

LA ADAPTACIÓN DE LA NORMATIVA REGULADORA DEL DERECHO DE DESISTIMIENTO A LAS EXIGENCIAS DE LA DIRECTIVA 2011/83/UE SOBRE DERECHOS DE LOS CONSUMIDORES*

INMACULADA LLORENTE SAN SEGUNDO

*Profesor Contratado Doctor
Universidad de Zaragoza*

Recibido: 02.08.2013 / Aceptado: 10.08.2013

Resumen: El trabajo tiene por objeto el estudio de las diferentes opciones de transposición de la normativa sobre el ejercicio del derecho de desistimiento aplicable a los contratos a distancia y a los contratos celebrados fuera del establecimiento, contenida en la nueva Directiva 2011/83/UE de derechos de los consumidores, al derecho español.

Palabras clave: consumo, contratos de consumo, derecho de desistimiento, Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, de derechos de los consumidores.

Abstract: The work aims to study the various options for transposition into Spanish law of regulations on the exercise of the right of withdrawal applies to distance contracts and off-premises contracts, contained in the new Directive 2011/83/EU on consumer rights.

Key words: consumption, consumer contracts, right of withdrawal, Directive 2011/83/EU of the European Parliament and of the Council of 25 October 2011 on consumer rights.

Sumario: I. Introducción. II. La revisión del acervo comunitario en materia de consumo: el enfoque mixto y el principio de armonización plena. III. La Directiva 2011/83/UE, sobre derechos de los consumidores. IV Consideraciones generales sobre la transposición de Directiva 2011/83 al ordenamiento español. V. El Anteproyecto de Ley por el que se modifica el texto refundido de la Ley General para la defensa de consumidores y usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de Noviembre. 1. La regulación del derecho de desistimiento en el Título I, «Contratos con consumidores y usuarios», Capítulo II, «Derecho de desistimiento», del Libro II. 2. La regulación del derecho de desistimiento en el Título III, «Contratos celebrados a distancia y contratos celebrados fuera del establecimiento mercantil», Capítulo III, «Derecho de desistimiento», del Libro II. 3. Los conflictos entre las distintas regulaciones del desistimiento dentro del texto refundido y en relación con la normativa sectorial. Examen de lo dispuesto en el artículo 59.2 del Anteproyecto. VI. La creación de un régimen general del derecho de desistimiento. 1. Las previsiones de la Directiva 2011/83 como régimen general. 2. La determinación del ámbito de aplicación de estas reglas.

I. Introducción

1. Desde la aparición del denominado Derecho de Consumo, la necesidad de configurar un marco legal común en cuanto a los derechos de los consumidores, llevó al legislador comunitario a buscar las herramientas jurídicas que permitieran reducir la diferente posición en la que se encuentra el consu-

* Este trabajo se encuadra en el Proyecto de Investigación «Formación del contrato: desde la negociación hasta la perfección del contrato» (DER 2011-23056), del que es investigadora principal la profesora M^a Ángeles Parra Lucán, Catedrática de Derecho Civil de la Universidad de Zaragoza.

midor ante los llamados contratos de consumo. Una de tales herramientas es el reconocimiento de un derecho de desistimiento, cuya implantación ha recibido un decidido impulso desde la Unión Europea a través de la promulgación de distintas Directivas en esta materia.

2. En España, esta vasta normativa comunitaria se ha incorporado a nuestro ordenamiento a través de leyes especiales cuyo objeto coincidía, normalmente, con el de las Directivas, lo que ha provocado la promulgación de numerosas Leyes sectoriales en materia de contratación con consumidores. Como resultado de esta técnica legislativa, el reconocimiento del derecho del desistimiento en nuestro ordenamiento jurídico se ha llevado a cabo de forma fraccionada, sin rigor sistemático, y con resultados en ocasiones contradictorios, dada la diferente regulación de la figura en esa pluralidad de normas. En efecto, pese a que una de las novedades del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el *texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias* (en adelante, TRLCU), es el establecimiento de un régimen general del derecho de desistimiento con vocación de constituir un régimen común para todos los contratos de consumo que específicamente reconozcan tal derecho, la consolidación de este régimen común dista mucho de haberse producido por diversas razones. El alcance limitado de la refundición que deja fuera del texto refundido numerosas normas que regulan supuestos de desistimiento¹ y el hecho de que el mismo disponga un régimen específico para cada una de las modalidades contractuales que regula, tiene como consecuencia que, a día de hoy, las distintas regulaciones del derecho de desistimiento en las diferentes modalidades contractuales, refundidas o no, tengan sus propios plazos, excepciones, régimen de gastos, etc. Esta regulación fragmentaria ha llevado a la doctrina a discutir sobre la posibilidad de elaborar una teoría general del desistimiento aplicable a todo tipo de contratos con consumidores. Por otro lado, no hay que olvidar que la normativa europea de protección de los consumidores está siendo objeto de una profunda revisión, incorporando importantes novedades en esta materia como demuestra la reciente Directiva 2011/83/UE, *sobre derechos de los consumidores*. La necesidad de transposición de tal Directiva a la legislación española (antes del 13 de diciembre de 2013) parece un buen momento para solventar parte de las deficiencias de nuestra normativa.

3. La finalidad de este trabajo es realizar un examen de la transposición de la Directiva a nuestro ordenamiento jurídico, incidiendo en el estudio de las razones de política jurídica (y en su caso, económica) que determinan el reconocimiento del derecho de desistimiento como excepción al principio «*pacta sunt servanda*». Se trata de determinar el común denominador de los distintos supuestos en los que se contempla el derecho de desistimiento y, en consecuencia, determinar si es posible el establecimiento de un régimen común y general sobre el derecho de desistimiento.

II. La revisión del acervo comunitario en materia de consumo: el enfoque mixto y el principio de armonización plena

4. Uno de los principales mecanismos utilizados en el Derecho comunitario para compensar la situación de desequilibrio contractual de las partes en los contratos de consumo es el establecimiento de numerosas obligaciones de información precontractual cuya finalidad es garantizar la libertad de decisión del consumidor. No obstante, en los supuestos en los que pese a tal información subsiste el desequilibrio, se otorga al consumidor la facultad de desligarse del contrato -el derecho de desistimiento- que ha sido objeto de tratamiento tanto en el marco de la armonización del derecho contractual en Europa

¹ Como señala Carrasco, no convencen las razones aducidas para dejar fuera de la refundición normas como las relativas a la comercialización a distancia de servicios financieros o las relativas al crédito al consumo, cuando en parte se estructuran precisamente en torno al derecho de desistimiento. Razones que, por otro lado, se repiten en la regulación de viajes combinados que sí ha sido objeto de refundición. Por ello, concluye el autor, *finalmente no queda más, que una pura labor de compilación desordenada de normas*. A. CARRASCO PERERA: «La defensa de consumidores y usuarios: ámbito de aplicación y alcance de la refundición», disponible en <http://www.uclm.es/centro/cesco/comentarios.asp>

(hay referencias al desistimiento tanto en los Acquis Principles², como en el Draft Commom Frame of Reference³ y en la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a una norma común de compraventa europea (CELS)⁴, como en el marco del impulso europeo para la regulación de los derechos de los consumidores).

5. En febrero de 2007, la Comisión presentó *el Libro Verde sobre la revisión del acervo en materia de consumo*. En él señala que las normas de la UE sobre protección de los consumidores se encuentran fragmentadas, básicamente, en dos sentidos. En primer lugar, se observa que las directivas vigentes permiten a los Estados miembros adoptar normas más estrictas en sus legislaciones nacionales (armonización mínima) y muchos Estados miembros han optado por esta posibilidad, a fin de garantizar un mayor nivel de protección de los consumidores. En segundo lugar, como se puede constatar, muchas cuestiones se encuentran reguladas de manera incoherente en distintas directivas o se han dejado abiertas.

6. Es cierto que la UE, en uso de su competencia plena para dictar normas de protección del consumidor (artículo 169 TFUE), ha dictado durante los últimos años un buen número de directivas que, siguiendo el principio de «armonización mínima» persiguen un nivel de protección del consumidor similar en todos los Estados de la Unión. Ésta claro que con estas directivas no se pretende unificar el derecho de consumo sino armonizarlo, pero tales directivas han dado lugar a tantos ordenamientos como Estados, *que pueden ser iguales en un mínimo común, pero distintos en muchos otros aspectos, con lo que el resultado sigue siendo la dispersión*⁵. Para resolver este problema, la solución adoptada es revisar el acervo en materia de consumo de manera que se logre la *plena armonización*. Esto significaría que ningún Estado miembro podría aplicar normas más estrictas que las establecidas a nivel comunitario.

7. Por otro lado, para resolver los problemas derivados de la fragmentación, que provoca que las mismas cuestiones se encuentran reguladas de manera incoherente en distintas directivas, la Comisión estableció dos grandes estrategias para la revisión del acervo en materia de consumo: un enfoque vertical, consistente en la revisión individual de las directivas existentes, o un enfoque más horizontal, consistente en la adopción de uno o más instrumentos marco para regular características comunes del acervo, completados, cuando proceda, por normas sectoriales. En el marco del enfoque vertical, las directivas vigentes podrían modificarse por separado, si bien se observa que este proceso podría ser mucho más largo y no ser capaz de lograr el efecto simplificador del enfoque horizontal⁶. Se propone por ello

² El desistimiento en los Acquis Principles (ACQP) se regula, de manera general, en los arts. 5:101 a 5:202 ACQP, que están divididos en dos secciones, la primera relativa al ejercicio y eficacia; y la segunda, dedicada a derechos de desistimiento en modalidades contractuales especiales: negocios celebrados fuera de los establecimientos comerciales (artículo 5:201) y time-shire (artículo 5:202 ACQP).

³ El antecedente de la regulación en el DCFR del derecho de desistimiento se encuentra en los ACQP, ya examinados. El desistimiento está regulado en el capítulo V del Libro II, (arts.5:101-5:202).

⁴ El 11 de octubre de 2011, la Comisión presentó a los Estados miembros la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a una norma común de compraventa europea. El Capítulo 3 de la normativa común de compraventa europea se ocupa del derecho de desistimiento siguiendo muy de cerca la regulación de la Directiva 2011/83/UE. El ámbito de aplicación del derecho de desistimiento se circunscribe a tres tipos de contratos (arts. 40.1 y 4 CELS): contratos a distancia, contratos celebrados fuera del establecimiento cuyo importe global es superior a 15 euros, y a las ofertas realizadas por el consumidor que, de ser aceptadas, darían lugar a un contrato a distancia o a un contrato celebrado fuera del establecimiento con un importe global superior a 15 euros. Quedan fuera de su ámbito de aplicación una larga lista de contratos (artículo 40.2 y 3) que prácticamente coinciden con la lista de contratos excluidos del artículo 16 de la Directiva 2011/83.

⁵ Señala Valpuesta que los propios órganos comunitarios vienen a aceptar que la vía de las Directivas resulta poco efectiva cuando afirman, al final del apartado 3 de la Exposición de Motivos de la Propuesta CELS, que tampoco sería adecuada una Directiva por la que se establecieran normas mínimas de Derecho contractual europeo de carácter obligatorio, pues no lograría el nivel de seguridad jurídica y el grado de uniformidad necesario para reducir los costes de transacción. *Las Directivas respetan la autonomía de los Estados, pero al precio de no lograr una armonización real*. E. VALPUESTA GASTAMINZA: «La propuesta de normativa común de compraventa europea (CELS), un paso más hacia la unificación del Derecho de contratos en la Unión Europea, lastrado por la protección al consumidor, en *Cuadernos de Derecho transaccional*, Vol.5, nº 1, 2013, pp. 199-216, p. 204 y 205.

⁶ Como se señala en el mismo Libro Verde, pág. 8, *la UE tendría que abordar las mismas cuestiones en el transcurso de los diferentes procedimientos legislativos. Asimismo, la Comisión tendría que asegurarse de que los Estados miembros trans-*

una segunda vía: el enfoque mixto (el instrumento horizontal combinado, en su caso, con el vertical), que se inicia tras la adopción de la Directiva 2005/29/CE, sobre prácticas comerciales desleales, que se aplica a todos los contratos con consumidores. Se parte de la afirmación de que hay un grupo de cuestiones comunes a todas las directivas que forman parte del acervo en materia de consumo (definiciones de conceptos básicos –consumidor/profesional–, la duración del período de reflexión y las modalidades para ejercer el derecho de desistimiento constituyen ejemplos de cuestiones que son importantes en el contexto de varias directivas). Estas cuestiones comunes podrían extraerse de las directivas vigentes y regularse de manera sistemática en un instrumento horizontal. El instrumento horizontal deberá complementarse con diversas acciones verticales, esto es, con la revisión de directivas concretas al objeto de abordar los problemas específicos que plantean, siempre que sea necesario («enfoque mixto»).

III. La Directiva 2011/83/UE, sobre *derechos de los consumidores*

8. El 11 de noviembre de 2011 se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea, el texto de la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, *sobre los derechos de los consumidores*, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo.

9. De la misma destaca que pese al carácter pretendidamente generalizador de su denominación (Directiva sobre los *derechos de los consumidores*)⁷, no es una norma que establezca un régimen general sobre los derechos de los consumidores sino que sólo regula determinados aspectos considerados como fundamentales en la contratación con consumidores y, como tal, directamente aplicables a todos los contratos de consumo. Subsiste, por tanto, toda la normativa sectorial. El artículo 3 de la Directiva regula la relación entre la Directiva y dicha regulación sectorial, estableciendo la prevalencia de la normativa sectorial en caso de producirse un conflicto entre alguna disposición prevista en la misma y otra de la Directiva.

10. Por otro lado, en su artículo 4 consagra el principio de armonización plena, lo que significa que los Estados no pueden mantener o introducir en su legislación nacional disposiciones más o menos estrictas para garantizar un diferente nivel de protección de los consumidores, salvo disposición en contrario de la presente Directiva. Pero, como se ha señalado, la armonización plena no deja de presentar problemas porque la Directiva solo puede tener eficacia en aquello que regula, por lo que el legislador estatal es libre de regular lo que no entra dentro de su ámbito de aplicación. Por ello, *en la práctica la armonización plantea importantes problemas de delimitación puesto que, en relación a cada precepto concreto, habrá que averiguar si éste está o no afectado por ese enfoque*⁸.

ponen de manera coherente la misma cuestión en relación con cada una de las directivas. El volumen de los actos legislativos no disminuiría y los mismos conceptos seguirían figurando y regulándose en las distintas directivas. Sin embargo, de este modo, podría respetarse la especificidad de cada ámbito, a través de la mejora de la legislación existente y de su revisión cuando fuera necesario

⁷ La Directiva solo se ocupa de una parte del llamado derecho contractual de consumo, pues quedan fuera materias tan importantes como la Directiva 2000/31/CE sobre comercio electrónico, la Directiva 2002/65/CEE sobre servicios financieros a distancia, la Directiva 2008/48/CEE de crédito al consumo, o la Directiva 2008/122/CE sobre time-shire. Por otro lado, la directiva no revisa la cuatro inicialmente previstas, pues quedan fuera de su ámbito las directivas sobre cláusulas abusivas y la directiva sobre garantías en los bienes de consumo.

