

EL DESISTIMIENTO UNILATERAL: FACULTAD DEL CONSUMIDOR

THE UNILATERAL WITHDRAWAL: RIGHT OF THE CONSUMER

MARÍA ROSARIO MARTÍN BRICEÑO
Universidad Rey Juan Carlos

Recibido: 14/02/2014

Aceptado: 24/06/2014

Resumen: la Ley 3/2014, de 27 de marzo, ha modificado el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, de Defensa de los Consumidores y Usuarios. Razón: la Directiva 83/2011, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre, sobre los Derechos de los Consumidores, ha derogado la Directiva 577/1985, de 20 de diciembre, sobre contratos fuera del establecimiento mercantil del empresario, así como la Directiva 7/1997, de 20 de mayo, relativa a los contratos a distancia, y se ha adaptado a nuestro ordenamiento. De este modo se ha extendido el plazo de ejercicio del derecho de desistimiento, un derecho que extingue las obligaciones de las partes de ejecutar el contrato o de celebrarlo cuando el consumidor ha realizado una oferta. Para facilitar su ejercicio se ha introducido un modelo de formulario-tipo de desistimiento que el consumidor podrá completar incluso *on line* a través de la página web del empresario. Aunque se sigue manteniendo el principio de libertad de forma para que aquel pueda desistir mediante una carta, llamada telefónica o simple devolución de los bienes recibidos. Ahora bien, recaerá sobre él la carga de la prueba.

Palabras Clave: desistimiento unilateral; contrato; consumidor; empresario; directiva comunitaria.

Abstract: *the Law 3/2014, of 27 March, modified the Royal Legislative Decree 1/2007, of 16 November, about Consumers and Users Defence. Reason: the Directive 2011/83/EU of the European Parliament and of the Council, of 25 October, on Consumers Rights, repealed Council Directive 85/577/EEC, of 20 December, to protect the consumer in respect of contracts negotiated away from business premises and Directive 97/7/EC, of 20 May, of the European Parliament and of The Council, on the protection of consumers in respect of distance contracts, and it has been adapted to our legal system. The period to withdraw is longer than before and the exercise of this right shall terminate the obligations of the parties to perform the contract or to conclude the distance or off-premises contract, in cases where an offer was made by the consumer. To facilitate its exercise the consumer may use a model withdrawal form and has the option to electronically fill in it on the trader's website. He may withdraw using a letter, a telephone call or returning the received goods as well. But the burden of proof of exercising the right of withdrawal shall be on the consumer.*

Keywords: *unilateral withdrawal; contract; consumer; trader and EU directive.*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. LA FACULTAD DE DESISTIMIENTO. 2.1. Ámbito de aplicación. 2.2. ¿Plazo de reflexión, derecho de arrepentimiento, revocación o vicio del consentimiento? 2.3. Régimen jurídico. 2.3.1. *Ejercicio*. 2.3.2. *Plazo*. 2.3.3. *Efectos*. 3. CONCLUSIONES.

1. INTRODUCCIÓN

La Ley 3/2014, de 27 de marzo, ha modificado el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado mediante Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre¹. La razón fundamental se encuentra en la necesidad de adaptar la Directiva 83/2011 del Parlamento y del Consejo, de 25 de octubre, sobre los Derechos de los Consumidores, a nuestro ordenamiento jurídico, una Directiva que a su vez deroga la Directiva 577/1985, de 20 de diciembre, sobre contratos fuera del establecimiento mercantil del empresario y la Directiva 7/1997, de 20 de mayo, relativa a los contratos a distancia.

La Directiva 83/2011 pretende impulsar la protección de los consumidores y usuarios europeos y consolidar el mercado interior. ¿Cómo? Mediante la aplicación de medidas que refuercen la seguridad jurídica, tanto de los consumidores y usuarios, como de los empresarios; así como eliminando disparidades entre las legislaciones de los distintos estados miembros que dificulten precisamente la contratación. En el ámbito de las modificaciones cabe destacar la exigencia de armonizar las nociones de “consumidor” y de “empresario”. Razón: el legislador comunitario pretende regular los contratos celebrados a distancia entre un consumidor y un empresario, o aquellos otros que se realizan fuera del establecimiento mercantil de este último. Por consiguiente, si seguimos un argumento *a contrario* debemos concluir que quedan excluidos todos los contratos realizados entre empresarios, así como aquellos otros en los que sólo intervienen particulares. El motivo es lógico: se establecen medidas tuitivas dirigidas a proteger al consumidor frente a otro sujeto que no actúa en calidad de tal, sino como empresario, porque presume que en este tipo de relaciones jurídicas existe una desigualdad derivada de las técnicas comerciales que se utilizan para captar la voluntad del consumidor. En este sentido el artículo 2 1) de la Directiva comunitaria define al consumidor como *«toda persona física que, en contratos regulados por la presente Directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresa, oficio o profesión»*. El artículo 2 2) de la citada Directiva añade que será considerado comerciante a *«toda persona física o jurídica, ya sea privada o pública, que actúe, incluso a través de otra persona en su nombre o siguiendo sus instrucciones, con un propósito relacionado con su actividad comercial, empresa, oficio o profesión en relación con contratos regulados por la presente Directiva»*.

El concepto de consumidor que incorpora la Ley 3/2014, de 27 de marzo, modifica el artículo 3 del Real Decreto-Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre,

¹ Este Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, procedió a refundir la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios 26/1984, de 19 de julio, y todo un conjunto de leyes especiales que tenían su origen en la trasposición de Directivas comunitarias referidas a la protección de los consumidores, entre las que se encontraban la Directiva 577/1985, de 20 de diciembre, sobre contratos fuera del establecimiento mercantil del empresario y la Directiva 7/1997, de 20 de mayo, relativa a los contratos a distancia.

de defensa de los Consumidores y Usuarios, y amplía el contenido dispuesto por el legislador comunitario en esta materia ya que afirma que «A efectos de esta norma ... son consumidores o usuarios las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión»; y también «las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica, que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial»². En consecuencia, el consumidor es siempre un destinatario final del bien o servicio, con independencia de si estamos ante una persona física o jurídica, o ante un ente sin personalidad. Lo relevante se encuentra en que la adquisición del bien o servicio se debe producir para satisfacer una necesidad privada, y que, por tanto, se produce al margen de una actividad empresarial o profesional. Ello conduce a que se defina al empresario como «toda persona física o jurídica, ya sea privada o pública, que actúe directamente o a través de otra persona en su nombre o siguiendo sus instrucciones, con un propósito relacionado con su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión». Es un agente de la actividad económica.

Nuestro legislador introduce cambios en la redacción del artículo 60 del Real Decreto-Legislativo 1/2007 a fin de potenciar el derecho del consumidor a ser informado oportunamente sobre distintos aspectos del contratos. Por ello señala que «Antes de que el consumidor y usuario quede vinculado por un contrato u oferta correspondiente, el empresario deberá facilitarle de forma clara y comprensible, salvo que resulte manifiesta por el contexto, la información relevante, veraz y suficiente sobre las características principales del contrato, en particular sobre sus condiciones jurídicas y económicas». A partir de esta declaración, el legislador incorpora una serie de circunstancias como son las características principales de los bienes y servicios, la identidad del empresario, el precio total del bien o servicio, los procedimientos de pago, la garantía legal, la duración del contrato o la funcionalidad de los contenidos digitales, incluidas las medidas técnicas de protección aplicables, entre otras. Entre ellas hay que destacar la información sobre la existencia de un derecho de desistimiento atribuible al consumidor o usuario, junto al plazo y a la forma de ejercitarlo, facultad que vamos a examinar a continuación.

2. LA FACULTAD DE DESISTIMIENTO

2.1. Ámbito de aplicación

El derecho de desistimiento unilateral está presente en los contratos celebrados fuera del establecimiento mercantil del empresario y en aquellos otros realizados a distancia, unos contratos que nuestro legislador procede a regular conjuntamente de acuerdo con la técnica jurídica utilizada por el legislador comunitario, aunque sin

² La redacción anterior del artículo 3 declaraba que «A efectos de esta Norma..., son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional».

olvidar que tienen una naturaleza diversa en la medida en que la práctica comercial que el empresario emplea es distinta en cada uno de ellos. Esto se manifiesta en el propio artículo 2, párrafo 8) de la Directiva 83/2011, conforme al cual un contrato se realiza fuera del establecimiento mercantil cuando cumple alguna de las siguientes premisas:

«a) [este es] *celebrado con la presencia física simultánea del comerciante y del consumidor, en un lugar distinto del establecimiento mercantil del comerciante;*

b) *en el que el consumidor ha realizado una oferta en las mismas circunstancias que las que se contemplan en la letra a);*

c) *celebrado en el establecimiento mercantil del comerciante o mediante el uso de cualquier medio de comunicación a distancia inmediatamente después de que haya existido contacto personal e individual con el consumidor en un lugar que no sea el establecimiento mercantil del comerciante, con la presencia física simultánea del comerciante y el consumidor, o*

d) *celebrado durante una excursión organizada por el comerciante con el fin de promocionar y vender productos o servicios al consumidor»³.*

Son contratos que se celebran fuera del establecimiento mercantil del empresario -considerado aquel como su local de negocios permanente o habitual-, bajo el efecto sorpresa. Se emplea una técnica comercial basada en la persuasión, que supone una presión psicológica para el consumidor, quien se ve empujado a prestar su consentimiento sin una previa reflexión. Adquiere un producto que no ha solicitado y que posiblemente no necesita. Que la iniciativa de la contratación recaiga sobre el empresario, hace que el consumidor no se encuentre preparado para comparar la calidad y el precio del producto que se ofrece con otros. Por ello este tipo de contratos se incluye dentro del concepto de “ventas agresivas”.

