los apartados anteriores con relación a la omisión en el CFR de algunos aspectos, en nuestra opinión, relevantes acerca del derecho de desistimiento que si bien han sido en constante remisión a la normativa reguladora de las ventas fuera de establecimiento mercantil, en nuestra opinión deben tenerse en cuenta en la contratación con consumidores con carácter general. Y la razón no es otra que el propio fundamento que al inicio de este trabajo hemos atribuido al derecho de desistimiento: no sólo protector o tuitivo del consumidor frente a técnicas en cierta medidas sorpresivas o agresivas de contratación, sino además como instrumento para incentivar la contratación en ciertos ámbitos concretos del Derecho de Consumo, más allá de cuestiones puramente jurídicas y adentrándonos en criterios puramente económicos. El régimen aplicable al mismo es el contenido en los arts. 5:101 y ss, pero con una matización con respecto a los contratos de servicios financieros: cabe el desistimiento de los mismos siempre y cuando no hayan sido completamente ejecutados por ambas partes, a petición expresa e informada del consumidor (4).

Sobre el alcance de los efectos del desistimiento a los contratos vinculados se ha pronunciado el Tribunal de Justicia en numerosas sentencias, en especial con relación a los supuestos que quedan excluidos del ámbito de la Directiva 85/577/CEE. Efectivamente el art. 5:106 (4) excluye la propagación de los efectos del desistimiento con relación a los contratos contenidos en el número siguiente, esto es, en el art. 5:201 dedicado a los contratos celebrados fuera de establecimiento mercantil, pero únicamente con relación a los contratos sobre bienes y servicios cuyo precio dependa de las fluctuaciones del mercado financiero que estén fuera del control del profesional, fluctuaciones que puedan tener lugar en el plazo de vigencia del derecho de desistimiento. Y nuevamente la Directiva objeto de estudio es la Directiva 85/577/CEE de la Comisión y la jurisprudencia existente acerca tanto de los contratos de préstamo celebrados fuera de establecimiento mercantil cuyo cumplimiento se ha garantizado con la constitución de una garantía real; y en segundo lugar, con relación a tales contratos de préstamos llevados a cabo para la adquisición de una vivienda o inmueble. Y las cuestiones se suscitaron en orden a la exclusión o no de dichos contratos del ámbito de la Directiva en cuestión, dada la concurrencia en dicha relación de un elemento real que, en principio, excluía la aplicación del derecho de desistimiento con relación al préstamo; así como con relación a los efectos restitutorios que se derivan para el consumidor, en algunos supuestos incluso perniciosos, admitido el derecho de desistimiento con relación al préstamo y propagados los efectos extintivos con relación a esos otros negocios vinculados.

Por todos es sabido que tanto la Directiva mencionada y por ende los derechos nacionales excluyen del ámbito de aplicación del régimen de aplicación de la normativa propia de los contratos celebrados fuera de establecimiento mercantil tanto los contratos que tengan por objeto la adquisición de un bien inmueble o su construcción, así como cualesquiera otro derecho real. El CFR al excluir únicamente del ámbito de aplicación del art. 5:106 y por tanto del ámbito del derecho de desistimiento la letra f) del art. 5:202 (2), recoge la jurisprudencia del Tribunal de Justicia contenida en la mencionada sentencia «*Heiniger*» de 13 de diciembre de 2001, al no excluir de entre los contratos vinculados aquellos en los que el crédito se concedió para financiar la adquisición de un inmueble. Consideró en aquel momento el tribunal y en las demás sentencias