⁸ *Además es evidente que no favorece mucho las cosas el hecho de que la Directiva se haya limitado a refundir tan solo dos directivas, es decir, solo una parte del derecho contractual de consumo europeo. Para que la armonización plena pueda ser satisfactoria es preciso contemplar este en su conjunto y armonizarlo tanto como sea posible.* M. EBERS: «De la armonización mínima a la armonización plena. La propuesta de Directiva sobre derechos de los consumidores», INDRET, Barcelona, abril, 2010, p 11.

IV. Consideraciones generales sobre la transposición de Directiva 2011/83 al ordenamiento español

11. El 19 de abril de 2013, el gobierno español dio luz verde al *Anteproyecto de Ley por el que se modifica el Texto refundido de la Ley General para la defensa de Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo, 1/2007, de 16 de Noviembre*. Hasta el momento se conocen dos borradores publicados por el Ministerio de Sanidad, Servicios sociales e Igualdad, pues el primero, de 16 de abril de 2012, fue sustituido por el actual, de 24 de julio de 2012, cuyas previsiones son las que vamos a considerar.

12. Como se señala en la «Memoria de impacto normativo» que acompaña al segundo borrador, al tratarse de la incorporación de una Directiva que incide directamente en la derogación y modificación de otras Directivas, cuya transposición al ordenamiento interno español se contempla actualmente en el Texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, *la adaptación del ordenamiento interno a las disposiciones de la nueva Directiva debe llevarse a cabo mediante la modificación del citado texto refundido, a través de una nueva ley, como única alternativa viable*⁹.

13. Entre los problemas que plantea la transposición de la Directiva por la vía de modificar la regulación contenida en el Real Decreto Legislativo 1/2007, destaca el coordinar los distintos ámbitos de aplicación de la Directiva y del Texto refundido, ya que el ámbito de aplicación de la Directiva, establecido en su artículo 3, se extiende tanto a los contratos a distancia y fuera de establecimiento como a los aspectos contractuales relativos a los restantes contratos, dado su carácter de instrumento horizontal. Por tanto, el legislador español no puede limitarse a cambiar, sin más, las normas que regulan los contratos a distancia o fuera de establecimiento, pues parte de contenido de la Directiva se aplica a contratos distintos de los contratos a distancia o fuera de establecimiento. Pero, por otro lado, la larga lista de excepciones que contiene el mismo artículo en su párrafo 3 (hasta trece), impide que el legislador pueda igualar el ámbito de la Directiva y el ámbito de aplicación del Texto Refundido que, por definición, es más amplio, en cuanto que ésta última norma es de aplicación, como señala su artículo 2, *a las relaciones entre consumidores o usuarios y empresarios* (artículo 2 TRLDU). No puede hacerlo, pues todas las excepciones quedarían al margen de la aplicación de normas de protección de consumidores que les son directamente aplicables (normativa sobre condiciones generales o garantías en las ventas de bienes de consumo)¹⁰, lo que nos lleva a examinar las distintas posibilidades de actuación del legislador español para proceder a la transposición de las normas de la Directiva, determinando qué es lo que el legislador puede o no puede hacer.

14. Como ya hemos señalado, la Directiva 2011/83 recoge la regla de la armonización plena que prohíbe a los legisladores estatales establecer niveles de protección distintos -no menores, pero tampoco mayores- que los dispuestos en la Directiva para las materias armonizadas, pero el legislador estatal sí que puede actuar, al efectuar la transposición, de distintas maneras. En primer lugar, puede hacer efectivas las excepciones al principio de armonización plena que la misma Directiva contiene pues,

⁹ Ya había advertido Cordero Lobato de que la opción que probablemente elegirá el Legislador estatal será la de trasponer la Directiva mediante una Ley que reforme aquellos preceptos del TRLCU que son incompatibles con la nueva regulación. *Es una labor asumible a un coste bajo, porque se trata únicamente de comparar ambos textos legales para ajustar el TRLCU a la Directiva, modificando sus normas y eliminando, además, aquellas reglas de protección de los consumidores que les confieran un nivel de protección superior al que les dispensa la Directiva*. E. CORDERO LOBATO: «¿Cómo trasponer la Directiva de derechos de consumidores al derecho español», en Revista CESCO de Derecho de consumo, nº1/2013, disponible en <http://www.uclm.es/centro/cesco/>

¹⁰ *El problema no sería, ciertamente, que hubiera que ajustar los artículos 93 y 108 TRLCU a la Directiva. Por el contrario, el verdadero problema es que el artículo 3 de la Directiva no podría sustituir el ámbito actual del TRLCU sin que el Estado español incumpliese otras directivas comunitarias, pues, por ejemplo, la Directiva 93/13/CEE, sobre cláusulas abusivas (que finalmente no ha sido afectada en su conjunto por la Directiva 2011/83) regula toda clase de contratos con consumidores sin que sean aplicables las exclusiones contempladas en el artículo 3 de la Directiva 2011/83. Lo mismo sucede con la Directiva sobre venta y garantías, que sólo excluye de su ámbito ciertos bienes de consumo [cfr. el artículo 1.2 b) o de la Directiva 1999/44/CE, que tampoco ha sido afectada por la Directiva 2011/83]*. E. CORDERO LOBATO: «¿Cómo trasponer la Directiva de derechos de consumidores al derecho...», cit., pp. 113-114.

recordemos que el artículo 4 establece que los Estados miembros no mantendrán o introducirán, en su legislación nacional, disposiciones contrarias a las fijadas en la presente Directiva, en particular disposiciones más o menos estrictas para garantizar un diferente nivel de protección de los consumidores, *salvo disposición en contrario de la presente Directiva* (artículo 4 Directiva 2011/83). Por otro lado, hay que tener en cuenta lo dispuesto en su Considerando 13, conforme al cual, *la aplicación de las disposiciones de esta Directiva a aspectos no incluidos en su ámbito de aplicación ha de seguir siendo competencia de los Estados miembros, con arreglo al Derecho de la Unión*, lo que tiene a su vez una doble consecuencia. La primera que, como señala la Directiva en el mismo Considerando, los Estados miembros *pueden mantener o introducir normas de Derecho interno que correspondan a las disposiciones de la presente directiva o a algunas de las disposiciones de la misma, respecto de contratos que quedan fuera de su ámbito de aplicación*. La segunda consecuencia es que los Estados miembros *pueden también mantener o adoptar disposiciones nacionales sobre cuestiones que la presente Directiva no regule específicamente*, tales como normas adicionales sobre contratos de venta, también en relación con la entrega de bienes o requisitos para el suministro de información durante la vigencia de un contrato, con arreglo al Derecho de la Unión. Por tanto, respecto de la materia «no armonizada», y dado que el legislador estatal conserva sus competencias, puede introducir (o, en su caso, mantener) normas de Derecho interno¹¹.

15. Resaltamos esta cuestión pues es especialmente importante en relación con el tema que nos ocupa, pues no hay que olvidar que la regulación del desistimiento en la Directiva 2011/83, se encuentra recogida en los artículos 6 a 16, dentro del Capítulo III (*Información al consumidor y derecho de desistimiento en los contratos a distancia y en los contratos fuera de establecimiento*) del texto legal, con lo cual el legislador español puede efectuar la transposición en materia de derecho de desistimiento de maneras diferentes. En primer lugar, puede limitarse a modificar únicamente el régimen previsto para el derecho de desistimiento en los contratos a distancia o fuera del establecimiento mercantil con la finalidad de adaptarlo a las previsiones del Capítulo III de la Directiva 2011/83, ciñéndose al ámbito de aplicación de la normativa del desistimiento en la Directiva (contratos a distancia y fuera de establecimiento). Pero, conforme a lo dispuesto más arriba, puede incluir las novedades de la Directiva en materia de desistimiento, en el régimen general (arts 69 a 78 TRLCU) en cuanto sean más protectoras que la regulación actual respecto de los derechos de los consumidores. Cabe, por último, preguntarse por la posibilidad de aprovechar la necesidad de transposición de la Directiva para extender el reconocimiento del derecho de desistimiento a «todos los contratos con consumidores», posibilidad defendida por parte de la doctrina española desde la publicación del texto refundido de 2007¹².

16. La primera opción, es la más sencilla, pero también es la más conservadora, en el sentido de que no abordaría la solución de los problemas derivados de la fragmentación y la disparidad normativa existente entre las distintas regulaciones del derecho de desistimiento en las diferentes modalidades contractuales que lo contemplan, tanto dentro como fuera del Texto refundido.

17. En la segunda opción, subsiste la fragmentación (dualidad de regímenes en el Texto refundido -el general y el de contratos a distancia y contratos celebrados fuera de establecimiento mercantil- y las normas sectoriales), pero permite solucionar en parte la disparidad normativa adaptando el régimen general de los artículos 68 a 79 a las previsiones de la Directiva sobre los derechos de los consumidores, para tratar de manera homogénea los aspectos esenciales de este derecho (las normas sobre duración del plazo, determinación del momento de ejercicio, consecuencias del incumplimiento del deber de infor-

¹¹ En éste sentido M.J., MARÍN LÓPEZ: «La Directiva 2011/83: esquema general, ámbito de aplicación, nivel de armonización y papel de los Estados miembros, en Revista CESCO de Derecho de consumo, nº 1/2012, pp. 8-21, p. 10, disponible en <http://www.revista.uclm.es/index.php/cesco>

¹² Podía haberse esperado que el TR hubiera aprovechado la ocasión para generalizar el derecho de desistimiento a todos los contratos celebrados por consumidores, más allá de los supuestos específicos en que había sido reconocido por la ley... En rigor, la armonización que se hace de el derecho de desistimiento es banal. A. CARRASCO PERERA: «Texto refundido de la Ley general para la defensa de consumidores y usuarios (Real Decreto Legislativo 1/2007). Ámbito de aplicación y alcance de la refundición», *Aranzadi Civil*, nº 1, 2008, pp. 2215-2225, p. 2218.

mación, formalidades y consecuencias del ejercicio del derecho). Pero habrá que tener en cuenta que si se opta por mantener las normas sectoriales, que convivirían con el régimen general previsto en el texto refundido, de carácter subsidiario respecto de la normativa sectorial (artículo 68.2 TRLCU), la diferente regulación puede dar lugar a la aparición de conflictos (por la diferente regulación de plazos, entre otras cuestiones) que exigirían la modificación de las normas sectoriales o la existencia de una norma que de forma clara resolviera esos conflictos.

18. La última opción, unificar la regulación del derecho de desistimiento en el texto refundido estableciendo un único régimen aplicable a todos, o parte, de los contratos de consumo, es la más problemática. Se trata de examinar si la construcción de este régimen general es posible, aconsejable, y en tal caso, cuáles han de ser los criterios para su elaboración.

V. El Anteproyecto de Ley por el que se modifica el texto refundido de la Ley General para la defensa de consumidores y usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de Noviembre

19. Conforme señala el borrador de Anteproyecto, de 24 de julio de 2012, su finalidad es la elaboración de una ley por la que se proceda a modificar el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, a fin de transponer al Derecho interno la Directiva 2011/83/UE. Añade asimismo los criterios seguidos en la transposición, basados, preferentemente, en la *fidelidad al texto de la directiva* y en el *principio de mínima reforma de la actual normativa*.

20. El borrador de anteproyecto se estructura en una exposición de motivos y un artículo único que se divide en dieciocho apartados que incluyen las modificaciones introducidas en el texto refundido. Se acompaña de una disposición transitoria y una derogatoria (la ley deroga expresamente el Real Decreto 1906/1999, de 17 de diciembre, por el que se regula la contratación telefónica o electrónica con condiciones generales en desarrollo del artículo 5.3 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, de condiciones generales de la contratación, *cuyas disposiciones resultan incompatibles con el enfoque de armonización máxima de la Directiva que se transpone*). Termina con cuatro disposiciones finales y un anexo.

21. De una primera lectura del extenso artículo 1 del anteproyecto se deduce que el legislador español ha optado por mantener en lo esencial la estructura del actual texto refundido, (*principio de mínima reforma normativa*), si bien, reordena las materias propiamente afectadas por la Directiva 2011/83, con un resultado no siempre acertado¹³.

En su apartado 1, el artículo 1 del Anteproyecto, modifica los artículos 3 y 4 del TRLCU con el fin de adaptar las definiciones de consumidor y usuario a lo dispuesto en la Directiva. Conforme al nuevo art 3: *A efectos de esta norma y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresa, oficio o profesión*. Es empresario, conforme al nuevo artículo 4, *la 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*.

¹³ Señala Hualde que *el texto en tramitación no se limita a dar nueva redacción a los artículos afectados por la Directiva, sino que a la vez efectúa una reordenación sistemática del Real Decreto Legislativo que, a mi juicio merece todavía una reelaboración, pues la nueva sistematización no se hace todavía de forma coherente y no llega, por ejemplo, a despejar algunas dudas sobre el ámbito de aplicación del derecho de desistimiento a la vez que incide en reiteraciones normativas que deben corregirse*. T. HUALDE MANSO: Anteproyecto de Ley por el que se modifica el texto refundido de la Ley General para la defensa de consumidores y usuarios (Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de Noviembre), Aranzadi civil-mercantil, núm.6/2012, Aranzadi, Pamplona, 2012.

22. Ciñéndonos a las materias propias de la contratación con consumidores y, en especial a la regulación del derecho de desistimiento, hay que señalar que subsiste la regulación del libro II, («Contratos y Garantías»), si bien se introducen modificaciones en el Título I («Contratos con los consumidores y usuarios»), muy numerosas respecto de las previsiones del Capítulo I («Disposiciones Generales»), muy limitadas en el Capítulo II («Derecho de desistimiento»), y se reforma por completo el Título III («Contratos a distancia y contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles»), pues, siguiendo los mandatos de la Directiva se unifica la regulación de los contratos a distancia y fuera de establecimiento, cuya regulación modificada se recoge en el título III. La nueva ordenación sistemática se hace, como señala el artículo 1.17 del Anteproyecto, *suprimiendo el contenido del título IV, pasando el título V a enumerarse como IV*. Por último, permanece inalterada la regulación del Libro III («Responsabilidad civil por bienes y servicios defectuosos»), y el libro IV que dispone la regulación que ha de observarse sobre viajes combinados.

