

El plazo para desistir en los contratos con consumidores

LÍDIA ARNAU RAVENTÓS¹

Profesora Agregada de Derecho Civil
Universidad de Barcelona

RESUMEN

A propósito de la contratación con consumidores, el estudio aborda la particular cuestión del plazo para desistir. Al análisis del art. 71 RDL 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios, sigue un estudio acerca del alcance de su posible aplicación supletoria a las distintas disposiciones legales o cláusulas contractuales relativas a dicha facultad. Por lo demás, la configuración de la facultad de desistimiento como un mecanismo de protección del consentimiento contractual, sugiere el análisis de otros expedientes que, con idéntica finalidad, se sitúan sin embargo en fase precontractual. Esa misma configuración permite, además, ofrecer una relectura del dies a quo del plazo para desistir que, aún en los supuestos en los que legalmente se vincula a la recepción del bien, debe fijarse en el momento de la perfección o celebración del contrato. En último término, se analiza la relevancia que puede alcanzar en este particular la ejecución parcial o total del contrato antes de expirar el plazo para desistir.

PALABRAS CLAVE

Consumidor, contrato, desistimiento, caducidad, revocación, oferta, derecho comunitario, perfección, ejecución.

¹ El presente estudio forma parte de los Proyectos de Investigación 2009 SGR 221 y DER 2008-03992/JURI, cuyo investigador principal es el Prof. Dr. Ferran Badosa Coll.

SUMARIO: 1. *Introducción.*—2. *La facultad de desistimiento del consumidor: supuestos y fuentes de regulación.*—3. *La facultad de desistimiento como derecho potestativo caducable:* 3.1 Los plazos para desistir: sus distintos modos de fijación: 3.1.1 El plazo general y los plazos especiales para el ejercicio del derecho a desistir: 3.1.1.1 El art. 71 RDL 1/2007; 3.1.1.2 Los plazos en la contratación sobre determinados bienes o servicios y en determinadas modalidades contractuales; I. El plazo en los contratos celebrados fuera de establecimiento mercantil y en la contratación a distancia. En particular, los deberes de información y documentación relativas al derecho y su incumplimiento: la facultad de desistimiento temporalmente ilimitada; II. El plazo para desistir en la contratación a plazos de bienes muebles y en la contratación de derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles. El alcance de la aplicación supletoria del art. 71 RDL 1/2007.—3.1.2 A propósito del *dies a quo* y el *dies ad quem* para desistir: entre la celebración y la ejecución del contrato: 3.1.2.1 La celebración del contrato y el *dies ad quem* para desistir; I. El arrepentimiento en fase precontractual. El desistimiento de la oferta contractual emitida por un consumidor; II. El cómputo del *dies ad quem* para desistir; 3.1.2.2 El plazo para desistir y la ejecución del contrato.—3.2 Desistir «a tiempo»: la carga de la prueba.

1. INTRODUCCIÓN

Los arts. 68 y ss. del RDL 1/2007, de 16 de noviembre, *por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios*, contienen el régimen jurídico general de la facultad de desistimiento reconocida al consumidor; régimen que se aplicará siempre, directa o supletoriamente, a toda facultad de desistimiento atribuida, legal o convencionalmente, a quien es consumidor² (art. 68.3 y 79, 1.º párr.

² Es a los fines de «*aproximar la legislación nacional en materia de protección de los consumidores y usuarios a la legislación comunitaria, también en la terminología utilizada*» (EM RDL 1/2007, III, 1.º párr.), que el Texto Refundido incorpora una nueva definición de «consumidor» (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 actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional*»). Se deja atrás así un concepto de consumidor anclado en la idea de destinatario final (art.1.2 y 3 Ley 26/1984, de 19 de julio, *General para la Defensa de Consumidores y Usuarios*), que *no era conforme* con el derecho comunitario por excluir al llamado «destinatario medial» no especialista o, de otro, a quien adquiriría para reintroducir de nuevo el producto en el mercado pero al margen de toda actividad profesional (véase, acerca de la expresión «destinatario medial», Ferran BADOSA COLL, «La relación obligatoria, el plazo de pago y la mora en la transposición de la Directiva 2000/35/CE al derecho español», en Ferran BADOSA COLL; Esther ARROYO i AMAYUELAS, (coords.), *La armonización del derecho de obligaciones en Europa*, Valencia, Tirant lo Blanc, 2006, p. 310. A propósito de aquella no-conformidad, véase también Juana MARCO MOLINA, «La garantía legal de los bienes de consumo en la Directiva 1999/44/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo», *RCDI*, 674 (2002), p. 2292; Ángel CARRASCO PERERA (dir), *El derecho de consumo en España: presente y futuro*, Madrid, Instituto Nacional de Consumo, 2002, pp. 24 y 399; acerca de esta misma cuestión, resulta ilustrativo el art. 2 de la Ley 1/2006, de 7 de marzo, del Parlamento de Cantabria, de *Defensa de los Consumidores y Usuarios* (véase, también, su Preámbulo II, párr. 2.º). Por lo demás, las salvedades que realiza el propio art. 3 en materia de responsabilidad por daños causados por bienes o

RDL 1/2007). En las páginas que siguen pretende abordarse exclusivamente la cuestión del plazo para desistir. Con todo, el análisis no se centrará sólo en el art. 71 RDL 1/2007, alusivo precisamente al «*plazo para el ejercicio del derecho de desistimiento*»,

servicios defectuosos (Libro III) y en sede de contrato de viaje combinado (Libro IV), están plenamente justificadas. Lo primero porque el derecho a ser indemnizado se reconoce a «*todo perjudicado*» (art. 128), merezca o no la condición de consumidor [véase, también, art. 129 y EM (pár. 5º) Ley 22/1995, de 6 de julio, de transposición de la Directiva 85/374, de 25 de julio, de aproximación de las disposiciones de los Estados Miembros de la UE en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos]. La segunda salvedad obedece al ámbito subjetivo de aplicación de las normas en materia de contrato de viaje combinado. Si bien la referencia también es al «consumidor», su identificación no se realiza a partir de parámetros económicos sino atendiendo a la posición jurídica contractual del contratante-cliente [art. 151.1 g. «*A los efectos de este libro se entenderá por (...): “Consumidor o usuario”: cualquier persona en la que concurra la condición de contratantes principal, beneficiario o cesionario*»]. Lo que ya no tiene tanta explicación es la afirmación, en todo punto errónea, que se hace en la EM RDL 1/2007 a propósito de la estrenada definición del art. 3. Se afirma que: «*El consumidor y usuario, definido en la ley, es la persona física o jurídica que actúa en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional. Esto es, que interviene en las relaciones de consumo con fines privados, contratando bienes y servicios como destinatarios finales, sin incorporarlos, ni directa ni indirectamente, en procesos de producción, comercialización o prestación a terceros*». No es cierto. La nueva definición ampara también a quien no es *destinatario final* por reintroducir el producto en el mercado siempre que dicha reintroducción se realice «*en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional*». Y acabaría confirmando que el legislador aún sigue pensando en términos de «*destinatario final*» la Ley 43/2007, de 13 de diciembre, de protección de los consumidores en la contratación de bienes con oferta de restitución del precio. La definición que se proporciona en el art. 1.3 coincide con la vieja definición del art. 1 LGDCU. El dato es significativo porque la Ley 43/2007 es posterior al RDL 1/2007. La que proporciona este último texto sí coincide con la recogida en el art. 1.1 *in fine* de la Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación de los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito y en el art. 2.11 de la Ley 16/2009, de 23 de noviembre, de servicios de pago.

Es preciso un último apunte relativo al concepto comunitario de consumidor. Hoy por hoy, puede convenirse en señalar que, si bien limitada sólo a las personas físicas, aquella noción coincide con la recogida en el art. 3 RDL 1/2007. Pero no se trata de un concepto definitivo. En el contexto del llamado Marco Común de Referencia (véase su iniciativa de elaboración en la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, «*Un derecho contractual europeo más coherente*», DOUE C 63, de 15 de marzo de 2003, apart. 4.1.1) y de la revisión del *acquis* en materia de consumo (Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, «*Derecho contractual europeo y revisión*», apart. 2.1.1 y Anexo II; *Libro Verde sobre la revisión del *acquis* en materia de consumo*, DOUE, C 61, de 15 de marzo de 2007) se discuten, especialmente, la oportunidad de extender la noción de consumidor: a quien adquiere para un fin *principalmente* ajeno a su actividad profesional (luego, para un fin *parcialmente* profesional), a las personas jurídicas y al pequeño empresario [sobre todo ello, puede consultarse HERRE, HONDIUS, ALPA, «*The notions of consumer and professional and some related questions*», http://www.sgecc.net/pages/en/texts/index.draft_articles.htm; MARTIN EBERS, «*Consumer*», en ACQUIS GROUP, *Principles of the existing EC Contract Law. Contract I. Pre-contractual Obligations, Conclusion of contract, unfair terms*, Munich, Sellier, 2007, p. 29; VON VAR *et al.* (ed.), *Principles, Definitions and Models Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference*, Munich, Sellier, 2008 (anexo I, p. 329); ESTHER ARROYO i AMAYUELAS, «*Hacia un derecho contractual más coherente. La sistematización del acervo contractual comunitario*», en ESTEVE BOSCH CAPDEVILA, *Derecho contractual europeo, Problemática, propuestas y perspectivas*, Barcelona, Bosch, 2009, pp. 224 y ss.]. En este contexto, sin embargo, el art. 2.1 de la Propuesta de Directiva, del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre derechos de los consumidores, [COM (2008) 614 final], sigue refiriéndose a «*toda persona física que, en contratos regulados por la presente Directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresa, oficio o profesión*».

sino que abarcará otras tantas disposiciones que, en materia de contratación con consumidores y al margen del RDL 1/2007, aluden también a la necesidad de ejercitar *a tiempo* la facultad de desistir del contrato.

2. LA FACULTAD DE DESISTIR DEL CONSUMIDOR: SUPUESTOS Y FUENTES DE REGULACIÓN

Son distintos preceptos los que, a nivel comunitario y a nivel interno, facilitan al consumidor su desvinculación contractual, *ad nutum* y sin penalización. El régimen no es uniforme, ni a nivel comunitario ni a nivel interno. A nivel interno, las disposiciones relativas a la facultad de desistimiento no siempre obedecen a la incorporación o transposición de derecho comunitario.

– El RDL 1/2007, más allá de establecer el régimen *general* de la facultad de desistir, reconoce al consumidor, en tres supuestos contractuales distintos, la facultad de «*dejar sin efecto el contrato celebrado*» (art. 68.1). En dos de ellos, la atribución obedece a las particularidades de una determinada *manera de contratar*, independientemente de aquello que se contrata: así, el art. 101 reconoce el derecho a desistir al consumidor y usuario «*que contrate a distancia*». El art. 110 hace lo propio «*en los contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles*». Por el contrario, en el tercero (art. 160), la regulación atiende al objeto contratado: un viaje combinado. En los dos primeros, los preceptos citados atribuyen expresamente al consumidor el «*derecho a desistir*»; en el art. 160, la facultad se califica legalmente de «*resolución*», si bien su ejercicio aboca a la ineficacia descrita en el art. 68.1 [«En todo momento, el consumidor y usuario podrá *dejar sin efecto* los servicios solicitados o contratados (...)»³]. Ni ninguno de los tres es nuevo, ni todos ellos operan la incorporación de Directivas Comunitarias al ordenamiento interno.

a) En materia de contratos celebrados fuera de establecimiento mercantil y hasta la entrada en vigor del RDL 1/2007, eran los artículos 5, 6 y 7 de la Ley 26/1991, de 26 de noviembre, *de protec-*

³ El tenor de esta disposición también se aleja de los arts. 101 y 110 RDL 1/2007 en la medida en que la facultad se atribuye, no sobre el *contrato* sino sobre el objeto contratado (los *servicios*). Sin embargo, la incidencia de aquel ejercicio en el contrato es evidente: no sólo se ven afectados dichos servicios, sino que la facultad de desistir incidirá también en la contraprestación ya satisfecha por el consumidor (que deberá serle restituida) o aún debida (que dejará de deberse).

ción de los consumidores en el caso de contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles, los que disciplinaban la facultad de «revocar la declaración de voluntad»^{4, 5}. Se trataba de la incorporación al derecho interno de los arts. 5 y siguientes de la Directiva 85/577, de 20 de diciembre, del Consejo, *referente a la protección de los consumidores en el caso de contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles* que, a su vez, atribuían al consumidor la facultad de «renunciar a los efectos del contrato»^{6, 7}. La Ley 26/1991 ha sido derogada íntegramente por el RDL 1/2007⁸. A propósito de la facultad de desistir, la disposición de referencia es hoy el art. 110 RDL 1/2007 que, en relación al art. 71 de este mismo texto, contiene una regla especial en materia de plazo (véase 2.º pár.).

b) La facultad de desistimiento en sede de venta y contratación de servicios a distancia figura, en beneficio del «comprador» o «consumidor», en los arts. 44 y ss. de la *Ley de Ordenación del Comercio Minorista*⁹ y en su disposición adicional 1.^a

⁴ En adelante LCFEM.

⁵ Antes de esta fecha, sin embargo, el art. 10.1.c.2 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, *General para la Defensa de Consumidores y Usuarios*, en su redacción originaria, declaraba la validez de las cláusulas por las que se reconocía al comprador, «en las modalidades de venta por correo, a domicilio o por muestrario», la facultad de resolver discrecionalmente el contrato. El precepto fue interpretado como una norma en previsión, bien de una futura reglamentación de aquellas modalidades de compra (en este sentido, Juan José MARIN LOPEZ, «Prácticas comerciales y protección de los consumidores», *Derecho Privado y Constitución*, 1995, p.90), bien de cláusulas negociales con aquel contenido (así, Carlos DIEZ SOTO, Comentario al art. 44 de la LOCM, en ALONSO ESPINOSA *et al.*, (coords.), *Régimen Jurídico General del Comercio Minorista*, Madrid, McGraw-Hill, 1999, p. 541).

⁶ En adelante Dir. 577/85.

⁷ El legislador comunitario se inspiró en distintas leyes nacionales europeas dictadas en los años sesenta y setenta que, también en materia de ventas a domicilio, ya beneficiaban al consumidor con la facultad de desvincularse del contrato. Una de ellas fue la Ley 72-1137, de 22 de diciembre de 1972, *relative à la protection des consommateurs en matière de démarchage et de vente à domicile*, pero en ningún caso fue la única (véase EM, apart. II «*Situation juridique dans les Etats membres et bases juridiques de la directive*» de la Propuesta de Directiva [COM (76) 544]). También fue en los años setenta que se instauró en el derecho federal norteamericano, y también a propósito de las *door-to-door sales*, el llamado *cooling-off period* o período de enfriamiento. La regla, que fue aprobada por la Federal Trade Commission el 1 de noviembre de 1972, publicada el 26 de octubre de ese mismo año y enmendada parcialmente el 1 de noviembre de 1973, entró en vigor el 7 de junio de 1974 (puede consultarse el texto en *FTC Regulations, Cooling-off period for door-to-door sales*, 16 C.F.R. Part. 429; sus antecedentes se detallan en *Federal Trade Commission, Cooling-off period for door-to-door sales. Trade regulations rule and statement of basis and purpose*, Federal Register, vol. 37, n. 207, part II, p. 22935) [constata la influencia del mecanismo norteamericano en el resto de países occidentales, Laurence VANDENHOUTEN, «*Délai de réflexion, droit de repentir*», en Marcel FONTAINE (dir.), *Le processus de formation du contrat. Contributions comparatives et interdisciplinaires à l'harmonisation du droit européen*, Bruxelles, 2002, p. 556, nota 185].

⁸ Ello se afirma sin perjuicio de reconocer al mismo tiempo que los arts. 74 y 75 del RDL 1/2007 son un trasunto de los arts. 6 y 7 LCFEM, cuya disciplina se ha elevado así a régimen general.

⁹ En adelante LOCM.

Ello ya era así en la redacción originaria del texto (Ley 7/1996, de 15 de enero), si bien su última versión obedece a la Ley 47/2002, de 19 de diciembre, *de Reforma de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista, para la transposición al ordenamiento jurídico español de la Directiva 97/7, en materia de contratos a distancia y para la adaptación de la Ley a diversas Directivas Comunitarias*^{10, 11}. En el contexto del RDL 1/2007, es el art. 101 el que, sin distinguir ya entre la contratación a distancia de bienes o de servicios y sin limitar la primera a la modalidad de venta, reconoce al consumidor o usuario el «derecho a desistir del contrato»¹². El art. 71 RDL 1/2007 será directamente aplicable a esta modalidad contractual al no añadirse regla especial alguna en materia de plazo.

c) El RDL 1/2007 también deroga la Ley 21/1995, de 6 de julio, de *Regulación de los viajes combinados*, dictada a fin de incorporar al ordenamiento español la Directiva del Consejo 90/314, de 13 de junio de 1990, *relativa a los viajes combinados, las vacaciones combinadas y los circuitos combinados*. Su

¹⁰ En adelante Dir. 97/7.