que citan dicha resolución, que ese elemento del contrato de carácter real no basta para desplazar la aplicación de la Directiva 85/577/CEE (apartado 32), ya que el mismo no excluye la necesidad de proteger al consumidor que haya celebrado tal contrato fuera de un establecimiento comercial (apartado 34 y en igual sentido la sentencia de 10 de abril de 2008, Hamilton, C-412/06), alcanzado dicho desistimiento al contrato vinculado. En igual sentido se pronuncia y ha de interpretarse el CFR, cuando dicho préstamo se haya solicitado para la adquisición de una vivienda (sentencia Schulte, de 25 de octubre de 2005, C-350/03). Sin embargo, los problemas se plantean en este último supuesto en cuanto que el consumidor se encuentra obligado a restituir la suma recibida en concepto de préstamo, no estando a disposición de la misma, sino que fue directamente abonada al vendedor del inmueble. La restitución obliga al consumidor a tener que devolver el importe del préstamo de forma inmediata, y no escalonada conforme al préstamo, ya que la extinción del contrato conlleva el restablecimiento de la situación inicial, tanto para el prestamista como para el consumidor. El Tribunal de Justicia considera que la situación del consumidor con esta solución empeora con relación a la que se encontraba durante la vigencia del préstamo (apartados 80-93), puesto que además la Directiva no se opone a que el consumidor deba devolver los intereses normales de mercado de dicho préstamo. Quizás hubiera sido interesante que el CFR hubiera contemplado este supuesto concreto, dada la actual situación de crisis del mercado inmobiliario a nivel europeo y los mencionados efectos perniciosos en lugar de protectores que pueden ocasionar en el consumidor, admitiendo la posibilidad, como la propia sentencia apunta, de la restitución del préstamo mediante la entrega de la vivienda.

Por lo que a los **contratos de adquisición del derecho aprovechamiento por turno de bienes inmuebles** se refiere, la regulación contenida en el art. 5:202 CFR de igual modo resulta casi idéntica a la del art. 5:202 ACQP, A diferencia del régimen general contenido en el art. 5:105, en caso de ejercitar el derecho de desistimiento el consumidor en este ámbito de la contratación, el contrato sí puede establecer que el consumidor asuma una serie de gastos, extremos de los que el consumidor a nuestro entender ha de ser informado junto con la información relativa al derecho de desistimiento en los términos del art. 5:104, que aunque en el mismo sólo se hace referencia a los plazos, modo y persona ante la cual debe hacerse el desistimiento, igualmente dicha información debe alcanzar a los gastos que, según los casos, deba asumir el consumidor cuando ejercite el derecho de desistimiento. La sanción que el CFR establece precisamente a la infracción de ese deber de información es la exoneración del consumidor en cuanto a los mismos. Otra particularidad con respecto al régimen general de los artículos de la sección precedente es la relativa a la prohibición de recibir anticipos ni cantidades a cuenta con anterioridad al transcurso del plazo de desistimiento, por lo que no entrarían en juego, con respecto al empresario, las normas y reglas relativas a la obligación de restitución de prestaciones, en este caso, pecuniarias.

Los únicos gastos que se permite repercutir en el consumidor son los que se deriven del ejercicio del derecho de desistimiento, a diferencia de los ACQP que permitía igualmente repercutir los derivados de la conclusión del contrato); aquellos que se deriven del cumplimiento de obligaciones legales que deban cumplirse antes del transcurso del plazo para ejercitar el desistimiento; aquellos que resulten razonables y apropiados a la naturaleza del contrato, así

como aquellos gastos que estén expresamente establecidos en el contrato, como por ejemplo, los que se hayan derivado de los servicios e instalaciones comunes.

6. Estudio comparativo del CFR y el derecho de desistimiento en el Texto Refundido de la Ley de Consumidores y Usuarios

Como señalamos al inicio de este trabajo, uno de los objetivos del mismo es un estudio comparativo de la regulación del derecho de desistimiento en el CFR con relación al TRLCU. Con una técnica similar a la empleada por el legislador alemán en la reforma del BGB¹⁸, 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 (BOE de 30 de noviembre de 2007, núm. 287)¹⁹, regula en el Capítulo II (arts. 68 a 79) el derecho de desistimiento de una manera general, para posteriormente establecer particularidades o especialidades del mismo con relación a las ventas a distancia (art. 101) y en los contratos celebrados fuera de establecimiento mercantil (art. 110)²⁰. No olvidemos que nos encontramos ante un Real Decreto Legislativo que por definición no puede en ningún caso ir más allá de la regularización y armonización de los textos legales que deban ser refundidos (art. 82. 5 CE)²¹. La refundición que se lleva a cabo en el Real Decreto Legislativo 1/2007 en nuestra opinión resulta de igual modo incompleta, en tanto que no ha incluido otros supuestos de derecho de desistimiento como el art. 10 de la Ley 22/2007, de 11 julio, de comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores, o el

