

Novedades introducidas por la ley 3/2014, de 27 de marzo, en el TRLGCU: ¿un nuevo régimen jurídico general del derecho de desistimiento del consumidor?.

BIB 2014\3513

Iris, Beluche Rincón. Profesora Titular de Derecho Civil. Universidad Carlos III de Madrid

Publicación:

Revista de Derecho Patrimonial num.35/2014

Editorial Aranzadi, S.A.U.

1. Introducción

La transposición de la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los Derechos de los Consumidores¹, operada por la Ley 3/2014, de 27 de marzo², ha traído consigo notables cambios en el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, en adelante TRLGCU)³. Se observa que, pese a la declaración de nuestro legislador, en el propio preámbulo de la Ley, de que el «principio de mínima reforma de la actual normativa» ha sido uno de los criterios preferentes seguidos en la transposición, numerosos artículos del texto de 2007 han sido enmendados⁴y, además, se aprecia que el redactor de la ley no se ha limitado a incorporar la Directiva a nuestra Ley General, también se ha servido de la coyuntura para introducir modificaciones y disposiciones *ex novo* a las que no venía obligado por la norma europea. En este pequeño trabajo, es nuestro propósito, tras una breve mención de las –que hemos considerado– novedades más significativas introducidas por la Ley 3/2014 en el TRLGCU de 2007, detenernos concretamente en cómo la trasposición ha repercutido en la regulación general del derecho de desistimiento, a fin de determinar si las modificaciones operadas traen o no consigo un nuevo y menos confuso régimen jurídico de este derecho.

¹ Un buen esquema y análisis puede verse enMarín López, «La Directiva 2011/83/UE: esquema general, ámbito de aplicación, nivel de armonización y papel de los estados miembros», *Revista CESCO de Derecho del consumo*, nº 1/2012 (www.revista.uclm.es/index.php/cesco), donde se pone de manifiesto que esta Directiva está basada, aunque con excepciones, en el principio de *armonización plena* –o, en otros términos,

es una *Directiva de máximos* – (que prohíbe a los estados miembros mantener o adoptar disposiciones divergentes de las establecidas en la Directiva) y constituye la primera Directiva de *carácter horizontal*, en la medida en que se aplica a todos los contratos celebrados entre empresarios y consumidores, sin perjuicio de que contenga disposiciones que sólo afectan a determinados contratos (contratos a distancia y contratos celebrados fuera del establecimiento) (pág. 10).

2 Nótese que, en cumplimiento a la normativa comunitaria, la ley debería haberse aprobado antes del 13 de diciembre de 2013.

3 La trasposición de la Directiva mediante una ley que reformase los preceptos del TRLGDCU de 2007 incompatibles con la misma era, dentro de las posibles opciones, la más previsible, aunque no exenta de dificultades, tales como la coordinación de sus distintos ámbitos de aplicación (Cordero Lobato «¿Cómo trasponer la Directiva de consumidores al Derecho español?», *Revista CESCO de Derecho del consumo*, nº 1/2012 (www.revista.uclm.es/index.php/cesco)).

4 Sin olvidar que La Ley 3/2014 –aunque contiene un *Artículo único* sobre la *Modificación del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado mediante Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre* – ha reformado en sus –13– *Disposiciones finales* numerosas Leyes (Ley 3/1991 de Competencia Desleal, Ley 7/1996 de Ordenación de Comercio Minorista, Ley 34/1988 General de Publicidad, Ley 16/2011 de Contratos de Crédito al Consumo, Ley 44/2003 de Ordenación de las Profesiones Sanitarias, Ley 16/2003 de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud, Ley 33/2011 General de Salud Pública, Ley 14/1986 General de Sanidad, Ley 24/2013 del Sector Eléctrico, Ley 28/2005 de Medidas Sanitarias frente al tabaquismo y reguladora de la venta, el suministro, el consumo y la publicidad de los productos del tabaco); y además, en su *Disposición Derogatoria única* deja, expresamente, sin efecto cuantiosas normas (arts. 39 a 48 de la Ley 7/1996 de Ordenación de Comercio Minorista, Artículo 5.4º de la Ley 7/1998 sobre Condiciones Generales de la Contratación, el Real Decreto 1906/1999 por el que se regula la contratación telefónica o electrónica con condiciones generales en desarrollo del artículo 5.3 de la Ley 7/1998 de Condiciones Generales de la Contratación) y, tácitamente, cuantas normas de igual o inferior rango se opongan a lo dispuesto en ella.