¹¹ En la propia EM de la Ley 47/2002 se reconocía expresamente que «los puntos fundamentales de la norma comunitaria, tales como el derecho de desistimiento (...) estaban ya incorporados, por lo que la Directiva ya se hallaba transpuesta en sus más importantes aspectos desde el mismo momento de su publicación» (da explicación de ello Juan José MARÍN LÓPEZ, ob. cit, pp. 147 y 148; el legislador de 1996 se habría inspirado en lo que en aquel entonces era sólo una Propuesta de Directiva)

¹² La disposición derogatoria única del RDL 1/2007 deroga sólo los artículos 48 y 65.1, letras n y ñ, y la disposición adicional 1ª de la *Ley de Ordenación del Comercio Minorista* (en adelante, LOCM). Siguen vigentes, en consecuencia, sus arts. 38 y ss. y, en particular, los arts. 44 y 47, a propósito de la facultad de desistir del *comprador a distancia* [véase EM RDL 1/2007, pár. 25.º y 26.º; sin embargo, acerca de la derogación, sin salvedades, de la disposición adicional 1.ª en materia de contratación de servicios a distancia, Miguel Ángel PENDÓN MELÉNDEZ, «Reflexiones críticas acerca del régimen legal de las operaciones a distancia (en los contratos celebrados con consumidores y en las ventas entre empresarios) tras la entrada en vigor del RDL 1/2007, de 16 de noviembre», *Derecho de los Negocios*, 209 (2008) pp. 5 y ss.]. El alcance de la derogación ordenada por el RDL constata que el ámbito subjetivo de los arts. 38 y ss. LOCM no son sólo los consumidores, entendiéndose por tales, hasta la aprobación del RDL 1/2007, los definidos en el art. 1 LGDCU. Sin duda ha fomentado siempre esta equiparación el propio art. 1 LOCM, que al definir el concepto de «comercio minorista» opta por recurrir a la noción de «destinatario final». Lo desmentía, sin embargo, la interpretación *a contrario* del hoy derogado art. 48, del que resultaba que el comprador podía *no* ser un consumidor («Cuando el comprador sea un consumidor, entendiéndose por tal el definido en los apartados 2 y 3 del artículo 1 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios...») (que, por cierto, a propósito de la irrenunciabilidad del derecho de desistimiento devenía un precepto superfluo toda vez que la nulidad de toda cláusula de renuncia ya se prevé, sea quien sea el comprador, en el art. 44.3, *in fine*). Ciertamente, se estima más acertado configurar la actividad del comercio minorista, en contraposición al mayorista, como la actividad de venta dirigida al *público* en general (EM LOCM pár. 6.º y 7.º; arts. 14.1 y 35 LOCM) y, en concreto, a quien adquiere *sin ánimo de reventa* [véase, en este sentido, SAP Tarragona, de 12 de junio de 2002 (FJ 2.º; JUR 2002/241014)]. Siendo ello así, resulta que «destinatario final» (art. 1 LOCM) y «comprador» con «facultad de desistir» puede serlo aquel que adquiere con fines profesionales o empresariales pero sin intención de reintroducir el producto en el mercado mediante la reventa.

art. 9.4 reconocía al consumidor el «derecho a desistir de los servicios contratados o solicitados»¹³. El precepto a considerar es ahora el art. 160 RDL 1/2007¹⁴ que, como su precedente, permite ejercitar aquella facultad, en principio, «en todo momento».

– Ya se ha anticipado que el RDL 1/2007 no agota los supuestos en los se atribuye legalmente al consumidor la facultad de desistir. Existen otros, regulados también a propósito de una determinada *manera de contratar*, de la *contratación de determinados productos o servicios*, o atendiendo a ambos criterios. Tampoco todos ellos obedecen a la incorporación al derecho interno de normas comunitarias.

a) Éste es el caso, por ejemplo, de la facultad de «desistir del contrato» prevista en el art. 9 de la Ley 28/1998, de 13 de julio, de *Ventas a Plazos de Bienes Muebles*¹⁵, dictada al amparo de la disposición final 3ª de la Ley 7/1995, de 23 de marzo, de *Crédito al Consumo*, por la que se incorpora al derecho español la Directiva 87/102, de 22 de diciembre, de 1986, relativa a la *aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de crédito al consumo*^{16, 17}.

¹³ En esta ocasión, sin embargo, la atribución de la facultad de desistir no es una imposición comunitaria. De hecho, su precedente más inmediato se encuentra en el art. 29 de la Orden de 14 de abril de 1988, por la que se establecen las *Normas Reguladoras de las Agencias de Viaje* (RCL 1988/842). Aparecía también en la Orden de 9 de agosto de 1974, por la que se aprueba el *Reglamento del Régimen Jurídico de las Agencias de Viaje y sus actividades* (art. 49). El precedente más remoto se encuentra, sin embargo, en la Orden de 26 de febrero de 1963, por la que se aprueba el *Reglamento Regulador de las Agencias de Viaje* (arts. 53.2, 54.2 y 55.2).

Aunque no fue ratificado por España, interesa mencionar en este particular la facultad de «résilier» el contrato que figuraba en el art.9 del *Convenio Internacional relativo al contrato de viaje*, firmado en Bruselas el 23 de abril de 1970 (puede consultarse su texto en *II Diritto Aereo*, Anno IX, 1970, pp.195 y ss.).

¹⁴ Que deja de referirse a la facultad de «desistir» para hacerlo a la de «dejar sin efecto» los servicios solicitados (art. 160, párr. 1.º), como equivalente a «resolver» (párr. 1.º *in fine*) o «cancelar» (art. 160, a).

¹⁵ En adelante, LVPBM.

¹⁶ La Ley de Crédito al Consumo (en adelante, LCC) no concede al consumidor el derecho a desistir del contrato. La Directiva 87/102 no lo imponía y sólo contemplaba como posibilidad la previsión contractual de un «período de reflexión» («cooling-off period») [véase art. 4.3, Anexo I, 1 vii); 2 iii); 3 iii) y 4 iv)]. Por el contrario, el art. 14 de la Directiva 2008/48, del Parlamento y del Consejo, de 23 de abril de 2008, *relativa a los contratos de crédito al consumo y por la que se deroga la Directiva 87/102* (en adelante, Dir. 2008/48), sí atribuye al consumidor un plazo de «14 días civiles para desistir del contrato sin indicar el motivo».

A propósito de créditos garantizados mediante hipoteca, el referente lo proporciona la Ley 2/2009, de 31 de marzo, *por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos y créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito*. El art. 21.2 concede también al consumidor (art. 1.1 *in fine*) la facultad de desistir del contrato de intermediación.

¹⁷ El art. 9 LVPBM deviene una norma específica por razón de su ámbito subjetivo de aplicación: la facultad de desistimiento no se reconoce a todo *comprador* a plazos de bienes muebles (véase, arts. 4.2.a, 4.2.b, 4.3, 6.3, 8.1, *in fine*, 8.2, 8.5...), sino

A propósito del plazo para desistir, el art. 9.1 LVPBM se limita a señalar uno («*siete días hábiles*») y a indicar su supuesto *dies a quo* («*la entrega del bien*»).

b) En sede de contratación relativa a la adquisición de derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico, el art. 10 de la Ley 42/1998, de 15 de diciembre¹⁸ también atribuye al adquirente «*la facultad de desistir*»¹⁹. La disposi-

sólo a quien es *consumidor* (sin embargo, véase las referencias al «*comprador*» en los aparts. 2.º y 3.º del propio art. 9). Ambas condiciones no tienen por qué concurrir toda vez que la LVPBM resulta aplicable también a las ventas de bienes de equipo o de uso empresarial (véase, EM pár.1.º; art.8 de la Orden de 19 de julio de 1999, *por la que se aprueba la Ordenanza para el Registro de Venta a Plazos de Bienes Muebles*; en la doctrina, Francisco de P. BLASCÓ GASCÓ, *Las Ventas a Plazos de Bienes Muebles*, Valencia, Tirant lo Blanc, 2000, p. 32; Jesús TRUJILLO DIEZ, «Aspectos controvertidos en la nueva Ley de venta a plazos de bienes muebles», *Derecho de los Negocios*, febrero, 1999, p. 30). Y la interpretación de quién es consumidor debe realizarse hoy al amparo del art. 3 RDL 1/2007 [cuya definición casa con la que «*a (sus) efectos*» proporciona el art. 1.2 LCC].

¹⁸ En adelante LDAT.

¹⁹ El art. 10 atribuye la facultad de desistir al «*adquirente*». A diferencia de la Directiva, que lo define como quien adquiere «*para fines ajenos a su actividad profesional*» y, por ello, lo identifica con un «*consumidor*» (véase art. 2 *in fine*), la LDAT no acota el concepto, ni proporcionando uno *ad hoc* ni, indirectamente, remitiéndose, a otro texto legal (así, a la LGDCU). La ausencia de una definición de «*adquirente*» fue un efecto querido por el legislador: así resulta del rechazo a la Enmienda núm. 97 presentada por el Grupo Parlamentario Socialista, y a propósito del art. 1 del Proyecto, con la que se pretendía incorporar al texto la definición comunitaria (BOCG, Serie A, Congreso de los Diputados, 11 de diciembre de 1997, núm. 80-10, pp. 59 y 60). Tal circunstancia permite abogar por una extensión del ámbito subjetivo de aplicación de la LDAT más allá de quien es consumidor intensificándose, así, la protección mínima dispensada por la Directiva (véase EM LDAT I, pár. 17.º y 18.º). Cabría un segundo argumento. Se infiere del art. 15.2 LDAT, alusivo a la comercialización y transmisión profesionales de derechos reales sobre el derecho de aprovechamiento. La norma, cuya finalidad es proteger al subadquirente declarando aplicables al contrato normas pensadas para una primera adquisición, constata que el transmitente (profesional) fue previamente «*adquirente*» a los efectos de la LDAT; de ahí, la subrogación *ex* art. 15.2 LDAT y, de ahí, su facultad de desistir (defiende también la protección de *todo adquirente* Lucía COSTAS RODAL, «La multipropiedad en España: valoración de la Ley 42/1998 sobre Derechos de Aprovechamiento por Turno de Bienes Inmuebles de Uso Turístico», AC, 44, del 27 de noviembre al 3 de diciembre de 2000, p. 1602; *Los derechos de aprovechamiento por turno*, Granada, Comares, 2000, pp. 159, 258 y 259. La doctrina mayoritaria, sin embargo, se muestra más proclive a una lectura de la LDAT a la luz de la definición general de «*consumidor*» –hoy contenida en el art. 3 LGDCU–, tendencia iniciada por Javier LETE ACHIRICA, «La configuración de la multipropiedad en España: la Ley 42/1998, de 15 de diciembre, sobre derechos de aprovechamiento por turnos de bienes inmuebles de uso turístico y normas tributarias», AC, 5, 1 a 7 de febrero de 1999, p. 136. La jurisprudencia sobre el particular no resulta determinante. En la generalidad de supuestos se constata que en el caso *a quo* el adquirente es consumidor *ex* arts. 1.2 y 3 LGDCU, mas sin llegar a exigir esta identificación a efectos de aplicar la LDAT [véase, en este sentido, la SAP Málaga, de 7 de enero de 2006 (JUR 2006/186680); FJ.º 1.º, pár. 4.º); contempla un supuesto de adquisición por quien no es consumidor, la SAP Málaga de 2 de febrero de 2005 (JUR 2005/140021); por el contrario, exige una lectura de la LDAT a la luz del art.1 LGDCU la SAP Baleares, de 9 de octubre de 1997 (AC 1997/2084; FJ.º 1.º, pár. 5.º)].

ción, que obedece al art. 5 de la Directiva 94/47, del Parlamento y del Consejo, de 26 de octubre de 1994, *relativa a la protección de los adquirentes en lo relativo a determinados aspectos de los contratos de adquisición de un derecho de utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido*²⁰, aborda también la cuestión del plazo para su ejercicio.

c) Y hace lo propio el art. 10 de la Ley 22/2007, de 11 de julio, *sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a consumidores*²¹: atribuye también al consumidor la facultad de «desistir» del contrato²², incorporándose así el art. 6 de la Directiva 2002/65, del Parlamento y del Consejo, de 23 de septiembre, de 2002, *relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a consumidores*^{23, 24}.

La facultad de desistimiento puede reconocerse también «contractualmente» (arts. 68. 2 y 79 RDL 1/2007). Dicha posibilidad alcanza a todo contrato celebrado con un consumidor o usuario, con independencia de cuál sea la manera de contratar y del objeto o

²⁰ A propósito del plazo para desistir y las reglas para su cómputo, atiende a otros parámetros el art. 6 de la Directiva 2008/122, del Parlamento y del Consejo, de 14 de enero de 2009, *relativa a la protección de los consumidores con respecto a determinados aspectos de los contratos de aprovechamiento por turnos de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio* (en adelante, Dir. 2008/122).

²¹ En adelante LCDSF.

²² Esta regulación no se ha visto afectada por el RDL 1/2007 [véase art. 93 c)].

²³ En adelante Dir. 2002/65.

²⁴ Merece un comentario adicional el derecho de resolución previsto en el art. 4 del RD 1906/1999, de 17 de diciembre, *por el que se regula la contratación telefónica o electrónica con condiciones generales en desarrollo del art. 5.3 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, de condiciones generales de la contratación*. Y ello a efectos, no tanto de polemizar a propósito de la legalidad del precepto (por no desarrollar ninguna disposición de rango legal y quizás también por atentar contra el art. 1256 CC), sino de valorar su estado de vigencia tras la entrada en vigor del RDL 1/2007. Suscita la cuestión el art. 80.1 RDL 1/2007 que, en materia de contratación telefónica o electrónica con condiciones generales en las que intervenga un consumidor, prevé que reglamentariamente se establezcan las condiciones en las que deba constar la aceptación de todas y cada una de las condiciones generales. En este contexto, la vigencia del RD 1906/1999 podría defenderse al amparo de su ámbito subjetivo de aplicación que, a propósito del adherente, alcanza también a quienes no son consumidores (art. 2 Ley 7/1998). En caso de tratarse de un consumidor, y mantenerse también para este caso su vigencia, debe atenderse a lo dispuesto en el art. 80.1, *in fine* RDL 1/2007: más allá de legitimar la concesión reglamentaria del derecho de desistimiento en caso de contratación telefónica o electrónica con condiciones generales (con lo que se disipan dudas acerca de la posible vulneración del art. 1256 CC; véase también art. 68.2 [«El consumidor tendrá derecho a desistir del contrato en los supuestos previstos (...) reglamentariamente (...)»], ordena estar a lo previsto en el art. 71 RDL 1/2007 en materia de plazos. Siendo ello así, las reglas de cómputo previstas en el RD 1906/1999 se aplicarán sólo cuando el adherente no sea un consumidor.

servicio sobre el que se contrata²⁵, ²⁶. La regulación convencional del derecho a desistir, si la hubiere, primará sobre la legal, que regirá supletoriamente (art. 79, 1.º pár., *in fine* RDL 1/2007)²⁷.

²⁵ El precepto coincide parcialmente en su redacción con el art. 10 LOCM, rubricado «*Facultad de desistimiento*». Que se trata de una coincidencia sólo parcial obedece: en primer lugar, a que el art. 10 LOCM contempla sólo una modalidad contractual, la compraventa, en tanto que el art. 79 RDL 1/2007 hace abstracción del tipo contractual y del objeto contratado (que pueden ser bienes o servicios); en segundo lugar, a que en tanto el art. 79 RDL 1/2007 resulta exclusiva e indiscutidamente aplicable al «*derecho de desistimiento*» reconocido «*contractualmente*», el art. 10 LOCM se declara aplicable «*Cuando en ejercicio de un derecho previamente reconocido se proceda a la devolución de un producto*». La expresión ha permitido defender la aplicación de la norma en supuestos de desistimiento de origen legal, así como en casos que, estrictamente, no son de desistimiento (en cuanto a lo primero, véase, por ejemplo, Juan Ramón GARCÍA VICENTE, *Ley de Contratos celebrados fuera de establecimiento mercantil. El derecho de revocación*, Pamplona, Aranzadi, 1997, p. 148). El autor, a la luz de la prohibición de anticipos de pago prevista en el art. 10 LOCM, entendía derogado el art. 6.1 LCFEM. A propósito de lo segundo, ha sido defendida la aplicación de la norma en sede de tratos preliminares (véase J. L. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑOZ, A. CALONGE VELÁZQUEZ, J. C. LAGUNA DE PAZ, J.A. GARCÍA DE COCA, *La Proposición de Ley de Comercio*, Informes, Madrid, Instituto de Estudios Económicos, 1994, p. 119) o a las compraventas a prueba o bajo condición suspensiva [lectura promovida por M.º Ángeles PARRA LUCÁN, «Comentarios al art. 10 LOCM», en Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Jesús LEGUINA VILLA (coords.), *Comentarios a las leyes de Ordenación del Comercio Minorista*, Madrid, Tecnos, 1997, pp. 164 y ss.]. También se ha abogado por su preferente aplicación en supuestos de desistimiento de origen convencional [por todos, Isabel GONZÁLEZ PACANOWSKA, «Comentario al art. 10», en Francisco José ALONSO ESPINOSA *et al.*, (coords), *Régimen Jurídico del comercio minorista*, Madrid, McGraw-Hill, 1999, p. 145. Cabría apreciar una última diferencia entre ambos preceptos: así, en tanto el desistimiento *ex art. 79 RDL 1/2007* es el reconocido vía contractual a un «*consumidor o usuario*», el art. 10 LOCM continúa vigente para quienes también pueden ser clientes del comercio minorista (véase lo indicado *supra* nota 8). Y mientras el primero deberá integrarse con lo previsto en los arts. 69 y ss. RDL 1/2007, el régimen jurídico del segundo —si es que se trata realmente de un supuesto de desistimiento— continuará siendo confuso [por lo demás, de aquella supletoriedad se sigue, por ejemplo, que el desistimiento contractual del consumidor tendrá una duración mínima de siete días hábiles (art. 71.1 RDL 1/2007), en tanto que en el cómputo de los siete días también reconocidos a otros compradores, no se excluyen los inhábiles (art. 10.2 LOCM, 5.2 CC).

²⁶ Pueden citarse, a modo de otras referencias legales a pactos por los que se facultaba o faculta a una de las partes a desistir *ad nutum* del contrato, el art. 8 de la Ley 50/1965, *de Venta a Plazos de Bienes Muebles* (en cuyo contexto se pensaba claramente en la existencia de una indemnización o «multa de arrepentimiento»; véase la *Defensa a Cortes realizada por D. Pío Cabanillas Gallas, del Proyecto de Ley de venta a bienes muebles a plazo*, RCDI, 1965, p. 1147), el art. 10.1,c)2.º LGDCU (versión originaria), el art. 2.1.7.º, c) LCFEM (véase art. 108.3 RDL 1/2007) y la disposición adicional III 17 LGDCU (véase art. 87.3 RDL 1/2007). En estos últimos supuestos, nada se decía (ni se dice) a propósito de la existencia o no de penalización.