¹⁸ Sobre la reforma del derecho alemán de obligaciones como modelo en cuanto al derecho de desistimiento para el CFR, vid. ROTT (2006). Y en general sobre la reforma alemana del derecho de desistimiento, vid. BERGER (2001, pp. 293). CANARIS (2000, pp. 273-364, en especial las pp. 343-364); SCHMIDT (2000, pp. 1096-1099); SCHWAB-WITT (2002, 250-256).

¹⁹ Sobre el nuevo Texto Refundido de Consumidores y Usuarios, además de los trabajos, BOTANA GARCÍA (2009, ref. D-222) y (2008, ref. D-223).

²⁰ Sin embargo diversa es la técnica legislativa utilizada en la Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modernización del Derecho de Obligaciones y Contrato, recientemente publicada en el Boletín del Ministerio de Justicia, enero de 2009. Una de las finalidades perseguidas con la propuesta de modernización del derecho de obligaciones y contratos es, tal y como señala su Exposición de Motivos, junto a la necesidad de establecer normas más acordes con las necesidades actuales, lograr «*la mayor aproximación posible del Derecho español a los ordenamientos europeos...en espera de una unificación d las normas de Derecho Europeo de los Contratos*». Al igual que en el CFR o los ACQP, el derecho de desistimiento se encuentra regulado en el capítulo destinado a la formación del contrato, en concreto en los arts. 1265-1266, con relación a los contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles; en el art. 1267, sección sexta, bajo el epígrafe «*de la protección de los consumidores en los contratos a distancia*»; y de modo muy conciso en la sección séptima, «*de la contratación electrónica*», en el art. 1268.1 último párrafo. A diferencia del CFR y del TRLCU, no hay un tratamiento unitario del derecho de desistimiento y la regulación de especialidades o particularidades del mismo en los ámbitos antes referidos vienen a abarcar la mayor parte de los extremos regulados en el TRLCU, aunque alguna omisión, la relativa a los contratos vinculados o al derecho de desistimiento contractual.

²¹ Disposición Final Quinta de la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios.

art. 10 de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista. E insuficiente, porque si bien se han refundido diversos aspectos del derecho de desistimiento tales como la forma de ejercicio, las consecuencias jurídicas y económicas del mismo, el plazo, etc., han quedado obviados, no sabemos si intencionadamente o por olvido del legislador, otros de gran relevancia, como el establecimiento de alguna sanción o ineficacia contractual en manos del consumidor para el supuesto de incumplimiento del deber de informar de la existencia de un derecho de desistimiento así como la responsabilidad solidaria de empresario y agente frente al consumidor por el incumplimiento de las obligaciones que en dicho concreto ámbito de la contratación les compelen, extremos que hubieren mejorado la protección del consumidor pero que únicamente se contemplan con relación a la venta fuera de establecimiento mercantil, en los arts. 112 y 113 TRLCU. En tal sentido, CARRASCO PERERA (2008, pp. 2215-2225) califica de banal la refundición realizada con relación al derecho de desistimiento, puesto que ni siquiera se ha logrado dicha armonización con relación a las materias que han sido objeto de refundición²².