2. Algunas novedades significativas en el TRLGDCU

Tras la trasposición de la Directiva 2011/83/UE por la Ley 3/2014, el TRLGDCU presenta señaladas novedades. Sin ánimo de exhaustividad, inicialmente, se modifican las definiciones de los principales implicados en las relaciones de consumo. El artículo 3, que contiene el concepto general de consumidor y usuario, incluye como tales a las *personas jurídicas* –lo que no es nuevo–, pero añadiendo la exigencia de que –y, esto es lo novedoso– *actúen sin ánimo de lucro*⁵, así como a las *entidades sin personalidad jurídica* que igualmente *no persigan un fin lucrativo*⁶; obviamente, en ambos casos, siempre que su actuación sea en un ámbito ajeno a una actividad empresarial⁷. También el concepto de empresario, contenido en el artículo 4, resulta alterado al añadirse que se considerará como tal a toda persona física o jurídica, pública o privada que actúe directamente o –se incorpora– *indirectamente empleando auxiliares de cumplimiento* con un propósito relacionado con su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión⁸.

5 Ya no serán posibles por tanto pronunciamientos como el de la [STS de 13 de noviembre de 1995 \(RJ 1995. 8601\)](#) que consideró de aplicación el artículo 10 de la Ley 26/1984 General para la defensa de los consumidores y usuarios en un contrato de arrendamiento financiero celebrado entre dos sociedades anónimas. El nuevo texto de 2014 impide que cualquier persona jurídica, mercantil o civil, con ánimo de lucro sea considerada consumidor.

6 Incluiría, por tanto, a comunidades de propietarios y excluiría a otras entidades sin personalidad constituidas pero constituidas con evidente propósito de lucro (v. gr. comunidades de bienes creadas para operar en el mercado).

7 La nueva redacción dada al artículo 3 TRLGDCU carece de antecedentes en la Directiva 2011/83/UE, lo que no constituye ningún incumplimiento aunque sea una directiva de máximos o armonización plena, pues al tratarse de sujetos no incluidos en el ámbito de aplicación de la misma, se trata de una materia no armonizada, sobre la que los Estado miembros pueden libremente regular (Marín López, «El "nuevo" concepto de consumidor y empresario tras la Ley 3/2014, de reforma del TRLGCU», *Revista CESCO de Derecho del consumo*, nº 9/2014, pág. 13 (www.revista.uclm.es/index.php/cesco)).

8 Debido a la división del trabajo, necesariamente el empresario tiene con frecuencia que servirse de terceros para el cumplimiento de las prestaciones a las que se obliga, por lo que no parece irrazonable su mención; ahora bien, no era a nuestro parecer necesaria puesto que es indudable que la actuación de los auxiliares de cumplimiento no es sino una prolongación de la actividad del empresario deudor.

Continuando con los conceptos, debe destacarse que, siguiendo el ejemplo de la Directiva 2011/83/UE (art. 2), se añade al TRLGDCU un artículo 59 bis que –con gran utilidad a nuestro parecer– incorpora al texto ex novo definiciones sobre lo que debe entenderse por *contrato de venta, contrato de servicios, contrato complementario, garantía comercial, establecimiento mercantil, subasta pública*, etc. Con buen sentido, se trata de que los consumidores y comerciantes dispongan de conceptos jurídicos claramente definidos.

Al margen de ello, puede afirmarse que, en general, la Ley 3/2014 opera un refuerzo de los derechos de los consumidores que se manifiesta en materia de información precontractual⁹. Sirvan de muestra los ejemplos que a continuación se refieren. El, a nuestro juicio, mejorado artículo 60, en su párrafo 1, impone al empresario la obligación de *facilitar* al consumidor –no se trata ya de la mera puesta a disposición anteriormente exigida– la información sobre las características *principales* del contrato (*salvo que resulte manifiesta por el contexto*)¹⁰, debiendo hacerlo, *al menos, en castellano* (párrafo 4)¹¹. Además, como menciones informativas novedosas, el artículo 60 exige que debe expresamente comunicarse v. gr, *la forma en que se determinará el precio si, dada la naturaleza de los bienes o servicios, no puede ser calculado razonablemente de antemano, así como la forma de determinación de los gastos adicionales de transporte, de entrega*, etc. (párrafo 2 c); *los procedimientos* –y no la mera fecha– de pago, entrega y ejecución (párrafo 2 d); *las condiciones de resolución, si el contrato es de duración indeterminada o se prolonga automáticamente y, en su caso, la existencia de compromisos de*

permanencia o vinculación de uso exclusivo de los servicios de un determinado prestador, con la indicación de las penalizaciones en caso de baja (párrafo 2 f); *el procedimiento para atender las reclamaciones –y no meramente la dirección donde pueden presentarse las quejas–* (párrafo 2 k); etc.