²⁷ Esta supletoriedad avala el carácter dispositivo de los artículos 69 y ss. RDL 1/2007 a propósito de los derechos de desistimiento de origen convencional. Sólo lo dispuesto en el art. 79, párs. 2.º y 3.º, RDL 1/2007, parece imponerse en este particular con carácter imperativo (de ahí, creemos, la expresión «*en ningún caso*» que aparece en uno y otro caso). La prohibición de anticipo de pago o de prestación de garantías (que, por cierto, sin duda frenará el interés del empresario en facilitar al consumidor la devolución del producto vía facultad de desistimiento) no rige, sorprendentemente, en supuestos de desistimiento de origen legal, a propósito de los cuales el art. 76 RDL 1/2007 parte de la idea contraria. Por su parte, la norma correspondiente al pár. 2.º del art. 79 es, en sede de desistimiento de atribución legal, la prevista en el art. 74.2 RDL 1/2007 (precedente, a su vez, del art. 6.2 Ley 26/1991). Los conceptos de los que se hace depender el devengo de una indemnización a favor del empresario son, en un caso y en otro, distintos. De ello resulta, por ejemplo, que en sede de desistimiento convencional sea válida la previsión de una

3 LA FACULTAD DE DESISTIMIENTO COMO DERECHO POTESTATIVO CADUCABLE

La facultad de desistir reviste la naturaleza de derecho potestativo o de configuración jurídica^{28, 29}. Se ejerce mediante una declaración de voluntad que, además de unilateral³⁰, es recepticia³¹. Al desistir, no se busca ni pretende un determinado comportamiento del empresario. Se alcanzará su efecto, la extinción de la relación contractual preexistente³², sin necesidad de contar ni con su cola-

indemnización por la disminución de valor sufrida por la cosa a resultas del uso dado «para tomar una decisión sobre su adquisición definitiva», aun cuando dicho uso no la haya ni deteriorado ni desgastado. El art. 79 RDL 1/2007 prohíbe sólo la indemnización por estos últimos conceptos; no, en cambio, por la disminución de valor que haya podido experimentar el producto y que es el supuesto previsto en el art. 74.2 RDL 1/2007. Si en este aspecto, por lo dicho, el precepto resulta más severo para el consumidor que la norma contenida en el art. 74.2 RDL 1/2007, en lo relativo a la prohibición de anticipos y garantías aparece más estricto para el empresario.

²⁸ Se aludía al «derecho» de desistimiento en los arts. 3.2 y 5.3 y 6 LCFEM. Se emplea la misma expresión en los arts. 40.1.f, 44 y 47 LOCM, art. 9.2 LVPBM, art. 8.2 j LDAT, art. 4 RD 1609/1999 y arts. 10 y 11 LCDSF, EM II, pár. 14.º, arts. 60.2.g, 69 a 79, 93.2, 101, 102, 110 y 111 RDL 1/2007. Se presenta como «facultad» en los arts. 7.14 y 9.3 LVPBM y en la EM I, pár. 8.º LDAT. Se recurre, a la vez, a ambas categorías en el art. 68.1 RDL 1/2007.

²⁹ Véase MESSINA en *Novissimo Digesto italiano*, UTET, 1960, p. 737 (la versión coincide con la que aparece en el *Nuevo Digesto Italiano*). MESSINA cita a ZITELMANN, ENNECERUS y a SECKEL como «i padri spirituali della nuova categoria», ob. cit., nota 2.

Por lo demás, la jurisprudencia ha recurrido a la categoría de «derecho potestativo» a fin de calificar la facultad de desistir en el marco de contratos de duración indefinida o la prevista en el art. 1454 CC. Véanse, en este sentido, las SAP Madrid, de 4 de marzo de 1998 (AC 1998/7074); SAP Burgos, de 16 de noviembre de 1998 (AC 1998/7760); SAP Cantabria, de 21 de diciembre de 2000 (JUR 2001/120199). A propósito de las llamadas arras penitenciales, se emplea también aquella categoría a fin de definir las en la SAP Barcelona, de 3 de marzo de 2000 (AC 2000/899).

³⁰ Véase Francesco MESSINEO, *Doctrina general del contrato*, tomo II, Buenos Aires, 1952, p. 421, nota 5 («La unilateralidad del desistimiento alude al hecho de que éste opera en virtud de un acto unilateral y no al hecho de que solamente una de las partes puede servirse del desistimiento»).

³¹ A diferencia, por ejemplo, de las acciones de resolución por incumplimiento (art. 1124 CC) o de anulabilidad del contrato (art. 1301 CC), que se ejercen por vía de acción, en demanda o en reconvencción.

³² Se anuda a la voluntad unilateral, discrecional o *ad nutum*, un efecto que, en estas mismas circunstancias, sólo podría provocar un negocio bilateral, a saber: el desistimiento mutuo [o «mútuo consentimiento para dar por extinguida la relación contractual» (véase en art. 4 k, de la Orden de 19 de julio de 1999, *Por la que se aprueba la Ordenanza para el Registro de Bienes Muebles a Plazo*) o «mútuo acuerdo» con los mismos fines (así, en art. 19.4 Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de *Ordenación de la Edificación*)]. Desistir, pues, no implica sólo *separarse o desvincularse del contrato*; implica *extinguirlo* [véase, sin embargo, acudiendo a la categoría de la *ineficacia contractual*, el art. 68.1 RDL 1/2007: «1. El derecho de desistimiento de un contrato es la facultad del consumidor y usuario de dejar sin efecto el contrato celebrado (“...”)»]. La eficacia extintiva del desistimiento se sigue de la voluntad de quien desiste y de las consecuencias legales de su ejercicio. Y aún cabe precisar: a) Que la extinción lo es del *contrato*, y no sólo ni siempre de las *obligaciones* [véase, desde esta última perspectiva, el art. 5.2 Directiva 1985/577; art. 15 Propuesta de Directiva, del Parlamento Europeo y del Consejo, *sobre derechos de los consumidores*; art. 5:105 (1) *Acquis Principles*; art. 8 Directiva 2008/122, del Parlamento

boración, ni con su conformidad³³. Su intervención se limita a la de aparecer como simple destinatario o receptor de aquella declaración. Pese a ello, su posición jurídica se verá claramente afectada: no sólo se extinguirá el contrato y, con ello, las obligaciones aún pendientes de pago o cumplimiento, sino que aparecerá como deudor o acreedor de otras que nacerán por y con el ejercicio de la facultad de desistir³⁴.

La eficacia del desistimiento requiere que la facultad se ejercite «a tiempo» o «en el plazo establecido para el ejercicio de ese derecho» (art. 68.1 RDL 1/2007)³⁵. Se trata, en consecuencia, de una facultad de duración limitada y caducable³⁶. Transcurrido el plazo de ejercicio sin desistir, decaerá la posibilidad de hacerlo: la facultad se habrá extinguido³⁷.³⁸ La cuestión invita a analizar los pla-

Europeo y del Consejo, de 14 de enero de 2009, *relativa a la protección de los consumidores con respecto a determinados aspectos de los contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico (...)*. Es perfectamente posible que el contrato se haya consumado antes de desistir (de ahí, por ejemplo, la recíproca obligación de restitución *ex art.* 74 RDL 1/2007). En estos supuestos, lógicamente, el desistimiento no puede incidir sobre unas obligaciones que ya se extinguieron por cumplimiento o pago (véase apart. 3.1.2.2 de este mismo trabajo). *b)* Que el desistimiento extingue el contrato y no sólo la relación jurídica. Su eficacia es retroactiva (véase, a propósito de la facultad prevista en la Dir. 94/47, la SAP Málaga, de 6 de octubre de 1998 (AC 1998/2082) (FJ.º 2.º) Sólo se extinguirá la relación, pero no el contrato, en aquellos casos en que el desistimiento funcione como medio para establecer el momento en que finaliza la propia relación. Su eficacia será entonces *ex nunc* y no afectará a las prestaciones satisfechas (véase, por todos, M.ª José VAQUERO PINTO, «El desistimiento unilateral en los contratos de duración indefinida», en *Estudios de Derecho de Obligaciones. Libro Homenaje al Prof. Mariano Alonso Pérez*, tomo II, Madrid, La Ley, 2006, p. 907). *c)* Que el efecto extintivo se produce necesariamente. El carácter condicional del art. 9.2 LVPBM («*Si como consecuencia del ejercicio de este derecho se resolviera el contrato...*») obedece a los requisitos para desistir eficazmente (véase art. 9.1 LVPBM).

³³ El efecto extintivo del contrato es el efecto buscado y querido por el consumidor. La declaración de desistimiento se configura, así, como un negocio jurídico unilateral. De ahí, por ejemplo, que sea impugnable por vicios del consentimiento o por falta de capacidad.

³⁴ Véanse, por el ejemplo, arts. 74 y 76 RDL 1/2007.

³⁵ A estos efectos, el art. 71.4 RDL 1/2007 opta por la fecha de expedición de la declaración de desistimiento a fin de determinar la observancia del plazo.

³⁶ Véase, indicando explícitamente este efecto, el art. 4.3 *in fine* RD 1609/1999. Por lo demás, aquella caducidad no obsta, si procede, al ejercicio de otras acciones (art. 78 RDL 1/2007).

³⁷ Véase, acerca de la vinculación entre la naturaleza de un derecho y su prescriptibilidad o caducidad, Bernardo GÓMEZ CORRALIZA, *La caducidad*, Madrid, Montecorvo, 1990. Afirma el autor que la configuración de un plazo como de caducidad o prescripción no depende tanto de la naturaleza del derecho de cuyo ejercicio se trata, cuanto del criterio del legislador. De ello resulta que el carácter caducable de la facultad de desistimiento no se induce necesariamente de su naturaleza como facultad de configuración jurídica. Que no sólo y siempre caducan los derechos potestativos se induce, además, del art. 122-1.1 del Código civil de Cataluña: el precepto no sujeta a caducidad todas las acciones y poderes de configuración jurídica, sino que se limita a declarar que se extinguen por el transcurso del tiempo, sólo, «las acciones y poderes de configuración jurídica sujetos a caducidad».

³⁸ De ahí que el desistimiento extemporáneo pero aceptado por el profesional sea, realmente, un caso de mútuo disenso [véase, en este sentido, la SAP Castellón, de 30 de noviembre de 2002 (AC 2003/174) (FJ.º 5.º)]. No llega a calificar el supuesto como de

zos de ejercicio legalmente previstos para desistir y, a propósito de ellos, su *dies a quo* y la relevancia que alcanza en este particular el cumplimiento o incumplimiento de los deberes de información y documentación contractuales previstos legalmente a cargo del empresario.

3.1 Los plazos para desistir: sus distintos modos de fijación

En la fijación de los plazos de ejercicio, el derecho comunitario y, a sus resultas, el derecho interno no se muestran uniformes. Los plazos varían de una reglamentación a otra, aunque, ciertamente, se constata una tendencia hacia su ampliación y armonización³⁹.

3.1.1 EL PLAZO GENERAL Y LOS PLAZOS ESPECIALES PARA EL EJERCICIO DEL DERECHO A DESISTIR

El art. 71 RDL 1/2007 proporciona el régimen general del plazo para el ejercicio del derecho de desistimiento⁴⁰. Su generalidad se

mútuo disenso, pero sí a declarar la validez de la revocación realizada pasado el plazo de 7 días previsto en la LCFEM y consentida por el vendedor].

³⁹ «(...) en particular, las diferencias en lo relativo a los plazos y a los métodos de cálculo de los plazos de desistimiento (...)», es uno de los «problemas encontrados» por la Comisión en su proceso de consulta y debate sobre los medios para resolver, a nivel europeo, las divergencias entre los diferentes derechos nacionales (véase *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, Un derecho contractual europeo más coherente*, DO, C 63/1, 15 de marzo de 2003, párr. 16.º). En su *Comunicación al Parlamento Europeo y al Consejo. Derecho contractual europeo y revisión del acervo: perspectivas para el futuro*, la Comisión planteaba la siguiente cuestión: «¿Conviene armonizar y normalizar íntegramente la duración y las modalidades de los plazos de desistimiento fijados en las Directivas para la venta a domicilio, la utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido y la venta a distancia?» [COM (2006) 651 final, p. 4]. La propia Comisión sugiere dos posibilidades en su *Green Paper on the Review of the consumer acquis*: «(...) The horizontal instrument could provide for common rules on the times frames for all types of contracts for which a right of withdrawal exists, so as to increase legal certainty. An alternative could be to group the directives into two categories attaching to each of the specific withdrawal period. The reason for this would be that different directives grant consumers a right to withdrawal for different reasons, e.g., to allow consumers to compare the price and quality of the products ordered in a door step situation with alternative offers or to allow consumers to see the product ordered at a distance» (DO C 61, de 15 de marzo de 2007, pp. 13 y 14). Por lo pronto, se unifican sólo los plazos de desistimiento en las modalidades de contratación a distancia y fuera de establecimiento mercantil en la Propuesta de Directiva, del Parlamento Europeo y del Consejo, *sobre derechos de los consumidores* (cit.) [EM (25)]. La Directiva 2008/122 opta por prolongar el plazo para desistir y hace suyo también el propósito de armonizar «la duración del plazo, así como las modalidades y efectos del ejercicio del derecho de desistimiento» [EM (11)]. A los mismos fines obedece la regulación del derecho a desistir en la Directiva 2008/48 [véase EM (34)]. En este particular, se indica haber procedido atendiendo la regulación contenida en la Directiva 2002/65.

⁴⁰ Distinto del plazo de ejercicio de la facultad de desistimiento es el plazo para informar al profesional «acerca de (la) intención» de desistir que, como auténtica novedad, aparecía en el art. 13.2 de la Propuesta modificada de Directiva de *Crédito al Consumo* [COM (2005) 483 final]. Esta comunicación desaparece en el texto definitivo que, por el

explica porque, más allá de requerir que se haya contratado con un consumidor, no precisa ni de una determinada modalidad de contratación ni que el contrato recaiga sobre determinados tipos de bienes o servicios. Aquella generalidad, por otra parte, facilita la aplicación supletoria de la norma a todo derecho de desistimiento (arg. *ex arts.* 68.3 y 79, párr. 1.º, RDL 1/2007).

3.1.1.1 *El art. 71 RDL 1/2007*

Proporciona tres reglas fundamentales, a saber:

– En primer lugar, la relativa a la fijación de un plazo mínimo para el ejercicio del derecho a desistir, que es de siete días hábiles⁴¹. La referencia al carácter «mínimo» del plazo no implica que todo derecho de desistimiento atribuido legalmente disponga, como mínimo, de un plazo de siete días para ser ejercido. De otro modo, el art. 71 RDL 1/2007 no resulta preceptivo para el propio legislador que, obviamente, puede dictar una norma estableciendo un plazo inferior. La prelación de fuentes de regulación *ex art.* 68.3 RDL 1/2007 aboca a esta conclusión. De este modo, regirá en primer lugar la disposición legal que corresponda, que puede establecer un plazo distinto al de siete días, inferior o superior; plazo que, por lo demás, puede imponerse a las partes con carácter imperativo o permitir pacto en contrario⁴². Siendo ello así, el art. 71 RDL 1/2007 resultará de aplicación en casos de atribución legal de la facultad de desistir sin indicación del plazo de ejercicio. Y la

contrario y a propósito de la facultad de desistir, incorpora un nuevo plazo, a saber: aquél «antes de cuyo vencimiento no pueda comenzar la ejecución del contrato» y que, en su caso, puede regular el Derecho interno (véase art. 14.7 Directiva 2008/48). Con todo, la previsión de disposiciones nacionales de tal naturaleza no es nueva (véase, por ejemplo, art. 6.1 *in fine* Directiva 2002/65).

A propósito de aquel «aviso» o comunicación previa, mas en el ámbito de la contratación a distancia, véase la *Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento y al Comité Económico y Social Europeo, sobre la aplicación de la Directiva 97/7, de 20 de mayo de 1997, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia* [Bruselas, 21 de septiembre de 2006, COM (2006) 514 final, p.12].

⁴¹ El plazo de siete días aparecía también en el art. 5 de la Directiva 1985/577. Era de «siete días laborables» en el art. 6 de la Directiva 1997/7 (véanse, respectivamente, los arts. 5 LCFEM y art. 44 LOCM). Con todo, su referente más remoto puede encontrarse en el art. 3 de la Loi n.º 72-1137, de 22 de décembre de 1972, *relative à la protection des consommateurs en matière de démarchage et de vente à domicile*, que atribuía al cliente la facultad de «renoncer» al contrato «dans les sept jours, jours fériés compris» y que, sin duda, fue una de las regulaciones que el Consejo tuvo presente al redactar la Propuesta de Directiva en materia de contratación con consumidores [véase apartado II «*Situation juridique dans les Etats membres et bases juridiques de la directive*» de la Propuesta de Directiva (COM, (76), 544)]. Siendo ello así, quizás la razón de ser de aquel plazo era la indicada por CALAIS AULOY: «(...) Non sans débats la longueur du délai a été fixée à sept jours, de façon que l'intéressé mette à profit la fin de semaine pour réfléchir et demander conseil» (véase en «La loi sur le démarchage à domicile et la protection des consommateurs», *Recueil Dalloz Sirey*, 34.º Cahier, 1973, p. 206).

⁴² O permitirlo a partir de un plazo mínimo, o hasta un plazo máximo, o entre un mínimo y un máximo...

referencia al carácter «mínimo» de los siete días hábiles se dirige a los contratantes, que podrán pactar un plazo superior^{43, 44}.

– En segundo lugar, determina el *dies a quo* de su cómputo⁴⁵ que, presupuesto el cumplimiento por el profesional del deber de información y documentación relativo al derecho (art. 69 RDL 1/2007), se establece en función de la naturaleza de la prestación contratada, así: a partir de la recepción del bien o de la celebración del contrato si se tratare de la contratación de servicios⁴⁶.