En una primera aproximación a la regulación contenida en los mencionados preceptos podemos apreciar como, al igual que en el CFR, se supera tanto la disparidad terminológica en la transposición de las Directivas europeas en materia de consumo, así como la diversidad en cuanto al régimen jurídico aplicable al derecho de desistimiento²³. En líneas generales la regulación de ambos textos, el TRLCU y el CFR resulta bastante similares en los caracteres generales del derecho de desistimiento, en cuanto al deber de informar sobre el derecho de desistimiento (art. 69 TRLCU); la posibilidad de su ejercicio expreso o tácito (art. 70), así como a la fijación de reglas para la determinación del *dies a quo* (art. 71. 2). Sin embargo, si son destacables ciertas diferencias entre ambos. La primera de ellas es la relativa al plazo para el ejercicio del desistimiento, tanto por su duración como por el tipo de plazo que se establece. Frente al plazo de catorce días establecido en el CFR, el TRLCU establece un plazo mínimo de siete días para el ejercicio del derecho de desistimiento (art. 71 TRLCU), con lo cual la concesión de un plazo mayor vendrá reconocida contractualmente o por una regulación específica del derecho de desistimiento en leyes que no hayan sido objeto de refundición. Especifica el TRLCU, a diferencia del CFR, que dichos días han de ser hábiles siendo la ley del lugar donde se haya entregado el bien o deba prestarse el servicio la que determinará los días que han de considerarse como tales. Contiene igualmente reglas para la fijación del *dies a quo* en cuanto al ejercicio del derecho de desistimiento (números 2 y 3 del art. 71). En cualquier caso para determinar si se ha ejercitado o no se «se tendrá en cuenta la fecha de expedición de la declaración de desistimiento» (art. 71. 4). Sin embargo, y por las razones a las que nos hemos referido en líneas anteriores, no sería justo considerar que dicho momento se considere como fecha de extinción del contrato a efectos de la restitución por parte del empresario en tanto que no tenga conocimiento de que se ha ejercitado el derecho de desistimiento, si tenemos en cuenta que a efectos de restitución por parte el

²² En cuanto otros supuestos de contratación con consumidores como contratos de telefonía e internet, y otros de tracto sucesivo, vid. ÁLVAREZ MORENO (2000); y SAINZ-CANTERO (2008, pp. 861-881).

²³ Así, por ejemplo, el art. 5 de la Ley 26/1991, sobre contratos celebrados fuera de establecimiento mercantil, habla del *derecho de revocación*; y en la versión española de la Directiva sobre dichos contratos, *derecho de rescindir*.

empresario de las prestaciones recibidas por el consumidor el TRLCU, a diferencia del CFR, sí establece una sanción si dicha restitución tiene lugar más allá de los treinta días señalados por el art. 76 TRLCU: transcurrido dicho plazo sin que el consumidor haya recuperado la suma adeudada por el empresario, tendrá derecho a reclamarla duplicada, sin perjuicio además de la correspondiente indemnización de daños y perjuicios que se le hayan causado y que excedan de dicha cantidad, correspondiendo al empresario la carga de la prueba sobre el cumplimiento del plazo. Sin embargo, difieren en cierta medida ambas regulaciones con relación a los efectos económicos del desistimiento en lo relativo a los gastos que se deriven del ejercicio del mismo.

Pero el paralelismo entre ambas regulaciones también es apreciable en cuanto a ciertas ausencias o lagunas a las que ya nos hemos referido anteriormente. En concreto, en cuanto a la falta de previsión en el CFR en caso de la inobservancia del deber de informar al consumidor sobre el derecho de desistimiento. El TRLCU en las disposiciones generales relativas al derecho de desistimiento incurre en la misma omisión, pues únicamente el art. 112 TRLCU reconoce a favor del consumidor la anulación de los contratos celebrados fuera de establecimientos mercantiles reconoce, en consonancia con el ya derogado art. 4.1 de la Ley 26/1991²⁴. Ya hemos señalado anteriormente con relación al CFR que, en nuestra opinión, la necesidad de establecimiento de algún tipo de sanción a todos los supuestos de inobservancia total o parcial del ejercicio del derecho de desistimiento. La misma constituye, en nuestra opinión, una vía más efectiva de protección al consumidor²⁵, si tenemos en cuenta además que el acervo comunitario constituye en este extremo con relación a la transposición del derecho nacional, un referente de mínimos que permite por tanto un aumento de dicha protección del consumidor en los derechos internos. En tal sentido, con carácter general, junto a la formulación en el art. 69 de la *Obligación de informar sobre el derecho de desistimiento*²⁶, no contiene el TRLCU sanción a dicho incumplimiento más allá, de una parte, de la sanción administrativa a la que se refiere el art. 50. 1 j), y de otra, en cuanto a la obligación de devolución del consumidor (art. 75.2 TRLCU en tanto que si la misma ha devenido imposible y el empresario incumplido el deber de información y documentación sobre el derecho de desistimiento, el consumidor sólo responderá cuando hubiere omitido «*la diligencia que le es exigible en sus propios asuntos*»).