23. De esta primera aproximación se pueden extraer unas primeras observaciones. Parece que el Anteproyecto ha optado por la «fidelidad» a la Directiva, regulando separadamente las disposiciones aplicables a cualesquiera contratos incluidos en el ámbito de aplicación de aquélla (Capítulo II, artículo 5 Directiva 2011/83 y Capítulo IV, arts. 17 a 22 y 27 Directiva 2011/83), respecto de todos los contratos de consumo sujetos al TRLCU, de conformidad con lo dispuesto en sus artículos 1 a 7. Por otro lado, aún con alguna excepción, regula separadamente, la normativa que la Directiva vincula expresamente a los contratos a distancia o fuera de establecimiento (Capítulo III, arts. 6 y ss). No parece, por tanto, que exista intención de que el régimen del derecho de desistimiento, dispuesto en la Directiva para los contratos a distancia o fuera de establecimiento, se convierta en un régimen general aplicable a todos los contratos con consumidores. En efecto, el Anteproyecto no modifica, en lo más mínimo, la regulación general de los artículos 68 a 79 del TRLCU, sino que se limita a adicionar la regulación de los efectos del derecho de desistimiento en los contratos complementarios (artículo 76 bis) y a modificar la redacción del artículo relativo a los contratos vinculados (artículo 77). Ahora bien, esta modificación, aunque mínima, tiene su importancia pues supone aplicar el artículo 15 de la norma comunitaria, situado en la regulación de la Directiva dedicada del desistimiento en los contratos a distancia y fuera del establecimiento, en el ámbito del desistimiento para todos los contratos de consumo.

24. Subsisten, dentro del Texto Refundido, el régimen general (arts. 68 a 79) y un régimen especial, el del derecho de desistimiento en los contratos a distancia y fuera de establecimiento (arts. 101 a 108), por lo que habrá que examinar en qué medida continúan los problemas derivados de la disparidad normativa tras la proyectada modificación de la normativa interna de consumo. A fin de intentar sistematizar el estudio del alcance de la reforma y su contenido, haremos un breve repaso a las novedades del anteproyecto, deteniéndonos especialmente en las materias que inciden directamente en el tema objeto de estudio.

1. La regulación del derecho de desistimiento en el Anteproyecto (el título I, Contratos con consumidores y usuarios, Capítulo II, Derecho de desistimiento, del Libro II).

25. El Anteproyecto introduce importantes novedades en el Título I del Libro II (*Contratos con consumidores*), aunque reducidas a su Capítulo I (*Disposiciones generales*) pues no se modifican sustancialmente las normas que establecen el régimen del desistimiento en el Capítulo II. Entre las novedades acogidas en el texto del Anteproyecto destacamos la nueva y polémica, redacción del artículo 59.2, que por su importancia en el tema objeto de estudio analizaremos de forma separada. Se añaden el artículo 59 bis (concepto de contrato de venta), artículo 59 ter (concepto de contrato de servicios) y 59 quater (concepto de soporte duradero).

26. Es de destacar la nueva redacción del artículo 60, contenida en el artículo 1. 8 del Anteproyecto, en materia de información previa al contrato. Antes de que el consumidor quede vinculado por un contrato u oferta correspondiente, *el empresario deberá poner a disposición del consumidor y usuario*

de forma clara y comprensible, salvo que dicha información resulte evidente por el contexto, la información relevante, veraz y suficiente sobre las características principales del contrato, en particular sobre sus condiciones jurídicas y económicas (artículo 60.1). Respeto del contenido de la información, destacamos -de su comparación con la redacción actual del artículo 60.2 TRLCU y con el artículo 5 de la Directiva 2011/83- el hecho de que el nuevo artículo 60.2. h, considera como parte de la información relevante, *la existencia del derecho de desistimiento del contrato que pueda corresponder al consumidor y usuario, el plazo y la forma de ejercitarlo*, que reproduce textualmente la redacción del actual artículo 60.2.g, del TRLCU. En este caso, se ha hecho uso de la facultad de «mantener» normativa propia, pues el artículo 5 de la Directiva no hace referencia a la información sobre el desistimiento al regular los requisitos de información en los *contratos de consumo distinto a los contratos a distancia o fuera de establecimiento* (artículo 5 Directiva 2011/83). No obstante, creo que dada la voluntad manifestada por los redactores del anteproyecto de «superar» y reforzar los requisitos de información dispuestos por nuestra legislación respecto de los previstos por la Directiva, el legislador español podría incluir algunos de los requisitos de información previa sobre el derecho de desistimiento que, según la Directiva, son exigibles en los contratos a distancia o fuera de establecimiento (artículo 6 Directiva 2011/83). Creo que en todos los contratos de consumo es importante para el consumidor no sólo saber si tiene derecho a desistir, y en ese caso, cuál es el plazo y la forma de ejercitar del derecho sino, también, le interesa saber que no le asiste el derecho de desistimiento, y, si existe éste, los supuestos que pueden ocasionar su pérdida, ya se trate de supuestos de desistimiento legal o convencional.

27. Centrándonos ya en el contenido del Anteproyecto en relación con el Capítulo II, del Título I (*Derecho de desistimiento*), sus novedades son mínimas por lo que el régimen general que se dispone en este articulado permanece inalterado tras la reforma del texto refundido. No se modifica el artículo 68, que define el derecho de desistimiento *como la facultad del consumidor y usuario de dejar sin efecto el contrato celebrado, notificándose así a la otra parte contratante en el plazo establecido para el ejercicio de ese derecho, sin necesidad de justificar su decisión y sin penalización de ninguna clase*. Tras la reforma, el derecho de desistimiento sigue sin configurarse como una facultad vinculada a la noción de consumidor, pues los consumidores solo tendrán derecho a desistir del contrato en los supuestos previstos legal o reglamentariamente o cuando se le reconozca este derecho en la oferta, promoción, publicidad o en el propio contrato (artículo 68,2 TRLCU). El desistimiento de origen legal *se regirá en primer término por las disposiciones legales que lo establezcan en cada caso y en su defecto por lo dispuesto en este Título* (artículo 68.3). El desistimiento de origen convencional, se regirá, a falta de previsiones específicas en la oferta, promoción, publicidad o en el propio contrato *con arreglo a lo previsto en este título* (artículo 79.1. TRLCU). Permanece asimismo invariable el texto del artículo 79, que establece de forma imperativa que el consumidor y usuario que ejercite el derecho de desistimiento contractualmente reconocido no tendrá en ningún caso obligación de indemnizar por el desgaste o deterioro del bien o por el uso del servicio debido exclusivamente a su prueba para tomar una decisión sobre su adquisición definitiva (artículo 79.2). Se establece también que en ningún caso podrá el empresario exigir anticipo de pago o prestación de garantías, incluso la aceptación de efectos que garanticen un eventual resarcimiento en su favor para el caso de que se ejercite el derecho de desistimiento (artículo 79.3. TRLCU). No se aprovecha, por tanto, la ocasión para resolver las dudas suscitadas sobre la aplicación de estas normas imperativas a los supuestos de desistimiento convencional.

28. Por lo demás permanece inalterado lo referente a la obligación de informar y documentar sobre el derecho de desistimiento (artículo 69), a las formalidades y a la prueba del ejercicio del derecho (arts 70 y 72), la duración y el modo del computo del plazo (artículo 71), los gastos vinculados al desistimiento (artículo 73), las consecuencias del ejercicio (art 74) y las normas sobre riesgos por pérdida o destrucción de la cosa (artículo 75), sobre devolución de sumas percibidas por el empresario (artículo 76) y lo dispuesto en el artículo 78, conforme al cual, *la falta de ejercicio del derecho de desistimiento en el plazo fijado, no será obstáculo para el posterior ejercicio de las acciones de nulidad o resolución del contrato cuando procedan conforme a derecho*.

29. Se añade, dentro de las normas dedicadas al régimen general del derecho de desistimiento, la nueva regulación de los llamados contratos complementarios. El nuevo artículo 76 bis se corresponde con el artículo 15 de la Directiva 2011/83, que en el Capítulo III (normas sobre desistimiento en los contratos a distancia o fuera de establecimiento) establece los «*efectos del ejercicio del derecho de desistimiento en los contratos complementarios*». Destacamos la ubicación del artículo 76 bis en sede de régimen general (Título I) y no en la regulación del desistimiento en el Título III, por ser el único supuesto en el que el redactor del anteproyecto hace efectiva sus competencias para adicionar normas previstas en la Directiva para unos contratos específicos (a distancia o fuera de establecimiento) a contratos de consumo distintos (todos los contratos de consumo, en los que el consumidor tenga atribuido legal o convencionalmente un derecho de desistimiento) a los que se aplica el régimen general de los arts 68 a 79 TRLCU. La sede elegida demuestra que el redactor del Anteproyecto es consciente de su competencia para adaptar las normas del Capítulo III de la Directiva 2011/83 al régimen general. De las razones por las cuales solo hace uso de esta competencia para introducir el artículo 15, y no el resto de las normas del Capítulo III en el régimen general, así como sobre sus consecuencias, se tratará más adelante.

30. Según el artículo 15 de la Directiva 2011/83, párrafo 1, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 15 de la Directiva 2008/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2008, relativa a los contratos de crédito al consumo, *el ejercicio, por parte del consumidor, de su derecho de desistimiento en relación con un contrato a distancia o celebrado fuera del establecimiento conforme a los artículos 9 a 14 de la presente Directiva, tendrá por efecto la resolución automática y sin gastos para el consumidor, excepto los contemplados en el artículo 13, apartado 2, y en el artículo 14 de la presente Directiva, de todo contrato complementario*. La definición de contrato complementario se encuentra en el artículo 2 de la Directiva, *definiciones*, apartado 15) «Contrato complementario»: *un contrato por el cual el consumidor adquiere bienes o servicios relacionados con un contrato a distancia o celebrado fuera del establecimiento y dichos bienes o servicios son proporcionados por el comerciante o un tercero sobre la base de un acuerdo entre dicho tercero y el comerciante*. Sobre la efectos concretos del ejercicio del derecho de desistimiento en los contratos complementarios, el artículo 15.2 de la Directiva precisa que *los Estados miembros establecerán normas detalladas sobre la resolución de tales contratos*.

31. El redactor del Anteproyecto ha procedido a la transposición del artículo 15 de la Directiva, en el artículo 1, Quince, conforme al cual, se adiciona el artículo 76 bis, en el que se repite, literalmente, las disposiciones de la Directiva. Por lo que se refiere a la determinación de las normas detalladas respecto a la resolución de tales contratos, que como establece el artículo 15.2 de la Directiva, corresponde a los Estados, el redactor del anteproyecto ha optado por aplicar las normas establecidas en el régimen general para el ejercicio del derecho de desistimiento (artículo 73, 74, 75 y 76 TRLCU), si bien, se establece un plazo de 14 días naturales para la restitución, frente a los 30 fijados en el régimen general (artículo 76)¹⁴. Por último, el apartado 5, del artículo 76 bis sanciona *que lo dispuesto en los apartados anteriores será también de aplicación a los contratos celebrados a distancia y a los contratos celebrados fuera del establecimiento, regulados en el Título III del Libro II de esta ley*.

¹⁴ El artículo 76 bis establece que, ejercido el derecho de desistimiento sobre el contrato principal, *las partes deberán restituirse recíprocamente las prestaciones recibidas en virtud del contrato complementario, sin ninguna demora indebida y, en cualquier caso, antes de que hayan transcurrido 14 días naturales desde la fecha en que el consumidor haya informado al empresario de su decisión de desistir del contrato principal* (artículo 76.bis. 2). *En el caso de que el empresario no reintegre todas las cantidades abonadas en virtud del contrato complementario en el plazo señalado, el consumidor y usuario podrá reclamar que se le pague el doble de la suma adeudada, sin perjuicio a su derecho de ser indemnizado por los daños y perjuicios sufridos en lo que excedan de dicha cantidad*. Corresponde al empresario la carga de la prueba sobre el cumplimiento del plazo (artículo 76 bis.2). En el mismo sentido, añade el artículo 76 bis al final, que el consumidor y usuario tendrá *el derecho al reembolso de los gastos necesarios y útiles que hubiera realizado en el bien*. En caso de imposibilidad de devolución de la prestación objeto del contrato complementario por pérdida, destrucción y otra causa imputable al consumidor, este *responderá del valor de mercado que hubiera tenido la prestación en el momento del ejercicio del derecho de desistimiento, salvo que dicho valor fuera superior al precio de adquisición, en cuyo caso responderá de éste* (artículo 76 bis 3) *Cuando el empresario hubiera incumplido el deber de información y documentación sobre el derecho de desistimiento del contrato principal, la imposibilidad de devolución sólo será imputable al consumidor y usuario cuando éste hubiera omitido la diligencia que le es exigible en sus propios asuntos* (artículo 76 bis. 4).

32. Por otro lado, la reforma de la regulación de los contratos vinculados en el artículo 77 es mínima, pues se limita a establecer expresamente la inclusión de los contratos a distancia y los celebrados fuera del establecimiento mercantil, en el ámbito de aplicación de éste artículo. La finalidad de ésta mención expresa de la aplicación de los artículos 76 bis y 77 a los contratos regulados en el futuro Título III, no deja de ser desconcertante. No parece que persiga despejar las dudas que puedan existir sobre el carácter subsidiario del régimen general respecto de los contratos a distancia o fuera de establecimiento, por entender que la aplicación del régimen general al resto de la normativa sectorial está claramente determinada en el artículo 68.3, pero no lo está respecto de normas de desistimiento incluidas en el mismo Texto refundido. En la reforma no se modifica el artículo 68.3 TRLCU que determina claramente el carácter subsidiario del régimen general respecto de todos los supuestos de desistimiento legal. Pero, por otro lado, si bien en la redacción actual del Texto refundido no cabe ninguna duda al respecto, dada la remisión al régimen general en la regulación del desistimiento en los contratos a distancia (artículo 101.1 TRLCU) y en los contratos celebrados fuera de establecimiento (artículo 110.1 TRLCU), tras la reforma, desaparece toda remisión. Se suscita así la duda acerca de si resultan de aplicación, con carácter subsidiario, las normas del régimen general respecto de la nueva regulación del derecho de desistimiento contenida en el Título III. Antes de proceder a responder a esta cuestión debe analizarse detenidamente la nueva regulación del derecho de desistimiento en el Título III en el Anteproyecto de Ley para la modificación del texto refundido.

2. La regulación del derecho de desistimiento en el Título III «Contratos celebrados a distancia y contratos celebrados fuera del establecimiento mercantil»

33. En el capítulo I, el artículo 92 del Anteproyecto, determina el ámbito de aplicación de las normas de este Título. Los contratos exceptuados se encuentran enumerados en el artículo 93¹⁵.

34. El artículo 97 establece la información sobre el desistimiento que el empresario debe suministrar al consumidor antes de quedar vinculado por el contrato o por la oferta correspondiente. De éste precepto, llama la atención el hecho de que reitera en muchos casos lo dispuesto en el artículo 60 del título I. Ésta reiteración puede interpretarse como falta de sistemática, que exigiría la reordenación de tales requisitos en el futuro texto normativo¹⁶ de forma que el artículo 97.1 se limite a citar aquellos aspectos que no estén incluidos expresamente en el anterior artículo 60, a fin de evitar duplicidades y el riesgo de descoordinación (por ejemplo en cuanto al precio los arts 5.c. y 6.e. de la Directiva son transpuestos de forma diferente en los arts 60.2 y 97.1.e del Anteproyecto), aun cuando puede interpretarse como la intención del redactor del Anteproyecto de delimitar las reglas propias de este tipo de contratos, excluyendo la aplicación del artículo 60 aplicable a todos los contratos de consumo.