– En tercer lugar, proporciona el régimen aplicable en caso de incumplimiento de aquellos deberes que, esencialmente, se traduce en una prolongación del plazo mínimo inicial, que se extiende hasta tres meses a contar desde la recepción del bien o la celebración del contrato. Si en el ínterin se diera cumplimiento a lo previsto en el art. 69 RDL 1/2007, el plazo inicial se computará a partir de ese momento⁴⁷. Por lo dicho, el art. 71.3 RDL 1/2007 sólo regirá en defecto de disposición especial sobre el particular; de otro modo, el legislador puede perfectamente anudar al incumplimiento de los deberes de información y documentación un plazo para desistir que exceda o que no llegue a los tres meses. Por lo demás, en el contexto del art. 71.3 RDL 1/2007 resulta plenamente justificada la falta de toda referencia al carácter «mínimo» o «máximo» del plazo: de haberla, se trataría de una indicación dirigida a las partes, siendo así que carece de lógica que éstas prevean las consecuencias de la

⁴³ ¿Realmente resulta necesaria esta indicación, de forma que, de no haberla, sería nulo todo pacto por el que se conviniese un plazo superior a los siete días? Obviamente, no (véase, por ejemplo, declarando la validez de las cláusulas contractuales que mejoren, a favor del consumidor o usuario, el régimen legalmente previsto, art. 107 RDL 1/2007). En su caso, confirma que lo que no es posible es pactar un plazo inferior.

⁴⁴ El art. 71 RDL 1/2007 tampoco se impone imperativamente en caso de derecho de desistimiento de origen convencional. La prelación de fuentes *ex* art. 79 RDL 1/2007 sustentaría la validez de un pacto por el que se fijase un plazo de ejercicio inferior a los siete días hábiles. De este modo, el art. 71 resultará sólo aplicable en caso de no haberse pactado plazo y, en este contexto, el carácter «mínimo» de los siete días hábiles carece de sentido (véase, operando del mismo modo, el art. 10.2 LOCM).

⁴⁵ Véase, sin embargo, el apartado 3.1.2.1 de este trabajo.

⁴⁶ El precepto sugiere preguntarse por la determinación del momento inicial del cómputo en caso de prestaciones mixtas (bienes y servicios). Un referente lo proporciona el régimen del contrato relativo a derechos de aprovechamiento por turnos de bienes inmuebles. Del art. 1 LDAT resulta la naturaleza mixta de la prestación debida: la entrega de un alojamiento y los servicios complementarios. En este particular, el art. 10 LDAT se fija en el momento de la firma del contrato. Por lo demás, el art. 71 RDL 1/2007 tampoco precisa qué debe entenderse por «recepción» y cuándo debe entenderse producida en supuestos complejos (así, por ejemplo, a propósito de la facultad de desistimiento en caso de entrega de más de un bien, de forma simultánea o por separado, o de entrega de un bien en lotes o por partes, véase la *Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social Europeo, sobre la aplicación de la Directiva 1997/7/CEE, en materia de contratos a distancia* [Bruselas, 21 de septiembre de 2006, COM (2006), 514 final, p. 11] y la Propuesta de Directiva, del Parlamento y del Consejo, *sobre derechos de los consumidores*, cit, EM (26)].

⁴⁷ De este modo, el plazo máximo para desistir no podrá ir más allá del que resulte de sumar a los tres meses el plazo legalmente previsto para desistir.

falta de información o documentación relativas al propio derecho de desistimiento⁴⁸.

3.1.1.2 *Los plazos en la contratación sobre determinados bienes o servicios y en determinadas modalidades contractuales*

La regulación del plazo para desistir en la contratación fuera de establecimiento mercantil y en la contratación a distancia exige analizar, entre otros extremos, el relativo a su conformidad con el derecho comunitario. Esta misma regulación y la concerniente a la contratación a distancia de servicios financieros avalan supuestos en los que la facultad de desistimiento es de duración temporalmente ilimitada. En el ámbito de la contratación de determinados bienes o servicios, cobra protagonismo la aplicación supletoria del art. 71 RDL 1/2007. Veámoslo.

- I. El plazo en los contratos celebrados fuera de establecimiento mercantil y en la contratación a distancia. En particular, los deberes de información y documentación relativas al derecho y su incumplimiento: la facultad de desistimiento temporalmente ilimitada

¿Es conforme con el derecho comunitario la regulación en materia de contratos a distancia? ¿Lo es la relativa a contratos fuera de establecimiento mercantil? ¿En qué términos una y otra resultan compatibles con la actual Propuesta de Directiva *sobre derechos de los consumidores*?

– A propósito de la facultad de desistir en la contratación a distancia, el art. 101 RDL 1/2007 nada indica acerca del plazo de ejercicio. Se diría que la razón se halla en el contenido del art. 71 RDL 1/2007, que casi coincide con el art. 44.1,4 y 5, y con la derogada disposición adicional 1.ª 4 LOCM. En esencia, se concede en ambos casos un plazo mínimo de siete días hábiles, que se prolonga hasta tres meses en caso de incumplimiento de los deberes de información y documentación. Coinciden también en el *dies a quo* y en la posibilidad de subsanar aquella falta de documentación o información en los antedichos tres meses, computándose a partir de entonces el plazo inicial. Se diría, en fin, que el régimen que en materia de plazo resulta de la LOCM se ha elevado a régimen general.

⁴⁸ ¿Resultará aplicable el art. 69 RDL 1/2007 y, a sus resultados, el art. 71.3 RDL 1/2007 al desistimiento de origen contractual? Piénsese, por ejemplo, en el derecho de desistimiento aludido en la oferta contractual (arts. 68.2 y 79, 1.º párr. RDL 1/2007), del que nada se dice después en «*el documento contractual*» (art. 69.1 RDL 1/2007) y a propósito del cual el empresario no entrega ningún documento al consumidor.

Sin embargo, la coincidencia no es plena y no lo es, precisamente, a propósito del incumplimiento de los deberes de información y documentación. Así: a) en el contexto del art. 44 LOCM, la extensión del deber de información resulta del art. 47 LOCM, cuyo contenido no se limita al derecho de desistimiento. Tal limitación existe, sin embargo, en el art. 69.1 RDL 1/2007, alusivo sólo a aquella facultad. La consecuencia es que el consumidor al que se omitan determinados datos relativos al contrato [léase, por ejemplo, la información relativa a las garantías comerciales existentes (art. 47.1.c)], no se verá favorecido con la prolongación del plazo para desistir que, por el contrario y en estas mismas circunstancias, sí beneficiará a otros clientes del comercio minorista. b) En tanto el incumplimiento de aquellos deberes faculta al comprador para «resolver» el contrato (art. 44.5 LOCM), en el contexto del art. 71.3 RDL 1/2007 simplemente se prolonga el plazo para «desistir». La cuestión, sin embargo, parece más terminológica que material, y es que no se alcanzan a ver las diferencias que, entre un caso y otro, se siguen del empleo de un término distinto⁴⁹. c) Si en el plazo de tres meses a contar desde la recepción del bien (art. 44.7 LOCM) se facilita o completa la información ex art. 47 LOCM, el comprador dispone a partir de entonces de un «período de siete días hábiles para el desistimiento» (art. 44.5 LOCM). En este mismo supuesto, el plazo concedido para desistir es, en el art. 71.3 RDL 1/2007, «el plazo legalmente previsto para el ejercicio del derecho de desistimiento» que, recordemos, es de siete días hábiles como «mínimo». La diferencia estribaría, pues, en la extensión de este plazo: mientras en el RDL 1/2007 regiría, si lo hubiera, el plazo inicialmente pactado y por definición superior a los siete días, en el contexto de la LOCM sería necesariamente de siete días hábiles a pesar de haberse acordado un plazo superior para el ejercicio de la facultad de desistimien-

⁴⁹ Una lectura del art. 44 LOCM a la luz de la Dir. 97/7 aboca a la doctrina a interpretar la «resolución» como un plazo especial para desistir [así, como una «sanción civil con efectos en el plazo que se prolonga hasta un máximo de tres meses (...)»], en Alicia ARROYO APARICIO, *Los contratos a distancia en la Ley de Ordenación del Comercio Minorista*, Pamplona Aranzadi, 2003, pp. 353 y 358; le sigue Sandra CAMACHO CLAVIJO, «El derecho de desistimiento unilateral en la contratación electrónica (Ley 47/2002, de 19 de diciembre, de reforma de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista)», Diario «La Ley», www.laley.net, núm. 6466, jueves, 20 de abril de 2006; a propósito de la Directiva, entiende que el plazo de tres meses es para «resolver» porque «en realidad estamos ante un supuesto de incumplimiento o cumplimiento defectuoso de los deberes de información», Andrés DOMÍNGUEZ LUELMO, «Contratación electrónica y protección de consumidores: régimen jurídico», *RCDI*, núm. 600, 2000, p. 2375). Por lo demás, el texto de la ley no resulta determinante: mientras el art. 40.1.f LOCM militaría a favor de la configuración del plazo para resolver como un plazo especial para desistir [«(...) el vendedor (...) deberá suministrar (...) la siguientes información (...): (...) la existencia de un derecho de desistimiento o revocación (...)»], lo harían en contra los arts. 43.3 y 47.1.a), alusivos a las facultades de desistimiento «y» revocación.

to. Todo ello no tendría otra relevancia que la meramente descriptiva de uno y otro régimen si no fuera porque, habiéndose modificado el régimen de la contratación a distancia con consumidores, procede valorar su conformidad con el derecho comunitario. En este sentido, no plantea mayor problema anudar a la falta de información la prolongación del plazo para «desistir», en lugar de reconocer entonces la de «resolver» el contrato. También se trata de una única facultad, a ejercer en un plazo más o menos corto, en el art. 6 Dir. 97/7. Tampoco suscita dudas de conformidad permitir que el consumidor desista en el plazo inicialmente acordado en caso de subsanarse a tiempo la falta de información o documentación. En su caso, ello simplemente implica elevar legítimamente el nivel de protección dispensado en la Dir. 97/7 (art. 14). Pero sí merece otro comentario el supuesto desencadenante del plazo extraordinario para desistir. Y es que limitarlo al incumplimiento del deber de informar acerca de la facultad de desistimiento sí vulnera los arts. 5 y 6 Dir. 97/7, alusivos también a otros extremos del contrato.

– Son dos las salvedades que incorpora el art. 110 RDL 1/2007 a propósito de la aplicación del régimen general de la facultad de desistimiento a los contratos celebrados fuera de establecimiento mercantil. La primera atañe al plazo para desistir, que se cifra en «siete días naturales»⁵⁰; plazo que resulta inferior al general *ex* art. 71 RDL 1/2007 (que también es de siete días pero «hábiles») y que, formalmente, no se presenta como «mínimo»⁵¹. La segunda se refiere al día inicial del cómputo, que «empezará a contar desde la recepción del documento de desistimiento, si éste es posterior a la entrega del producto contratado o a la celebración del contrato, si su objeto es la prestación de servicios». Su antecedente es el art. 5 LCFEM, cuyo contenido innova y aclara: lo primero porque también se declara expresamente aplicable a los contratos relativos a la prestación de servicios, y lo segundo porque concreta el *dies a quo* del cómputo. En este sentido, y frente a la escueta y controvertida alusión al momento de «la recepción» del art. 5 LCFEM⁵², el

⁵⁰ Véase, aludiendo también a días naturales, el art. 108 *h*) 3.º RDL 1/2007. También eran días civiles en la LCFEM y en el art. 5 Dir. 85/577 (véase art.3.3 Reglamento 1182/71, del Consejo, de 3 de junio de 1971, *por el que se determinan las normas aplicables a los plazos, fechas y términos*).

⁵¹ Sin embargo, que duda cabe que es válido el pacto por el que se otorga un plazo mayor y que, por el contrario, pretender disminuirlo implica renunciar a una de las condiciones esenciales del derecho (arg. *ex* art. 107.3 RDL 1/2007).

⁵² Admitiendo que la recepción se refería al producto, véase, Angel FERNÁNDEZ-ALBOR BATAR, «El derecho de revocación del consumidor en los contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles: algunos problemas de la Ley 26/1991», *Revista de Derecho Mercantil*, abril-junio, 1993, p. 601; Gemma BOTANA GARCÍA, *Los contratos realizados fuera de los establecimientos mercantiles y la protección de los consumidores*, Barcelonsa, Bosch, editor, 1994, p. 252. Por el contrario, vinculándola a la entrega del documento de revocación, véase Juan Ramon GARCÍA VICENTE, *ob. cit.*, p. 188 (véase, tam-

art. 110 RDL 1/2007: por una parte, constata la aplicación del régimen general en caso de cumplimiento de los deberes de información y documentación (a saber: entrega del producto *v.* celebración del contrato; art. 71.1 RDL 1/2007) y, por otra, aporta una regla especial para el caso de cumplimiento tardío⁵³ o incumplimiento. La disposición, por lógica y por un elemental criterio de conformidad con el derecho comunitario⁵⁴, no puede verse como una simple repetición del art. 71 RDL 1/2007 que también, en caso de entrega tardía de la documentación contractual, posterga hasta este momento el inicio del cómputo del plazo para desistir (art. 71.3 *in fine* RDL 1/2007). Por el contrario, el art. 110 RDL 1/2007 proporciona una regla especial (y, se diría, completa) que excluye la aplicación subsidiaria del art. 71 RDL 1/2007, a saber: la recepción del documento de desistimiento determina el inicio del cómputo del plazo para desistir, siendo así que no hay plazo máximo para que ello ocurra. No rigen los tres meses *ex* art. 71.3 RDL 1/2007, luego la facultad de desistimiento no caduca en todo caso.

A propósito de lo anterior, y a semejanza de lo previsto en el art. 71 RDL 1/2007, el art. 110 RDL 1/2007 podría haber anudado el inicio del cómputo para desistir al debido cumplimiento de los deberes de información y documentación, y no sólo a éste último. Del art. 111.2 RDL 1/2007 resulta que las indicaciones relativas al derecho a desistir («*requisitos y consecuencias*») deben constar en el «*documento contractual*» o contrato, y no en el de desistimiento (cuyo contenido no se precisa; véase, sin embargo, art. 69.1, *in fine* RDL 1/2007, probablemente inspirado en el art. 3.3 LCFEM). Ello, literalmente interpretado, permitiría que la entrega de un documento con una escueta referencia al derecho a desistir determinara el inicio del plazo para ejercerlo, siendo así que el consumidor puede no haber sido informado ni del propio plazo de ejercicio, ni de sus

bién, admitiendo la devolución de las mercancías transcurridos siete días desde su recepción, siendo así, sin embargo, que no había sido entregado el documento de revocación, la SAP Cantabria, de 17 de octubre de 2002 (JUR 2003/52); por lo demás, se constata en la práctica la fijación convencional del *dies a quo* atendiendo al momento de «recepción del pedido»; así, en las SAP Madrid, de 11 de octubre de 2005 (JUR 2005/252295) (FJ.º 4.º); SAP Madrid, de 10 de mayo de 2006 (AC 2006/929) (FJ.º 2.º); SAP Alicante, de 21 de marzo de 2006 (JUR 2006/193679) (FJ.º 1).

⁵³ A tenor del art. 111.3 RDL 1/2007, la entrega del documento de desistimiento debe seguir a la suscripción del contrato (véase art. 3.4 LCFEM).

⁵⁴ Véase la STJCEE, de 13 de diciembre de 2001, Asunto C-481-99, conocida como STJCEE *Heininger*. El Tribunal declaró que no era conforme con el derecho comunitario y, en especial, con la Dir. 577/85 aquella disposición nacional que, para el caso de incumplimiento por el empresario de los deberes de información previstos en el art. 4 Dir. 577/85, limita en el tiempo la facultad de desistir del consumidor (véase, comentándola, Martin EBERS; Esther ARROYO I AMAYUELAS, «“Heininger” y las sanciones a la infracción del deber de información sobre el derecho de desistimiento *ad nutum*», *RFDUG*, 9, 2006, pp. 430 y ss.) (véase, también, la STJCEE, 10 de abril de 2008, Asunto C-412/06, *Hamilton v. Volksbank Filder eG*. y apart. 3.1.2.2 de este trabajo).

consecuencias «(...) incluidas las modalidades de restitución del bien o servicio recibido (...)» (arg ex art. 69.1 RDL 1/2007). Sin perjuicio de la acción de nulidad que procediese (art. 112 RDL 1/2007), un supuesto como el descrito vulneraría, como mínimo, los arts. 4 y 5 Dir. 577/85, de cuya lectura conjunta se desprende que el inicio del plazo para desistir requiere que el consumidor haya sido informado de «su derecho a rescindir el contrato durante los plazos definidos en el artículo 5»; de otro modo, no puede iniciarse aquel cómputo si la información se refiere sólo al derecho, sin incluir los plazos legalmente previstos para ello.

– La Propuesta de Directiva, del Parlamento Europeo y del Consejo, *sobre derechos de los consumidores*, incorpora una propuesta de regulación del derecho de desistimiento en los contratos a distancia y en los contratos celebrados fuera del establecimiento mercantil. La regulación del plazo para desistir difiere de la prevista, para estas mismas modalidades contractuales, en el RDL 1/2007. Varía su duración, que se extiende a catorce días naturales⁵⁵,⁵⁶, y varía el momento inicial del cómputo tratándose de contratos fuera de establecimiento mercantil⁵⁷: sin distinguir ya entre contratación de bienes o servicios, se fija aquél en la firma del formulario de pedido o, si no es en papel, en su recepción en otro soporte duradero (art. 12.2)⁵⁸. Por lo demás, es el art. 13 el que contempla el posible incumplimiento, por el empresario, de sus deberes de información y documentación acerca del derecho de desistimiento y lo hace atribuyendo en tal caso al consumidor un plazo de tres meses

⁵⁵ La referencia la proporciona la Directiva 2002/65 (véase, justificándolo así, Peter MOGELVANG-HANSEN, Evelyne TERRY, Reiner SCHULZE, «Chapter 5: Withdrawal», en ACQUIS GROUP, *Principles of the Existing EC Contract Law*, cit. p. 170). También son catorce días civiles o naturales en el art. 14.1 de la Directiva 2008/48 y en el art. 6.1 de la Directiva 2008/122.