Nuestro legislador modifica el artículo 92 del Real Decreto Legislativo 1/2007, e incorpora los términos previstos por la Directiva 83/2011. Define el contrato celebrado fuera del establecimiento mercantil del empresario, como un contrato que se realiza sin la presencia simultánea del empresario y del consumidor y usuario, en un lugar distinto al establecimiento mercantil del empresario, contrato en el que el consumidor ha realizado una oferta en las mismas circunstancias que las contempladas anteriormente, contrato celebrado en el establecimiento mercantil del empresario o mediante el uso de cualquier medio de comunicación a distancia inmediatamente después de que haya existido contacto personal e individual con el consumidor y usuario en un lugar que no sea el establecimiento mercantil del empresario, con la presencia física simultánea del empresario y el consumidor y usuario o contrato celebrado durante una excursión promocional organizada por el empresario con el fin de promocionar y vender productos o servicios al consumidor

³ Ver artículo 1 de la Directiva 577/1985, de 20 de diciembre de protección de los consumidores en el caso de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales, precepto que recurre fundamentalmente a la casuística para determinar el ámbito de aplicación de la norma comunitaria.

y usuario. A ello habría que añadir que el artículo 59 bis) d) considera como establecimiento mercantil, “*toda instalación inmueble de venta al por menor en la que el empresario ejerce su actividad de forma permanente; o toda instalación móvil de venta al por menor en la que el empresario ejerce su actividad de forma habitual*”.

El artículo 2, párrafo 7), de la Directiva 83/2011, define también el contrato a distancia en los siguientes términos: como «*todo contrato celebrado entre un comerciante y un consumidor en el marco de un sistema organizado de venta o prestación de servicios a distancia, sin la presencia física simultánea del comerciante y del consumidor, y en el que se han utilizado exclusivamente una o más técnicas de comunicación a distancia hasta el momento en que se celebra el contrato y en la propia celebración del mismo*»⁴. El artículo 92 se expresa en idénticos términos al definir los contratos a distancia. Se considera como tales a aquellos que se realizan en “*el marco de un sistema organizado de venta o prestación de servicios a distancia, sin la presencia física simultánea del empresario y del consumidor y usuario, y en el que se hayan utilizado exclusivamente una o más técnicas de comunicación a distancia hasta el momento de la celebración del contrato y en la propia celebración del mismo*”. Tan sólo añade que son “*técnicas de comunicación a distancia: el correo postal, internet, el teléfono o el fax*”.

La definición de los contratos a distancia abarca situaciones en las que el consumidor o usuario visita el establecimiento mercantil de la empresa con el único propósito de recabar información sobre los bienes o servicios que ofrece, si la celebración del contrato tiene lugar a distancia. Asimismo, el concepto de sistema organizado de prestación de servicios o de venta a distancia incluye también los sistemas ofrecidos por un tercero distinto del empresario pero utilizado por éste, como una plataforma en línea⁵. No cubre los casos en los que las páginas web ofrecen información solamente sobre el empresario, sus bienes o servicios y sus datos de contacto. En cualquier caso, cabe resaltar que este tipo de contratación se lleva a cabo a través de unos medios de comunicación a distancia, y que por ello se debe proteger el derecho del consumidor a ser informado adecuadamente. No hay que olvidar que en este tipo de contratos el consumidor carece de la posibilidad real de ver el producto antes de la celebración del contrato, razón por la que se prevé un instrumento de protección para paliar los efectos negativos de esta circunstancia: el derecho de desistimiento *ad nutum*.

A la luz de lo expuesto, cabe deducir que hay que prestar un especial interés a la protección del derecho del consumidor a ser informado, una protección que viene dada mediante la exigencia de unos requisitos formales en el contrato. Siendo esto

⁴ Ver el artículo 2, 1) de la Directiva 7/1997, de 20 de mayo, de protección de los consumidores en materia de contratos a distancia.

⁵ Los contratos de suministro digital están incluidos y debe entenderse por contenido digital lo siguiente: datos producidos y suministrados en formato digital, como programas, juegos, música, videos o textos informáticos independientemente de si se accede a ellos a través de descarga o emisión en tiempo real, de un soporte material u otros medios.

así, la forma del contrato desarrollaría una función informativa muy presente en materia de consumo, ya que entre los datos que el empresario tiene que suministrar al consumidor antes de que este quede vinculado por un contrato a distancia o por uno celebrado fuera del establecimiento mercantil, está el referido al derecho de desistimiento; a sus condiciones, plazo de ejercicio así como formulario a utilizar en su caso.

El artículo 69 del Real Decreto Legislativo 1/2007 sobre Consumidores y Usuarios prevé que *“Cuando la ley atribuya el derecho de desistimiento al consumidor y usuario, el empresario contratante deberá informarle por escrito en el documento contractual, de manera clara, comprensible y precisa, del derecho de desistir del contrato y de los requisitos y consecuencias de su ejercicio, incluidas las modalidades de restitución del bien o servicio recibido. Deberá entregarle, además, un documento de desistimiento, identificado claramente como tal, que exprese el nombre y dirección de la persona a quien debe enviarse y los datos de identificación del contrato y de los contratantes a que se refiere”*. Añade su párrafo segundo que *“Corresponde al empresario probar el cumplimiento de lo dispuesto en el apartado anterior”*. A todo esto habría que añadir lo que disponen los artículos 98 y 99 en cuanto a los requisitos formales exigidos tanto a los contratos a distancia como a los celebrados fuera del establecimiento mercantil del empresario, respectivamente. Si se trata de un contrato celebrado a distancia el empresario debe poner a disposición del consumidor la información exigida por el legislador de una manera clara y comprensible para este último, de forma acorde con las técnicas de comunicación a distancia utilizadas. Se refiere a la obligación de confirmar por escrito aquellos contratos celebrados por teléfono. Si, por el contrario, el contrato se celebra fuera del establecimiento mercantil del empresario, éste deberá facilitar al consumidor *«en papel o, si este está de acuerdo, en otro soporte duradero»* la información exigida por el legislador. Asimismo, deberá entregarle una copia del contrato firmado o una confirmación del mismo en papel o, si está de acuerdo, en un soporte duradero diferente, término que se define como instrumento que permite al consumidor y usuario y al empresario *«almacenar información que se le haya dirigido personalmente de forma que en el futuro pueda consultarla durante un período de tiempo acorde con los fines de dicha información y que permita su fiel reproducción. Entre otros, tiene la consideración de soporte duradero, el papel, las memorias USB, los CD-ROM, los DVD, las tarjetas de memoria o los discos duros de ordenador, los correos electrónicos, así como los mensajes SMS»* [art. 59 bis) 1. f)].

Los requisitos formales que se exigen en materia de contratación actúan como vehículo informativo del contenido obligatorio que, tanto los contratos celebrados fuera del establecimiento mercantil del empresario como los realizados a distancia, deben tener⁶. Se trata de una forma del contrato que, además de cumplir una

⁶ Vid. ECHEVARRÍA DE RADA, M. T., “El formalismo como característica del Derecho de Consumo”, *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, febrero 2000, n° 1863, p. 619; MARTÍN BRICEÑO, M. R., «La protección de los intereses del consumidor a través de la forma

función informativa, sirve también para integrar su contenido, así como medio para que el empresario pueda preconstituir un medio probatorio en relación con el cumplimiento de su deber de información. Ello se deduce de lo dispuesto por el artículo 7 de la Directiva 83/2011, conforme al cual «*El comerciante deberá facilitar al consumidor una copia del contrato firmado o la confirmación del contrato en papel o, si el consumidor está de acuerdo, en un soporte duradero diferente*» en el ámbito de los contratos celebrados fuera del establecimiento mercantil del empresario. Esto reviste interés en cuanto que es el empresario quien debe probar que ha comunicado al consumidor todos los aspectos establecidos por la ley.