35. De la regulación del derecho de desistimiento en el capítulo III, del nuevo título III, destacamos los aspectos siguientes. Se amplía el plazo, de siete días hábiles a catorce días naturales, en el que el consumidor puede desistir del contrato, *sin indicar el motivo y sin incurrir en coste alguno distinto de los previstos en los arts 106.2 y 107* (artículo 101 cfr. artículo 9.1 Directiva 2011/83). Reiterando lo dispuesto en el artículo 68.1, señala que *serán nulas de pleno derecho las cláusulas que impongan*

¹⁵ Es de destacar que no se ha hecho uso de la posibilidad de exceptuar del ámbito de aplicación a los supuesto de contratos celebrados fuera del establecimiento cuando la cuantía a abonar por el consumidor no excede de cincuenta euros o de un valor inferior establecido por cada Estado (en España, hasta ahora el valor era de 48,08 euros ex art. 108, b TRLGDCU). *El Anteproyecto se aparta notablemente de la regulación vigente respecto a contratos celebrados fuera de establecimiento mercantil y del texto de la Directiva, ya que independientemente de su cuantía todos los contratos quedarán incluidos en las exigencias de información del TRLGDCU. Es este un extremo sobre el que se debería reflexionar, ¿es conveniente ampliar las cargas informativas a contratos de escaso valor? La respuesta debe estar en gran parte determinada por la posición adoptada por los demás Estados miembros.* A.I. MENDOZA LOSANA: «Observaciones, comentarios y propuestas de mejora del anteproyecto de Ley por el que se modifica el texto refundido de la Ley General para la defensa de consumidores y usuarios y otras leyes complementarias aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, disponible en www.uclm.es/centro/cesco/pdf/trabajos/30/15.pdf, pp 6 y 7.

¹⁶ En este sentido, T. HUALDE MANSO: Anteproyecto de Ley por el que se modifica el texto refundido de la Ley General para la defensa de consumidores y usuarios», en *Aranzadi Civil-Mercantil*, núm 6/2012.

al consumidor una penalización por el ejercicio de su derecho de desistimiento o la renuncia al mismo (artículo 101.2 Ant.). El plazo se determina señalando el «dies ad quem» (artículo 103) en función del tipo de contrato de que se trate que regulando muy detalladamente los distintos supuestos (cfr. artículo 9.2 Directiva 2011/83).

36. En caso de que el empresario no facilite al consumidor la información sobre el derecho de desistimiento, se amplía el plazo para desistir del contrato hasta doce meses después de la fecha de expiración del periodo inicial (artículo 104 Ant.). Si el empresario cumple con retraso la obligación de facilitar la información, pero lo hace en el plazo de doce meses a partir de la fecha contemplada en el artículo 103, el plazo de desistimiento expirará a los catorce días naturales de la fecha en que el consumidor reciba la información (artículo 104.2) (cfr. artículo 10 Directiva 2011/83). No obstante, el examen de las consecuencias del incumplimiento de la obligación de información no se limitan a lo dispuesto en el artículo 104, pues, debe también examinarse cuanto dispone el artículo 108 que, bajo la rúbrica, *Consecuencias del incumplimiento*, establece que: 1. *El contrato celebrado sin que se haya facilitado al consumidor la información sobre el derecho de desistimiento, tal como se establece en el artículo 97.1, letra i), así como la copia del contrato celebrado o la confirmación del mismo, conforme a los artículos 98.6 y 7 y 99.2, podrá ser anulado a instancia del consumidor.* 2. *Corresponde al empresario probar el cumplimiento de lo dispuesto en el apartado anterior.*

37. El precepto que comentamos que transcribe casi literalmente el actual artículo 112 del Texto refundido, tiene su antecedente en la Directiva 85/577 CEE del Consejo, de 20 de diciembre de 1985, relativa a la protección de los consumidores en caso de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales, que además de reconocer un derecho de desistimiento «ad nutum», al que denominaba rescisión, establecía que *los Estados miembros procurarán que la legislación nacional prevea medidas adecuadas que tiendan a proteger al consumidor en caso de que se haya proporcionado la información contemplada en el presente artículo» (artículo 4.3 Dir 85/577/CEE).*

38. En cumplimiento de este mandato, la Ley 26/1991, de 21 de noviembre, en su artículo 3, introdujo la regla que exige el contrato revista una determinada forma y tenga un cierto contenido. La consecuencia de la inobservancia de la forma es que *el contrato celebrado o la oferta realizada con la infracción de lo dispuesto de los requisitos 69.1 y 111 podrán ser anulados a instancia del consumidor y usuario* (artículo 4). Añadía el párrafo 2, que *en ningún caso podría ser invocada la causa de nulidad por el empresario, salvo que el incumplimiento sea exclusivo del consumidor usuario*, si bien, éste segundo párrafo desaparece de la actual regulación en el texto refundido¹⁷, pues, tras la refundición operada por el Real Decreto Legislativo 1/2007, el artículo 112 reproduce la regla contenida en el artículo 4 de la primitiva Ley de contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles.

39. La interpretación del artículo 112 del Texto refundido nunca ha dejado de ser problemática. La mayoría de la doctrina recondujo estos supuestos al instituto de la anulabilidad o nulidad relativa, como tipo de invalidez que permite desligarse solo a una de las partes dada su analogía con los vicios del consentimiento, si bien, se puso entonces de manifiesto la necesidad de una regulación concreta que superase los inconvenientes propios del régimen de la acción regulada en los arts 1300 y ss del CC (plazo excesivo para el ejercicio de la acción, dificultad de determinar el momento a partir del cual puede ejercitarse que determina que, en la práctica, tal acción sea imprescriptible si se considera que el plazo comienza cuando el consumidor puede ejercitar la acción por el cumplimiento del empresario del deber de información...). Ello motivó que parte de la doctrina recondujera estos supuestos al régimen de resolución por incumplimiento¹⁸ o a mantener la necesidad de igualar las consecuencias del incumplimiento

¹⁷ Sobre el sentido del párrafo 2 ver, por todos, J.R. GARCÍA VICENTE: «Ley de Contratos Celebrados Fuera de los Establecimientos Mercantiles: El Derecho de Revocación, Aranzadi, 1997, p. 270 y ss.

¹⁸ N. ÁLVAREZ, LATA: «Invalidez e Ineficacia en el Derecho Contractual de Consumo Español. Análisis de los supuestos típicos de ineficacia en los contratos con consumidores», Aranzadi, 2004, pp. 118-122.

del deber de información y documentación en los contratos celebrados fuera del establecimiento al régimen general (artículo 71.3TRLUCU) para generalizar como única consecuencia del incumplimiento del deber de información, la prolongación del plazo de desistimiento.¹⁹ No vamos a reproducir aquí las diferentes posiciones adoptadas sobre este tema por los tribunales españoles. En la actualidad los tribunales se pronuncian por declarar la nulidad, de oficio, de estos contratos al amparo de lo dispuesto en Sentencia del TJUE, de 17 de diciembre de 2009²⁰.

40. Ahora bien, la publicación de la Directiva 2011/83 ha introducido un cambio fundamental en la materia que tratamos: el principio de armonización plena cuya finalidad fundamental es homogeneizar las disposiciones por medio de las cuales los Estados transponen las directivas y terminar con la existencia de soluciones dispares para el mismo problema de omisión de información sobre el desistimiento²¹. En la Directiva, en su artículo 10, al regular conjuntamente los contratos a distancia o fuera de establecimiento, se establece una única consecuencia para la omisión del deber de información. Ello determina que la transposición de la Directiva a nuestro ordenamiento interno deba suponer inevitablemente una reforma del régimen contemplado actualmente en el artículo 112 del TRLUCU²². En la Directiva 2011/83, el incumplimiento del deber de información determina la prolongación del plazo de ejercicio del derecho de desistimiento con un límite temporal de un año desde la conclusión del periodo de desistimiento inicial de catorce días, siguiendo una pauta general que se observa tanto en los textos armonizadores del Derecho europeo de contratos²³ como en directivas anteriores y en las correspondien-

¹⁹ *El derecho a anular el contrato como medida para la protección del consumidor cuando el empresario no cumpliera sus obligaciones de información y documentación no era - ni es, a nuestro juicio- la solución preferible, siendo la prolongación de la vigencia del derecho de revocación una mejor solución que asegurando el poder de decisión sobre el mantenimiento de o no del contrato en manos exclusivas del consumidor; evitaría los peligros del régimen jurídico de la acción de impugnación. No olvidemos que estamos ante una norma refundida, pero, a nuestro juicio, el legislador podría haber aprovechado la ocasión (como de hecho a ocurrido otras veces) para generalizar como única consecuencia la prolongación de la vigencia del derecho de desistimiento del usuario.* I. BELUCHE RINCÓN: «El derecho de desistimiento del consumidor», Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008, pp.78 y 79.

²⁰ Según esta sentencia el artículo 4 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, no se opone a que un órgano jurisdiccional nacional declare de oficio la nulidad de un contrato comprendido en el ámbito de aplicación de dicha Directiva por no haberse informado al consumidor de su derecho de rescisión, aun cuando éste no haya invocado en ningún momento esa nulidad ante los órganos jurisdiccionales nacionales. El párrafo tercero de este artículo 4 encomienda a los Estados miembros la adopción de «medidas adecuadas que tiendan a la protección del consumidor en caso de que no se haya proporcionado la información contemplada en este artículo». El artículo 8 de la Directiva, por su parte, lleva a cabo una armonización mínima, pues permite a los Estados mantener o adoptar disposiciones más favorables a los consumidores. En estas circunstancias, una medida como la que tiene intención de adoptar el órgano jurisdiccional remitente, consistente en declarar la nulidad del contrato litigioso, puede calificarse de «adecuada» en el sentido del artículo 4, párrafo tercero, de la Directiva, puesto que sanciona el incumplimiento de una obligación cuyo respeto es esencial. . Doctrina reflejada, entre otras por la SAP Salamanca, 22 febrero 2010 (JUR 2010\145869); SAP Burgos, 2 marzo 2010 (AC 2010\933); SAP Tenerife, 2 noviembre 2010 (AC, 2011\1125); SAP Sevilla, 13 junio 2011 (JUR 2011\374664) y SAP Tarragona, 8 marzo 2011 (JUR 2011\217122).

²¹ Para un estudio detallado sobre las distintas consecuencias de la transposición de las medidas adecuadas de la Directiva 85/577 en los distintos derechos estatales, ver el completo estudio de G. TOMAS MARTÍNEZ: «Derecho privado comunitario y evolución de las consecuencias del incumplimiento del deber de información del derecho de desistimiento: contratos celebrados fuera de establecimiento mercantil», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, año 16, núm 42, 2012, pp. 543 y ss, en particular, pp. 560 y 561.

²² *Es preciso reflexionar sobre la dudosa «sostenibilidad» de la doctrina contenida en la STJCE a la vista de las previsiones contempladas en la Directiva 2011/83/UE, sobre derechos de los consumidores (que deroga a su predecesora en la materia, la Directiva 85/577/CEE).* Bermudez Ballesteros, M^ºS: «Sanción aplicable al incumplimiento de los deberes de información y documentación sobre el derecho de desistimiento en los contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles. Criterios legales y doctrina jurisprudencial. Comentario a la SAP Castellón de 10 de abril de 2012, (JUR 2012/254736). *Centro de Estudios de Consumo*, disponible en www.uclm.es

²³ En este sentido, ver artículo 5: 103 ACQP. Los arts. 5:102 y 5:103 DCFR establecen que *en cualquier caso, el plazo para el ejercicio del desistimiento no puede dilatarse más de un año desde la conclusión del contrato. En el mismo sentido se manifiesta el artículo 3: 109, que al regular los deberes precontractuales de información establece, en el apartado 1º, que en caso de incumplimiento de deberes precontractuales de información establecidos a favor de un consumidor; si se trata de un contrato en el que se otorga al consumidor un derecho de desistimiento (regulado en los arts. 5:101 y ss.), el plazo de ejercicio de éste no comienza a correr hasta que se proporcione al consumidor la información necesaria.* Se prevé igualmente que, en cualquier caso, el derecho de desistimiento expira un año después de la conclusión del contrato. Por último, el artículo 42 CELS establece

tes normas de transposición. Creo que el principio de armonización plena, impide al legislador español ir más allá, por lo que la previsión de que el contrato pueda ser anulado a instancia del consumidor debe desaparecer en la reforma de la regulación del texto refundido²⁴.

41. Por otro lado, hay que tener en cuenta que el nuevo art 108 no solo regula las consecuencias del incumplimiento del deber de información sobre el derecho de desistimiento sino también el incumplimiento por el empresario de la obligación de suministrar *la copia del contrato celebrado o la confirmación del mismo, conforme a los artículos 98.6 y 7 y 99.2*. Parece que el legislador incluye en sede desistimiento las consecuencias del incumplimiento por el empresario de los requisitos formales del contrato, y lo hace, de forma errónea²⁵, puesto que no hay que confundir el desistimiento (facultad de empresario de desligarse del contrato sin alegar causa alguna) con la facultad del consumidor de desligarse del contrato alegando el incumplimiento de las obligaciones del empresario. En todo caso, parece que debería ubicarse en el artículo 98 de forma paralela a la previsión del art. 99.5 del Anteproyecto²⁶.

42. Según el art. 108 del Anteproyecto, el incumplimiento de los requisitos formales tiene como consecuencia que el contrato pueda *ser anulado a instancia del consumidor*, configurando un supuesto de invalidez. En este sentido el artículo 98 del Anteproyecto, (requisitos formales en los contratos a distancia), establece en su párrafo 6, que en caso de que un contrato a distancia vaya a celebrarse por teléfono, el empresario deberá confirmar la oferta al consumidor por escrito o, salvo oposición expresa del consumidor y usuario, en cualquier soporte de naturaleza duradera. *El consumidor sólo quedará vinculado una vez que haya firmado la oferta o enviado su acuerdo por escrito*. Según el párrafo 7, el empresario deberá facilitar al consumidor la confirmación del contrato celebrado en un soporte duradero y en un plazo razonable después de la celebración del contrato a distancia, a más tardar en el momento de entrega de los bienes o antes del inicio de la ejecución del servicio. De la lectura de tales preceptos parece deducirse que la «forma escrita», entendida en su acepción tradicional de exigencia de que las declaraciones de voluntad de las partes consten por escrito, es presupuesto de validez del contrato, como reitera el art. 99 (requisitos formales de los contratos celebrados fuera de establecimiento) que exige en su párrafo 2, el empresario facilite al consumidor *una copia del contrato firmado o la confirmación del mismo en papel o, si el consumidor está de acuerdo, en un soporte duradero diferente, incluida, cuando proceda, la confirmación del previo consentimiento expreso del consumidor y del conocimiento por su parte de la pérdida del derecho de desistimiento a que se refiere el artículo 102, letra m)*.