⁵⁶ En este particular interesa traer a colación la tramitación parlamentaria del art. 44 LOCM y, en especial, dos Enmiendas al texto del Proyecto de ley de Reforma de la LOCM por las que se proponía su ampliación a catorce días, a semejanza «del plazo señalado por la normativa comunitaria para la contratación a distancia de servicios financieros» (véase Enmienda núm. 5 presentada por el Grupo Parlamentario Vasco, «BOCG», Congreso de los Diputados, serie A, núm. 97-6, 2 de octubre de 2002). No fue la única: «(...) en la línea con lo ya regulado en cuanto al aprovechamiento por turno de bienes inmuebles (...)» se abogó también por extender aquel plazo a diez días (véase Enmienda núm. 30 presentada por el Grupo Parlamentario Socialista).

⁵⁷ Tratándose de contratos a distancia, el período de desistimiento empezará «el día que el consumidor (...) adquiera la posesión material de cada uno de los bienes solicitados» o, en la contratación de servicios, «el día que se celebre el contrato» (art. 12.2, párs. 3.º y 4.º).

⁵⁸ El art. 1. 11) de la Propuesta define el «formulario de pedido» en los siguientes términos: «(...) el instrumento que establece las cláusulas contractuales que debe firmar el consumidor para celebrar un contrato fuera de establecimiento». Por lo demás, del art. 10 se desprende que la firma del formulario se configura como un requisito de forma (apart. 3) del que depende la validez del contrato (apart. 2).

para desistir⁵⁹. La regulación atiende, aparentemente, sólo al incumplimiento de los deberes relativos al derecho de desistimiento. Ciertamente, sólo las faltas o defectos en la información o documentación suministrada que le conciernan activan aquel plazo extraordinario⁶⁰. Sin embargo, tal y como se configura *dies a quo* de su cómputo es posible defender la relevancia, también en este particular y en este texto, de cualquier otro defecto informativo. A tenor del precepto, el inicio del cómputo requiere «*que el comerciante haya cumplido íntegramente sus demás obligaciones contractuales*», entre ellas, la de facilitar información acerca de otros extremos contractuales (véase art. 9)⁶¹. En caso de incumplimiento ocurrirá, simplemente, que no podrá darse inicio al plazo para desistir o, de otro modo, que no empezarán a correr los tres meses para ello. La consecuencia añadida es que la duración de la facultad de desistimiento también puede resultar ilimitada; tampoco caducará en todo caso⁶². Por lo demás, el precepto no contempla el eventual cumplimiento por el empresario, a lo largo de los tres meses, de sus deberes de información o documentación estableciendo, como ocurre en otras ocasiones⁶³, que a partir de entonces

⁵⁹ Artículo 13. Omisión de información sobre el derecho de desistimiento. «*Si el comerciante no ha facilitado al consumidor la información sobre el derecho de desistimiento, incumpliendo lo dispuesto en el artículo 9, letra b), el artículo 10, apartado 1, y el artículo 11, apartado 4, el período de desistimiento expirará tres meses después de que el comerciante haya cumplido íntegramente sus demás obligaciones contractuales*».

⁶⁰ Con todo, no se trata sólo de la simple recepción del documento de desistimiento, cuyo contenido no se precisa, como sucede en el art. 110 RDL 1/2007. Por el contrario, al formulario de desistimiento debe acompañarse necesariamente información relativa al plazo y modo de ejercicio, y condiciones de devolución del producto y reembolso de cantidades abonadas (véase anexo I de la Propuesta).

⁶¹ Sin duda que el tenor literal del precepto permite sustentar lo que se defiende en el texto. Sin embargo, es fácil pensar que el legislador comunitario tenía en mente otro supuesto. Así resulta del Considerando 27 de la Propuesta de Directiva: «*(...) Debe considerarse que el comerciante ha cumplido íntegramente sus obligaciones cuando ha entregado los bienes o ha prestado íntegramente los servicios solicitados por el consumidor*».

⁶² Siendo ello así, ¿la Propuesta deja atrás la jurisprudencia sentada en la STJCEE *Heininger*? Sin duda que la perspectiva por la que opta el art. 13 es otra y muy distinta de la que resulta de la Dir. 577/85 (afectada por la cláusula derogatoria prevista en el art. 47 de la Propuesta) y de la STJCEE indicada. En este contexto, la falta o defectos informativos acerca del derecho de desistimiento obstaban a su caducidad. En la regulación proyectada, estos mismos defectos no impiden que la facultad caduque. En su caso, evitarán este efecto otras deficiencias informativas que no permitirán se que dé inicio al cómputo del plazo para desistir.

⁶³ Así, en el art. 6.1 Directiva 97/7; en el art. 5.1 (segundo guión), de la Directiva 1994/47 y en el art.6.4 Directiva 2008/122. Cuestión distinta es la de la lógica de la disposición. Ciertamente, podría pensarse que no reconocer al consumidor el plazo ordinario para desistir a partir del momento en que el empresario facilita o subsana los defectos informativos implica realmente dejar a manos de este último el ejercicio efectivo del derecho (y ello porque, por ejemplo, podría esperar al último momento del plazo extraordinario para informar al consumidor sin darle, prácticamente, tiempo para reflexionar acerca de su ejercicio). Ocurre, sin embargo, que aún hace menos el empresario que en el citado plazo persiste en su incumplimiento, siendo así que para estos casos el legislador no muestra ningún reparo en señalar, tras su transcurso, la caducidad de la facultad de desistimiento.

se inicia el plazo ordinario para desistir⁶⁴. De ahí resultará: primero, que en ningún caso el plazo se prolongará más allá de los tres meses; segundo, que subsanado el defecto informativo apenas iniciado este plazo, el consumidor se verá favorecido por un plazo más largo para desistir (lo que resten de los tres meses...) que el que regiría en caso de puntual cumplimiento de aquellos deberes (a saber: los catorce días *ex art.* 13)⁶⁵.

– La configuración de la facultad de desistimiento como derecho eventualmente no caducable no es una novedad en el derecho comunitario. Así parece en la Dir. 577/85 y en la Dir. 2002/65, en cuyo art. 6.1 el inicio del cómputo del plazo para desistir aparece vinculado a la recepción, por el consumidor, de las «condiciones contractuales y la información»⁶⁶. No se contempla el supuesto de su no recepción o recepción defectuosa, ni se prevé un plazo máximo para desistir en estos casos. Y ocurre lo mismo en el art. 14.1 de la Dir. 2008/48⁶⁷. En todos estos supuestos, la falta de información o documentación impiden dar inicio al cómputo del plazo para desistir, luego obstan a que la facultad caduque. Por lo demás, el art. 6 Dir. 2002/65 impide, a nivel interno, la aplicación del art. 71 RDL 1/2007 en sede de contratación a distancia de servicios financieros. Ciertamente, el art. 10.1, pár. 3.º, LCDSF, relativo al *dies a quo* del plazo para desistir [que es de catorce días naturales (art. 10.1, pár. 1.º, LCDSF)], fija aquel momento en el día en que el consumidor reciba la información contractual. No se contempla el supuesto de su no recepción⁶⁸. Siendo ello así, la aplicación suple-

⁶⁴ Téngase presente que la Propuesta de Directiva opta por la armonización plena o, de otro modo, por establecer reglas uniformes a escala comunitaria, invariables por el legislador interno (véase Considerando 8.º y art. 4). Ello implica, en este particular, que para el caso de cumplirse con los deberes de información a lo largo de los tres meses, el legislador nacional no podría reconocer al consumidor, a partir de entonces, el plazo ordinario para desistir. Hasta ahora, similar disposición hubiera podido ampararse en el nivel mínimo de protección que dispensan las Directivas, intensificable a nivel interno. Aunque no siempre hubiera implicado mayor protección (léase, en este caso, «un plazo más largo para desistir»): así habría sido si aquella documentación llega a facilitarse a punto de expirar el plazo extraordinario para desistir, pero no en caso contrario.

⁶⁵ Esto último aparece corregido en el art. 5:103 *Acquis Principles*: facilitada la información tras la celebración del contrato, el plazo es de catorce días. Por lo demás, si en el art. 13 de la Propuesta el plazo para desistir no puede ir más allá de los tres meses, en el citado precepto el límite es un año a partir de aquella celebración. Todo ello con una salvedad: en caso de contratos por los que el empresario se obligue a la entrega de bienes, el plazo para desistir no puede expirar antes del transcurso de catorce días desde su recepción por el consumidor.

⁶⁶ A propósito de la relación entre la Dir. 2002/65 y la Propuesta de Directiva *relativa a los derechos de los consumidores*, véase art. 3.2 de esta última.

⁶⁷ En ambos casos, «las condiciones contractuales y la información» de cuya recepción se trata, van más allá de la facultad de desistimiento (véanse arts. 3.1, 4 y 5 Dir. 2002/65 y art. 7 LCDSF; art. 10 Dir. 2008/48).

⁶⁸ No se prevé ningún plazo para completar dicha información ni siquiera para proporcionarla (arg. *ex art.* 7.1 «El proveedor (...) deberá suministrar al consumidor *con tiempo suficiente y antes de que éste asuma cualquier obligación (...)*»; art. 7.4 «La infor-

toria del art. 71.3 RDL 1/2007 impediría desistir más allá de los tres meses a contar desde la celebración del contrato (que también es el *dies a quo* «ordinario» en el art. 10.1 LCDSF). Mas dicha aplicación se ve impedida, precisamente, por una lectura de la LCDSF a la luz de la Dir. 2002/65. Y es que, parafraseando *Heininger*, no sería conforme al derecho comunitario la norma nacional que limitara en el tiempo la facultad de desistimiento en caso de falta del empresario a su deber de información, toda vez que en dicha Directiva no existe tal limitación.

Por lo demás y en línea de principios, la configuración de la facultad de desistimiento como derecho no caducable aparece como una reacción legislativa idónea para el caso de incumplimiento de los deberes empresariales de información y documentación⁶⁹. Dos argumentos lo avalarían: uno, de política legislativa; otro, de lógica jurídica. Así, y en primer lugar, el carácter temporalmente ilimitado de la facultad de desistimiento podría contribuir, sin duda, a fomentar el puntual y exacto cumplimiento de los deberes de documentación e información. Puestos en la disyuntiva de cumplirlos o quedar ilimitadamente a expensas del desistimiento del consumidor (que, obviamente, puede llegar a tener conocimiento de su derecho por otros cauces), el profesional optará, muy pro-

mación sobre las obligaciones contractuales, que deberá comunicarse al consumidor *durante la fase precontractual (...)*; art. 9.1 «El proveedor comunicará al consumidor todas las condiciones contractuales (...) con suficiente antelación a la posible celebración del contrato (...); art. 9.2 «(...) el proveedor habrá de cumplir las obligaciones previstas en el apartado 1, *inmediatamente después de la formalización del contrato (...)*» (la vaguedad de alguna de estas expresiones y de alguna otra que figuraba en la Propuesta de Directiva (DO C 385, de 11 de diciembre de 1998, p. 10) ya fue criticada por el Comité Económico y Social que recomendó acompañarlas «de una expresión que fijase, para cada caso, un plazo máximo, como “que no exceda de 48 horas” o “dentro de un máximo de cinco días”, con objeto de evitar incertidumbre e inseguridad» (véase en DO C 169, de 16 de junio de 1999).

⁶⁹ Resulta muy ilustrativo en este particular el *Green Paper on the Review of the Consumer Acquis* (DO C 61, 15 de marzo de 2007, p. 13). La Comisión se plantea cómo proceder a fin de proveer un régimen, coherente y efectivo, en materia de incumplimiento de los deberes de información y documentación. Y, en este contexto, constata que la extensión del plazo para desistir no siempre resulta una reacción «suficiente» dado que se trata de una facultad que, al menos en las Dirs. 97/7 y 94/47, necesariamente caducan [*«(...) Several Directives impose obligations on professionals to provide consumers with information before, at or before the conclusion of the contract. Failure to comply with these obligations in however regulated in an incomplete and inconsistent way (...) Even an extension of the cooling-off period for failure to provide information, as it is provided for in the distance selling and timeshare Directives, may not be sufficient since the consumer loses his right to withdraw from the contract within three months (...)»*]. Si esta necesaria caducidad obsta a la efectividad del desistimiento, ¿no resulta lógico, pues, plantear la posibilidad de configurarlo como temporalmente ilimitado?

Por su parte, el establecimiento de un plazo máximo para desistir de un año en los *Acquis Principles* se justifica en la voluntad de evitar, en otro caso, que el consumidor disponga de un derecho «eterno» de desistimiento. Se constata, sin embargo, que el *acquis communautaire* resulta incoherente en este punto al seguirse, en las distintas Directivas, criterios también distintos (véase en Peter MOGELVANG-HANSEN, Evelyne TERRY, Reiner SCHULZE, cit. p. 171).

bablemente, por lo primero. En segundo lugar, el posible ejercicio de un derecho presupone que su titular tiene o ha podido tener conocimiento de él. En concreto, casa mal con la idea de protección efectiva del consumidor permitir que transcurra el plazo para desistir sin que el consumidor sepa de los derechos que le asisten. En los textos analizados se parte del convencimiento de que si el consumidor no ha sido informado de su facultad no desistirá, precisamente y en primer lugar, por desconocer su derecho; de ahí que los plazos no corran sino a partir del momento en que se completa la documentación o información. Las últimas consecuencias de esta lectura, sin embargo, sólo se alcanzan en las Dir. 577/85, 2002/65 y 2008/48. Está por ver la redacción definitiva de la Directiva *relativa a los derechos de los consumidores*. A nivel de derecho interno, el criterio general es decididamente otro (art. 71.3 RDL 1/2007).

II. El plazo para desistir en la contratación a plazos de bienes muebles y en la contratación de derechos de aprovechamiento por turnos de bienes inmuebles. El alcance de la aplicación supletoria del art. 71 RDL 1/2007

En el art. 9.1 LVPBM el plazo para desistir, que es de siete días hábiles, se computa a partir de la entrega del bien⁷⁰. En aquel texto, la falta de información sobre el derecho no repercute en el *dies a quo*, posibilitándose así que caduque aquella facultad sin que el comprador llegue a saber de su existencia^{71, 72}. En similares circunstancias, la aplicación supletoria del art. 71 RDL 1/2007, sin llegar a impedir aquella caducidad, proporcionaría al menos al con-

⁷⁰ Era de tres días («siguientes a la entrega de la cosa») en el art. 8 de la Ley 50/65.

⁷¹ En el momento de su entrada en vigor y hasta la aparición de la Dir. 2008/48, el art. 9.3 LVPBM se mostraba conforme con el derecho comunitario toda vez que la facultad de desistir prevista en el art. 9.3 LVPBM no obedecía a ninguna imposición comunitaria. La obligada incorporación de aquella Dir. (cuya fecha límite es el 12 de mayo de 2010) se traducirá, más allá que lo que se indica en el texto, a modificar el plazo ordinario para desistir, que deberá ser de catorce días civiles (art. 14.1 Dir. 2008/48). En este sentido, la LVPBM se verá necesariamente afectada toda vez que el aplazamiento del pago es una de las modalidades de crédito previstas en el art. 3 c) de la Dir. y en tanto resulta aplicable, aunque no exclusivamente, a los contratos celebrados con consumidores (a propósito del ámbito subjetivo de aplicación de la LVPBM, véase *supra* nota 17).

⁷² El art. 9.2 LVPBM se limita a señalar, simplemente, que «la no constancia de tal cláusula en el contrato» no priva al comprador de la facultad de desistimiento. Por lo demás, su omisión en el contrato puede acarrear una penalización para el vendedor (arg. ex art. 8.5 «La omisión o expresión inexacta de las demás circunstancias del artículo anterior – entre las que se incluye la facultad de desistimiento prevista en el art. 7.14 como condición contractual obligatoria– podrá reducir la obligación del comprador a pagar exclusivamente el importe del precio al contado o, en su caso, del nominal del préstamo. Esta reducción deberá ser acordada por el Juez si el comprador justifica que ha sido perjudicado»). El comprador, pues, puede aspirar a pagar menos si no se le informó del derecho a desistir.

sumidor un plazo más largo para desistir. Ocurre, sin embargo, que dicha aplicación supletoria no procede al primar, frente a ella, una interpretación del derecho nacional conforme a las Directivas; en este particular, una interpretación conforme a la Dir. 2008/48, de cuyo art. 14.1 resulta que la falta de información o documentación contractuales impide iniciar el cómputo del plazo para desistir⁷³. En el art. 71.3 RDL 1/2007 el régimen es otro y de signo opuesto; de ahí que, optar por su aplicación a la espera de la incorporación de la Dir. 2008/48, implicaría tanto como desconocer los principios que la inspiran.

A propósito del plazo para desistir, el esquema del art. 5 Dir. 94/47 se reproduce casi fielmente en el art. 10 LDAT. En ambos preceptos se concede al consumidor un plazo inicial de diez días naturales a contar desde la firma del contrato^{74, 75}. En el art. 5 Dir. 94/47 dicho plazo se prolonga hasta tres meses en caso de falta de alguna de las menciones contractuales obligatorias (véase anexo I). Tal extensión también se recoge en el art. 10.2 DAT, si bien el desencadenante se describe en términos mucho más amplios: así, se produce, en caso de contravención del art. 9 LDAT, relativo al contenido contractual (comprensivo de más extremos de los que resultan del art. 5.1, 2.º guión Dir. 94/47); en caso de vulneración del art. 8 LDAT, relativo esencialmente a los contenidos mínimos de toda información promocional y, en fin, en caso de falta de concordancia entre los datos registrales facilitados al adquirente y los que constaren en el Registro de la Propiedad. En ambos textos, de subsanarse la falta de información en el indicado plazo de tres meses, se concede al adquirente, a partir de ese momento, el plazo inicial de diez días para desistir del contrato. De igual modo, en ambos preceptos y para el caso de haber transcurrido los tres meses sin haberse procedido a aquella subsanación, se facilita aún al adquirente un nuevo plazo adicional de diez días para dejar sin efecto el contrato. El régimen así descrito cierra el paso, por innecesario, al art. 71 RDL 1/2007 toda vez que los extremos previstos

⁷³ A propósito del principio de interpretación del derecho nacional conforme a las Directivas y cómo afecta al derecho anterior a ellas, véase SIXTO SANCHO LORENZO, *Derecho privado europeo*, Granada, Comares, 2002, p. 81.