El artículo 97 del Real Decreto-Legislativo 1/2007 se pronuncia en el sentido apuntado anteriormente y exige que el empresario comunique «*de forma clara y comprensible*» que existe un derecho a desistir del contrato; de sus condiciones, plazo y procedimientos para ejercerlo, «*así como el modelo de formulario de desistimiento*». En relación con el modelo de documento de información al consumidor y usuario sobre el desistimiento unilateral que el empresario debe utilizar, nuestro legislador emplea unos términos cuya interpretación literal nos podría conducir a hablar más bien de facultad que de obligación. En concreto el artículo 97.4. establece que la información relativa al derecho de desistimiento «*podrá proporcionarse*» a través del modelo citado. El empresario habrá cumplido con su deber de información «*cuando haya proporcionado dicha información correctamente cumplimentada*». En consecuencia, el legislador incorpora un formulario-tipo por un lado sin exigir al empresario que lo emplee; aunque, por otra parte, sí le indica que, sea cual fuere el modelo utilizado, debe incluir la información que aparece en el modelo que el legislador incorpora. Para informar adecuadamente al consumidor de su derecho de desistimiento y facilitar la prueba de su contenido, lo idóneo hubiera sido exigir un formulario-tipo estandarizado que reprodujera lo previsto por la ley.

Si el contrato realizado a distancia como el celebrado fuera del establecimiento mercantil del empresario es formal, los requisitos formales actúan sobre la validez del contrato. En consecuencia, su incumplimiento debe conllevar la nulidad del mismo; pero no una nulidad absoluta desde el punto de vista de la legitimación, sino una nulidad relativa en cuanto a que es el consumidor quien debe estar legitimado al respecto⁷. Del artículo 100 del Real Decreto-Legislativo 1/2007 así se deduce: «*El contrato celebrado sin que se haya facilitado al consumidor y usuario*

del contrato», *Aranzadi Civil*, nº 6, junio, 2001, pp. 19-23; TORRES LANA, J. A., «Forma del negocio y nuevas tecnologías», *RDP*, 2004, p. 496; HERAS HERNÁNDEZ, M. M., «La forma del contrato: el neoformalismo en el Derecho de Consumo», *RDP*, 2005, p. 31; y JIMÉNEZ MÚÑOZ, F. J., «Los deberes de información precontractual en la legislación actual y en las distintas propuestas de modernización del Derecho de Obligaciones», *RCDI*, nº 738, 2013, p. 2278.

⁷ Sobre el tema, vid. MARTÍN BRICEÑO, M. R., *op. cit.*, pp. 32-37. También GARCÍA VICENTE, J. R., «La contratación con consumidores», en *Tratado de Contratos*, T. II, dirigido por R. Bercovitz, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2013, p. 1741.

la copia del contrato celebrado o la confirmación del mismo, de acuerdo con los artículos 98.7 y 99.2, podrá ser anulado a instancia del consumidor y usuario por vía de acción o excepción». Añade que «En ningún caso podrá ser invocada la causa de nulidad por el empresario, salvo que el incumplimiento sea exclusivo del consumidor y usuario».

2.2. ¿Plazo de reflexión, derecho de arrepentimiento, revocación o vicio del consentimiento?

El artículo 9 de la Directiva 83/2011 declara que «el consumidor dispondrá de un período de 14 días para desistir de un contrato a distancia o celebrado fuera del establecimiento, sin indicar el motivo y sin incurrir en ningún coste distinto de los previstos en el artículo 13, apartado 2, y en el artículo 14». El artículo 102 del Real Decreto Legislativo 1/2007 se manifiesta en el mismo sentido al afirmar que “el consumidor o usuario tendrá derecho a desistir del contrato durante un período de 14 días naturales sin indicar el motivo y sin incurrir en ningún coste distinto de los previstos en los artículos 107.2. y 108”. Por consiguiente, se produce una modificación respecto al texto anterior que reconocía al consumidor un derecho a desistir por un período de siete días. Se produce una ampliación del plazo.

Cabe observar que el derecho de desistimiento se reconoce como una facultad que tiene el consumidor para desistir de un contrato durante un período de tiempo determinado, pero sin necesidad de alegar causa alguna que justifique su ejercicio. Se trata de un derecho de desistimiento unilateral *ad nutum*. Pero, desde esta perspectiva hay que preguntarse por la naturaleza atribuible a este derecho. Si se trata de un mero plazo de reflexión, de un derecho de arrepentimiento o de una facultad revocatoria que deja sin efectos un contrato ya celebrado. En definitiva, lo que se plantea es si el perfeccionamiento del contrato se difiere en el tiempo o si lo que se suspende es su fuerza vinculante una vez este ya ha sido celebrado.

Si el derecho de desistimiento acoge un plazo de reflexión, habría que afirmar que el consentimiento del consumidor no es firme. Que la voluntad emitida forma parte del proceso de formación de aquel, proceso que termina cuando transcurre el plazo concedido por el legislador para desistir del contrato. Es un consentimiento incompleto por haber sido emitido de modo irreflexivo. Por consiguiente, cuando el consumidor desiste, los efectos de su ejercicio recaen sobre la declaración de voluntad, y no así sobre el contrato que aún no se ha perfeccionado. La defensa de esta postura no derogaría el principio de fuerza obligatoria que todo contrato tiene.

Si el derecho de desistimiento afecta a los efectos del contrato, entonces no repercutiría sobre la regla que acoge el artículo 1258 del Código civil en materia de perfeccionamiento. Sin embargo, sí disociaría la aceptación de la ejecución del contrato, ya que los efectos del mismo no se producirían hasta que hubiera

transcurrido el plazo establecido para poder desistir. Quedaría en suspenso su eficacia⁸.

Ahora bien, al tratar de determinar qué naturaleza jurídica tiene el derecho de desistimiento atribuido al consumidor, ¿qué sucede con el intercambio de prestaciones que se produce entre consumidor y empresario a la luz de lo establecido por los artículos 74 y 76 del Real Decreto Legislativo 1/2007? ¿Cabría pensar que el consumidor posee el producto como depositario hasta que el plazo para desistir transcurre? ¿El consumidor adquiere el dominio *ex nunc* cuando este finaliza?

En relación con lo expuesto queda claro que el desistimiento unilateral *ad nutum* actúa como una excepción al principio *pacta sunt servanda*, entendido como prohibición de dejar la validez y el cumplimiento del contrato al arbitrio de uno de los contratantes (art. 1091, 1256 y 1258 C. c.). Lo destacable de esta facultad no es tanto su ejercicio unilateral como la falta de razón que lo fundamenta. No obstante, esta figura podría ser ubicada entre el conjunto de causas que producen la extinción de las relaciones obligatorias⁹. Aunque es cierto también que el derecho de desistimiento *motu proprio* se justifica en relaciones obligacionales cuya duración es indefinida, y en el hecho de que afecta a todo lo que sucede tras su ejercicio, razón por la que se consolida todo lo ocurrido con anterioridad¹⁰. Pero estas características no concurren con carácter general en los contratos a distancia y en aquellos que se celebran fuera del establecimiento del empresario¹¹. Asimismo, la eficacia de todo desistimiento unilateral se produce *ex nunc*. Se trata de que los efectos producidos con anterioridad queden consolidados. Sin embargo, observamos cómo no siempre se produce esta situación. A veces, los efectos son *ex tunc* ya que invitan a la restitución de las prestaciones. En consecuencia, aunque el vocablo utilizado es el de “desistimiento”, su naturaleza jurídica parece alejarse de lo que ello implica. En el ánimo de nuestro legislador no ha habido otra razón que la transposición de la Directiva comunitaria en sus mismos términos.

⁸ LALAGUNA distingue por un lado el perfeccionamiento del contrato y por otro la integridad del mismo para que sea eficaz; ello le lleva a decir que basta el consentimiento para que el contrato se perfeccione, pero para que éste sea íntegro hace falta que transcurra el período de siete días, requisito necesario para que el contrato devenga eficaz (vid. LALAGUNA DOMÍNGUEZ, E., «Sobre la perfección de los contratos y el Código Civil», en *Estudios en homenaje a Juan Roca Juan*, Murcia, 1989, p. 396).

⁹ Vid. DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil*, vol. II, Madrid, Civitas, 1993, p. 891.

¹⁰ Vid. RODRÍGUEZ MARÍN, C., *El desistimiento unilateral (como causa de extinción del contrato)*, Madrid, Montecorvo, 1991, p. 195-196, y 218.

¹¹ No obstante, habría que analizar la posible presencia de esta figura en otras relaciones jurídicas, pese a la utilización de otros términos. ¿Cabría hablar de derecho de desistimiento unilateral en el ámbito de las arras penitenciales reguladas por el artículo 1454 C. c.? Y ¿en el contrato de obra cuando, conforme a lo dispuesto por el artículo 1594 C. c., el dueño de la obra para poner fin a esta relación contractual? ¿Y si analizamos el artículo 1700.4º C. c. en materia de sociedad civil?

El legislador comunitario no se pronuncia de modo claro sobre la naturaleza jurídica del desistimiento unilateral en la medida en que toda Directiva comunitaria debe ser adaptada al ordenamiento jurídico de cada Estado miembro. Por ello simplemente se refiere a que el consumidor dispondrá de un plazo para desistir de un contrato a distancia o celebrado fuera del establecimiento mercantil del comerciante. No obstante, el artículo 9.3. de la Directiva 83/2011 establece que *«Los Estados miembros no prohibirán a las partes contratantes que cumplan sus obligaciones contractuales durante el período de desistimiento»*. Aunque también añade que, en cuanto a los contratos celebrados fuera del establecimiento mercantil, se puede mantener que su legislación nacional vigente *«prohíba al comerciante percibir el pago del consumidor durante un período determinado tras la celebración del contrato»*. En esta línea su artículo 12 establece que el derecho de desistimiento extinguirá las obligaciones de las partes de *«a) ejecutar el contrato a distancia o celebrado fuera del establecimiento o b) celebrar el contrato a distancia o celebrado fuera del establecimiento, cuando el consumidor haya realizado una oferta»*.