9 Aunque se ha opinado que las novedades introducidas no son de gran calado (Zurrilla Cariñana, «la reforma de los artículos 60 y 97 en la Ley de modificación del TRLGDCU ¿hay algo nuevo que merezca la pena?», *Revista CESCO de Derecho del consumo*, nº 9/2014, pág. 62) (www.revista.uclm.es/index.php/cesco).

10 Nótese que nuestro legislador se limita a reiterar el término «facilitar», que emplea la Directiva 2011/83/UE (art. 5.1), sin más especificaciones al respecto. Pensamos que no hubiera estado de más añadir la exigencia de que fuera en soporte papel o soporte duradero accesible al consumidor; requerimientos que no son nuevos para él (véase art. 9 de la Ley 22/2007, de 11 de julio, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores).

11 La Directiva 2011/83/UE, en su Considerando 15, expresa que no es su cometido armonizar los requisitos lingüísticos aplicables a los contratos celebrados con consumidores y, por tanto, cada Estado podrá mantener o introducir, en su legislación nacional, requisitos de carácter lingüístico respecto a la información de los contratos y las cláusulas contractuales. Esta previsión se concreta, para los contratos a distancia y fuera del establecimiento en el artículo 6.7: «*Los Estados miembros podrán mantener o introducir, en su legislación nacional, requisitos de carácter lingüístico en relación con la información contractual a fin de garantizar que dicha información pueda ser comprendida fácilmente por los consumidores*».

El reforzamiento de la posición del consumidor también queda patente en nuevas disposiciones que la Ley 3/2014 incorpora al TRLGDCU. Así, entre otras, el artículo 60 bis, en materia de *pagos adicionales*, establece que su aceptación por el consumidor se realizará sobre una base de opción de inclusión, por lo que no es válido el consentimiento deducido de opciones por defecto; el artículo 60 ter, sobre los *cargos por la utilización de los medios de pago y su límite*, impide a los empresarios facturar a los consumidores cargos que superen el coste soportado por él¹²; el artículo 66 bis, en materia de *entrega de bienes comprados mediante un contrato de venta*, dispone que –salvo pacto en contrario– la entrega de los bienes se realizará en un plazo máximo de 30 días naturales que, si resulta incumplido, permitirá al consumidor, en primer lugar, emplazar al empresario al cumplimiento en un plazo adicional adecuado y, en último término, resolver el contrato con el reembolso de las cantidades abonadas (que podrán reclamarse duplicadas si hay un retraso injustificado en la devolución); el artículo 66 ter, en relación al *riesgo de pérdida o deterioro de los bienes*, que disciplina únicamente su transmisión al consumidor una vez que, bien él mismo, bien un tercero por él indicado o bien el transportista individualmente por él elegido, ha adquirido su posesión material o el artículo 66 quarter, sobre *envíos y suministros no solicitados*, que regula su prohibición en general¹³.

¹² Respecto a esta novedad ya se ha afirmado que es una «medida que resultaba muy necesaria por las prácticas abusivas que algunos empresarios despliegan al respecto» (Botana, «Comentario de urgencia a la reforma del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias», *Diario la Ley* nº 8287 de 7 de abril de 2014/www.diariolaley.es).

¹³ En el TRLGDC de 2007 la prohibición de envíos no solicitada jugaba únicamente en los contratos celebrados a distancia (art. 100), por lo que su incorporación con carácter general debe, a nuestro juicio, ser aplaudida.