⁷⁴ A propósito de la Dir. 1994/47 y, en particular, del plazo previsto en el art. 5.1.º, el punto de inflexión fue una Enmienda presentada al art. 5 de la Propuesta de Directiva, que distinguía según el derecho adquirido se encontrara o no en el Estado de residencia del adquirente (véase en *Decisión sobre la posición común del Consejo sobre una propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la protección de los adquirentes en los contratos de utilización de bienes inmuebles en régimen de disfrute a tiempo compartido*, DO C 2005, de 25 de julio de 1994, p. 168).

⁷⁵ «Si el último día del mencionado plazo fuese inhábil, quedará excluido del cómputo, el cual terminará el siguiente día hábil» (art. 10.1 LDAT; véase art. 5.1, 1.º guión Dir. 94/47; art.3.4 Reglamento 1182/71, del Consejo, de 3 de junio de 1971, por el que se determinan las normas aplicables a los plazos, fechas y términos).

en éste ya se abordan suficientemente en el art. 10 LDAT. Por el contrario, la aplicación subsidiaria del art. 69.1 RDL 1/2007 permite exigir al propietario, promotor o profesional transmitente la entrega de un documento de desistimiento⁷⁶. Precisamente, esta obligación documental cobra especial protagonismo en el art. 6 Dir. 2008/122. El plazo para desistir, previsto inicialmente en catorce días naturales a partir de la celebración o recepción del contrato⁷⁷, se prolonga hasta un año y catorce días en caso de no haberse cumplimentado y entregado el formulario de desistimiento [art.6.3.a)]. Aquella extensión se contrae a tres meses y catorce días si el defecto informativo y/o documental concierne a otros extremos contractuales [art. 6.3.b)]⁷⁸. Se discrimina de este modo entre las distintas faltas informativas y/o documentales, siendo las que conciernen a la propia facultad de desistimiento las que determinan la máxima extensión de su plazo de ejercicio⁷⁹.

En el art. 160 RDL 1/2007, a propósito de la «*resolución*» del contrato de viaje combinado, no se proporciona un plazo general para desistir, sino sólo un *dies ad quem*⁸⁰: el consumidor y usuario podrá desistir «*en todo momento*» pero siempre antes de la salida⁸¹. Por lo demás, ni en la derogada LVV, ni en la regulación vigente sobre el particular se contemplan los efectos de la falta de informa-

⁷⁶ A tenor del art. 9.1.6.º LDAT, la referencia a la facultad de desistimiento, como mención contractual obligatoria, se reconduce a la reproducción en el contrato del propio art. 10 LDAT [véase, también, a propósito de la información precontractual, art. 8.2.º, j). No se alude a la necesidad de facilitar un documento de desistimiento, muy probablemente porque tampoco hay alusión a él en la Dir. (véase art. 5.2, Anexo I)]. Por lo demás, la aplicación en este contexto del art. 69.1 RDL 1/2007 plantea un problema añadido en caso de incumplimiento de aquella obligación documental, a saber: si el plazo extraordinario para desistir es el previsto en el art. 71 RDL 1/2007 o si, por el contrario y por analogía, debe atenderse al art. 10.2, 2.º pár. LDAT.

⁷⁷ A propósito de la extensión del plazo para desistir de diez a catorce días, véase Considerando 11 Dir. 2008/122. Véase, también, en relación al art. 5 de la Propuesta de Directiva, en el que el plazo era también de «*catorce días*», el Dictamen del Consejo Económico y Social Europeo. En el apartado 3.1.7 se sugería optar por días hábiles [COM (2007) 303 final].

⁷⁸ La Directiva se aleja así del art.5 de la Propuesta, que seguía fielmente el esquema de su precedente en la Dir. 94/47, a saber: si la información omitida se facilitaba en el transcurso de los tres meses siguientes a la firma del contrato, el plazo para desistir sería de catorce días a partir de dicho momento; de no subsanarse el defecto informativo, la facultad podía ejercerse en el plazo máximo de tres meses y catorce días desde la firma del contrato.

⁷⁹ Este juego de reglas incluye, también, la relativa al cumplimiento de los deberes informativos y documentales en el transcurso del año *ex* art. 6.3.a) o de los tres meses *ex* art. 6.3.b). El plazo para desistir será entonces de catorce días naturales a partir de ese momento.

⁸⁰ A partir del cual podrá determinarse, en cada caso, el plazo para desistir, que será más o menos largo según sea la antelación con la que se hayan contratado los servicios.

⁸¹ Esto último se deduciría del art. 9.4.a) LVV que, al fijar la indemnización a satisfacer por el cliente en caso de desistimiento en función de su proximidad con la fecha de salida, avala que aquél sólo es posible (y eficaz) antes de dicha fecha.

ción relativa al derecho⁸². En este supuesto, obsta a la aplicación, sin más, del art. 71 RDL 1/2007, la propia estructura del precepto, que casa mal con la seguida en el art. 160 RDL 1/2007. Así, mientras en el primero se parte siempre de un determinado plazo (siete días o tres meses) a contar desde la celebración del contrato, en el segundo se fija sólo la fecha final límite, prescindiendo de cuál sea el intervalo de tiempo existente entre este momento y el de la contratación de los servicios que, por lo demás, puede ya de por sí superar perfectamente los tres meses⁸³. En otro caso, a saber: de mediar un corto espacio de tiempo entre la contratación del viaje y su salida, el recurso al art. 71.3 RDL 1/2007 y, a su amparo, el reconocimiento al consumidor de un plazo de tres meses para desistir puede plantear problemas de aplicación en aquellos casos en que el contrato ya ha sido plenamente ejecutado⁸⁴.

3.1.2 A PROPÓSITO DEL *DIES A QUO* Y EL *DIES AD QUEM* PARA DESISTIR: ENTRE LA CELEBRACIÓN Y LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO

Más allá de la previsión legal de un determinado plazo para desistir a contar desde un determinado momento, resulta de interés valorar si, y en qué medida, el momento de la celebración del contrato y el de su ejecución inciden en aquel cómputo.

3.1.2.1 *La celebración del contrato y el dies ad quem para desistir*

¿Puede desistirse válidamente del contrato antes del momento fijado legalmente como *dies a quo*? La cuestión se plantea, y cobra sentido, en el marco de aquellas regulaciones que vinculan el inicio del cómputo del plazo para desistir con un momento que puede no coincidir y ser posterior al de la perfección del contrato; así, con la recepción del bien (art. 71.2 RDL 1/2007; art. 12.2, 2.º pár. Propuesta Dir. *relativa a los derechos de los consumidores*), o con la recepción o subsanación de la información y documentación contractuales (art. 71.3 RDL 1/2007; art. 110, 2.º pár. RDL 1/2007; art. 10.2 LDAT; art. 7.1 LCDSF; art. 14.1 *b*. Dir. 2008/48; art. 6.2. *b*. Dir. 2008/122). Sin embargo, si con y por el desistimiento se extin-

⁸² De hecho, ni en la regulación anterior ni el vigente aparece una expresa y específica mención a la facultad de desistimiento o «resolución» como contenido contractual obligatorio [véase arts. 152, *i*) y 156 *d*)]. En cualquier caso, el deber de información resultaría del art. 69.1 RDL 1/2007.

⁸³ En estos casos, claro está, carecería de todo sentido aplicar el art. 71.3 RDL 1/2007 en caso de falta de información.

⁸⁴ A propósito de la contratación telefónica o electrónica con condiciones generales, el art. 80.1. *b*), 2.º pár. ordena atender al art. 71 RDL 1/2007. La cuestión relativa al plazo para desistir se sustrae así de la regulación reglamentaria a la que alude el precepto.

que el contrato, parece que debiera bastar con su perfección a efectos de poder desistir. El argumento, por lo demás, descarta que el desistimiento pueda referirse a un momento previo al de aquella perfección.

I. El arrepentimiento en fase precontractual. El desistimiento de la oferta contractual emitida por un consumidor

La configuración de la facultad de desistimiento como causa extintiva del contrato no obsta, obviamente, a la posibilidad de articular la defensa del consentimiento o de la declaración de voluntad en fase precontractual. Los mecanismos no serían nuevos: emitida la oferta por el profesional y a fin de garantizar la reflexión del consumidor, cabría optar por el establecimiento de un plazo mínimo de vigencia de aquella oferta que, en dicho período, sería irrevocable (es el llamado *warm-up period*)⁸⁵ o, mejor, por supeditar la validez de su aceptación al transcurso de un período de tiempo mínimo a contar desde la recepción de la primera. En el primer caso, la aceptación sería válida con independencia del momento de emitirse (así, inmediatamente tras recibir la oferta o instantes antes de expirar su vigencia). En el segundo, por el contrario, resulta preceptivo agotar el llamado período de reflexión. La aceptación realizada antes carecerá de validez⁸⁶. Ocurre, sin embargo, que estos supuestos no encajan, estrictamente, con la idea de arrepentimiento o, de otro modo, de reconsideración de lo ya hecho o declarado como ocurre con la facultad de desistimiento⁸⁷. En estos casos, por el contrario, se facilita la reflexión previa a la emisión de la declaración de voluntad. Siendo ello así, la actuación sobre la declaración ya emitida sería posible al amparo de expedientes que tampoco serían nuevos, que se sitúan en un momento previo al de la perfección del contrato y que implican, precisamente, postergar en el tiempo dicha perfección. Cabría, en primer lugar, permitir la

⁸⁵ Véase art. 16 LCC. Otro exponente lo facilitaba, en el ámbito del derecho comunitario, el art. 3 de la Propuesta de Directiva, del Parlamento Europeo y del Consejo, *relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores* (DO, C, 385, de 11 de diciembre de 1998). Este período de reflexión desaparece, sin embargo, en la Propuesta modificada de Directiva [COM (1999) 385 final].

⁸⁶ Véase EM (pár. 11.º y 12.º) y art. 3.1.g y 3.2 Ley 43/2007, de 13 de diciembre, *de protección de los consumidores en la contratación de bienes con oferta de restitución del precio*. Se muestra altamente crítico con esta técnica Ángel CARRASCO PERERA, «Sellos, árboles y animales en todo caso» o sobre el dispendio de cortar bosques para hacer el papel en el que se escriben las leyes», *Actualidad Jurídica*, Aranzadi, núm. 731, 28 de junio de 2007, p. 5.

⁸⁷ La idea de arrepentimiento se infiere de expresiones como «*droit de repentir*», «*ius poenitendi*», «*ripensamento*», «*pendimento*»... La jurisprudencia recurre también a este lenguaje (véase, por ejemplo, la SAP Barcelona, de 24 de enero de 2000 (RJ 2000/4391), a propósito del derecho de revocación o «*arrepentimiento*» (FJ.º 2.º)).

retirada de la declaración emitida de tal modo que sólo tras el transcurso del plazo previsto al efecto se perfeccionaría la propia declaración⁸⁸ y, en su caso, el contrato. Antes, la declaración sería imperfecta. En este contexto, pues, la protección del consentimiento contractual del consumidor se articularía vía adición de un nuevo requisito a fin de entender perfeccionada su declaración: el transcurso del plazo «de reflexión» sin retirarla⁸⁹. En segundo lugar, y sin alterar las reglas generales en materia de perfección de la declaración, cabría incidir igualmente sobre ella, revocándola. La declaración perfecta podría revocarse durante el plazo de reflexión, siendo así que hasta que no se agotara quedaría paralizada la perfección del contrato⁹⁰. Ambas técnicas se proyectan sobre la perfección, en

⁸⁸ Tratándose, pues, de una declaración de voluntad recepticia, no sería suficiente su recepción o toma de conocimiento por el destinatario, sino que se precisaría además que expirara, sin ejercicio, el plazo para retirarla [a propósito de la perfección de la oferta y de la aceptación, descrita en términos de «eficacia» y vinculada a su «llegada» al destinatario, véase arts. 15, 18.2 y 24 del *Convenio de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías*, de 11 de abril de 1980 (CISG); arts. 2.1.3 (1) y 2.1.6 (2) de los Principios UNIDROIT sobre *los contratos comerciales internacionales* (versión 2004); pueden consultarse también los arts. 1.303 (2), (3) y 2.206 (1) de los *Principios de Derecho Europeo de los Contratos*].

⁸⁹ El concepto «retirada» se predica del hecho de impedir la perfección de la declaración *in fieri*. Se recoge expresamente en los arts. 15. 2 y 22 CISG. En términos similares, véanse los arts. 2.1.3 (2) (*Retiro de la oferta*) y 2.1.10 (*Retiro de la aceptación*) de los *Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales* (versión 2004), y el art. 1:303 (5) de los *Principios de Derecho Europeo de los Contratos* (a propósito de este último, sin embargo, la voz «*withdrawal*» aparece traducida como «revocación» en la versión del texto publicada en Reiner SCHULZE; Reinhard ZIMMERMANN, *Textos básicos de derecho privado europeo. Recopilación*. Madrid, Marcial Pons, 2002, p. 454).

Curiosamente, es a propósito de la posibilidad de «retirar» la aceptación antes de su llegada a conocimiento del oferente (momento en el que a tenor del art. 1262 CC se perfeccionaría la aceptación y el contrato), que MANRESA Y NAVARRO recurre al término «desistimiento» [«(...) Pero obsérvese, que si bien el proponente no queda obligado hasta entonces – refiriéndose al momento del conocimiento de la aceptación-, no sucede lo mismo con el aceptante, el cual, desde el momento en que se conforma, pierde la facultad de retirar su aceptación, ya que el desistimiento, en el tiempo que media desde aquella hasta su comunicación, es derecho que la ley expresamente limita al autor de la oferta» - véase en *Comentarios al Código civil español*, tomo X, volumen I, Madrid, 1969, p. 517].

⁹⁰ Lo propuesto en el texto sugiere dos observaciones: la primera, a propósito de la aceptación de la oferta. Es común aludir a la oferta al tratar de la revocación de la declaración de voluntad perfecta en el marco de un contrato imperfecto. Exponentes de ello son los preceptos que versan acerca de dicha facultad (art. 16 CISG, art. 2.1.4 Principios UNIDROIT) o que, por razones diversas, impiden dicha revocación al configurar la declaración como irrevocable. Todos ellos, unos y otros, versan acerca de la oferta, no de la aceptación. La razón de ello es que obedecen a cuerpos legales en los que, al perfeccionarse el contrato con y por la aceptación [arts. 18.2 y 23 CISG, art. 2.1.1 y 2.1.6 (2) Principios UNIDROIT], desaparece toda posibilidad de concebir un espacio temporal en el que poder revocarla. La técnica propuesta lo permitiría, distanciándose así en el tiempo la perfección de la aceptación y la del contrato, que necesariamente sería posterior. La segunda cuestión se plantea a propósito del *dies ad quem* de la revocabilidad de la oferta y, precisamente, de aquellos supuestos en que no coincide con la perfección del contrato. En los arts. 16 CISG, 2.1.4 Principios UNIDROIT y 2.205 PECL es el de la expedición de la aceptación que, por sí sola, no basta para perfeccionar el contrato (acerca del sentido de la norma, véase, Gyula EÖRSI, «Article 16 CISG», en BIANCA-BONELL, *Commentary on the International Sales Law*, Giuffrè, Milan, 1987, pp. 150 a

el primer caso, de la declaración de voluntad y, en el segundo, del contrato, convirtiéndola o destacando su carácter progresivo o sucesivo. El objeto de ambas técnicas, sin embargo, sería siempre la declaración de voluntad: en tanto no expirara el plazo de reflexión o «arrepentimiento» cabría retirarla o revocarla⁹¹.

La facultad de desistimiento configurada como facultad de revocación de la declaración de voluntad perfecta en el marco de un contrato aún pendiente de perfección tuvo gran predicamento al amparo del art. 5.1 LCFEM, que permitía al consumidor, expresamente, «*revocar su declaración de voluntad*» (que, a su vez, podía identificarse con la aceptación de la oferta realizada por el profesional o, también, como oferta contractual emitida por el propio consumidor (arg. *ex art.* 1.2 LCFEM)^{92, 93, 94}.

160; John O. HONNOLD, *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*, Kluwer Law International, The Hague, 1999, pp. 159 a 168). La técnica descrita adquirirá, también en estos casos, un especial significado: implicará poder revocar la declaración tras aquella expedición pero siempre antes de la perfección del contrato.

⁹¹ De una y otra configuración pueden seguirse distintas consecuencias en orden, por ejemplo, a la llamada sustantividad de la declaración de voluntad y, en especial, desde la perspectiva de quienes supeditan su autonomía e independencia (y su transmisibilidad *mortis causa*) a su sola perfección (véase, acerca de la sustantividad de la declaración emitida pero aún no perfecta, Manuel ALBALADEJO, *Derecho civil I, Introducción y Parte General*, Madrid, Edisofer, 2004, pp. 602 y ss.; Enrique LALAGUNA DOMINGUEZ, «Sobre la perfección de los contratos y el Código civil», en *Homenaje al Prof. Juan Roca Juan*, Murcia, Universidad de Murcia, 1989, p. 413; José Ramón FERRÁNDIZ-GABRIEL, «Perfección, sustantividad y eficacia de la declaración de voluntad recepticia», *RJC*, 1986, p. 111).

⁹² Véase art. 1.4 Dir. 577/85.