El artículo 106.5. del Real Decreto Legislativo 1/2007 se pronuncia en el siguiente sentido: *“El ejercicio del derecho de desistimiento extinguirá las obligaciones de las partes de ejecutar el contrato a distancia o celebrado fuera del establecimiento, o de celebrar el contrato, cuando el consumidor y usuario haya realizado una oferta”*. Asimismo, de los artículos 107 y 108 se deduce que el ejercicio del derecho de desistimiento conlleva la restitución de las prestaciones ejecutadas.

De los términos empleados por el legislador cabe deducir que el ejercicio del derecho de desistimiento deja sin efectos un contrato cuando este ya se ha celebrado, momento a partir del cual se produce la restitución de las prestaciones. Ello lo acerca al derecho de arrepentimiento. Aunque también se admite estar ante un plazo de reflexión establecido antes de la celebración del propio contrato a la luz de los términos empleados por el legislador. No obstante, si el desistimiento repercute sobre un contrato ya celebrado se podría observar como causa de su ineficacia. Por consiguiente, ¿cabría utilizar el término “revocación” tal y como lo utilizó en su momento el legislador en el párrafo primero del artículo 5.1. de la Ley 26/91, de 21 de noviembre, que regulaba los contratos celebrados fuera del establecimiento mercantil del empresario, Ley que se encargó de adaptar la Directiva 577/85 a nuestro Ordenamiento Jurídico? No parece adecuado puesto que la naturaleza de este término aporta más lagunas que soluciones y su uso en nuestro Ordenamiento responde a necesidades muy variadas¹².

¹² El derecho de revocación previsto en el contrato de mandato (art. 1733 CC) obedece a la relación de confianza que lo sustenta -es un contrato *intuitu personae*-. Desaparecida ésta, lógico es que el mandante pueda revocar su declaración de voluntad. No obstante, el mandante puede revocar el mandato sin haber perdido su confianza en el mandatario, simplemente por el hecho de que decaiga el interés del mandante. También se admite la revocación de la donación. Pero, en este caso, el

¿Podría interpretarse la facultad de desistimiento previsto para el consumidor como una acción rescisoria? No hay que olvidar que se presume el perjuicio de una de las partes del contrato o de un tercero en todo contrato rescindible. Por ello, a petición del perjudicado se puede impugnar este último cuando aquel carezca de otro recurso legal para obtener la reparación oportuna (art. 1294 C. c.). Sin embargo, no parece oportuno el término “rescisión” puesto que, a la luz de lo dispuesto por el Código Civil, el legislador debería haber determinado de modo taxativo la causa que determina que un contrato celebrado válidamente, pueda rescindirse (art. 1290 C. c.), y no lo hace.

Parece que podemos hallar una cierta cercanía entre el desistimiento unilateral que se regula y los vicios de la voluntad. Razón: se presumiría la presencia de un vicio en la contratación derivado del uso de una técnica comercial a distancia que interfiere en el proceso de formación de la voluntad. El considerando (37) de la Directiva 83/2011 se pronuncia en este sentido al justificar la presencia de un derecho de desistimiento unilateral: «Dado que en las ventas a distancia el consumidor no puede ver los bienes antes de celebrar el contrato, debe disponer de un derecho de desistimiento». También cabría analizar la presencia de este vicio del consentimiento en los contratos celebrados fuera del establecimiento mercantil. El empresario utiliza el elemento sorpresa para captar la voluntad del consumidor y ello provoca una influencia indebida derivada de la posición privilegiada que tiene aquel en este tipo de contratación. Se produce, bien una inadecuada representación de las circunstancias que rodean el producto o servicio solicitado, bien una falta de espontaneidad por parte del consumidor, aspectos que permiten a este impugnar el contrato. Todo ello podría ser entendido así si empleamos una noción amplia del término “vicio” a fin de integrarlo en lo dispuesto por el artículo 1265 C. c. Cabe mantener la construcción jurídica de los vicios de la voluntad prevista en nuestro Código Civil e incluir esta situación en el concepto de “dolo”, siempre y cuando flexibilicemos su concepto¹³. Al fin y al cabo, en el dolo lo que se valora es

donante no puede dejar sin efecto el contrato bajo su libre arbitrio, sino sólo cuando concurra alguno de los motivos que recoge el CC (art. 644, 647 y 648 CC). Comprobamos, pues, que las causas de la revocación de la donación son variadas, así como el régimen aplicable a cada supuesto en materia de plazos (art. 646 y 652 CC) o en cuanto a una posible transmisión de la acción del donante a los herederos (art. 646 pár.2º y 653 pár.1º CC). Por tanto, no podemos hablar de una uniformidad en materia de revocación de la donación. Finalmente, nuestro CC también emplea el término revocación en materia de testamentos (art. 737 pár.1º CC) con el fin de privar de eficacia a este negocio jurídico que se basa únicamente en la voluntad del declarante. Su justificación la vamos a encontrar en el carácter unilateral del acto, así como en su eficacia *post mortem*.

¹³ En este sentido el dolo no resulta sólo de una situación de falta de conocimiento o de libertad, como sucede respectivamente con el error o con la violencia e intimidación, sino que se mira al insidioso o malicioso que induce a contratar. El dolo ha permitido que se aplique con una mayor flexibilidad todos los vicios de la voluntad atendiendo a la mala fe existente en la conclusión de un contrato (la *exceptio doli generalis*) (vid. DE CASTRO, F., *El negocio jurídico*, Madrid, Civitas, 1985, p. 150). En la misma línea MORALES MORENO, A. M., en *Comentarios al CC y*

la conducta de la parte que induce a contratar, sin la cual no se hubiera celebrado el contrato. Estamos ante un caso que podríamos llamar de “influencia indebida” derivada del abuso de posición del empresario, y que plantea la posible extensión del dolo como vicio¹⁴. Es una conclusión que podría tener aceptación al comprobar cómo el artículo 74 del Real Decreto Legislativo 1/2007 se remite a los artículos 1303 y 1308 del Código civil a fin de determinar cuáles son las consecuencias que se derivan del ejercicio del derecho de desistimiento: la restitución recíproca de las prestaciones. Con esta remisión acerca los efectos del derecho de desistimiento a los de la nulidad del contrato. En consecuencia, cabe plantearse esta posible cercanía entre la figura que denomina el legislador como desistimiento unilateral y la nulidad relativa por vicios del consentimiento. Al fin y al cabo, se protege la voluntad del consumidor para que éste, durante un plazo de catorce días, valore si deja sin efectos o no el contrato ya celebrado. Se establecería un indicio de vicio en el consentimiento del consumidor. Se presumiría que el uso de una técnica comercial, como la que se emplea en los contratos celebrados fuera de establecimiento mercantil del empresario, o como la que el empresario utiliza en los realizados a distancia, conduce a veces a una formación incorrecta de la voluntad del consumidor. El elemento sorpresa, la presión psicológica hacia el consumidor o el hecho de contratar mediante un instrumento de comunicación a distancia, como por ejemplo el teléfono o Internet, actuaría como una presunción iuris et de iure de un defecto en el proceso de formación de la voluntad del consumidor. Esta presunción le libera de cualquier carga probatoria, y ello serviría para justificar per se la facultad de desistir unilateralmente del contrato, y las consecuencias que su ejercicio conlleva.

2.3. Régimen jurídico

2.3.1. Ejercicio

El Capítulo III del Título III del Real Decreto-Legislativo 1/2007 dedicado a la regulación de los contratos a distancia y contratos celebrados fuera del establecimiento mercantil del empresario, reconoce y regula el derecho a desistir que todo consumidor tiene en este tipo de contratos. En este sentido el artículo 68 del citado texto legal declara nulas aquellas cláusulas que *«impongan al consumidor y usuario una penalización por el ejercicio de su derecho de desistimiento»*. Está presente el principio de indemnidad económica y se aplica como consecuencia la nulidad parcial de la cláusula que lo incumple. Es una situación que el artículo 102 prevé también al aplicar el derecho de desistimiento aplicable a los contratos a distancia y a los celebrados fuera del establecimiento mercantil del empresario,

Compilaciones Forales, dirigidos por M. Albaladejo, Madrid, Revista de Derecho Privado, t. XVII, vol. 1-B, EDERSA, 1993, pp. 384-385.

¹⁴ Vid. ROJO AJURIA, L., *El dolo en los contratos*, Madrid, Civitas, 1994, p. 20.

y que se extiende a aquellas cláusulas que implican una renuncia del derecho de desistimiento como reflejo de lo previsto en el artículo 6.2. C. c.