43. Parece que tras la reforma van a continuar las dudas y problemas suscitados por la falta de una regulación coherente, en el derecho comunitario y en los textos con vocación armonizadora del

que el derecho de desistimiento puede ejercitarse dentro de un plazo de 14 días desde la recepción del último bien comprendido en el contrato. Dicho plazo se podrá extender, si el comerciante no facilitó al consumidor la información precontractual legalmente exigida (artículo 42 CELS) en el mismo sentido que los arts. 5:102 y 5:103 DCFR, y arts. 9 y 11 Directiva 2011/83.

²⁴ Desaparece toda posibilidad de anular el contrato por incumplimiento del deber de información sobre el derecho a desistir a partir del periodo de transposición que termina el 13 de diciembre de 2013. Tomas Martínez, G; Derecho privado comunitario..., cit., p. 564.

²⁵ Resulta curiosa la ubicación dentro del texto del Anteproyecto de los preceptos relativos a las consecuencias civiles del incumplimiento de los deberes impuestos sobre información precontractual y confirmación del contrato. No se prevén con carácter general estas consecuencias civiles del incumplimiento. Se establece la nulidad como consecuencia del incumplimiento de deberes de información sobre el derecho de desistimiento, de confirmación del contrato a distancia (art. 108) y de facilitar información precontractual y de confirmar el contrato fuera de establecimiento mercantil (art. 99.5). En principio, esta nulidad no es predicable ni del incumplimiento de deberes sobre información precontractual en los contratos a distancia ni del incumplimiento de cualquier tipo de deber en el resto de contratos. Salvo mejor criterio del legislador, no hay razón para hablar de nulidad en el caso del incumplimiento de deberes formales en relación a los contratos fuera de establecimiento mercantil (art 99.5) y no aplicar la misma consecuencia al incumplimiento de los mismos deberes en relación a los contratos a distancia (cfr. art. 98). A.I. MENDOZA LOSANA: «Observaciones, comentarios y propuestas de mejora del anteproyecto de Ley ...», cit., p. 16. En el mismo sentido, T. HUALDE MANSO: «Anteproyecto de Ley...», cit.

²⁶ Art. 99. 5 del Anteproyecto: *El contrato celebrado o la oferta realizada con infracción de los requisitos establecidos en este artículo podrán ser anulados a instancia del consumidor y usuario. En ningún caso podrá ser invocada la causa de nulidad por el empresario, salvo que el incumplimiento sea exclusivo del consumidor y usuario.*

derecho privado europeo, de las consecuencias que han de aplicarse por el incumplimiento de los requisitos formales en los contratos de consumo. Las directivas comunitarias utilizan la forma del contrato como medida de protección al consumidor imponiendo un formalismo contrario al principio espiritualista que informa nuestro Derecho común, pero lo hacen vinculando la exigencia de forma con el deber de información, como ha puesto de relieve nuestra doctrina²⁷. Ello nos lleva a examinar la cuestión de la función de la «forma» exigida en estos contratos, lo que, como de todos es sabido, no parece conducir a soluciones satisfactorias. Si la forma condiciona la validez del negocio como elemento esencial (forma ad solemnitatem) la sanción por incumplimiento debería ser la nulidad absoluta, no la anulabilidad. Al utilizar tal sanción para el incumplimiento (art. 4 LCCFEM, art. 112 Texto refundido, y el 108 del Anteproyecto) parece que el legislador español no considera una forma «ad solemnitatem» o que, aún considerado que la forma tiene tal carácter, desea establecer una sanción distinta para proteger al consumidor.

44. Ahora bien, si la finalidad de la norma es proteger al consumidor asegurando que llegue a su poder la información necesaria, tal solución no es la única adecuada. Coincido en este sentido con las opiniones de aquellos autores que consideran que si la finalidad perseguida en la normativa comunitaria al obligar al empresario a redactar el contrato por escrito -en papel o en otro soporte durado- y a entregar una copia del mismo al consumidor, es informarle de sus derechos y obligaciones, *la sanción más adecuada para el incumplimiento de cualquiera de ellas es permitir al consumidor desvincularse extrajudicialmente del contrato celebrado. Y a tal fin bastaría con prorrogar (bien durante un periodo de tiempo, bien indefinidamente) el ejercicio del derecho de desistimiento que se otorgue a este último*²⁸. En efecto, ésta solución parece más acorde con la función protectora del consumidor, en la medida en que para hacer valer la anulabilidad es necesario ejercitar judicialmente la correspondiente acción de impugnación para desvincularse del contrato realizado, con los consiguientes gastos y molestias. Por otro lado, lo defendido no es obstáculo para que el consumidor pueda instar la anulabilidad del contrato aduciendo error del consentimiento derivado del incumplimiento de la obligación de información.

45. Por lo que se refiere al ejercicio y los efectos del desistimiento, éstos se regulan en el nuevo artículo 105. Antes de que venza el plazo de desistimiento, el consumidor comunicará al empresario su decisión de desistir del contrato. A tal efecto, el consumidor podrá utilizar el modelo de formulario de desistimiento que figura en el anexo I, letra b de esta ley; o bien realizar otro tipo de declaración inequívoca en la que señale su decisión de desistir del contrato (artículo 105.) El consumidor habrá ejercido su derecho de desistimiento dentro del plazo contemplado en el artículo 103 y en el artículo 104, cuando haya enviado la comunicación relativa al ejercicio del derecho de desistimiento antes de que finalice dicho plazo (cfr. artículo 11 Directiva 2011/83). Como novedad, se dispone que el empresario podrá ofrecer al consumidor, además de las posibilidades contempladas en el apartado 1, *la opción de cum-*

²⁷ La normativa comunitaria potencia que la información destinada al consumidor se suministre de forma escrita, *porque es el medio para dar a conocer al consumidor esa información considerada como preceptiva*. N. ÁLVAREZ LATA: «Invalidez e ineficacia...», op. cit., p. 66 y ss. La forma tiene una función «ad luciditatem», J.R. GARCÍA VICENTE: Ley de contratos..., p. 175; o una función «informativa». E. ARROYO I AMAYUELAS: ¿Qué es la forma en el derecho contractual comunitario de consumo?, ADC, nº2, 2008, pp. 520.

²⁸ En este sentido, Santos Morón señala en apoyo de esta solución –prolongación del derecho de desistimiento– que es la postura por la que se inclina el legislador comunitario en las Directivas más recientes, a pesar de que las mismas no se pronuncian expresamente sobre las consecuencias de la falta de forma. La Directiva sobre crédito al consumo (2008/48), dispone que tal contrato deberá plasmarse en papel u otro soporte duradero y que todas las partes deben recibir un ejemplar del mismo (art. 10), pero el incumplimiento de esta exigencia no afecta a la validez del contrato sino que incide en la vigencia del derecho de desistimiento que esta Directiva otorga al consumidor ya que conforme al art. 14.1 en tanto el empresario no cumpla con su obligación de documentar el contrato y entregar un ejemplar del mismo al consumidor, no corre el plazo de ejercicio del derecho de desistimiento. Lo mismo ocurre en la Directiva 2008/122 sobre contratos de aprovechamiento por turno y productos vacacionales de larga duración (art. 5.1 en relación al art.6). En suma, como señala esta autora, *42. Como puede apreciarse, de ambas Directivas resulta que si el empresario no cumple con su obligación de redactar el contrato por escrito en papel u otro soporte duradero y además entregar una copia al consumidor, el derecho de desistimiento se prolonga de manera indefinida... si bien podría preverse un plazo máximo de duración del derecho de desistimiento como se establece tanto en los ACQP como en el DCFR*. M^a.J. SANTOS MORÓN: –Forma contractual y desarmonización comunitaria–, en *Cuadernos de Derecho Transaccional*, (octubre 2010), vol II, nº 2, pp. 202-220, pp. 217 y ss.

plimentar y enviar electrónicamente el modelo de formulario de desistimiento que figura en el anexo, letra b, o cualquier otra declaración inequívoca a través del sitio web del empresario. En tales casos, el empresario comunicará sin demora al consumidor en un soporte duradero el acuse de recibo de dicho desistimiento (artículo 105.3 Ant). Como en el régimen general, la carga de la prueba del ejercicio del derecho de desistimiento recae sobre el consumidor (105.4). En todo caso, señala el artículo 105.5, *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 haya realizado una oferta* (Cfr. artículo 12 Directiva 2011/83).

46. La ley regula igualmente las obligaciones que asumen ambas partes del contrato en caso de desistimiento (artículos 106 y 107). Es de destacar que a diferencia de la regulación actual, en el borrador del Anteproyecto se detallan las obligaciones de reembolso y el reparto de los gastos.

47. El empresario reembolsará todo pago recibido del consumidor, incluidos, en su caso, los costes de entrega, sin demoras indebidas y, en cualquier caso, antes de que hayan transcurrido catorce días naturales desde la fecha en que haya sido informado de la decisión de desistimiento del contrato del consumidor, de conformidad con el artículo 105 (artículo 106.1). El empresario deberá efectuar el reembolso utilizando el mismo medio de pago empleado por el consumidor para la transacción inicial, a no ser que el consumidor haya dispuesto expresamente lo contrario y siempre y cuando el consumidor no incurra en ningún gasto como consecuencia del reembolso. No obstante lo dispuesto en el apartado 1, el artículo 106.2 dispone que en caso de que el consumidor haya seleccionado 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 deriven²⁹.

48. Por último, en los contratos de venta, hay que destacar que el empresario tiene un derecho de retención del reembolso hasta que haya se cumpla una de estas condiciones, *haber recibido los bienes o hasta que el consumidor haya presentado una prueba de la devolución de los bienes, salvo que el empresario se haya obligado a recoger el mismo los bienes* (cfr. artículo 13 Directiva 2011/83). Lo dispuesto en este apartado 3 es una novedad, creo que positiva, en nuestra normativa, si bien es preciso hacer una observación. Si relacionamos la previsión de que el derecho de retención termina cuando *el consumidor presente prueba de haber devuelto los bienes*, con las reglas que determinan la responsabilidad del consumidor en el artículo 107, puede ocurrir que el empresario deba restituir el precio antes de haber examinado los bienes, pudiéndose, entonces, plantear un problema si el valor de los bienes ha disminuido como consecuencia de una manipulación de los mismos *distinta a la necesaria para establecer su naturaleza, sus características o su funcionamiento*.

49. El consumidor, salvo si el propio empresario se ofrece a recoger los bienes, deberá devolverlos sin ninguna demora indebida y, en cualquier caso, a más tardar en el plazo de catorce días naturales a partir de la fecha en que comunique su decisión. Se considerará cumplido el plazo si el consumidor efectúa la devolución de los bienes antes de que haya concluido el plazo de catorce días naturales. El consumidor sólo soportará los costes directos de devolución de los bienes, a no ser que el empresario haya aceptado asumirlos o no haya informado al consumidor de que le corresponde asumir esos costes. (artículo 107.1). El consumidor sólo será responsable de la disminución de valor de los bienes resultante de una manipulación de los mismos *distinta a la necesaria para establecer su naturaleza, sus características o su funcionamiento*. El consumidor no será en ningún caso responsable de la disminución de valor de los bienes si el empresario no le ha informado de su derecho de desistimiento. Cuando un consumidor ejerza el derecho de desistimiento tras haber realizado una solicitud para que comience la ejecución

²⁹ Lo cierto es que la Directiva 2011/83, exige también el requisito de que la modalidad de entrega «sea ofrecida» por el empresario. Creo que puede ser importante hacer notar esta necesidad: no basta con que haya una modalidad menos costosa de entrega de los bienes, es preciso que esa modalidad sea la ofrecida por el empresario, la elección de una modalidad diferente a la ofrecida y más costosa- es la que justifica que el empresario no deba reembolsar los costes adicionales derivados de la elección del consumidor.

del contrato, el consumidor abonará al empresario un importe proporcional a la parte ya prestada del servicio en el momento en que el consumidor 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 el consumidor al empresario se calculará sobre la base del precio total acordado en el contrato. En caso de que el precio total sea excesivo, el importe proporcional se calculará sobre la base del valor de mercado de la parte ya prestada del servicio (artículo 107.3). Por último, en el apartado 4 del artículo 107 se establece que el consumidor no asumirá ningún coste en determinados contratos de prestación de servicios o suministros cuya ejecución comience durante el periodo de desistimiento, si el empresario no ha facilitado información, o si el consumidor no ha solicitado expresamente que la prestación del servicio se inicie durante el periodo de desistimiento o no ha dado expresamente su consentimiento previo a la ejecución antes del periodo de catorce días naturales, o si no es consciente de que con la ejecución renuncia al derecho de desistimiento.

50. Después de esta aproximación a la nueva regulación del desistimiento resultante de la reforma, resultan evidentes las divergencias entre la nueva normativa del título III y la normativa sobre desistimiento contenida en el régimen general (arts 68 a 79 TRLCU). Es manifiesto, también, que ello puede generar conflictos. A título de ejemplo, y por lo que se refiere a la obligación de reembolso del empresario, el nuevo artículo 106 se limita a decir que el empresario *reembolsará todo pago recibido del consumidor, incluidos, en su caso, los costes de entrega, sin demoras indebidas y, en cualquier caso, antes de que hayan transcurrido catorce días naturales desde la fecha en que haya sido informado de la decisión de desistimiento del contrato del consumidor* (artículo 106.1). Pero ¿qué ocurre si el empresario no realiza el reembolso? Dado que tal situación no está regulada en el Título III ¿se aplica lo dispuesto en el régimen general que faculta al consumidor a reclamar por duplicado la cantidad adeudada (artículo 76 TRLCU)? Para resolver estos conflictos, se ha dado nueva redacción al artículo 59 del texto refundido, que será la herramienta que, según el redactor del Anteproyecto, servirá para interpretar y resolver los problemas derivados de la disparidad normativa.

3. Los conflictos entre las distintas regulaciones del desistimiento dentro del texto refundido y en relación con la normativa sectorial. Examen de lo dispuesto en el artículo 59.2 del Anteproyecto

51. El artículo 1, apartado 4, del Anteproyecto, modifica el segundo párrafo del artículo 59. Según el apartado 1 del artículo 59, *son contratos con consumidores y usuarios los realizados entre un consumidor o un usuario y un empresario*. Dichos contratos con consumidores y usuarios, conforme al primer inciso del párrafo 2 –que se mantiene inalterado–, *se regirán, en todo lo que no esté expresamente establecido en esta norma o en leyes especiales, por las disposiciones legales que regulan los contratos civiles y mercantiles*. Las variaciones aparecen en los apartados siguientes. Conforme con la redacción del Anteproyecto, *la regulación sectorial de los contratos con los consumidores deberá respetar el nivel mínimo de protección dispensada en esta norma*, desapareciendo la mención «en todo caso», de la primitiva de la redacción³⁰. Añade, por último, la previsión de que *sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo anterior, en caso de conflicto entre las disposiciones de esta Ley y otras disposiciones de carácter sectorial que regulen los contratos con consumidores y usuarios en aplicación de normativa de la Unión Europea, prevalecerán estas últimas en aquellos aspectos expresamente previstos en la normativa de la que traen causa*.