Asimismo, y con el mismo ánimo tuitivo del usuario, la ley 3/2014 ha modificado la redacción de algunos artículos del TR en materia de cláusulas no negociadas individualmente; así, el requisito de la accesibilidad y legalidad de las mismas no se entenderá cumplido *si el tamaño de la letra del contrato fuese inferior al milímetro y medio, o el insuficiente contraste con el fondo hiciese dificultosa la lectura* (art. 80.1 b) y, además, las empresas estarán obligadas –a instancias de la Administración competente– a *remitir*, como máximo en un mes, las *condiciones generales de sus contratos para su valoración* y, en su caso, sanción (art. 81.1). En relación a las cláusulas abusivas, la redacción del artículo 83 resulta modificada y simplificada, en cuanto que desaparece la facultad del juez nacional de integrar el contrato¹⁴, el cual *seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos siempre que pueda subsistir sin dichas cláusulas*¹⁵. No obstante este nuevo tenor del artículo 83, doctrinalmente resulta discutible que no quepa integrar el contrato y sustituir, por ejemplo, una cláusula de intereses nula por abusiva por otra acorde a la ley general que fija el interés legal del dinero¹⁶.

¹⁴ Con esta modificación se da cumplimiento a la Sentencia de 14 de junio de 2012 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en el asunto C-618 Banco Español de Crédito, en la que interpretó que España –al atribuir al juez nacional facultad de modificar el contenido de las cláusulas abusivas para integrar la parte afectada por la nulidad con arreglo al 1258 CC y al principio de buena fe objetiva– no había adaptado correctamente el derecho interno al artículo 6.1 de la Directiva 93/13/CEE.

¹⁵ Con la abreviada nueva redacción del artículo 83 –que declara la nulidad de las cláusulas abusivas, que se tendrán por no puestas y, si es posible sin ellas, la subsistencia del contrato–se elimina la facultad integradora de la que le juez disponía; nuestro legislador, por tanto, obedece la decisión –ya mencionada– del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de junio de 2012, haciéndose eco en el propio Preámbulo de la ley 3/2014 (III) del decisivo argumento que considera que tal facultad «*contribuiría a eliminar el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el hecho de que, pura y simplemente, tales cláusulas abusivas no se apliquen a los consumidores, en la medida en que dichos profesionales podrían verse tentados a utilizar cláusulas abusivas al saber que, aun cuando llegara a declararse la nulidad de las mismas, el contrato podría ser integrado por el juez nacional en lo que fuera necesario, garantizando de este modo el interés de los empresarios*». Manifiesta Balluguera Gómez que con la reforma del artículo 83 la integración que se impide es únicamente la que se produce en pro del predisponente para llenar el vacío que deja una cláusula abusiva; pero queda en pie y se admite la integración en beneficio de adherentes y personas consumidoras porque es un derecho de las mismas. Así, a modo de ilustración, expresa que, si conforme al artículo 69.1 TRLGDCU el empresario tiene que informar a la persona consumidora de su derecho de desistimiento con ciertas formalidades, la falta de información dará lugar a la integración del contrato a favor

de la misma con un derecho de desistimiento en los términos de los artículos 71.3, 97.1 i) y 105 TRLGDCU. Se trata de un caso de integración contractual por falta de información («Integración de cláusulas declaradas nulas por abusivas: visión general», *Diario La Ley*, nº 8330, 11 de junio de 2014 (www.laley.es)).

¹⁶ Véase la Sentencia de la Sala 4ª TJUE de 30 de abril de 2014 (asunto C-26/2013).

Por otra parte, además de las anteriores novedades en el régimen común aplicable en general a la contratación con consumidores (en el que faltaría detenerse en el –también modificado– derecho de desistimiento, que será objeto de un más detallado análisis posterior), dentro de los regímenes particulares que el TRLGDCU de 2007 establece para los contratos a distancia y los celebrados fuera de establecimiento mercantil, también se aprecian cambios, siendo el primero que bajo un mismo Título III (Libro II) se abordan de forma conjunta ambos contratos, regulando simultáneamente las reglas de información precontractual (art. 97), las consecuencias del incumplimiento de requisitos formales (art. 100: anulabilidad) y el derecho de desistimiento del usuario (art. 102 a 108); no obstante, los requisitos formales de uno y otro están tratados separadamente (art. 98 y 99), así como las reglas relativas a su ejecución (art. 109 a 113).