No obstante, el artículo 103 prevé una serie de excepciones en las que no será aplicable el derecho de desistimiento, a la luz de lo previsto por el artículo 16 de la Directiva comunitaria:

- a) Si estamos ante un contrato de prestación de servicios, y este se ha ejecutado completamente, o cuando su ejecución ha comenzado, con previo consentimiento del usuario, y con el reconocimiento por su parte de que, una vez ejecutado el servicio en su totalidad, no dispondrá de un derecho a desistir. Al fin y al cabo no se puede restituir *in natura* una prestación de hacer la que el consumidor ya ha disfrutado.
- b) Cuando se suministran bienes o prestan servicios cuyo precio está sujeto a las fluctuaciones del mercado financiero (por ej., los fondos de inversión). Razones de índole económica justifican la falta de presencia de un derecho de desistimiento.
- c) Cuando se adquieren bienes confeccionados conforme a las instrucciones establecidas por el consumidor; o cuando el objeto del contratos es un bien deteriorable o que caduca con rapidez. Se justifica en la propia naturaleza del bien y el claro perjuicio que sufre el empresario.
- d) Cuando se trata de bienes precintados que *“no sean aptos para ser devueltos por razones de protección de la salud o de higiene y que hayan sido desprecintados tras la entrega”*.
- e) Cuando tras la entrega de los bienes, estos se han mezclado con otros bienes de *“de forma indisociable”* (por ej., productos líquidos). Resulta imposible su restitución *in natura*.
- f) Cuando se suministran bebidas alcohólicas *“cuyo precio haya sido acordado en el momento de celebrar el contrato de venta y que no puedan ser entregadas antes de 30 días, y cuyo valor real dependa de fluctuaciones del mercado que el empresario no pueda controlar”*.
- g) Si la celebración del contrato se produce a instancia del consumidor a los efectos de que el empresario realice una reparación o mantenimiento urgente, y en este caso este último presta servicios adicionales o suministra bienes distintos de las piezas de recambio utilizadas para efectuar las operaciones de reparación o mantenimiento, no se aplicará un derecho de desistimiento respecto a estas últimas.
- h) Si el objeto del contrato son grabaciones sonoras, videos o programas informáticos precintados y el consumidor los desprecinta después de la entrega.
- i) El suministro de prensa diaria, publicaciones periódicas o revistas, con excepción de *“los contratos de suscripción para el suministro de tales publicaciones”*.

- j) Los contratos mediante subastas públicas.
- k) El contrato de servicios de alojamiento para fines distintos de servir de vivienda, transporte de bienes, alquiler de vehículos, comida o servicios relacionados con alquiler de vehículos, comida o servicios relacionados con actividades de esparcimiento, “*si los contratos prevén una fecha o un período de ejecución específicos*”. Razón: el empresario queda sujeto a un derecho de desistimiento que puede impedirle captar otro cliente y, por tanto, quedar la plaza vacante.
- l) Si el objeto de contrato es contenido digital que no se presta en un soporte material, y su ejecución ha comenzado con el consentimiento expreso del consumidor y conocimiento “*por su parte de que en consecuencia pierde su derecho de desistimiento*”.

En cuanto a forma que debe utilizar el consumidor para ejercitar su derecho de desistimiento, cabe señalar que puede utilizar el formulario de desistimiento facilitado por el empresario en el momento de la contratación o el dispuesto al efecto en la página web del empresario¹⁵. El legislador comunitario añade que podrá realizar cualquier otro tipo de «*declaración inequívoca*» en la que señale su decisión de desistir. Estos últimos términos se incluyen en el artículo 106.1. del Real Decreto Legislativo 1/2007. De este modo cabría deducir que el ejercicio del desistimiento unilateral por parte del consumidor no está sujeto a forma. Este principio de libertad de forma en cuanto al ejercicio de la facultad de desistimiento ya la establece el artículo 70 del mismo texto legal: «*El ejercicio del derecho de desistimiento no estará sujeto a formalidad alguna, bastando que se acredite en cualquier forma admitida en derecho. En todo caso se considerará válidamente ejercitado mediante el envío del documento de desistimiento o mediante la devolución de los productos recibidos*». Lo fundamental radica en que el consumidor debe probar que ha desistido del contrato y que esta voluntad ha sido transmitida al empresario.

2.3.2. Plazo

El artículo 9 de la Directiva 83/2011 establece un período de 14 días para desistir tanto del contrato a distancia como del que ha sido celebrado fuera del establecimiento mercantil. Se trata de un plazo que amplía el período de siete días que preveía el artículo 71 del Real Decreto Legislativo 1/2007. En consecuencia, tras la transposición de la Directiva comunitaria el consumidor dispondrá de «*plazo mínimo de catorce días naturales para ejercer el derecho de desistimiento*». El artículo 104 se manifiesta en el mismo sentido. Es un

¹⁵ Conforme al artículo 106.3., el consumidor y usuario podrá «*cumplimentar y enviar electrónicamente el modelo de formulario de desistimiento ... o cualquier otra declaración inequívoca a través del sitio web del empresario. En tales casos, el empresario comunicará sin demora al consumidor y usuario en un soporte duradero el acuse de recibo de dicho desistimiento*».

plazo que las partes podrán ampliar si lo consideran necesario, pero en ningún caso disminuir.

El considerando (41) de la Directiva comunitaria alude a la naturaleza del plazo y considera que este debe entenderse como días naturales. Por ello cuando se adapta a nuestro ordenamiento se prevé y se indica que el período para desistir será de catorce días naturales. Anteriormente, se aludía a un plazo de siete días hábiles. No obstante, en cualquier caso, estamos ante un plazo de caducidad a fin de preservar la seguridad jurídica ante la posibilidad de que se impugne un contrato válidamente celebrado.

El artículo 10 de la Directiva 83/2011 amplía el plazo de ejercicio del derecho de desistimiento en el caso de que se omita la información obligatoria sobre el mismo: *«el período de desistimiento expirará 12 meses después de la fecha de expiración del período de desistimiento inicial»*. A ello añade que *«Si el comerciante ha facilitado al consumidor la información [oportuna] en el plazo de 12 meses a partir de la fecha contemplada en el artículo 9, apartado 2, el plazo de desistimiento expirará a los 14 días de la fecha en que el consumidor reciba la información»*.

El artículo 105 del Real Decreto Legislativo 1/2007 se manifiesta en idéntico sentido que la Directiva comunitaria: *«Si el empresario no ha facilitado al consumidor y usuario la información sobre el derecho de desistimiento..., el período de desistimiento finalizará doce meses después de la fecha de expiración del período de desistimiento inicial...»*. Añade que *«Si el empresario ha facilitado al consumidor y usuario la información [adecuada], en el plazo de doce meses a partir de la fecha contemplada en el artículo 104, el plazo de desistimiento expirará a los 14 días naturales de la fecha en que el consumidor y usuario reciba la información»*. El artículo 71.3. amplía también el plazo a doce meses para el supuesto en que el empresario no cumpla con su deber de información y documentación sobre el derecho de desistimiento que exige el legislador, aunque aquí precisa lo siguiente en cuanto a las consecuencias: si el empresario no cumple, el plazo para desistir *«finalizará doce meses después de la fecha de expiración del período de desistimiento inicial, a contar desde que se entregó el bien contratado o se hubiera celebrado el contrato, si el objeto de este fuera la prestación de servicios. Si el deber de información y documentación se cumple durante el citado plazo de doce meses, el plazo legalmente previsto para el ejercicio del derecho de desistimiento empezará a contar desde ese momento»*¹⁶.

Una vez determinado cuál es el plazo que tiene el consumidor para desistir, el artículo 9.2. de la normativa comunitaria citada establece cómo se computa y lo hace de un modo casuístico: *«a partir de: a) en el caso de los contratos de servicios, el día de la celebración del contrato; b) en el caso de los contratos de venta, el día*

¹⁶ Antes de la modificación realizada el plazo era de tres meses.

que el consumidor o un tercero por él indicado, distinto del transportista, adquiera la posesión material de los bienes solicitados¹⁷; [y] c) en el caso de los contratos para el suministro de agua, gas o electricidad –cuando no estén envasados para la venta en un volumen delimitado o en cantidades determinadas-, o de calefacción mediante sistemas urbanos o de contenido digital que no se preste en un soporte material, el día en que se celebre el contrato». Estas situaciones son reproducidas en los mismos términos por el artículo 104 del Real Decreto Legislativo 1/2007. Por consiguiente, distingue tres tipos de contratos cuando en realidad alude a dos: el contrato de servicios y el contrato de compraventa. En el primer caso, el plazo para desistir computa a partir del momento de la celebración del contrato, mientras que en el segundo se traslada al momento de ejecución de la prestación correspondiente. Justificación: los efectos restitutorios *in natura* derivados del ejercicio del derecho de desistimiento son posibles cuando estamos ante contratos cuya prestación es dar; no así cuando la prestación es de hacer. Esta es la razón por la que el artículo 9.3. de la Directiva comunitaria sostiene que, aunque no se puede prohibir a las partes del contrato que cumplan con sus obligaciones durante el plazo de desistimiento, sí admite que, en cuanto a los contratos celebrados fuera del establecimiento mercantil del empresario, se pueda impedir «al comerciante percibir el pago del consumidor durante un período determinado tras la celebración del contrato»¹⁸.