⁹³ Los antecedentes remotos de esta configuración se suelen situar en la Francia de los años setenta, especialmente a partir de la Ley 72-1137, de 22 de diciembre de 1972, *relative à la protection des consommateurs en matière de démarchage et de vente à domicile*, y de su interpretación, en este particular, por Jean CALAIS-AULOY (véase, en «La loi sur le démarchage ...», cit, p. 266; la misma lectura se defiende en *Droit de la consommation*, Précis Dalloz, Paris, 1980, p. 193 y en «L'influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats», *RTDC*, 1994, p. 244. La expresión «*consentement à double détente*» se atribuye, sin embargo, a G.M. CORNU en Jean Pierre PIZZIO, «Un apport législatif en matière de protection du consentement. La loi 22 de décembre de 1972 et la protection du consommateur sollicité à domicile», *RTDC*, 1976, p. 81, nota 59). El art. 3 de la Ley 72-1137 permitía al consumidor «*renoncer*» al compromiso de compra, siendo así que el art. 5 de la Dir. 577/85 acabó también por atribuirle «*el derecho de renunciar a los efectos de su compromiso*». Con todo, debe señalarse que ni la legislación francesa fue la única considerada por el legislador comunitario ni que, en aquel contexto, su intención fuera la de alterar las normas internas de perfección del contrato (así resulta de comentario de la Comisión al art.6 de la Propuesta de Directiva y del Dictamen del Comité Económico y Social, de 23 de julio de 1977 (*Journal Officiel des Communautés européennes*, C 180/40, de 28 de julio de 1977).

⁹⁴ El art. 10.2.f) LCDSF vincula también la facultad de desistimiento a una declaración de voluntad. La fórmula es, ciertamente, confusa. El precepto establece que: «El derecho de desistimiento no se aplicará a los *contratos* relativos a: (...) f) *las declaraciones de consumidores hechas con la intervención de Notario* (...). Puede consultarse, también, el art. 13 de la Propuesta modificada de Directiva, del Parlamento y del Consejo, *relativa a la armonización de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de los contratos de crédito al consumo*. La facultad de «retractación» recaía sobre la «aceptación» del consumidor.

En este particular, ocurre que la derogación de la LCFEM no ha supuesto el fin definitivo del argumento. El art. 107.2 RDL 1/2007 declara aplicables las disposiciones del título IV a «*las ofertas de contrato*» emitidas por un consumidor y usuario en cualquiera de las circunstancias previstas en el apartado 1.º de ese mismo artículo. En consonancia con ello, el art. 111.1 RDL 1/2007 obliga al profesional a documentar aquella oferta, acompañándola de un documento de desistimiento. De ahí que, lógicamente, podrá «*desistirse*» de la «*oferta*». ¿En qué plazo? Si el objeto del desistimiento es la oferta emitida resulta entonces de toda lógica admitir que su ejercicio será posible tan pronto se emita aquella declaración y llegue a conocimiento del profesional⁹⁵, esto es, tan pronto se perfeccione. Por lo demás, en sede de contratos celebrados fuera de establecimiento mercantil, la vinculación que establece el art. 110 RDL 1/2007 entre el *dies a quo* del cómputo y la recepción del documento de desistimiento (art. 111 RDL 1/2007) determinará, en su caso (así, si el profesional no es puntual en la entrega del formulario, su contenido es incorrecto o insuficiente o, simplemente, no lo facilita al profesional), que el plazo para desistir se prolongue en el tiempo o, en fin, que no llegue a caducar nunca⁹⁶. En caso de hacerlo, la cuestión que se suscita entonces es si el consumidor, que rechazó o no hizo uso de la facultad de dejar sin efecto su oferta llegándose a perfeccionar el contrato, puede desistir después de él (así, a partir de la recepción del bien o de la celebración del contrato de servicios). En fin, se plantea si la facultad de desistir de la oferta se suma a la de desistir el contrato o si la excluye. En este sentido, baste apuntar que si la finalidad del legislador hubiera sido la de otorgar al consumidor-oferente la facultad de desistir del contrato, probablemente hubiera bastado con silenciar toda referencia al autor de la oferta y a la facultad de desistir de ella. Hubiera bastado con permitirle, sin más, desistir del contrato, fuera oferente el profesional, lo fuera él.

Por lo demás, hoy por hoy sigue configurándose la declaración de voluntad como posible objeto de la facultad de desistir

⁹⁵ Cosa que sucederá sin solución de continuidad (acerca de la presencia simultánea de consumidor y empresario en esta modalidad contractual, véase su definición en el art. 2.8 Propuesta de Directiva *sobre derechos de los consumidores*). El apartado *b*) del precepto constata, por el contrario, que la perfección del contrato puede posponerse: así, cuando las ofertas y contraofertas se han realizado fuera del establecimiento mercantil del profesional, pero el contrato se ha celebrado en él.

⁹⁶ La cuestión subsiguiente es la de si, en las circunstancias señaladas en el texto, el contrato no llega a perfeccionarse en tanto no caduque la facultad de desistir de la oferta.

en el art. 13, b) de la Propuesta de Directiva *relativa a los derechos de los consumidores*^{97, 98}.

II. El cómputo del *dies ad quem* para desistir

Son varios los argumentos que permiten sustentar que la facultad de desistimiento se reconoce al consumidor en tanto que contratante, luego con y por la perfección del contrato^{99, 100}. Y que es a partir de ese momento que puede ejercerse válidamente (art. 9.1 LVPBM; art. 10.1 LDAT, alusivo a la «*firma del contrato*»; art. 10.1 LCDSF; art. 71.2 RDL 1/2007, a propósito de la contratación de servicios; art. 14.1.a Dir. 2008/48, a propósito del momento de «*suscripción del contrato*»; art. 6.2.a. Dir. 2008/122; art.12.2, párs. 1.º y 3.º Propuesta de Directiva, *sobre derechos de los consumidores*). En primer lugar, esta configuración cohonesta perfecta-

⁹⁷ La disposición, sin duda inspirada en el art. 1.4 Dir. 577/85, dispone que: «*El ejercicio del derecho de desistimiento extinguirá las obligaciones de las partes de: (...) b) celebrar un contrato fuera de establecimiento, cuando el consumidor haya presentado una oferta*» [a propósito de su antecedente, el art. 1.1 de la Propuesta de Directiva (COM (76) 544), la Comisión justificaba la ampliación de la facultad de «*annuler le contrat*» a las ofertas realizadas por el consumidor en los siguientes términos: «*La directive s'applique de même dans les cas où le consommateur s'engage de manière unilatérale sans que le commerçant soit déjà lié (...). Même si un contrat n'est pas encore conclu dans ce cas-ci, une protection du consommateur s'avère nécessaire, étant donné que déjà l'engagement unilatéral est susceptible d'affecter les intérêts du consommateur (...)*». Véase, también, el art. 2.8, a) de la misma Propuesta de Directiva).

⁹⁸ Por lo demás, no pueden desconocerse las ventajas de la configuración de la facultad de desistimiento como supuesto de perfección sucesiva del contrato. Al situar el expediente en fase precontractual, resulta sencillo justificar su carácter *ad nutum* y exento de penalización: «*revocar*» la declaración de voluntad en aquel momento no precisa de razón ni, con carácter general, genera derechos económicos en beneficio de la contraparte (a propósito de una cosa y la otra en sede de tratos preliminares, véanse arts. 1:303; 2:301; 2:202 PECL; arts. 2.1.3, 2.1.4, 2.1.10 y 2.1.15 Principios UNIDROIT; arts. 15, 16 y 22 CISG).

⁹⁹ En el art. 6.2 a) Dir. 2008/122 el *dies a quo* se vincula a un «*contrato preliminar vinculante*». Hacia lo mismo el art. 5.1 de la Propuesta de Directiva. A propósito de este texto, el Consejo Económico y Social Europeo sugirió la siguiente modificación (sin reflejo en el texto vigente): «*Como del apartado 1 del artículo 5 se desprende que se prevén dos períodos para el ejercicio del derecho de desistimiento, el CESE insta a la Comisión a que introduzca una disposición que prevea una única posibilidad conferida al consumidor para el derecho de desistimiento, en el plazo de los catorce días siguientes a la firma del contrato definitivo si este último hubiese ido precedido por un contrato previo vinculante siempre que el bien no haya sido utilizado entretanto*» [Dictamen, apart.3.2.6, COM (2007) 303 final].

¹⁰⁰ Obviamente, esta configuración tampoco es la única posible a efectos de proteger al consumidor tras la perfección del contrato. Es más, el propio legislador comunitario intentó idear otro expediente, sin éxito. Así, el derecho de «*retrocompra*» que aparecía en la Propuesta de Directiva, del Consejo, *relativa a la protección de los adquirentes en los contratos de utilización de bienes inmuebles en régimen de tiempo compartido* (DO C, núm. 222, de 29 de agosto de 1999); en este particular, resulta ilustrativo el Dictamen del Comité Económico y Social, en el que se reprochaba haber optado por un mecanismo que se alejaba del ya previsto en el art. 5 de Dir. 577/85 (DO C, núm. 108, de 19 de abril, de 1999).

mente con un mecanismo de protección del consentimiento contractual¹⁰¹. No se trata de una garantía más ante la posible falta de conformidad del producto. Para verificar esto último se requiere, lógicamente, de la entrega del bien; para desistir, no. Por ello, aun cuando el consumidor aún no lo haya recibido, qué duda cabe que, si quiere, ya puede desistir del contrato^{102, 103}. En segundo lugar, esta configuración también se corresponde con el carácter instrumental o accesorio, no autónomo, de la obligación de información y documentación relativa al derecho. Es para que el consumidor pueda ejercer su derecho que se impone al profesional el deber de informarle de la posibilidad de desistir, sus condiciones de ejercicio y efectos. Sería totalmente ilógico que, omitida aquella información mas habiendo tenido conocimiento de la facultad legal de desistimiento por otros medios, el consumidor no pudiera desistir válidamente en tanto perdurara el incumplimiento del deber profesional de información. Ello implicaría supeditar el desistimiento

¹⁰¹ En su génesis, la facultad de desistimiento se configuró como un mecanismo de protección del consumidor (mejor, de su consentimiento) ante el riesgo de captación de su voluntad. Este riesgo aparece, en especial, en determinadas modalidades de contratación o se asocia al empleo de determinadas prácticas comerciales, utilizadas preferentemente en determinados sectores de la contratación (así, por ejemplo, en el ámbito de la contratación domiciliaria, concurre la imprevisión de un consumidor sorprendido por la visita del profesional y la habilidad negociadora de este último –véase, a propósito de ello, 4.º Considerando Dir. 1985/577 y, para el derecho norteamericano, el documento de la Federal Trade Commission, *Cooling-off period for door-to-door sales*, cit, pp. 22937 y 22938–). Este riesgo de captación de la voluntad, sin embargo, no trasciende al régimen jurídico de la facultad de desistir. Dado que se trata de una facultad *ad nutum*, su válido ejercicio no precisa ni probar la captación sufrida, ni siquiera alegar que se ha sufrido una (véase STJ-CEE, de 22 de abril de 1999 (Asunto C-423-97, *Travel Vac, S.L, Manuel José Antelm Sanchis*). Esta circunstancia, por lo demás, más allá de constatar la distancia que media entre la facultad de desistimiento y el sistema legal de vicios del consentimiento, permite relativizar la importancia de su fundamento. Llega a relativizarse hasta el punto que es el propio legislador el que la atribuye en supuestos en los que, *típicamente*, aquel riesgo no existe o en los que no se aprecia *especialmente* (así, por ejemplo, en el ámbito de la contratación de viajes combinados o en el de la contratación a distancia cuando la iniciativa es del propio consumidor).

¹⁰² Con lo que se afirma en el texto no pretende defenderse que vincular el *dies a quo* a la recepción del bien convierte la facultad de desistimiento en un mecanismo más de reacción ante la falta de conformidad del bien. *Prácticamente* puede llegar a desempeñar esta función: si el producto no es conforme y la facultad no ha caducado, el consumidor-comprador podrá desistir o atender al art. 114 RDL 1/2007. Con todo, la principal diferencia entre ambas vías subsiste: el carácter *ad nutum* de la facultad de desistimiento facilita la desvinculación contractual aun cuando el producto fuere conforme con el contrato y aun cuando reúna las calidades esperadas, sea del gusto y responda a las expectativas del comprador. Esto último permite distinguir los contratos con facultad de desistimiento de la compraventa a prueba o *ad gustum* (art. 1453 CC).

¹⁰³ En la SAP Huelva, de 1 de abril de 2004 (JUR 2004/200682) fue el propio consumidor el que se negó a recibir el producto. El Tribunal, tras afirmar inicialmente que «(...) las clases no se recibieron y el temario no se entregó, por lo tanto nos encontramos en una fase aún previa a aquella en la que es posible ejercitar el derecho de revocación» [FJ.º 2.º, e), 3.º pár.], acaba concluyendo que: «(...) es posible estimar que la conducta del demandado al no hacerse cargo de la remesa del temario de oposiciones equivale a una revocación en toda regla» (FJ.º 2 in fine).

del consumidor a la voluntad del profesional, que debería limitarse simplemente a no informar para impedir aquel ejercicio (así, impidiendo, de hecho, el inicio del cómputo) o para provocar su caducidad¹⁰⁴.

La configuración propuesta del *dies a quo* para desistir (a saber: *siempre* a partir de la perfección del contrato) encontraba refrendo legal en el art. 5 LCFEM, a cuyo tenor: «*el consumidor podrá revocar (...) hasta pasados siete días contados desde la recepción*». El precepto no establecía «a partir de cuando» podía desistirse válidamente del contrato sino que se limitaba a señalar el «hasta cuándo» era aquello posible. No se impedía desistir antes de la recepción, pero sí hacerlo transcurridos siete días desde que se hubiere verificado. Era, de hecho, el esquema que también seguía el art. 9.4 LVV y sigue el art. 160 RDL 1/2007: sigue siendo posible dejar sin efecto el contrato «*en cualquier momento*» (se entiende, desde la celebración) pero siempre antes de la salida. A esta lógica obedece también el art. 6.3 Dir. 2008/122. Se trata, en fin, de un esquema generalizable a todo supuesto de reconocimiento legal de la facultad de desistir que, por lo demás, permite una relectura de la función que realmente acomete el *legalmente* presentado como *dies a quo* del plazo para desistir. No implica que no pueda desistirse válidamente antes de ese día y, en consecuencia, no se trata *stricto sensu* del *dies a quo* determinante del momento a partir del que puede ejercerse el derecho¹⁰⁵. Se trata, por el contrario, de un ele-

¹⁰⁴ Declara que la posibilidad de desistir existe desde que el consumidor tiene conocimiento de su derecho la SAP Cantabria, de 17 de octubre de 2002 (JUR 2003/52): «...*Si el período de revocación de siete días previsto en el artículo 5 de la ley citada comienza a computarse desde el momento en que el deudor es informado de ese derecho, la exigencia de entrega del documento de revocación y de un ejemplar del contrato cobra sentido por la forma de poner en conocimiento del comprador cómo puede ser dejado sin efecto el contrato. En el presente caso, al no haber sido entregada dicha documentación al demandado, no comenzó el cómputo del plazo para la revocación del contrato sino cuando fue informado de ese derecho, que no consta que fuese con anterioridad al momento en que decidió devolver la obra y demás objetos que había adquirido, realizando actos que demostraban su voluntad de revocación del contrato*».

Contempla un supuesto de ejercicio de la facultad de desistimiento pese al incumplimiento del deber profesional de informar acerca de ella, el art. 11 [apartados 1 y 2 a)] LCDSF.

¹⁰⁵ ¿Puede impugnarse un contrato antes de su consumación (art. 1301, 3.º párr. CC) si antes de ese momento el contratante descubre el error padecido? Entiende DELGADO ECHEVARRÍA que no [véase en Manuel ALBALADEJO (coord.), *Comentarios al Código civil*, cit, tomo XVII, vol.2.º, Madrid, Edersa, 1981, p. 256). Sin embargo, su opinión descansa en la interpretación de la «acción de nulidad» ex art. 1301 CC como una «acción de restitución»; de ahí que el legislador vincule el inicio del plazo para interponerla con el momento de la consumación del contrato «*porque más atrás sería imposible ir, pues antes de consumado el contrato no podrá pedirse restitución, que es lo que el legislador tiene in mente cuando habla de «acción de nulidad» (...) Lo que no impide, naturalmente, que con anterioridad a la ejecución del contrato pueda alegarse la causa de la anulación siempre que ello sea necesario, señaladamente para oponerse al cumplimiento exigido por la otra parte*» o, añadimos, para liberarse de las obligaciones asumidas. Según el autor, esto últi-

mento imprescindible para calcular el *dies ad quem*: el «hasta cuándo» puede desistirse. A efectos de fijarlo, la ley opta por establecer un determinado plazo a contar desde un determinado momento (el hasta ahora identificado como *dies a quo*).

3.1.2.2 El plazo para desistir y la ejecución del contrato

El TJCEE, en la Sentencia recaída en el asunto C-412/06 (*Annelore Hamilton v. Volksbank Filder eG*), determinó que era conforme con el derecho comunitario una disposición nacional que limitaba en el tiempo el ejercicio de la facultad de desistimiento pese a que el consumidor había recibido información errónea o insuficiente acerca de ella. Se trataba de un contrato de crédito de larga duración que se había ejecutado en su integridad^{106, 107}. En opinión del Tribunal, la ejecución íntegra del contrato (y, con ella, la extinción de las obligaciones por cumplimiento) casan mal con una medida que tiende, precisamente, a facilitar al consumidor la reconsideración, y su liberación, de las «obligaciones» que resultan del contrato (Considerando 5.º, art.5.2 Dir. 577/85) o, en fin, la desvinculación el «compromiso» asumido (art. 5.1 Dir. 577/85) (apartados 41.º, 42.º y 43.º STJCEE *Hamilton v. Volksbank*). La Sentencia sugiere algunas observaciones, a saber: a propósito del fundamento del fallo, a propósito de la naturaleza del contrato afectado y su estadio ejecutivo (bienes/servicios; cumplimiento total/parcial) y, en fin, en relación a los deberes profesionales de información acerca de la facultad de desistir.