52. Se trata de una norma fundamental pero de difícil interpretación. Su finalidad parece ser la de resolver el problema que pudiera darse si una norma sectorial al ocuparse de determinada materia que también es objeto de regulación en el texto refundido (el mejor ejemplo es precisamente el derecho de desistimiento) establece reglas que determinan un nivel de protección inferior al dispuesto en el mismo. El problema se resuelve con un doble pronunciamiento; *la norma sectorial debe respetar el*

³⁰ Artículo 69.2: *La regulación sectorial de los contratos con los consumidores, en todo caso, debe respetar el nivel mínimo de protección dispensada en esta norma.* (actual redacción TRLCU).

nivel mínimo de protección dispensado en esta norma. Luego, en el caso de que una norma sectorial incumpla esta disposición, la misma debería ser modificada para atenerse a las nuevas exigencias. Pero, dejando a parte la desaparición de la precisión «*en todo caso*» -que puede ser anecdótica o una afirmación indirecta de que la regla general planteada puede admitir excepciones- los problemas derivan de la interpretación de párrafo añadido por el Anteproyecto, conforme al cual, y sin perjuicio de la regla general que afirma que la normativa sectorial no puede dispensar un protección inferior que la establecida en el texto refundido, «*en caso de conflicto*» entre las disposiciones de la Ley y otras disposiciones de carácter sectorial que regulen los contratos con consumidores y usuarios en aplicación de normativa de la Unión Europea, *prevalecerán estas últimas en aquellos aspectos expresamente previstos en la normativa de la que traen causa.*

53. La delimitación del supuesto de hecho acogido en la norma requiere la concurrencia de distintos elementos. En primer lugar, es necesario que se de la existencia de un conflicto entre las disposiciones del texto refundido y una norma sectorial. De otro lado, también es preciso que la norma sectorial regule contratos con consumidores y usuarios y debe haber sido dictada en aplicación de una norma de la UE (es decir, debe ser consecuencia de la transposición de una directiva comunitaria). La consecuencia, es que, las normas sectoriales *prevalecerán en aquellos aspectos previstos en la normativa de la que traen causa.*

54. La primera duda hace referencia a cuáles puedan ser las normas que, en su caso, pudieran entrar conflicto: de una parte la normativa sectorial dictada en aplicación de una norma de la UE, de otra el Texto Refundido, pero ¿qué reglas del Texto Refundido? Cabe pensar que la referencia habrá de hacerse a las disposiciones generales sobre el derecho de desistimiento (arts 68 a 79) por su carácter subsidiario respecto de la normativa sectorial, y, en este sentido, creo que las normas de Título III, a estos efectos, deben considerarse normas sectoriales aún cuando estén contenidas en el propio texto refundido, en cuanto que, como hemos visto, establecen una regulación bastante diferente de la dispuesta en el régimen general, y ha sido redactada en aplicación de la norma de la UE (la Directiva 2011/83). Pero ¿podría darse este conflicto, por ejemplo, entre las normas de desistimiento en contratos a distancia y fuera de establecimiento, contenidas en el Título III, y la regulación sectorial de determinadas modalidades contractuales de comercialización a distancia (ad. ex. Ley de Comercialización a Distancia de Servicios Financieros)?

55. La segunda duda, es interpretar el sentido de la expresión «*en aquellos aspectos previstos en la normativa de las que traen causa*», pues, en principio resultarían posibles varias interpretaciones. A título de ejemplo, en el documento de observaciones de la CEOE (Confederación Española de Organizaciones Empresariales)³¹ sobre la modificación del Texto refundido de la Ley General para la defensa de consumidores y usuarios y otras leyes complementarias, a propósito del artículo 59.2, se señala que *en este artículo se pretenden establecer las reglas sobre la aplicación de las normas en el caso de que se dé conflicto entre ellas. Entendemos que tal y como está redactado este párrafo se está restando eficacia al principio general del derecho conforme al cual, es de aplicación preferente la normativa sectorial, respecto a la general. Conforme a lo señalado en el texto, únicamente sería de aplicación la normativa sectorial en los casos en que esta misma prevea que sea de tal forma, y esa previsión generalmente no se produce....Para evitar que ello suceda estimamos que será preciso eliminar en el párrafo 3 la expresión «en aquellos aspectos previstos en la normativa de la que traen causa».*

56. No me parece que éste sea el único significado que pueda darse a la expresión «*normativa de la que traen causa*». Creo que el mismo puede interpretarse también en el sentido de que la prevalencia de la norma sectorial sólo será admisible en la medida en que esta consecuencia esté establecida expresamente en la normativa de la que procede, es decir, en la Directiva, cuya transposición originó la existencia de la normativa sectorial de que se trate.

³¹ https://www.ceoe.es/.../documento_observaciones_ceoe_modificacion_ley... Formato de archivo: PDF/Adobe Acrobat, Fecha del documento: 01/02/2013. Fecha de la última consulta, 22 de abril de 2013.

57. Pero cualquiera de estas interpretaciones, genera asimismo problemas. Si se considera que la expresión «normativa de la que traen causa», se refiere al hecho de que la norma sectorial prevea expresamente su aplicación preferente en caso de conflicto, bastaría consultar la norma en cuestión para resolver el problema, pero entonces la duda radicaría en concretar dónde debe estar determinada la excepción, pues cabría entender que ésta es tanto la norma concreta –la que determina, por ejemplo, el plazo para el ejercicio del desistimiento– como la normativa sectorial (Ley de Ordenación del Comercio Minorista, Ley de Ventas a plazos, Ley de Comercialización a Distancia de Servicios Financieros). Entiendo que la aplicación preferente debería determinarse expresamente en la norma concreta que la establece, ya que, en otro caso, el último párrafo del nuevo artículo 59.2 no tiene razón de ser pues todas las normas sectoriales y el propio Texto Refundido, determinan la aplicación preferente de las normas sectoriales sobre las normas generales (artículo 68.3 TRLCU que permanece inalterado)³².

58. Sin embargo, no parece que sea este el significado de la expresión «normativa de la que traen causa». La citada locución parece hacer referencia a la normativa comunitaria origen de la norma sectorial. Si la norma comunitaria es una directiva dictada siguiendo el enfoque de la armonización plena (como la Directiva 2011/83) es posible que se establezcan disposiciones menos favorables para el consumidor, pero estas prevalecen frente a disposiciones más favorables del régimen general, porque así lo dispone la directiva de la que traen causa. Recordemos que, como señala el Libro Verde, la plena armonización implica *la eliminación de las opciones reguladoras sobre aspectos específicos que ofrecen a los Estados miembros algunas disposiciones de las directivas, lo que en algunos Estados miembros podría resultar en la modificación del nivel de protección de los consumidores*³³. La consecuencia es que el legislador estatal debe cuidar de que no sean de aplicación a una normativa consecuencia de la transposición de una Directiva dictada bajo el enfoque de la armonización plena, normas que establezcan un nivel de protección del consumidor distinto al establecido en la Directiva. Por eso, creemos, que, por ejemplo, las previsiones del artículo 76 sobre la obligación de reembolso del empresario no son aplicables a los contratos a distancia o celebrados fuera del establecimiento y si en un contrato incluido en el ámbito de aplicación del título III el empresario no cumple la obligación de reembolso, el consumidor no podrá reclamar el doble de la cantidad adeudada.

59. Ahora bien, si es este el sentido del confuso artículo 59, el juicio que debe darse a la reforma contemplada en el Anteproyecto no puede ser más desfavorable. Si entendemos que lo que determina el último párrafo del reformado artículo 59.2 es que solo prevalece la norma sectorial en el caso de que la disposición discutida sea transposición «fidel» y «ajustada» al principio de armonización plena dispuesto en la normativa comunitaria, ésta interpretación implica que en la labor, ya de por sí complicada, de interpretar nuestra fragmentaria y, en ocasiones, incoherente legislación de consumo, habría que acudir no solo a la caótica legislación nacional sino también a la correspondiente normativa comunitaria.

60. El legislador español debería ser capaz de insertar la nueva regulación del desistimiento en los contratos a distancia y los celebrados fuera de estableciendo en la normativa española de consumo

³² Esta interpretación podría defenderse partiendo de que el artículo 59.2 del Anteproyecto sería un reflejo de lo dispuesto en el artículo 3.2 de la Directiva 2011/83, para regular los conflictos entre ésta Directiva y directivas anteriores, conforme al cual, *si las disposiciones de la presente Directiva entran en conflicto con una disposición de otro acto de la Unión que regule sectores específicos, la disposición del otro acto de la Unión prevalecerá y será de aplicación a dichos sectores específicos*. Así, el artículo 59.2 del Anteproyecto puede ser una adaptación de lo dispuesto en el articulado citado, de modo que, que si hay un conflicto entre lo dispuesto en la norma de transposición de la Directiva 2011/83 y las normas que regulan otro sectores, estas prevalecen siempre que provenga de *otro acto de la Unión que regule sectores específicos*, es decir, de la transposición de otras directivas dictadas para sectores específicos. En todo caso, debe advertirse que en la Memoria de Impacto normativo que acompaña al segundo Borrador del anteproyecto, en el cuadro de correspondencia de artículos entre el Anteproyecto y la Directiva, no señalan que exista ningún tipo de correspondencia entre el artículo 59.2 y un artículo de la Directiva. Sí que lo hacen respecto del artículo 59 bis (artículo 2.5 Directiva 2011/2003) y 59 ter (artículo 2.6 Directiva 2011/83), por ello no creo que ésta sea la intención del redactor del Anteproyecto. Borrador 24/07/2012. Anteproyecto de Ley por el que se modifica el Texto refundido de la Ley General para la defensa de consumidores y usuarios, pp. 62 y 63.

³³ LIBRO VERDE sobre la revisión del acervo en materia de consumo, Bruselas, 08.02.2007 COM(2006) 744 final, p. 11

de forma más coherente que la establecida en el Anteproyecto. Cabe observar que, parece que el redactor del Anteproyecto fuera consciente de que la transposición de las normas de desistimiento de la Directiva 2011/83 está limitada por el principio de armonización plena y por ello ha limitado la aplicación de las normas del régimen común a los contratos regulados en el Título III, a los supuestos en los que está aplicación está prevista expresamente (artículo 76 bis y artículo 77³⁴). Esa vía indirecta, de excluir la aplicación del régimen general sin modificar lo dispuesto en el artículo 68.3, sólo puede generar conflictos. Por otro lado, el redactor del Anteproyecto también parece haber optado por no aplicar las normas de la Directiva al régimen común a fin de no generar conflictos con la normativa sectorial, pese a que tal proceder suponga perder la posibilidad de armonizar la regulación del derecho de desistimiento.

61. Quizás, lo coherente sería modificar el régimen común para adaptarlo a la normativa contenida en la Directiva 2011/83, partiendo de la base de su carácter horizontal y de que, como veremos, las normas de desistimiento que en la misma se contienen siguen la misma pauta normativa que las directivas anteriores sujetas a igual enfoque y que los textos armonizadores del derecho europeo de contratos. Tal régimen debería ser completado, en su caso, con las necesarias disposiciones específicas aplicables al contrato correspondiente. Por otro lado, las alternativas posibles –eliminar el régimen común del texto refundido o establecer su aplicación exclusiva a los supuestos de desistimiento convencional– implican realizar modificaciones en las normas sectoriales manteniendo la regulación fragmentaria del derecho de desistimiento y los problemas que de ello se derivan.

VI. La creación de un régimen general del derecho de desistimiento

62. La previsión legal de un verdadero régimen general aplicable a todos los supuestos de derecho de desistimiento es una reclamación constante en nuestra doctrina³⁵, si bien no faltan autores que se han manifestado en favor de una regulación fragmentada del derecho de desistimiento, alegando al distinto fundamento de los supuestos en cada caso. *Más que hablar de un derecho de desistimiento general tiene que hablarse de derechos de desistimiento sectoriales, cuya articulación debe instrumentarse directamente en un instrumento vertical que regule el correspondiente tipo contractual. No existe, en consecuencia, ninguna razón que exija identidad en la configuración del derecho de desistimiento al tratarse de un derecho cuyo ejercicio aparece reconocido en función de fundamentos diferentes*³⁶.

63. Ahora bien, si partimos de que la razón de ser del desistimiento es la necesidad de defender a los particulares que adquieren bienes y servicios en el mercado facultando al consumidor a desligarse de un contrato, no importa tanto el fundamento de dicha facultad - frente a una decisión apresurada o coaccionada o, mediatizada por las agresivas técnicas de marketing, por el carácter masivo de los contratos o por el poder de la parte vendedora, o la complejidad del producto contratado- como que la misma es un mecanismo de defensa de los consumidores, que surge por la ineficacia de otros instrumentos de

³⁴ Recordemos que tal aplicación se dispone expresamente en el artículo 76.bis. 4 sobre contratos vinculados, y es la única modificación que se introduce en la regulación de los contratos vinculados (artículo 77).

³⁵ Siempre que en el procedimiento de transposición de la citada Directiva a nuestro derecho interno, el legislador optase por erigir en régimen general de ejercicio del desistimiento al instaurado en la Directiva. Tal decisión, por otro lado deseable, conllevaría importantes repercusiones.... M^a. S. BERMÚDEZ BALLESTEROS: El derecho de desistimiento en materia de viajes combinados», Revista CESCO de Derecho consumo, nº2/2012, pp.91-113, pp. 112 Y 113.

³⁶ *En las compraventas celebradas fuera del establecimiento mercantil, la finalidad es subsanar la especial situación de indefensión que genera la especial situación en la que se encuentra el consumidor al perfeccionar el contrato, como consecuencia del elemento sorpresa y de la presión psicológica que puede ejercer sobre él el vendedor; Es éste el que toma la iniciativa por lo que el consumidor no está preparado para el proceso de reflexión previo a la perfección de la relación contractual (valorar las características del producto, comparar precios...). En el aprovechamiento por turnos de bienes inmuebles el desistimiento se justifica no en la especialidad del mecanismo de ventas, es indiferente que el contrato se haya celebrado o no en un establecimiento, que haya o no intervención de fedatario público, sino en el objeto del contrato: la comercialización del tiempo de uso del bien inmueble. J.L. TOMILLO URBINA Y V. GOZALO LÓPEZ:»Aportaciones al Libro Verde sobre la revisión del acervo materia de consumo» en Estudios de Derecho español y europeo, libre conmemorativo de los primeros 25 años de la Facultad de Derecho de la Universidad de Cantabria, coord. Arranz de Andrés, Serna vallejo, ed. Universidad de Cantabria, 2009, p. 987.*

protección. En este sentido, el derecho de desistimiento es una materia transversal a todos los contratos de consumo. Por otro lado, cabe advertir que pese a que la legislación de consumo se inicia proclamando los derechos básicos de los consumidores, en realidad la protección del consumidor se concreta en la imposición de obligaciones a los empresarios, siendo el derecho de desistimiento, uno de los pocos derechos reconocidos al consumidor.