Por supuesto, el consumidor o usuario debe desistir dentro del plazo establecido por el legislador, y es él quien debe probar su ejercicio (arts. 72 y 106.4. Real Decreto Legislativo 1/2007), ya sea a través de un mecanismo ordinario (por ejemplo, el correo), ya sea a través de la página web del empresario.

Para determinar si el consumidor ha desistido dentro del plazo establecido por el legislador, el artículo 71.4. establece que «se tendrá en cuenta la fecha de expedición de la declaración de desistimiento». Por su parte, el artículo 11.2. de la Directiva 83/2011 señala que «El consumidor habrá ejercido su derecho de desistimiento dentro del plazo ... cuando haya enviado la comunicación relativa al ejercicio del derecho de desistimiento antes de que finalice dicho plazo», términos que adapta el artículo 106.2. del Real Decreto Legislativo 1/2007. Tan sólo añade lo siguiente: «Para determinar la observancia del plazo para desistir se tendrá en cuenta la fecha de expedición de la declaración de desistimiento».

A la luz de lo dispuesto anteriormente, cabe preguntarse por el momento que debe tenerse en cuenta: si nos fijamos en la emisión de la voluntad del

¹⁷ En este último supuesto tiene en cuenta diversas situaciones: «en caso de entrega de múltiples bienes encargados por el consumidor en el mismo pedido y entregados por separado, el día que el día que el consumidor ... adquiera la posesión material del último de los bienes». Si el bien está compuesto por múltiples componentes o piezas, «el día que el consumidor ... adquiera la posesión material del último componente o pieza». Finalmente, si se trata de una entrega periódica de bienes durante un plazo determinado, «el día que el consumidor ... adquiera la posesión material del primero de esos bienes».

¹⁸ Vid. artículo 109 Real Decreto Legislativo 1/2007.

consumidor, en la fecha de envío de su declaración o en la de la recepción de la misma por el empresario. Conforme a lo establecido por el artículo 11.1. de la Directiva comunitaria, el término «*expedición*» se vincula con el de comunicación de la decisión de desistir del consumidor. Lo mismo se deduce tras la lectura del artículo 106.2. del Real Decreto Legislativo 1/2007: «*El consumidor y usuario habrá ejercido su derecho de desistimiento dentro del plazo [establecido por el legislador], cuando haya enviado la comunicación relativa al ejercicio del derecho de desistimiento antes de que finalice dicho plazo. Para determinar la observancia del plazo para desistir se tendrá en cuenta la fecha de expedición de la declaración de desistimiento*». Por consiguiente, es la fecha del envío de la declaración del consumidor mediante la que desiste del contrato la que hay que tener en cuenta. No parece que esa voluntad tenga que ser recepticia¹⁹.

2.3.3. Efectos

Según el artículo 106.5. del Real Decreto Legislativo 1/2007, «*El ejercicio del derecho de desistimiento extinguirá las obligaciones de las partes de ejecutar el contrato a distancia o celebrado fuera del establecimiento, o de celebrar el contrato, cuando el consumidor y usuario haya realizado una oferta*»²⁰. A partir de aquí los artículos 107 y 108 desarrollan cuáles son sus efectos en relación con el empresario y el consumidor respectivamente. Y es en estos preceptos donde comprobamos que puede existir un intercambio de prestaciones; que no siempre se desiste cuando el contrato está pendiente de ejecución. Razón: tras el ejercicio del derecho de desistimiento, el empresario está obligado a reembolsar «*todo pago recibido del consumidor*» y el consumidor deberá devolver o entregar los bienes. Los efectos son restitutorios, y son los mismos que el artículo 74 de la Ley 1/2007 dispone, aunque este con una redacción más lacónica: «*Ejercido el derecho de desistimiento, las partes deberán restituirse recíprocamente las prestaciones de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 1303 y 1308 del Código Civil*».

Por otra parte, lo establecido por el artículo 74 es acorde con lo previsto por el artículo 104 en materia de ejercicio del derecho de desistimiento, ya que el plazo puede comenzar a partir del momento en que el consumidor adquiere «*la*

¹⁹ Si la declaración de voluntad del consumidor no llega oportunamente al empresario porque se produce un problema en el canal de comunicación (ya sea el correo o la página web del empresario), ello no afectará a los efectos de aquella, siempre y cuando el consumidor haya empleado la diligencia debida.

²⁰ El artículo 106.6. precisa lo siguiente: «*En caso de contratos para el suministro de agua, gas, electricidad –cuando no estén envasados para la venta en un volumen delimitado o en cantidades determinadas–, o calefacción mediante sistemas urbanos, en los que el suministro ya se estuviera realizando previamente a la contratación del servicio, salvo que expresamente se indique lo contrario, se entenderá el interés del consumidor en continuar con el suministro del servicio, volviendo a ser suministrado por su suministrador anterior. Por el contrario, si previamente a la contratación del servicio no se estuviera realizando el suministro, la solicitud de desistimiento supondrá la baja del servicio*».

posesión material» de los bienes; cuando el contrato ya ha sido consumado. En consecuencia, la remisión que hace el legislador al artículo 1303 C. c. se basa en que, una vez ejecutado el contrato, los efectos del ejercicio de la facultad de desistimiento se traducen en una *restitutio in integrum*. ¿Cómo se produce la liquidación correspondiente del estado posesorio? Habría que atender a lo dispuesto por los artículos 107 y 108 del Real Decreto Legislativo 1/2007, y en todo lo no dispuesto por estos preceptos se podría justificar la aplicación del régimen de la *condictio indebiti*. ¿Por qué? Porque se ha sostenido la presencia de las reglas del cobro de lo indebido (art. 1896, 1897 y 1901 C. c.) con el ánimo de integrar el contenido del art. 1303 C. c. Se considera que quien cobra en cumplimiento de una obligación inválida, recibe un pago indebido²¹. Aunque, también es cierto que se han formulado diversas objeciones a esta opción²².

El legislador regula las obligaciones que el empresario asume y los derechos que este tiene ante el ejercicio del derecho de desistimiento. Al respecto el artículo 107 del Real Decreto Legislativo 1/2007 señala que «*El empresario reembolsará todo pago recibido del consumidor y usuario, incluidos, en su caso, los costes de entrega, sin demoras indebidas y, en cualquier caso, antes de que hayan transcurrido 14 días naturales desde la fecha en que haya sido informado de la decisión de desistimiento del contrato del consumidor y usuario...*». Tras la adaptación de la Directiva comunitaria se reduce el plazo de devolución a catorce días, plazo que antes era más amplio: de treinta días. El párrafo tercero del artículo 76 precisa que la carga de la prueba sobre el cumplimiento del plazo recae sobre el empresario.

El legislador añade que «*En caso de retraso injustificado por parte del empresario respecto a la devolución de las sumas abonadas, el consumidor y usuario podrá reclamar que se le pague el doble del importe adeudado, sin perjuicio de su derecho de ser indemnizado por los daños y perjuicios sufridos en los que excedan de dicha cantidad*». No obstante, si el consumidor y usuario selecciona «*expresamente una modalidad de entrega diferente a la modalidad menos costosa de entrega ordinaria, el empresario no estará obligado a reembolsar los costes adicionales que de ello se deriven*». Ello con una salvedad: «*... en caso de que el empresario se haya ofrecido a recoger él mismo los bienes, en los contratos de*

²¹ Vid. LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho Civil*, t. II, 2º, Barcelona, Bosch, 1995, p. 429; SANTOS BRIZ, J., *Comentarios al CC y Compilaciones Forales*, dirigidos por M. Albaladejo, t. XXIV, Madrid, Revista de Derecho Privado, EDERSA, 1984, p. 78; DELGADO ECHEVERRÍA, J., *Comentarios al CC*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1993, p. 552; y BALLARÍN HERNÁNDEZ, R., *Comentarios al CC*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1993, p. 1956.

²² Entre otras, que en el cobro de lo indebido se exige error por parte de quien hizo el pago, mientras que este aspecto no actúa como requisito en la acción restitutoria de la anulabilidad; o que lo que pretende la *condictio indebiti* es la devolución de la cosa o capital por parte del *accipiens*, de modo que sólo se aplicaría a los supuestos de restitución de prestaciones de dar.

venta el empresario podrá retener el reembolso hasta haber recibido los bienes, o hasta que el consumidor y usuario haya presentado una prueba de la devolución de los bienes, según qué condición se cumpla primero». El artículo 76 del mismo texto legal se manifiesta en el mismo sentido.

En relación con las obligaciones que asume el consumidor en caso de desistimiento, el artículo 108 del Real Decreto Legislativo 1/2007 dispone que *«Salvo si el propio empresario se ofrece a recoger los bienes, el consumidor y usuario deberá devolverlos o entregarlos al empresario, o a una persona autorizada por el empresario a recibirlos, sin ninguna demora indebida y, en cualquier caso, a más tardar en el plazo de 14 días naturales a partir de la fecha en que comunique su decisión de desistimiento del contrato al empresario ...»*. Añade que *«Se considerará cumplido el plazo si el consumidor y usuario efectúa la devolución de los bienes antes de que haya concluido el plazo de 14 días naturales»*. Tal y como deducimos de lo previsto por el legislador cabe el desistimiento mediante la mera restitución de los bienes entregados por el empresario dentro del período de tiempo establecido.