²⁴ Al respecto, PRESENCIA CRESPO (2006, pp. 339-358); y ORELLANA CANO (2006, pp. 1137-3520).

²⁵ Si bien hay pronunciamientos jurisprudenciales, tal y como señala ARROYO AMAYUELAS Y EBERS (2008, p. 430, nota 66), que consideran que el incumplimiento de dicho deber y la omisión de la información sobre el documento revocatorio es de tal entidad que contraviene el art. 6. 3 CC, siendo por ello merecedor de la sanción por nulidad. Al respecto SSAP de Madrid, de 26.3.2002; de Valencia de 21.2.2003; y de Lleida, de 26.4.2005.

²⁶ CAVANILLAS MÚGICA (2008, pp. 2133-2166, en concreto, pp. 2152-2156). Señala en cuanto a la forma en la que se ha de cumplir con dicha obligación de informar de la existencia del derecho de desistimiento, critica la insuficiencia del texto en este extremo en tanto que el soporte en el que se ofrezca la información sea por escrito, propio de una operación comercial presencial, no se corresponde con la posibilidad contemplada en el art. 47.2 de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista, de proporcionar dicha información, salvo oposición expresa del consumidor, en cualquier otro soporte duradero adecuado a la técnica de comunicación empleada.

Otra de las novedades del TRLCU y sobre la que, por el contrario no encontramos referencia ni el ACQP ni en CFR lo constituye la regulación de un derecho contractual de desistimiento (art. 79 TRLCU) con respecto al cual, a falta de previsiones específicas en la oferta, promoción o publicidad o en el propio contrato, actuará el régimen legal establecido en los artículos precedentes como régimen supletorio. Cuestiona CAVANILLAS a este respecto la justificación del establecimiento de límites de derecho imperativo mediante un texto refundido a una materia que hasta la promulgación del TRLCU estaba sometido al libre ejercicio de la libertad contractual del empresario. En concreto, dichos límites vienen dado de una parte, por la exclusión de toda obligación de indemnizar por el desgaste o deterioro del bien o el uso del servicio debido exclusivamente prueba del consumidor para tomar una decisión sobre su adquisición definitiva, y de otra, en cuanto a la prohibición de exigir anticipo de pago o prestación de garantías, incluso la aceptación de efectos que garanticen un eventual resarcimiento a favor del empresario para el caso que se ejercite el derecho de desistimiento²⁷.

Finalmente, y como último eslabón de estudio, vamos a analizar la configuración del derecho de desistimiento en la recientemente publicada Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos (a partir de ahora PALMOC), puesto que, como señala la Exposición de Motivos de la misma, una de las finalidades perseguidas con la misma, junto con el establecimiento de normas más acordes con las necesidades actuales, es la consecución de *«la mayor aproximación posible del Derecho español a los ordenamientos europeos, (...) en espera de una unificación de las normas del Derecho Europeo de los contratos»*. En líneas generales el PALMOC abarca en su regulación los aspectos del derecho de desistimiento a los que nos hemos venido refiriendo en líneas anteriores pero, a diferencia tanto del CFR como del TRLCU, no contiene la misma regulación uniforme y común del derecho de desistimiento que rija para los contratos con consumidores. El derecho de desistimiento se regula con relación únicamente a los contratos celebrados fuera de establecimiento mercantil (art. 1265); a los contratos a distancia (art. 1267.11), y en la contratación electrónica (art. 1268.1 último párrafo). Sistemáticamente, y al igual que en el CFR el derecho de desistimiento se regula en el capítulo, en concreto segundo, dedicado a *la formación de los contratos*.