64. Es cierto, que no hay un denominador común que nos permita determinar qué riesgos específicos se tratan de contrarrestar con la concesión del derecho de desistimiento, pero esto es así, porque su reconocimiento responde a la consecución de distintos objetivos, no siempre de naturaleza jurídica sino también económica. En estos casos, no se trata tanto de proteger al consumidor como de favorecer la contratación. Éste objetivo puramente económico está detrás de la generalización de los supuestos de desistimiento convencional y, también, en muchos casos, de la falta de reconocimiento de derecho de desistimiento, o su condicionamiento en determinadas modalidades contractuales, que pueden interpretarse como un intento del legislador de potenciar determinados sectores especialmente relevantes desde un punto de vista económico. Es lo que ocurre, por ejemplo, con el derecho de desistimiento reconocido en materia de venta a plazos, que puede exceptuarse en el caso de compraventa de vehículos a motor (artículo 8 LVP), o con la facultad de resolver el contrato atribuida al consumidor en materia de viajes combinados (artículo 160TRLUCU).

65. Por eso, precisamente, es necesaria una regulación común y general del derecho de desistimiento, que determina con claridad que supuestos deben incluirse en la noción de desistimiento partiendo de las notas esenciales que caracterizan este derecho, como facultad que permite al beneficiario desligarse de la relación contractual, de forma discrecional (sin alegar causa alguna) y sin asumir ningún tipo de penalización, pues, *serán nulas de pleno derecho las cláusulas que impongan al consumidor y usuario una penalización por el ejercicio de su derecho de desistimiento* (artículo 68 in fine). En la medida en que el régimen jurídico de una determinada facultad concedida al consumidor para desligarse del contrato, se separe sustancialmente de la regulación general, tal facultad no podrá considerarse derecho de desistimiento. Es lo que ocurre con la previsión del artículo 160 TRLUCU en materia de viajes combinados de *dejar sin efecto los servicios solicitados o contratados*, que comporta una penalización para el consumidor, cuya cuantía oscilará en función del momento en que se produzca, y de la que sólo se estará exento cuando se alegue y se pruebe que tuvo lugar por una justa causa (fuerza mayor)³⁷.

66. Si se afirma la conveniencia de diseñar un régimen general sobre el derecho de desistimiento, quizás el momento de hacerlo sea la revisión de la normativa de consumo para su adaptación a la Directiva 2011/83, pues la posibilidad de adaptar nuestro Derecho a las previsiones de la Directiva pudiera permitir salvar las deficiencias de la actual normativa, hecha a base de «recortes», y dotar a la misma de un régimen homogéneo, que coordine bien con las normas particulares, que, en su caso, deben subsistir. Llegados a este punto se hace necesario, entonces, confrontar las reglas vigentes, tanto con el carácter de comunes o generales como sectoriales, respecto de las particulares previsiones acogidas en el texto de la Directiva 2011/83.

1. Las previsiones de la Directiva 2011/83 como régimen general

67. En el régimen vigente, siempre que el derecho de desistimiento esté atribuido legalmente al consumidor y usuario, se disponen distintas reglas en torno a la obligación de información y documentación que ha de satisfacer el empresario, fijando las consecuencias anudadas a su incumplimiento.

³⁷ En este sentido, entre otros, I. BELUCHE RINCÓN: «El derecho de desistimiento...», op. cit., p. 18; S. CAVANILLAS MUJICA: «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*, núm. 1, abril 2008, p. 35; N. MORALEJO IMBERNÓN: «Comentario del artículo 160», en *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007)*, coord. Bercovitz Rodríguez-Cano, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2009, págs 1881 y 1883.

El empresario está obligado a informarle por escrito al consumidor de la existencia de tal derecho, de los requisitos y consecuencias de su ejercicio, incluidas las modalidades de restitución del bien o servicio recibido, mediante un específico documento, claramente identificado como «documento de desistimiento»³⁸, siendo además, de su cuenta la prueba de haber cumplido ambos deberes. Dado que como estas normas no difieren en esencia de lo dispuesto en la normativa particular y de las establecidas en la Directiva, no parece que existan graves dificultades para su adaptación como régimen general.

68. Si el empresario no ha cumplido las obligaciones de información y documentación, la consecuencia, según el artículo 71 del Texto refundido, es que se amplía el plazo para el ejercicio del derecho de desistimiento a tres meses a contar desde que se entregó el bien contratado o se hubiera celebrado el contrato si el objeto de éste fuera la prestación de servicios. Si el deber de información y documentación se cumple durante el citado plazo de tres meses, el plazo nuevamente se modifica, en este caso acortándose, pues el consumidor dispondrá de un nuevo período de siete días hábiles a partir de ese momento (artículo 71.3 TRLCU). En la propuesta de nueva normativa, se amplía el plazo para desistir hasta doce meses después de la fecha de expiración del periodo inicial (artículo 104 Anteproyecto). Si el empresario cumple con retraso la obligación de facilitar la información, pero lo hace en el plazo de doce meses a partir de la fecha contemplada en el artículo 103, el plazo de desistimiento expirará a los catorce días naturales de la fecha en que el consumidor reciba la información (artículo 104.2 Anteproyecto). En este caso, la consecuencia jurídica del incumplimiento del deber de información es la misma, pero, los plazos difieren enormemente (tres meses a un año). Cabe preguntarse la razón por la cual el legislador no ha adaptado la duración del plazo del régimen general al previsto en el artículo 104, toda vez que este plazo es la «regla común y uniforme» en los textos armonizadores, en la legislación comunitaria y en la normativa española armonizada (Ley de Contratos a Distancia de Servicios Financieros, Ley de Crédito al Consumo, Ley de Contratos de Aprovechamiento por Turnos...). La duda es si tal proceder no obedece a la razón de evitar conflictos con la regulación sectorial. De todos modos parece razonable sugerir, sin duda, la conveniencia de generalizar el plazo de un año aún cuando ello conlleve la modificación de la normativa sectorial. En relación con la particular regla recogida en el artículo 108 del Anteproyecto, repetimos la idea de que no creemos que pueda mantenerse la posibilidad de que el consumidor pueda instar la anulación del contrato por incumplimiento del deber de información, ya que una regla de tal tipo resultaría contraria a las exigencias derivadas del principio de armonización plena contenido en la Directiva. Creo que de esta manera, se resolvería también la discusión sobre su posible aplicación analógica a los supuestos contemplados en la normativa sectorial³⁹.

69. Respecto a las cuestiones relativa a las formalidades y a la prueba del ejercicio del derecho de desistimiento, la vigente regulación establece que el ejercicio del derecho de desistimiento no está sometido a formalidad alguna, por lo que la declaración o manifestación del consumidor de poner fin al contrato podrá ser realizada a través de cualquier procedimiento (carta, e-mail, sms, fax, etc...) que permita dejar constancia del ejercicio del desistimiento y de su fecha. Compete al consumidor la prueba de que ha ejercitado su derecho conforme a las prescripciones legales (arts. 70 y 72 del Texto Refundido). No hay por tanto, referencia alguna al modelo normalizado del desistimiento previsto en la Directiva, ni a la opción de cumplimentar y enviar electrónicamente el modelo de formulario de desistimiento, o cualquier otra declaración inequívoca a través del sitio web del empresario. Creo que es posible, y aconsejable, generalizar el empleo de modelos de formularios de desistimiento, en cuanto instrumento

³⁸ Debe destacarse, respecto de este deber de documentación, la subsistencia de supuestos fuera del Texto refundido que no exigen la obligación de documentación. De ser este el supuesto, podrá reiterarse la solución ya propuesta por la doctrina: *en los citados supuestos, aun cuando las disposiciones comunes que regulan el derecho de desistimiento tengan carácter subsidiario (artículo 68.3 TRLCU), a falta de previsión legislativa en contra, debe entregar en juego la regla del artículo 69 del Texto refundido, por lo que el empresario contratante deberá entregar un documento de desistimiento.....De esta forma con la integración de la norma común, desaparece para el consumidor el obstáculo que podía suponer la adecuada redacción de una carta de renuncia que expresará y dejara constancia de su propósito revocatorio* I. BELUCHE RÍCÓN: «El derecho de desistimiento ...», cit., p. 82.

³⁹ Sobre el tema, N. ÁLVAREZ LATA: «Invalidez e ineficacia en el Derecho Contractual de Consumo ...», cit, pp. 118 y ss.

útil que facilita al consumidor el ejercicio de este derecho. Por las mismas razones de utilidad y simplificación, creo que debería generalizarse la opción de utilizar el sitio web del comerciante para el ejercicio del derecho de desistimiento en todo tipo de contratos, porque tal instrumento permite dejar constancia de la recepción del ejercicio del derecho por el empresario⁴⁰.

70. Por lo que se refiere al plazo para el ejercicio del derecho, conforme al artículo 71 TRLCU, el consumidor, dispone de un plazo mínimo de siete días hábiles, para ejercer el derecho de desistimiento. Este mismo plazo es el establecido en parte de la legislación sectorial (art. 10.2 Ley de Ordenación del Comercio Minorista y art. 9.1 de la Ley de Venta a Plazos). Por el contrario, en la Directiva 2011/83, se establece el plazo de catorce días naturales. El mismo plazo de catorce días naturales se establece como regla general en la Ley de Contratos a Distancia de Servicios Financieros, (tratándose de contratos de seguro de vida, 30 días naturales), el artículo 14 de la Ley de Crédito al Consumo, la nueva normativa de aprovechamiento por turnos (recordemos que la anterior ley 42/1998 fijaba un plazo de diez días) y en los textos con vocación armonizadora del derecho europeo de contratos⁴¹. Es evidente la diferencia existente entre la pauta normativa seguida en la normativa europea y lo dispuesto en el régimen común, y, que lo deseable sería que este plazo de catorce días, adoptado de forma unitaria, se convierta en la regla general. Debe destacarse también la mejora que las reglas de la Directiva introducen para la determinación del modo del cómputo de los plazos, que debería adoptarse igualmente como régimen común, con el fin de solventar los problemas que se han suscitado en relación con la actual regulación⁴².

71. De igual manera, por lo que se refiere a los gastos vinculados al desistimiento, debe recordarse que el artículo 73 del TRLCU establece que el ejercicio del derecho de desistimiento no implicará gasto alguno para el consumidor, con objeto de liberarle de cualquier gasto que pudiera suponer su decisión, lo que incluye, en principio, excluir los costes directos de restitución y envío (transporte, embalaje,...) de los bienes. En todo caso, estos gastos quedan minimizados al considerar como lugar de cumplimiento, *el lugar donde el consumidor y usuario haya recibido la prestación*. Sin embargo con la nueva normativa resultante de la transposición de la Directiva 2011/83, el consumidor debe soportar algunos costes, que aparecen claramente determinados. No creo que exista ningún obstáculo para adaptar estas normas al régimen general, en cuanto que, de su análisis, resulta que no suponen una penalización para el ejercicio del derecho de desistimiento que es lo que debe garantizarse en el régimen general. En todo caso, recordemos que el actual artículo 73 no impide la existencia de disposiciones específicas para contratos particulares, que imponen costes al consumidor ligados al ejercicio del desistimiento (la Ley 28/1998 de Venta a Plazos, establece como requisito vinculado al desistimiento *la restitución del bien en el lugar, forma y estado e que lo recibió y libre de todo gasto para el vendedor* (artículo 9.1.b Ley 28/1998).

72. La consecuencia del ejercicio del derecho de desistimiento, según el régimen común, es la exigencia de que las partes procedan a la restitución recíproca de las prestaciones; restitución que deberá llevarse a cabo de acuerdo a lo dispuesto en los artículos 1303 y 1308 del Código Civil (artículo 74 TRLCU). La obligación del consumidor es la restitución, si bien, en la regulación del régimen general no se señala el plazo en el que debe proceder a la restitución. Además, conforme al artículo 74 TRLCU, 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, por lo que será el empresario el que tendrá que soportar el menor valor de la cosa usada y devuelta, sin poder exigir tampoco reembolso alguno por el enriquecimiento derivado del uso del bien. Por la misma razón, el con-

⁴⁰ Recordamos que *en tales casos, el empresario comunicará sin demora al consumidor en un soporte duradero el acuse de recibo de dicho desistimiento* Artículo 105.3 Anteproyecto.

⁴¹ El plazo de 14 días, sugerido en el libro verde sobre la revisión del acervo comentario en materia de consumo, (epígrafe 4,8) es el contemplado en el (artículo 5: 103 ACQP), en el DCFR y en el CELS (artículo 42).

⁴² Sobre el tema, A. ARROYO APARICIO: Los contratos a distancia en la Ley de Ordenación del Comercio Minorista, Aranzadi, 2003, p. 356; M. CLEMENTE MEORO: «El ejercicio del derecho de desistimiento en los contratos a distancia, RDP, 2006, p. 172; J.R. GARCÍA VICENTE: «Ley de contratos celebrados fuera...», op. cit., p. 188.

sumidor y usuario tendrá derecho al reembolso de los gastos necesarios y útiles que hubiera realizado en el bien (artículo 74.3 TRLCU). Conforme con las previsiones del Anteproyecto en el nuevo Título III, el vendedor, salvo si el propio empresario se ofrece a recoger los bienes, deberá devolverlos o entregarlos al empresario, o a una persona autorizada por el empresario a recibirlos, sin ninguna demora indebida. No obstante, a diferencia del vigente régimen general, se establece un plazo de 14 días naturales a partir de la fecha en que comunique su decisión de desistimiento del contrato al empresario y se establece la posibilidad de que el consumidor se haga cargo de algunos costes (los costes directos de devolución de los bienes). Puede resultar discutible si hay, o no, una incompatibilidad entre la configuración del derecho de desistimiento como facultad discrecional que no conlleva penalización para el consumidor y el establecimiento de la obligación de abonar alguna cantidad en concepto de depreciación comercial⁴³, si bien, ésta posibilidad está expresamente contemplada en la legislación especial, pues, de nuevo, la Ley 28/1998 de Venta a Plazos, establece la posible obligación del vendedor de abonar *una indemnización como consecuencia de la depreciación comercial que el bien haya sufrido* (artículo 9.1.c). En todo caso, conviene recordar que el régimen de la Directiva se refiere siempre a la asunción de costes de devolución de bienes o a la remuneración de servicios ya prestados.