Conforme al segundo párrafo del artículo 108 *«el consumidor y usuario solo soportará los costes directos de devolución de los bienes, salvo si el empresario ha aceptado asumirlos o no ha informado al consumidor de que le corresponde asumir esos costes»*. Precisa el párrafo tercero que *«En el caso de contratos celebrados fuera del establecimiento en los que los bienes se hayan entregado ya en el domicilio del consumidor y usuario en el momento de celebrarse el contrato, el empresario recogerá a su propio cargo los bienes cuando, por la naturaleza de los mismos, no puedan devolverse por correo»*.

No se imputan al consumidor los costes directos derivados de la devaluación del bien por el ejercicio del derecho de desistimiento. El artículo 108.2 le exonera de cualquier responsabilidad derivada del mismo, aunque sí le hace responsable de *«la disminución de valor de los bienes resultante de la manipulación de los mismos distinta a la necesaria para establecer la naturaleza, las características o el funcionamiento de los bienes»*. Ahora bien, *«En ningún caso será responsable de la disminución de valor de los bienes si el empresario no le ha informado de su derecho de desistimiento [de acuerdo a lo previsto por la Ley]»*. Mediante una interpretación *a contrario* cabe afirmar que hay situaciones en las sí será responsable, siempre y cuando el empresario haya cumplido debidamente con sus obligaciones formales. Esto es debido a que el incumplimiento del empresario atenúa la responsabilidad del consumidor

El artículo 74 se pronuncia en el mismo sentido, según el cual el consumidor *«no tendrá que reembolsar cantidad alguna por la disminución del valor del bien, que sea consecuencia de su uso conforme a lo pactado o a su naturaleza, o por el uso del servicio»*. En consecuencia, parece que, tanto un precepto como otro, se refieren a las minoraciones de valor derivadas de la prueba del objeto a fin de saber si este se acomoda o no a las condiciones del contrato. Asimismo, cabe incluir una disminución de valor producida por el uso, y no a la generada

por las fluctuaciones del mercado. Ahora bien, de lo dispuesto se deduce que el nivel de diligencia exigible al consumidor para exonerarle de responsabilidad es el previsto por el párrafo segundo del artículo 1104 C. c. Si no se produce un uso de acuerdo a lo previsto por el legislador, el consumidor será responsable de los daños generados. No obstante, sorprende que el legislador incluya el «uso» del bien cuando la finalidad del derecho de desistimiento no es la prueba del objeto recibido. Es otra: la de reflexionar sobre un contrato realizado con una cierta precipitación o la de analizar si el producto adquirido a distancia cumple con las condiciones previstas por el empresario.

El artículo 74.3. precisa que el consumidor «*tendrá derecho al reembolso de los gastos necesarios y útiles que hubiera realizado en el bien*». Aplica en materia de gastos reembolsables lo ya previsto por el Código civil en materia de liquidación del estado posesorio, cuando del poseedor es de buena fe (arts. 453 y 454 C. c). El legislador ha tenido en cuenta un posible detrimento patrimonial del consumidor derivado del mantenimiento del objeto en las mismas condiciones en que le fue entregado por el empresario. Será el consumidor quien tendrá que demostrar que ha tenido gastos indispensables para conservar el objeto en el mismo estado en que le fue entregado por el empresario. También tendrá que probar aquellos gastos útiles que han hecho aumentar el valor del mismo. Este aumento de valor se podrá determinar atendiendo a la diferencia entre el valor que tendría la cosa sin la mejora y el que tiene con la incorporación de la misma. En este sentido, son gastos necesarios los destinados a mantener el objeto en un perfecto estado de conservación; los que tienen como fin conservar el normal funcionamiento del objeto, convirtiéndose en indispensables y, por tanto, los que recaen sobre la persona que tiene el uso y el disfrute del objeto. Estos gastos necesarios destinados a la conservación del objeto que tratan de solventar cualquier problema derivado de un deterioro, serán reembolsables siempre que la causa del deterioro del objeto no sea imputable al consumidor. Así, si el gasto necesario se deriva de un desperfecto producido por la actuación “culpable” del consumidor (por ej. se excede en el uso del objeto más allá de los parámetros fijados por la ley), estos gastos no deben ser abonados, puesto que su fin es reinstaurar una situación primitiva que él habría modificado por una causa que le es imputable.

Los gastos útiles son los que generan una mejora en el objeto en cuanto son incorporaciones realizadas en la cosa que aumentan de modo duradero su producción, rentabilidad o valor. Pero, aunque los gastos útiles son reembolsables, lo pertinente hubiera sido excluirlos; lo oportuno hubiera sido exigir al empresario el abono de los gastos necesarios, pero no de los útiles²³. Al fin y al cabo el

²³ Si no admitimos que el consumidor pueda reclamar los gastos útiles, su posición se podría equiparar a la del depositario, ya que el art. 1779 CC también establece en relación con el depósito la obligación del depositante de reembolsar al depositario los gastos tenidos en cuanto a la conservación de la cosa y, por tanto, sólo los gastos necesarios. Lo mismo sucede con el

consumidor está llevando a cabo unas mejoras en el objeto, aun sabiendo que tiene la posibilidad de desistir del contrato. Por ello, si aquél ejercitara esta facultad, tendría que asumir los gastos útiles llevados a cabo sobre el objeto. Aunque también habría que valorar lo siguiente: si el empresario no tuviera que abonar los gastos útiles se produciría un enriquecimiento injusto, y para evitarlo el consumidor podría recuperar las cantidades pagadas en concepto de gastos útiles acudiendo a las reglas de liquidación de la posesión previstas en el artículo 453 C. c.

¿Qué sucede cuando el consumidor no puede restituir la prestación en los términos previstos por el artículo 108 del Real Decreto Legislativo 1/2007? A esta pregunta da respuesta el artículo 75 del mismo texto legal, conforme al cual si el consumidor no pueda restituir la prestación debida «*por pérdida, destrucción u otra causa*», ello no le privará de su derecho a desistir; aunque si la devolución deviene imposible por causa imputable a este, deberá responder del valor de mercado que «*hubiera tenido la prestación en el momento del ejercicio del derecho de desistimiento, salvo que dicho valor fuera superior al precio de adquisición, en cuyo caso responderá de este*». Todo ello lo hace depender de si el empresario ha cumplido con su deber de información del derecho de desistimiento, puesto que si no cumple con su obligación, «*la imposibilidad de devolución solo será imputable al consumidor y usuario cuando este hubiera omitido la diligencia que le es exigible en sus propios asuntos*».

De lo dispuesto por el artículo 75 se deducen dos supuestos de hecho, en función de si el empresario ha informado al consumidor sobre su derecho de desistimiento en los términos establecidos por la Ley, o no. En el primer caso, a su vez el legislador distingue dos situaciones que dependen de si la causa de la pérdida del objeto es, o no, imputable al consumidor que pretende desistir del contrato.

Los términos que se refieren a que la prestación no se puede restituir «*por pérdida, destrucción u otra causa*» merecen una interpretación *a contrario*, a la luz de lo previsto por el segundo párrafo del artículo 75.1. De ella se deduce la hipótesis en la que el consumidor no puede devolver el bien por caso fortuito o fuerza mayor. Siendo esto así, el legislador no prevé ninguna obligación restitutoria para el consumidor. Hace recaer sobre el empresario el riesgo por la pérdida del objeto en cuanto que es quien tendrá que devolver el precio abonado o no podrá exigirlo si su pago se ha dilatado en el tiempo. Aplica el aforismo *res perit venditoris* y ello actúa como una excepción a la regla de reciprocidad establecida por el artículo 1308 C. c. Aunque existe un cierto paralelismo con lo previsto por el artículo 1314 C. c. si hacemos de él una interpretación *a contrario*²⁴: la acción de nulidad no se extingue si el bien se pierde por caso fortuito o fuerza mayor; sólo si se pierde por dolo o culpa de quien puede ejercitarla.

usufructuario, pues el art. 487 CC le permite retirar las mejoras, pero no la posibilidad de exigir una indemnización por ellas.

²⁴ Siguiendo la tesis de DELGADO ECHEVERRÍA, J., Comentarios..., op. cit., p. 341 y 342.

Por supuesto, si el consumidor queda liberado de restituir la prestación porque su pérdida se ha producido por caso fortuito o fuerza mayor tras ejercitar su derecho de desistimiento, tendrá que probar este hecho a la luz de lo previsto por el artículo 1183 C. c.

Si la causa de la pérdida del bien es imputable al consumidor, se mantiene su obligación de restituir por equivalente (*perpetuatio obligationis*)²⁵. Hablar de imputabilidad implica aplicar lo previsto por el artículo 1104 C. c. para valorar el nivel de diligencia exigible al consumidor. En este sentido hay que exigir al consumidor la diligencia propia de quien sabe que tiene que restituir un objeto tras el libre ejercicio de su facultad de desistir (*diligentia quam in rebus suis*)²⁶. Ahora bien, si el empresario ha incumplido con su deber de informar sobre el derecho de desistimiento al consumidor, el nivel de diligencia será subjetivo, puesto que es el que aplica a «sus propios asuntos».