Los mencionados preceptos vienen a recoger los caracteres y elementos del derecho de desistimiento que hemos venido analizando tanto con relación al CFR como al TRLCU, en cuanto a la caracterización general del mismo, su carácter imperativo e irrenunciable, su ejercicio (forma, plazo y cómputo del mismo), los efectos jurídicos y económicos del ejercicio del derecho de desistimiento (obligación de restitución y los costes que se pudieren generar), etc. Cabe resaltar la especial atención dedica el PALMOC a la información acerca del derecho de desistimiento que el empresario ha de suministrar al consumidor en los supuestos de venta fuera de establecimiento mercantil en el art. 1265.6. En tal sentido se establece que el contrato ha de contener, en caracteres destacados e inmediatamente encima del lugar reservado para la firma del consumidor, una

²⁷ CAVANILLAS MÚGICA (2008, p. 2156). La única norma de carácter imperativo en la que el autor encuentra la justificación de la mencionada limitación del art. 79 TRLCU sería el art. 10 Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista, pero como él mismo señala no queda suficientemente clara dicha relación, aún cuando el tenor literal de ambos preceptos es casi idéntico.

referencia clara y precisa del derecho a desistir del contrato, así como los requisitos y las consecuencias del mismo. El documento que sirva al consumidor para el ejercicio del desistimiento y que igualmente ha de suministrarse al consumidor, establece que ha de contener la denominación «documento de desistimiento», así como expresar de forma clara el nombre de la persona y la dirección de la persona al que hay que enviar dicho documento, la identificación del contrato así como de los contratantes, en consonancia con los mismos requisitos de forma escrita y de contenido a los que con carácter general y no sólo referido a los contratos celebrados fuera de establecimiento mercantil, se refiere el art. 5:104 CFR.

Sin embargo, sí hay algunos aspectos en los que el PALMOC difiere del régimen del TRLCU y del CFR. Además de la principal diferencia a la que nos hemos referido, esto es, la ausencia de un régimen general para el derecho de desistimiento, no contiene la mencionada PALMOC previsión alguna respecto a los contratos vinculados ni en los artículos dedicados a los contratos celebrados fuera de establecimiento mercantil ni en la regulación de la contratación electrónica. Únicamente, el art. 1267. 11 último párrafo con relación a los contratos a distancia establece como efecto del desistimiento del contrato, la resolución del contrato de crédito concedido por el empresario o por un tercero, con el consentimiento de aquel, a favor del consumidor, para financiar total o parcialmente la adquisición del bien o servicio. De igual modo, sólo se prevé para esta modalidad de contratación, la cláusula penal de devolución del duplo de las sumas abonadas y la reclamación de daños y perjuicios para el supuesto de demora del empresario más allá de los treinta días en el cumplimiento de su obligación de restitución (art. 1267. 11 párrafo cuarto), sin que se haga referencia a la misma con carácter general de igual modo que en el TRLCU.

Otro de los aspectos destacables y por la atención que al mismo le hemos prestado en líneas anteriores, es la ausencia de sanción al incumplimiento del deber de informar sobre el derecho de desistimiento que el consumidor puede ejercitar, nuevamente reservado al igual que en el TRLCU (art. 112), a los contratos celebrados fuera de establecimiento mercantil. En concreto en el art. 1265. 7 establece la posibilidad de instar el consumidor la acción de anulabilidad cuando omitieran los requisitos contenidos en el artículo anterior, dedicado a la información a suministrar sobre el derecho de desistimiento y el denominado «documento de desistimiento», causa de anulabilidad que sólo podrá ser invocada por el empresario cuando la no información por parte del consumidor sea únicamente imputable a él. Pero no hace extensible la misma a los demás supuestos regulados en la PALMOC, ni establece otra sanción a la inobservancia total o parcial de la misma. En igual sentido, y para finalizar, en cuanto a la responsabilidad solidaria de los agentes que actúen como intermediarios, mandatarios, comisionistas o agentes del empresario que de igual modo que el art. 113 TRLCU, sólo se prevé con relación a la venta fuera de establecimiento mercantil.