– El argumento esgrimido por el Tribunal es, sin duda, excesivamente literal. Baste para avalarlo un solo contraargumento: los art. 1.4 y 5 Dir. 577/85 permiten también «rescindir» la oferta emitida por el consumidor¹⁰⁸. La disposición sólo cobra sentido en la

mo se alcanzaría con una acción declarativa de nulidad, que es distinta a la prevista en el art. 1301 CC.

¹⁰⁶ En el 45.º Considerando de la Sentencia, sin embargo, el Tribunal llega a afirmar que es conforme con el derecho comunitario «una medida que dispone que la ejecución completa por las partes de las obligaciones que se derivan de un contrato de crédito de larga duración lleva a la extinción del derecho de desistimiento».

¹⁰⁷ Véase un comentario en Martin EBERS, «¿Extinción del derecho de desistimiento de un contrato celebrado fuera de establecimiento mercantil tras la completa ejecución de las prestaciones? Anotaciones a la STJCEE (Sala Primera), Sentencia de 10 de abril de 2008, Asunto C-412/06 (*Annelore Hamilton c. Volksbank Filder eG*)», *ADC*, tomo LXII, 2009, pp. 1151 y ss.

¹⁰⁸ Los arts. 1.4 y 5 Dir. 85/577 no permiten rescindir la oferta en cualquier circunstancia sino «cuando el consumidor esté vinculado» por ella (art. 1.4 Dir. 577/85 *in fine*). Esta idea de «vinculación» cabría asociarla a la idea de irrevocabilidad que, por lo común y tratándose de una oferta contractual, vendrá dada por la perfección del contrato (antes de este momento, será posible retirarla o revocarla según se haya perfeccionado o no la propia declaración) (véase dicha asociación en Ricardo GALLART CASES, «El problema de la fuerza vinculante de la oferta», *RJC*, septiembre-octubre, 1959, pp. 657 y 658). Ocurre, sin

medida en que aún no existe contrato; de haberlo, regiría la regla general y la facultad de desistimiento vendría referida a él. Si ello es así, en la hipótesis que se describe tampoco existirían, estrictamente, «obligaciones» a reconsiderar. Aún no habrían nacido^{109, 110}.

– La STJCEE anuda la extinción del derecho a desistir a la ejecución total o íntegra del contrato. De ello y del argumento utilizado resultaría: en primer lugar, que la ejecución sólo parcial no afectaría a la subsistencia del derecho (la presupone el art. 7 Dir. 577/85); en segundo lugar, que el argumento de fondo (la extinción de las «obligaciones» por ejecución íntegra del contrato) no distingue según el objeto del contrato sean bienes o servicios¹¹¹. A propósito de éstos, el derecho comunitario proporciona otros incidios acerca de cuál sea el régimen aplicable en caso de ejecución del contrato. Lo hace, especialmente, a propósito de la contratación a distancia y ofreciendo, precisamente, un régimen no

embargo, que si aquella vinculación se hace depender de la perfección del contrato, hubiera bastado con permitir el desistimiento de este último. En este contexto, o bien se reconduce la aplicación del supuesto a las ofertas emitidas y perfeccionadas como «irrevocables» (en cuyo caso el precepto, a pesar de dicha «irrevocabilidad» o «vinculación» permitiría el ejercicio de la facultad de desistimiento), o bien intenta explicarse aquella «vinculación» desde otra óptica: así, desde la de la «exigibilidad» de lo ofertado en caso de perfeccionarse el contrato. Se diría que toda oferta, revocable o no, vincula al oferente en la medida en que, si es aceptada, será exigible (véase, por ejemplo, art. 16 LCC; art. 8.2 LDAT).

¹⁰⁹ Un segundo argumento lo proporcionaría el art. 7 Dir. 577/85. El precepto se remite a la legislación nacional a fin de disciplinar la restitución de los bienes recibidos por el consumidor o el abono de cantidades satisfechas por éste. La disposición, pues, no excluiría que el contrato se hubiere ejecutado con anterioridad al ejercicio de la facultad de desistir; antes bien, presupone dicha ejecución (que, como mínimo, será parcial) (a propósito de ello, véase el comentario de la Comisión al art.8 de la Propuesta [COM (76) 544]). El precepto, en su primer apartado, afirmaba que: «*Si le consommateur exerce son droit de révocation, tous les paiements effectués doivent être remboursés et les marchandises reçues sont restituées au commerçant aux frais et risques de ce dernier*». La Comisión constataba que el precepto partía de la ejecución parcial o total del contrato: «*Cet article concerne la révocation des contrats qui ont déjà été exécutés en tout ou en partie avant le consommateur n'exerce son droit de révocation*»).

¹¹⁰ A propósito de la Propuesta de Directiva sobre derechos de los consumidores, el art. 15 también define la facultad de desistimiento a partir de la existencia de «obligaciones». Sin embargo, el art. 17.2. *in fine* podría confirmar su subsistencia pese a la ejecución íntegra del contrato (véase *infra*, en este mismo apartado).

¹¹¹ La Dir 577/85 no proporciona, en este particular, ninguna regla especial para el caso de contratación de servicios que, por el contrario, sí se aluden en su texto (véase, art. 3.2.c). Tampoco el derecho interno pese a incluirse expresamente en su ámbito de aplicación (arg. *ex art.* 110 RDL 1/2007 *in fine*) (véase, en general, acerca de la obligación de informar acerca de las modalidades de restitución del «servicio recibido», el art. 69.1 RDL 1/2007). La jurisprudencia ha admitido expresamente la aplicación de la LCFEM a contratos en los que la prestación de servicios es objeto de una obligación accesorio (véase, la SAP Barcelona, de 18 de noviembre de 1996 (AC 1996/2159), que sujeta a la LCFEM la contratación de un curso de idiomas y configura, como prestación principal, la entrega de los materiales y, como accesorio, los «servicios de corrección y control». Precisamente, el TJCEE, en su Sentencia de 22 de abril de 1999 (Asunto *Travel Vac*), abogó por la aplicación de la Dir. 577/85 a un contrato de «multipropiedad» basándose en que el valor de los «servicios contratados» excedían del valor del derecho a utilización del bien inmueble).

uniforme. Permiten su estudio los arts. 6.3 Dir. 97/7 (véase, 102 RDL 1/2007 y, con anterioridad, disposición adicional 1.ª LOCM) y 6.2.c y 7.1 Dir. 2002/65 (véase arts. 10.2 c y 11.1 y 2 LCDSF). A tenor del primero, no se reconocerá al consumidor el derecho a desistir del contrato «(...) cuya ejecución haya comenzado, con el acuerdo del consumidor, antes de finalizar el plazo de siete días laborables». La disposición rige «salvo que las partes conviniesen en otra cosa»¹¹². El precepto que, por una parte anuda la ejecución iniciada o parcial con la pérdida de la facultad de desistir, avalaría sin embargo la posibilidad de desistir de un contrato parcialmente ejecutado (así, mediante pacto sobre el particular¹¹³). Y acreditaría, además, un segundo extremo: que, en sede de contratación de servicios a distancia, la obligación del profesional se configura legalmente como una obligación sujeta a término y, en concreto, a un término previsto en beneficio del consumidor¹¹⁴. De ahí que, sólo renunciando a él, sea posible dar inicio a la ejecución antes de su vencimiento.

En el contexto de la Dir. 2002/65 y de la LCDSF, el régimen es otro. El simple inicio de ejecución consentida no determina *per se* la pérdida de la facultad de desistir. Este efecto requiere, por el contrario, que dicha ejecución se hubiere llevado a cabo «en su totalidad», «por ambas partes» y «a petición expresa del consumidor»¹¹⁵ (art. 6.2.c Dir. 2002/65¹¹⁶; art. 10.2.c LCDSF). La ejecución parcial o simplemente iniciada del contrato sólo

¹¹² El texto procede del art. 12 de la Propuesta modificada de Directiva (DO C 308, de 15 de noviembre de 1993, pp. 18 y ss.). El precepto, sin embargo, se limitaba a descartar el derecho de resolución en caso de contratos que hubieran iniciado su ejecución; no exigía que dicho inicio fuera consentido. Tampoco aparecía dicha exigencia en la Propuesta de Directiva (DO C 156, de 23 de junio de 1992, pp. 14 y ss.) que, sin embargo, sólo declaraba inaplicable el art. 11 a «los servicios cuando una *parte esencial* de la prestación de los mismos haya empezado o deba empezar antes de finalizar el plazo de siete días».

¹¹³ Quedaría por ver si tal pacto puede ir más allá de la conservación de la facultad de desistir para el caso de ejecución parcial del contrato y alcanzar, por ejemplo, a su mantenimiento para el caso de ejecución total. Por lo demás, y para el caso de pacto relativo a la ejecución sólo parcial, el precepto nada prevé a propósito de sus efectos (así, por ejemplo, el pago del servicio prestado; en este sentido, véase lo que se indica a continuación en el texto a propósito de los arts. 7 Dir. 2002/65 y 8.2 2008/122).

¹¹⁴ Literalmente, sin embargo, el precepto alude, no tanto al inicio de ejecución de la obligación asumida por el profesional (o inicio de la ejecución del servicio), sino al comienzo de ejecución «del contrato de prestación de servicios». Una aplicación estricta de la norma excluiría la facultad de desistimiento en aquellos supuestos en que el principio de ejecución se apreciara desde el punto de vista del consumidor: así, por haber «iniciado» el cumplimiento de su obligación de pago. Sin embargo, una interpretación lógica de la norma permite concluir que se refiere a la obligación de hacer asumida por el profesional: en otro caso, carecería de sentido el requisito de la ejecución *consentida*.

¹¹⁵ En el supuesto de hecho previsto en el art. 6.2.c Dir. 2002/65 (véase, también, art. 7.3 *in fine*), y si se atiende a su estricta literalidad, parece que la intervención del consumidor no debe limitarse simplemente a «consentir» la ejecución (basta con ello, por el contrario, en el art.7.1), sino a solicitarla. La iniciativa debe ser suya y «expresa».

¹¹⁶ Véase, también, art. 5:201 (5) *Acquis Principles*.

modaliza los efectos del desistimiento: más allá de la restitución de las cantidades que eventual y recíprocamente se hubieren satisfecho, el proveedor podrá exigir al consumidor el pago del servicio realmente prestado (art 7.1 Dir. 2002/65; art.11.1 y 2 LCDSF) ¹¹⁷.

Siendo ello así, el régimen que resulta del art. 19.1 (a) y 2 de la Propuesta de Directiva *sobre derechos de los consumidores*, a propósito de las excepciones al derecho a desistir en la contratación a distancia, coincide con el de la Dir. 97/7 sin que, por lo demás, la Propuesta extienda su aplicación a la contratación fuera de establecimiento mercantil. De ello resultaría, *a contrario*, que en este último ámbito el cumplimiento parcial del contrato no extinguirá la facultad de desistir ¹¹⁸. La cuestión se suscita a tenor del art. 17.2 *in fine* de la Propuesta. El precepto, que exime al consumidor de todo coste por los servicios ejecutados durante el período de desistimiento, avalaría también la posibilidad de desistir del contrato celebrado fuera de establecimiento mercantil, incluso, una vez ejecutados los servicios «*de forma total*» ¹¹⁹. Seguramente, más allá del argumento literal en el que se basa la STJCEE *Hamilton*, la reticencia a admitir la facultad de desistimiento una vez ejecutado íntegramente el contrato debe explicarse por su falta de sentido y utilidad para el consumidor, especialmente si la prestación recibida son servicios y si el ejercicio de la facultad de desistimiento conlleva la obligación de restituir su valor, coste o precio. En la medida en que dicho valor coincida con la cantidad abonada al profesional

¹¹⁷ Pago que será inexigible en cualquiera de las circunstancias previstas en el art. 11.2 LCDSF, a saber: «a) *Si no demuestra que le ha facilitado la información exigida en el art. 7.1.3, a); b) Si inicia la ejecución del contrato, sin haberlo solicitado el consumidor, antes de que expire el período de desistimiento*».

¹¹⁸ Tampoco en las Dirs. 2008/122 y 2008/48. En la primera, la referencia la proporcióna el art. 8.2, a cuyo tenor: «*En caso de que el consumidor ejerza el derecho de desistimiento, no soportará coste alguno ni estará obligado a pagar ningún precio correspondiente al servicio que pudiera haberse llevado a cabo antes de la fecha del desistimiento*». El espíritu de la norma parece descartar, *en todo caso*, la facultad de exigir al consumidor precio alguno por la ejecución parcial del contrato (compárese la norma, por ejemplo, con el art. 7.3 Dir. 2002/65; véase, también, Considerando 12.º Dir. 2008/122). En la segunda, el régimen pasa por admitir el desistimiento en caso de cumplimiento parcial con asunción de costes para el consumidor [art. 14.3.b)], salvando las disposiciones nacionales que puedan establecer un plazo antes de cuyo vencimiento no pueda darse ejecución al contrato (art. 14.7).

¹¹⁹ Véase, también, a propósito del cumplimiento íntegro de los servicios como circunstancia no obstativa de la facultad de desistimiento, el Considerando 27 *in fine* y el art. 13 *in fine* de la Propuesta de Directiva. De su lectura conjunta resulta que en caso de incumplimiento de los deberes profesionales de información relativos al derecho de desistir, la prórroga de 3 meses prevista para su ejercicio se computa a partir de la ejecución íntegra de los servicios. A la luz de lo que hoy por hoy sólo es una Propuesta de Directiva, baste señalar que la ejecución de los servicios «*de forma total*» no equivale al cumplimiento íntegro o total del contrato, que depende también del cumplimiento de la obligación de pago de su precio.

y que éste deberá también restituir al consumidor, en esa misma medida carecerá de interés desistir ¹²⁰.

– En la STJCEE *Hamilton* la ejecución total del contrato determina la extinción de la facultad de desistir pese a haberse informado erróneamente al consumidor acerca de ella. De este modo, el STJCEE relativiza extraordinariamente la doctrina sentada en la también STJCEE *Heininger*; de su lectura conjunta resulta que en caso de falta del profesional a su deber de información y/o documentación relativa al derecho de desistimiento, el plazo que se concede al consumidor para ejercerlo es ilimitado salvo que el profesional proporcione o subsane aquella información, o salvo que el contrato se ejecute en su totalidad. Esto último se estima injustificado. El argumento de la seguridad jurídica es el que, en su caso, ha traído a colación el legislador comunitario a efectos de limitar en el tiempo el plazo para desistir en supuestos de incumplimiento de los deberes profesionales de información ¹²¹. La ejecución íntegra del contrato como causa extintiva de las obligaciones y, en consecuencia, de la facultad de desistimiento es, por el contrario, un argumento técnico-jurídico que debilita, sin duda, la protección del consumidor y no necesariamente en aras de aquella seguridad ^{122, 123}.

¹²⁰ Es por lo indicado en el texto que se cree que nada obsta –ni siquiera la *inexistencia de obligaciones a reconsiderar*– a admitir la facultad de desistimiento en caso de ejecución total del contrato relativo a la entrega de bienes. Otra cosa es, por ejemplo, que en caso de imposibilidad de restitución por causa imputable al consumidor, deba éste restituir el precio de adquisición (así, si el valor de mercado del bien en el momento del ejercicio del derecho de desistimiento es superior al de adquisición (art. 75.1, 2.º pár. RDL 1/2007). Dado que las cantidades que consumidor y profesional deberán restituirse recíprocamente coincidirán, probablemente decaerá el interés por desistir.

¹²¹ Así, en Considerando 27 de la Propuesta de Directiva *sobre los derechos de los consumidores*.

¹²² Es cierto que el contrato controvertido en la STJCEE *Hamilton* era de larga duración y que, por ello, el pronunciamiento del Tribunal no puede extenderse, sin más, a cualquier otro (así, por ejemplo, a los contratos de ejecución inmediata). Ocurre, sin embargo, que el argumento principal del Tribunal (la extinción de las obligaciones por su cumplimiento) sería defendible también en cualquier otro caso.

¹²³ En cualquier caso, si la ejecución parcial o total del contrato es causa extintiva de la facultad de desistimiento, el consumidor debe ser informado de tal circunstancia. Se tratará de un dato (y, por cierto, especialmente relevante), cuya omisión debe desencadenar los efectos que se anudan a cualquier otro incumplimiento de los deberes de información relativos al derecho (así, por ejemplo, la prórroga de la facultad). El consumidor que desconoce que el cumplimiento total del contrato determina la pérdida de la facultad no puede verse privado de ella precisamente porque el contrato se ejecuta en su integridad. A mayor abundamiento, una protección efectiva del consumidor pasaría, además, por suspender la eficacia del contrato durante el período de desistimiento. En los supuestos en los que la recepción del bien determine el inicio del cómputo del plazo para desistir (lo que implicará ya de por sí cumplimiento parcial del contrato), la obligación de pago del precio debería configurarse, total o parcial, como inexigible durante aquel período.

3.2 Desistir «a tiempo»: la carga de la prueba

Corresponde al consumidor acreditar el ejercicio tempestivo de su facultad de desistimiento (art. 72 RDL 1/2007). Sin embargo, la cuestión no es tan simple si el plazo varía según se hayan cumplido o no los deberes profesionales de información y documentación. En este último caso, el plazo puede prorrogarse o configurarse como indefinido. La prueba del ejercicio tempestivo de la facultad de desistimiento exigiría, en estos casos, acreditar que no se recibió aquella información. Pero ¿cómo probar un hecho negativo? La dificultad probatoria y la voluntad de dispensar una protección efectiva al consumidor justifican, en estos supuestos, una inversión de la carga de la prueba de modo que corresponda al profesional acreditar que cumplió puntualmente con sus obligaciones y, en su caso, la extemporaneidad del desistimiento (arg. *ex* arts. 69.2, 111.1 *in fine* RDL 1/2007)¹²⁴. La cláusula contractual por la que se invierta este régimen será nula por abusiva (art. 88.2 y 3 RDL 1/2007).

¹²⁴ Véase, también, art. 11.2 *a* LCDSF, a propósito de carga de probar el cumplimiento del deber de información a efectos de poder exigir el pago de los servicios prestados. Con carácter más general, véase art. 17 LCDSF.