Que la causa de la pérdida sea imputable al consumidor, le obliga a restituir el «valor de mercado que hubiera tenido la prestación en el momento del ejercicio del derecho de desistimiento, salvo que dicho valor fuera superior al precio de adquisición, en cuyo caso responderá de éste». El legislador utiliza un criterio objetivo para determinar qué tiene que devolver el consumidor: el valor de mercado. Asimismo, establece en qué momento hay que calcular este valor: cuando desiste del contrato. Ahora bien, a fin de evitar un enriquecimiento injusto, se permite que el consumidor restituya el precio cuando el valor de mercado sea superior a este. ¿Y si el valor de mercado es inferior al precio? El consumidor devolverá el primero y no el segundo.

Otra cuestión a tratar es determinar qué sucede cuando el objeto a restituir por el consumidor es una prestación de hacer. Si se trata de un servicio, el artículo 108.3. del Real Decreto Legislativo 1/2007 establece lo siguiente: «Cuando un consumidor y usuario ejerza el derecho de desistimiento tras haber realizado una solicitud de conformidad con lo dispuesto en el artículo 98.8 o en el artículo 99.3, abonará al empresario un importe proporcional a la parte ya prestada del servicio en el momento en que haya informado al empresario del ejercicio del derecho de desistimiento, en relación con el objeto total del contrato. El importe proporcional que habrá de abonar al empresario se calculará sobre la base del precio total acordado en el contrato. En caso de que el precio total sea excesivo,

²⁵ Parece existir un cierto paralelismo en relación con lo previsto por el artículo 1307 C. c. No obstante, algunos autores (MANRESA, J. M., *Comentarios al Código Civil español*, Madrid, Reus, 1918, p. 816-819; DELGADO ECHEVERRÍA, J., *Comentarios ...*, op. cit., p. 314; LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos ...*, op. cit., p. 591; y LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., *La nulidad ...*, op. cit., 113) han considerado que el art. 1307 CC sólo es susceptible de ser aplicado frente a personas contra las que se invoca la invalidez. Mientras que habría que recurrir al artículo 1314 CC cuando se refiere a quien ejercita la acción de anulabilidad. Siendo esto así, la relación habría que entablarla entre los artículos 75 del Real Decreto Legislativo 1/2007 y 1314 C. c.

²⁶ Cfr. con los artículos 457, 1561, 1744 y 1766 C. c.

el importe proporcional se calculará sobre la base del valor de mercado de la parte ya prestada del servicio»²⁷. Parece obligar al consumidor a devolver aquello en cuanto este se hubiera enriquecido. La imposibilidad de restituir el servicio por parte del consumidor no obedece a una imposibilidad sobrevenida ni tampoco a una causa imputable al consumidor, sino a una causa objetiva derivada de la propia naturaleza de la prestación.

Para terminar con el estudio de los efectos del derecho de desistimiento hay que hacer referencia a la repercusión de los mismos sobre otros contratos vinculados al principal como puede ser el de financiación de la compra. El artículo 77 se refiere al contrato de financiación mediante un crédito concedido por el empresario o por un tercero, y establece su resolución sin penalización alguna para el consumidor en caso de desistimiento. Estamos ante contratos conexos en la medida en que la adquisición del bien o prestación del servicio depende del crédito y viceversa, siempre y cuando así se haya determinado. Si el contrato principal deviene ineficaz, el contrato de crédito se verá afectado también. De esta forma se garantiza al consumidor que el ejercicio del derecho de desistimiento no va a conllevar ninguna carga derivada de la existencia de un acuerdo de financiación. Esto se traduce en la siguiente idea: si el consumidor no ha cumplido con su prestación –pagar el precio–, nada habrá de devolver y nada podrá exigírsele porque el contrato de crédito quedará sin efecto; pero, si ha pagado se plantean varias hipótesis: a) si el consumidor ha abonado parte del precio en virtud de un contrato que le permite un aplazamiento parcial del pago, el empresario deberá restituir esta parte más los intereses correspondientes en su caso (*ex art. 1303 C. c.*); b) si un tercero ha entregado al consumidor en concepto de préstamo las cantidades con las que se va a llevar a cabo el pago del producto o servicio, las tendrá que devolver al que le ha concedido el crédito; c) en el caso anterior, si el consumidor ha dispuesto de alguna cantidad a favor del empresario, éste además tendrá que restituir la cantidad pagada a aquél; y d) si el tercero entrega la suma prestada al empresario, la falta de efectos del contrato principal no va a conllevar el desembolso por parte del consumidor de las cantidades entregadas al empresario en concepto de préstamo, sino que será el propio empresario quien restituya al tercero –concedente del crédito– la suma correspondiente al crédito.

3. CONCLUSIONES

La Ley 3/2014, de 27 de marzo, modifica el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, con el fin de adaptar la Directiva 83/2011, de 25 de octubre, sobre Derechos de los Consumidores. Afecta, entre otras cuestiones, al régimen jurídico del derecho de desistimiento aplicable a los contratos a distancia y a aquellos otros celebrados fuera del establecimiento mercantil

²⁷ *Vid.* 108.4. del Real Decreto Legislativo 1/2007.

del empresario. Las diferencias en los plazos de desistimiento y en su cómputo en función del Estado miembro, estaban generando una cierta inseguridad. Por ello se eleva el plazo mínimo a catorce días, y se establece que sean días naturales.

Por otra parte, el empresario, que celebra su contrato a distancia o fuera de su establecimiento mercantil, está obligado a informar sobre el derecho de desistimiento que asiste a todo consumidor. Se introduce un modelo armonizado de formulario-tipo de desistimiento que facilita su ejercicio, y que podrá completar *on line* mediante la página web del empresario, aunque se sigue manteniendo una libertad de forma al respecto. De este modo el consumidor puede desistir mediante una carta, llamada telefónica o simple devolución de los bienes recibidos. Ahora bien, recaerá sobre él la carga de la prueba.

Que el desistimiento unilateral deje sin efectos un contrato válido se justifica en las técnicas comerciales empleadas. Por ello una vez ejercitado, sus efectos son restitutorios. Y, aunque el consumidor puede probar y manipular los bienes que posee, debe emplear la diligencia debida puesto que puede desistir del contrato dentro del plazo fijado por el legislador.

Las modificaciones realizadas tienen como fin principal potenciar el mercado interior al generar una mayor seguridad jurídica.

BIBLIOGRAFÍA

BALLARÍN HERNÁNDEZ, R., *Comentarios al CC*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1993.

DE CASTRO, F., *El negocio jurídico*, Madrid, Civitas, 1985.

DELGADO ECHEVERRÍA, J., *Comentarios al CC*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1993.

DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil*, vol. II, Madrid, Civitas, 1993.

ECHEVARRÍA DE RADA, M. T., “El formalismo como característica del Derecho de Consumo”, *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, febrero 2000, nº 1863.

GARCÍA VICENTE, J. R., «La contratación con consumidores», en R. BERCOVITZ (dir.), *Tratado de Contratos*, t. II, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2013.

HERAS HERNÁNDEZ, M. M., “La forma del contrato: el neoformalismo en el Derecho de Consumo”, *RDP*, 2005.

JIMÉNEZ MÚÑOZ, F. J., «Los deberes de información precontractual en la legislación actual y en las distintas propuestas de modernización del Derecho de Obligaciones», *RCDI*, nº 738, 2013.

LALAGUNA DOMÍNGUEZ, E., «Sobre la perfección de los contratos y el Código Civil», en *Estudios en homenaje a Juan Roca Juan*, Murcia, 1989.

LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho Civil*, t. II, 2º, Barcelona, Bosch, 1995.

LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., *La nulidad contractual. Sus consecuencias*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1995.

MANRESA, J. M., *Comentarios al Código Civil español*, Madrid, Reus, 1918

MARTÍN BRICEÑO, M. R., «La protección de los intereses del consumidor a través de la forma del contrato», *Aranzadi Civil*, nº 6, 2001.

MORALES MORENO, A. M., en *Comentarios al CC y Compilaciones Forales*, dirigidos por M. Albaladejo, *Revista de Derecho Privado*, t. XVII, vol. 1-B, Madrid, EDERSA, 1993.

RODRÍGUEZ MARÍN, C., *El desistimiento unilateral (como causa de extinción del contrato)*, Madrid, Montecorvo, 1991.

ROJO AJURIA, L., *El dolo en los contratos*, Madrid, Civitas, 1994.

SANTOS BRIZ, J. *Comentarios al CC y Compilaciones Forales*, en ALBALADEJO, M. (dir.), *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, t. XXIV, Madrid, Revista de Derecho Privado, EDERSA, 1984.

TORRES LANA, J. A., «Forma del negocio y nuevas tecnologías», *RDP*, 2004, p. 496.