7. Bibliografía

- M. T. ÁLVAREZ MORENO (2000), *El desistimiento unilateral en los contratos con condiciones generales*, Madrid.
- E. ARROYO AMAYUELAS (2008), “Los Principios del Derecho Contractual Comunitario”, *Anuario de Derecho Civil*, núm. LXI-1, enero de 2008, pp. 211 y ss.
- E. ARROYO AMAYUELAS y M. EBERS (2008), “«Heiniger» 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*, núm. 9, pp. 407-442.
- C. BERGER (2001), “Die Neueregelung des verbraucherrechtlichen Widerrufsrechts in § 361 a BGB”, *JURA*, 5/2001, pp. 293.
- G. A. BOTANA GARCÍA (2009), “Contrato con consumidores y usuarios”, *Diario La Ley*, año XXX, nº 7147, ref. D-222.
- (2008), “El nuevo texto refundido de consumidores y usuarios”, *Diario La Ley*, nº 6990, año XXIX, ref. D-223.
- C. CANARIS (2000), “Wandlungen des Schuldvertragsrecht. Tendenzen zu seiner materialisierung”, *AcP*, pp. 273-364, en especial las pp. 343-364.
- A. CAÑIZARES LASO (2001), *La caducidad de los derechos y acciones*, Madrid.
- A. CARRASCO PERERA (2008), *Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (Real Decreto 1/2007). Ámbito de aplicación y alcance de la refundición*, *Aranzadi Civil*, nº 1, 2215-2225.
- S. CAVANILLAS MÚGICA (2008), *El Real Decreto Legislativo 1/2007, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*, *Aranzadi Civil*, nº 1, 2133-2166.
- L. DÍEZ-PICAZO (2007), *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Madrid.
- EIDENMÜLLER, FAUST, GRIGOLEIT, JANSEN Y WAGNER (2008), “The Common Frame of References for European Privat Law-policy Choices and Codification Problems”, *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 28, No. 4, pp. 659-708.

F. J. INFANTE RUIZ (2008), "Entre lo político y lo académico: un Common Frame of Reference de derecho privado europeo", *InDret*, 2/2008 (www.indret.com).

M. KITTNER (2003), *Schuldrecht*, Munich, pp. 283-290.

M. KLEIN (1997), *El desistimiento unilateral del contrato*, Madrid.

N. ORELLANA CANO (2006), "El desistimiento unilateral en los contratos de consumo", en *Venta de bienes fuera del establecimiento mercantil*, Estudios de Derecho Judicial nº 3, 1137-3520.

F. PRESENCIA CRESPO (2006), "La compraventa fuera del establecimiento mercantil", en *Venta de bienes fuera del establecimiento mercantil*, en Estudios de Derecho Judicial, nº 103, pp. 339-358.

P. ROTT (2006), "Harmonising Different Rights of Withdrawal: Can German Law Serve as an Example for EC Consumer Law?", *German Law Journal. Review of Developments in German, European and International Jurisprudence*, www.germanlawjournal.com, No. 12.

M^a B. SAINZ-CANTERO CAPARRÓS (2008), "El desistimiento ad nutum en los consumidores tras la ley 44/2006, y el Texto Refundido 1/2007 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarios", *Actualidad Civil*, nº 9, pp. 861-881.

K. SCHMIDT (2000), "Verbraucherschützende Widerrufsrechte als Grundlage der Vollstreckungsgegenklage nach neue Recht. Zur Bedeutung des neuen §361 a BGB für den prozessualen Rechtsschutz des Schuldners", *JuS*, pp. 1096-1099.

SCHWAB-WITT (2002), *Einführung in das neue Schuldrecht*, Munich, 250-256.

R. ZIMMERMANN (2008), *El nuevo Derecho alemán de obligaciones. Un análisis desde la Historia y el Derecho Comparado*, Barcelona, pp. 248-254.

ZWEITER/KÖTZ (2002), *Introducción al Derecho Comparado*, Oxford.