73. Merecen atención especial las normas sobre devolución de sumas percibidas por el empresario. Según el régimen común actualmente vigente el empresario estará obligado a devolver las sumas abonadas por el consumidor y usuario sin retención de gastos. La devolución de estas sumas deberá efectuarse lo antes posible y, en cualquier caso, en el plazo máximo de 30 días desde el desistimiento, correspondiendo al empresario la prueba del cumplimiento de este plazo (artículo 76.4 TRLCU). Transcurrido dicho plazo sin que el consumidor y usuario haya recuperado la suma adeudada, *tendrá derecho a reclamarla duplicada*, sin perjuicio de que además se le indemnicen los daños y perjuicios que se le hayan causado en lo que excedan de dicha cantidad (artículo 76.2 TRLCU). En estos casos se establece un derecho de reclamación de una cantidad a favor del consumidor (que se repite en el nuevo artículo 76 bis2 al regular la resolución de los contratos complementarios en caso de desistimiento y al establecer la resolución automática y sin costes del contrato de consumo por falta de entrega del bien según el dispone el proyectado artículo 66 bis), en uso de las facultades con que cuentan los legisladores nacionales para proteger los intereses de los consumidores. Ahora bien, la posible pervivencia de esta regla es discutible desde el punto de vista del derecho comunitario, en cuanto que agrava la posición del empresario, que de esta forma tienen una penalización añadida en relación con los empresarios de otros países de la Unión. Es cierto que en la Directiva conforme indica su considerado (48), se advierte expresamente que *en aquellos caso en que el comerciante o el consumidor no cumplan las obligaciones que se derivan del derecho de desistimiento, deben aplicarse las sanciones prevista en la legislación nacional*, pero como señala a continuación, pero tales sanciones deben aplicarse *conforme a lo dispuesto en la presente Directiva, así como las disposiciones del Derecho de los contratos*. Y uno de los objetivos de la nueva Directiva, y, en general de toda la normativa comunitaria es eliminar las disparidades que crean obstáculos significativos en el mercado interior, que afectan a los comerciantes y a los consumidores pues, como señala el Considerando (6), *dichas disparidades aumentan los costes*

⁴³ La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 3 de septiembre de 2009 (asunto C-489/07) resuelve una petición de decisión prejudicial planteada por un tribunal alemán, en relación a lo dispuesto en los arts 6.1 y 6.2 de la Directiva /97/7/CEE, conforme a los cuales el único coste que puede imputarse al comprador es el directo de la devolución de las mercancías. La cuestión que se plantea es si ¿debe interpretarse lo dispuesto en el apartado 2, artículo 6 de la Directiva, en relación con el apartado 2 segunda frase, de la Directiva 97/7/CEE en el sentido de que se opone a una normativa nacional que establece que, en caso de resolución del contrato por el comprador dentro de plazo, el vendedor puede exigir al comprador una indemnización por el uso de bien entregado? El tribunal señala que *el único gasto que puede imputarse al consumidor es el de es el coste directo de devolución de las mercancías* pero añade que *«si bien la Directiva 97/7 tiene por objeto proteger al consumidor en la situación particular de un contrato a distancia, no tiene por objeto concederle derecho que van más allá de lo necesario para permitirle el ejercicio de su derecho de rescisión, por lo que su finalidad no se opone, en principio, a que la normativa de un estado miembro, imponga al consumidor el pago de una indemnización equitativa en el supuesto de que haya hecho uso del bien adquirido por medio de un contrato a distancia de una forma incompatible con los principios de Derecho civil de la buena fe, y del enriquecimiento sin causa. No obstante esa posible regulación debería ser compatible con la finalidad de la directiva, no sería admisible, en este sentido, a juicio del Tribunal, una indemnización desproporcionada en relación con el precio de compra»*.

*de cumplimiento para los comerciantes que desean realizar ventas transfronterizas de bienes o prestar servicios transfronterizos*⁴⁴.

74. Por último, según la norma comunitaria, en los contratos de venta, el empresario tiene un derecho de retención del reembolso hasta que se cumpla una de las condiciones que advierte, pues tal derecho se extenderá hasta haber recibido los bienes o hasta que el consumidor haya presentado una prueba de la devolución de los mismos, salvo que el empresario se hubiera ofrecido a recoger el mismo los bienes (cfr. artículo 13 Directiva 2011/83). ¿Por qué se reconoce éste derecho al empresario en la modalidad de los contratos a distancia o fuera de establecimiento y no en el resto de modalidades contractuales que también tienen reconocido el derecho de desistimiento? No existe ningún obstáculo que impida la adopción de éstas normas en el régimen general, lo que, en parte, hace el redactor del Anteproyecto, al regular la resolución de los contratos complementarios estableciendo como plazo para la devolución catorce días, pero no va más allá.

75. En efecto, en la regulación de los efectos del desistimiento en los contratos complementarios, el redactor del Anteproyecto parece ajustarse al régimen general, pero no remite a los artículos correspondientes, sino que crea una regulación diferente, una regulación híbrida, que mezcla las reglas del régimen general con plazos diferentes ajustados a lo dispuesto en la Directiva, incluyendo el derecho del consumidor a reclamar la cantidad duplicada si el empresario no cumple en plazo la obligación de reembolso, pero sin reconocerle a éste un derecho de retención tal y como señala la Directiva. En buena lógica, parece que la regulación de los efectos derivados del ejercicio de un derecho de desistimiento debería ser la misma, sea ésta la de un contrato principal o, de otra parte, uno complementario, salvo que en éstos últimos se opte por establecer algún tipo de indemnización a favor del empresario por la depreciación derivada del uso del bien, opción que, sin embargo, no ha sido elegida por el redactor del Anteproyecto. Por esa razón, lo coherente sería la remisión a las normas del régimen general sin establecer una regulación separada para los contratos complementarios.

76. Hecho un breve repaso a las diferentes opciones del legislador para establecer un verdadero régimen común del derecho de desistimiento, parece evidente que la adopción de un conjunto de reglas adaptado a las disposiciones de la Directiva, no genera graves dificultades desde un punto de vista técnico, puesto que el legislador estatal es competente para ello. Cuestión distinta, es su voluntad de convertir en esas normas en un verdadero régimen común, y general, sobre el derecho de desistimiento.

2. La determinación del ámbito de aplicación de estas reglas

77. Se ha observado, con acierto, que el pretendido régimen común del derecho de desistimiento en aquellos contratos en los que se prevé tal derecho *«es de todo menos común»*. *Los regímenes aplicables a cada uno de los contratos en particular –contemplados tanto en el propio texto refundido como en la propia ley especial que no ha sido objeto de refundición– son tantos, que uno llega a preguntarse si habrá algún supuesto en que deba aplicarse ese «régimen común del derecho de desistimiento»*⁴⁵.

78. Dado el panorama actual, no es descabellado entender que en la actual regulación, el papel del régimen general es el de servir de derecho supletorio respecto de lo dispuesto en los casos de desistimiento convencional, esto es, aquellos en los que tal derecho de desistimiento es reconocido al con-

⁴⁴ Se reitera esta idea en el Considerando (7): *Una armonización plena de determinados aspectos reglamentarios fundamentales debe reforzar considerablemente la seguridad jurídica, tanto para los consumidores como para los comerciantes. Los consumidores y los comerciantes deben poder contar con un único marco normativo basado en conceptos jurídicos claramente definidos que regularán determinados aspectos de los contratos celebrados entre empresas y consumidores en la Unión. Como consecuencia de dicha armonización, deben desaparecer los obstáculos derivados de la fragmentación de las normas y será posible la consecución del mercado interior en este ámbito.*

⁴⁵ SANTOS MORÓN en el prólogo de la obra «El derecho de desistimiento del consumidor, I. BELCUCHE RINCÓN: «El derecho...», op. cit., p. 9.

sumidor en la oferta, promoción o publicidad o en el propio contrato. Esta modalidad de desistimiento, cuyo «criticado» reconocimiento, excediéndose de su cometido refundidor, llevo a cabo el legislador en el Real Decreto Legislativo 1/2007, se regula en primer término por las disposiciones específicas previstas en la oferta, promoción o publicidad o en el propio contrato, en virtud de la autonomía privada, y subsidiariamente por las disposiciones del Título I del Texto refundido (artículo 79), si bien, de acuerdo con lo dispuesto en el citado precepto, el consumidor no tendrá en ningún caso *obligación de indemnizar por el desgaste o deterioro del bien o por el uso servicio, causado únicamente por su prueba para tomar una decisión sobre su adquisición, ni podrá el empresario exigir anticipo de pago o prestación de garantía, incluso la aceptación de efectos que garanticen un eventual resarcimiento en su favor; en el caso de que ejercite su derecho de desistimiento*. El controvertido artículo 79 TRLCU, «importado» de la Ley 7/1996, de Ordenación del Comercio Minorista (artículo 10), ha sido criticado por repetir las incongruencias y las dificultades de interpretación de citado precepto⁴⁶, y, sobre todo, por poner límites a la autonomía de la voluntad en la regulación negocial del derecho de desistimiento. No tiene ningún sentido establecer el carácter imperativo de una norma que, aunque ubicada inicialmente en una Ley que regula numerosas modalidades de venta minorista, es incongruente tanto respecto del resto de las normas del régimen común sobre el desistimiento contenidas en el Texto refundido, como con la práctica comercial en la que desenvuelve el desistimiento convencional, que implica el pago total por el consumidor, previo al ejercicio del derecho de desistimiento. No hay duda de que el citado artículo debe desaparecer –debería haberlo hecho– con ocasión de la futura reforma en materia de consumo.

79. Fuera del desistimiento convencional, a la vista de lo establecido en la redacción actual del artículo 68 TRLCU, el derecho de desistimiento debe tener su origen en una ley que directamente lo establezca, con lo que corresponde al legislador la determinación del ámbito de aplicación del régimen general de tal derecho de desistimiento. No parece que técnicamente existan problemas que le impidan incluir en dicho ámbito de aplicación a todo tipo de contratos de consumo. En efecto, el ámbito de aplicación de la Directiva 2011/83 es, según su artículo 3, los contratos celebrados entre un comerciante y un consumidor. Se aplicará también a los contratos de suministro de agua, gas, electricidad y calefacción mediante sistemas urbanos, incluso por parte de proveedores públicos, en la medida en que esas mercancías se suministren sobre una base contractual. Igualmente, el párrafo 3 del mismo artículo, señala los supuestos excluidos respecto de la aplicación de las reglas contenidas en la Directiva (de servicios sociales, asistencia sanitaria...). Por otro lado, y en el capítulo dedicado al desistimiento en los contratos a distancia establece una serie de excepciones al derecho de desistimiento en su artículo 16 Dir 2011/83.

80. El redactor del Anteproyecto al realizar la transposición de la Directiva ha introducido la lista de contratos excluidos en el ámbito de aplicación de la Directiva (artículo 3.3 Directiva 2011/83), en el Capítulo I, (Disposiciones generales), del Título III, (Contratos a distancia o fuera de establecimiento), en el artículo 93. Por otro lado, regula separadamente, las excepciones al ejercicio del derecho de desistimiento en su artículo 102. En este sentido, hay que diferenciar entre las excepciones al ejercicio del derecho de desistimiento (las contenidas en los arts 16 de la Directiva y 102 del Anteproyecto) que, en general, son supuestos que por sus especiales características no aconsejan la existencia de un derecho de desistimiento y, de otro lado, los contratos excluidos del ámbito de aplicación de la Directiva. En el primer caso, no parece posible el establecimiento de un derecho de desistimiento. En los segundos, cabe la existencia de una facultad de desistimiento, (lo que ocurre, de hecho, en los contratos regulados por otras directivas tal y como sucede en la contratación a distancia de servicios financieros, crédito al consumo, o contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio) pero ésta depende, en todo caso, de su reconocimiento por el legislador.

81. Dado que, como hemos visto, el derecho de desistimiento no es una noción vinculada al concepto de consumidor cabe plantearse la razón por la cual el consumidor atribuye este derecho en algunos

⁴⁶ Sobre el tema, M^a.A. PARRA LUCÁN: «Artículo 10, en *Comentarios a la Ley de Ordenación del Comercio Minorista*, Directiva Bercovitz Rodríguez-Cano, Madrid, 1997, pp. 163 y ss.

tipos contractuales, pero no en otros, a la vez que posibilita que convencionalmente pueda atribuirse esta facultad en todo tipo de contratos. Partiendo de la base de que la nota característica común de que los supuestos de desistimiento legal, tienen como último presupuesto, la protección del consumidor, tradicionalmente se ha señalado que la necesidad de paliar la situación de desigualdad y la consiguiente posición de inferioridad en que se encuentra el consumidor en base a distintas circunstancias, es la que justifica este derecho, aunque suponga una *importante derogación del principio de la fuerza obligatoria del contrario*⁴⁷.

82. En efecto, la distinta posición en que se encuentra el consumidor en los contratos de consumo, provoca que surjan serias dudas sobre la correcta formación de su consentimiento (poco madurado, captado, forzado o influenciado...) debido a los métodos o técnicas agresivas utilizadas por la otra parte⁴⁸. Pero también merecen especial consideración las previsiones de aquellos autores que defendiendo el derecho de desistimiento desde la óptica del consumidor, justifican el mismo como una posibilidad concedida al mismo no en la salvaguarda de su poder de decisión o en la formación correcta de su consentimiento, sino en la protección de su patrimonio. Se trata de que pueda reflexionar sobre si puede hacer o no frente a las obligaciones asumidas y valorar si el bien o servicio adquirido merece el sacrificio económico derivado de la adquisición, con la finalidad última de evaluar la viabilidad económica de los vínculos asumidos⁴⁹.

83. El dar más relevancia a las razones de política jurídica o a las razones de política económica, es una circunstancia que, creo, influye decisivamente en la determinación del ámbito de aplicación del derecho de desistimiento. Si prevalecen las razones estrictamente jurídicas, el reconocimiento del derecho de desistimiento debe limitarse a aquellas modalidades contractuales en las que, atendidas las circunstancias, debe reforzarse la posición contractual del consumidor para salvaguardar la correcta formación de su consentimiento. Si por el contrario, prevalecen las razones de política económica que configuran la facultad de desistimiento como un arma dirigida a salvaguardar el patrimonio del deudor y su posible sobreendeudamiento, tiene sentido plantear la ampliación de su ámbito de aplicación a todos los contratos de consumo.

⁴⁷ G. GARCÍA CANTERO: «Integración del derecho de consumo en el derecho de obligaciones», en *Revista Jurídica de Navarra*, 1992, p. 50 y ss.

⁴⁸ *Se persigue que el sujeto a proteger, el consumidor, como destinatario de los bienes o servicios, tenga una última oportunidad, un plazo más, para decidir si sigue o no adelante con el contrato que ya ha aceptado y comenzado a ejecutarse ante la eventualidad de que haya hecho la aceptación con información deficiente o bajo la presión de las circunstancias en las que aceptó la adhesión, muchas veces como resultado de un sistema de comercialización especialmente agresivo, que le impide la necesaria libertad para adoptar una decisión con los requisitos imprescindibles de un verdadero consentimiento contractual.* B. MORENO QUESADA: «La protección del consentimiento contractual hoy» en *Estudios de derecho de obligaciones: Hom. al prof. Mariano Alonso Perez*, coor, Llamas Pombo, vol II, p. 460.

⁴⁹ A. CARRASCO PERERA: «El Derecho de Consumo en España: presente y futuro», dir. Ortega Álvarez, Alonso García, González Carrasco, Marín López, Trujillo Díez, Carrasco Perera, Instituto Nacional de consumo, Madrid, 2002, p. 349.