Todo ello, partiendo de una nueva definición de los contratos a distancia (art. 92.1) que comprende aquellos *celebrados en el marco de un sistema organizado de venta o prestación de servicios a distancia, sin la presencia física simultánea de las partes, y en los que se hayan utilizado exclusivamente una o más técnicas de comunicación a distancia hasta el momento de la celebración del contrato y en la propia celebración del mismo* (entre otras –art. 92.1 *in fine* – *correo postal, internet, el teléfono o el fax*)¹⁷; así como de una nueva definición de contrato celebrado fuera de establecimiento mercantil (art. 92.2) que *«abarca también aquellas situaciones en que se establece contacto personal e individual con el consumidor y usuario fuera del establecimiento, aunque luego el contrato se celebre inmediatamente después en el establecimiento mercantil del empresario o a través de un medio de comunicación a distancia. Las compras realizadas en el curso de una excursión organizada por el empresario durante la cual éste promociona y vende los productos que se adquieren, se consideran también contratos celebrados fuera del establecimiento»*¹⁸.

¹⁷ Tal definición, precisa el propio legislador (Preámbulo II), *«abarca también las situaciones en las que el consumidor y usuario únicamente visita el establecimiento mercantil de la empresa con el propósito de recabar información sobre los bienes o los servicios y la negociación y celebración subsiguiente del contrato tienen lugar a distancia»*; además *«El concepto de sistema organizado de prestación de servicios o de venta a distancia incluye los sistemas ofrecidos por un tercero distinto del empresario pero utilizado por éste, como una plataforma en línea. No obstante no cubre los casos en que las páginas web ofrecen información solamente sobre el empresario, sus bienes o servicios y sus datos de contacto»*. Nótese que este nuevo concepto integra el contenido del artículo 38 de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista; ley pionera en la regulación estatal de ventas a distancia que también ha visto derogados por la

Ley 3/2014 sus artículos 39 a 48.

18 Preámbulo (II) de la Ley 3/2014, de 27 de marzo. Una nueva definición –afirma el legislador– que se justifica en el hecho de que, fuera del establecimiento, el consumidor y usuario podría estar bajo posible presión psicológica o verse enfrentado a un elemento de sorpresa, independientemente de que haya solicitado o no la visita del empresario.

3. ¿Un nuevo régimen general del derecho de desistimiento del usuario?

Partiendo de la base de que la Directiva 2011/83/UE disciplina exclusivamente el derecho de desistimiento en los contratos a distancia y fuera del establecimiento mercantil (arts. 9 a 16), no podemos afirmar que todas las modificaciones e incorporaciones de preceptos *ex novo* que ha sufrido la regulación general del derecho de desistimiento en el TRLGDCU hayan sido fruto de la necesidad de incorporar al Ordenamiento español la Directiva. Ciertamente, lo que ha hecho nuestro legislador ha sido aprovechar el procedimiento de trasposición de la norma europea –que estrictamente, en relación al desistimiento, sólo le exigía adecuar el régimen especial en los contratos a distancia y fuera de establecimiento mercantil– para revisar el régimen común de este derecho e intentar homogeneizar ambas reglamentaciones.

Si, como afirmaba Bermúdez, citando a Cordero Lobato, recién aprobada la Directiva comunitaria, se reflexionaba sobre si el legislador español aprovecharía el procedimiento de trasposición de la norma europea para dotar de mayor coherencia a la regulación del derecho de desistimiento en el TRLGDCU¹⁹, ahora, con la nueva ley 3/2014 «en la mano», tenemos la oportunidad de ver si la criticada disciplina de este derecho²⁰ ha sido realmente ordenada y si las enmiendas e incorporaciones *ex novo* que han sufrido las disposiciones del Texto Refundido que regulan su régimen común nos permiten o no hablar de un nuevo régimen general.

19 «Comentarios al Proyecto de Ley de reforma de la LGDCU. La nueva regulación del derecho de desistimiento a la luz del Proyecto de ley de reforma del TRLGDCU», 29 de noviembre de 2013, www.uclm.es/centro/cesco/comentarios. Pág. 2.

20 La circunstancia de que el TRLGDCU de 2007 sólo integrara algunas de las leyes especiales dirigidas a la protección de los consumidores (permaneciendo vigentes otras muchas), unido a que el propio texto contemplara reglas especiales de desistimiento para determinados contratos que refundía, trajo consigo la coexistencia de hecho de pluralidad de reglamentaciones diferentes para el derecho de desistimiento y afirmaciones tales como que el régimen común previsto era «de todo menos común» (Santos Morón, *Prólogo a Beluche Rincón, El derecho de desistimiento del consumidor*, Valencia, 2009, pág. 10).

3.1. Concepto y ámbito del derecho de desistimiento

Puede constatarse que las modificaciones e incorporaciones operadas en el TRLGDCU por la ley 3/2014 afectan sólo al régimen jurídico del derecho de desistimiento, no viéndose afectados ni su concepto, ni su ámbito de aplicación. El artículo 68 del TR, que contenía –y sigue conteniendo– su definición, no sufre alteraciones por lo que, en idénticos términos, sigue calificándose como una «*facultad del consumidor y usuario de dejar sin efecto el contrato celebrado, notificándose así a la otra parte contratante en el plazo establecido para el ejercicio de ese derecho, sin necesidad de justificar su decisión y sin penalización de ninguna clase*».

Tampoco hay cambios por lo que se refiere a los distintos ámbitos en los que esta facultad puede jugar. Esto es, el derecho a desistir va a seguir favoreciendo al consumidor en el ámbito de aquellas relaciones contractuales en las que de forma convencional le haya sido reconocida tal facultad (bien en la oferta, promoción, publicidad o en el propio contrato)²¹ y en aquellas otras que cuentan con una regulación legal que expresamente se lo atribuya²². Y, además, esta –¿nueva?– regulación general del desistimiento que recoge el TRLGDCU va a seguir teniendo carácter supletorio respecto de las citadas previsiones convencionales o disposiciones legales que particularmente lo reconozcan y regulen.

²¹ El artículo 79 del TRLGDCU, que admite el origen negocial del derecho de desistimiento y fija límites a la autonomía de la voluntad en su reglamentación convencional, no ha sido modificado por la ley 3/2014, lo que, a nuestro juicio, supone una pérdida de la oportunidad de corregir esta incongruente disposición que sólo confunde al intérprete. Como ya manifestamos, que este precepto vincule el desistimiento voluntario con actuaciones en las que el consumidor exclusivamente pruebe la cosa o el servicio para decidir sobre su adquisición, o prohíba las reglas que exijan anticipos de pago, es incongruente con la propia configuración legal de este derecho (ampliamente, Beluche, *El Derecho...* cit., págs. 95 y ss.)

²² Fundamentalmente: contratos a distancia, contratos fuera de establecimiento mercantil (reglamentados en el TRLGDCU, y que tras su nueva redacción dada por la Ley 3/2014 contiene un amplio y conjunto régimen especial del derecho de desistimiento: artículos 102 a 108), pero también otros contratos regulados en leyes especiales como los de compraventa a plazos de bienes muebles, los de aprovechamiento por turno y los contratos a distancia de servicios financieros.

En este escenario, en el que la ley 3/2014 no ha modificado la definición ni, en consecuencia, los elementos esenciales del derecho del usuario a desistir (esto es, facultad de desligarse de la relación perfeccionada, discrecional *ad nutum* y gratuita²³), nos resulta sorprendente la confusión conceptual en la que el redactor de la norma incurre al incorporar *ex novo* el párrafo 4º del artículo 74 que, bajo la rúbrica *consecuencias del ejercicio del derecho de desistimiento*, dispone:

²³ Puede verse Beluche Rincón, *el desistimiento...* cit., pág. 38.

«En caso de que el usuario incumpla el compromiso de permanencia adquirido con la empresa, la penalización por baja, o cese prematuro de la relación contractual, será

proporcional al número de días no efectivos del compromiso de permanencia acordado»²⁴.

²⁴ Un criterio de proporcionalidad similar está previsto en el artículo 14 de la Directiva 2011/83/UE (obligaciones del consumidor en caso de desistimiento en los contratos a distancia y fuera de establecimiento) y la reciente ley 3/2014 lo incorpora en el régimen especial de estos contratos (en idénticos términos), al artículo 108.3 TRLGDCU. Esta disposición establece algunas pautas en relación a las consecuencias derivadas del ejercicio del derecho de desistimiento en los contratos de servicios y suministros; y, concretamente, su párrafo 3 dispone que si el consumidor que ejercite el desistimiento ha solicitado expresamente al comerciante que la prestación del servicio se inicie durante su plazo de ejercicio, éste deberá abonar a aquél (por el servicio efectivamente prestado hasta el momento en que le informa de la voluntad de desistir) un importe proporcional calculado sobre la base del precio total acordado en el contrato o, si el precio total es excesivo, calculado sobre la base del valor de mercado de la parte ya prestada del servicio. Como expresaba la Directiva, se trata de que *«el consumidor debe poder disfrutar del derecho de desistimiento aun cuando haya solicitado la prestación de los servicios antes de que finalice el periodo de desistimiento»* y *«por otro lado, si el consumidor ejerce su derecho de desistimiento, el comerciante debe tener garantías de que se le va a pagar convenientemente el servicio que ha prestado»* (considerando nº 50). Nótese que, en el régimen común del derecho de desistimiento, el párrafo 2º del artículo 74 no ha sufrido modificación alguna y continua disponiendo que *«El consumidor y usuario no tendrá que reembolsar cantidad alguna... por el uso del servicio»*. Pensamos que, dado que el legislador ha pretendido en general homogeneizar el régimen del derecho de desistimiento, también debería haber incorporado al régimen general tal excepción a esta regla.

A nuestro parecer, absolutamente nada tiene que ver la hipótesis que esta nueva disposición regula con el derecho de desistimiento del usuario. En línea con nuestras apreciaciones²⁵, Bermúdez²⁶ expresa se está confundiendo la facultad de arrepentimiento del usuario con su derecho a «poner fin» a determinadas relaciones contractuales dispuesto en el artículo 62 TRLGDCU²⁷; un derecho, éste último, que gira en la órbita del desistimiento de la Teoría General de las Obligaciones y que debe claramente diferenciarse del –gratuito– derecho del consumidor a arrepentirse o desistir del contrato²⁸.

²⁵ Véase Beluche Rincón, «El Derecho...», cit., pág. 31.

²⁶ «La nueva regulación del derecho de desistimiento a la luz de la ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el TRLGDCU», Revista CESCO de derecho del consumo, nº 9/2014, pág. 108. (www.revista.uclm.es/index.php/cesco).

²⁷ Artículo 62. Contrato «1. En la contratación con consumidores debe constar de forma inequívoca su voluntad de contratar o, en su caso, de poner fin al contrato. 2. Se prohíben, en los contratos con consumidores, las cláusulas que impongan obstáculos onerosos o desproporcionados para el ejercicio de los derechos reconocidos al consumidor en el contrato. 3. En particular, en los contratos de prestación de servicios o suministro de productos de tracto sucesivo o continuado se prohíben las cláusulas que establezcan plazos de duración excesiva o limitaciones que excluyan u obstaculicen el derecho del consumidor a poner fin al contrato. El consumidor podrá ejercer su derecho a poner fin al contrato en la misma forma en que lo celebró, sin ningún tipo de sanción o de cargas onerosas o desproporcionadas, tales como la pérdida de las cantidades abonadas por adelantado, el abono de cantidades por servicios no

prestados efectivamente, la ejecución unilateral de las cláusulas penales que se hubieran fijado contractualmente o la fijación de indemnizaciones que no se correspondan con los daños efectivamente causados.⁴ Los contratos de prestación de servicios o suministro de productos de tracto sucesivo o continuado deberán contemplar expresamente el procedimiento a través del cual el consumidor puede ejercer su derecho a poner fin al contrato». Este derecho a poner fin al contrato se consolidó legislativamente en la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios (que modificó la –por entonces vigente– Ley 26/1984 de 19 de julio, General para la defensa de los Consumidores y Usuarios), de donde trae causa este artículo 62 del TRLDCU de 2007, que no se ha visto modificado por la Ley 3/2014.

28 Sobre la diferencia entre el desistimiento unilateral de la relación obligatoria en la «teoría general del derecho de obligaciones» y el derecho de desistimiento «del consumidor» véase Beluche Rincón, *el derecho...*, cit., pág. 23 y ss.

El transcrito artículo 62 del TRLGDCU –que ha mantenido idéntica su redacción– fue fruto de la necesidad de subvenir a un constatado déficit de protección del usuario en determinados ámbitos²⁹, concretamente en los contratos de prestación de servicios o suministro de productos de tracto sucesivo o continuado, y de ahí que, para estos tipos contractuales, se prohibiera la imposición de plazos de duración excesiva o las limitaciones que excluyeran u obstaculizaran el derecho del consumidor a poner fin a tales contratos. Aun siendo claramente una norma tuitiva del interés del consumidor, su diverso fundamento (evitar una vinculación perpetua en esas relaciones obligatorias indefinidas) y sus diferentes caracteres (no gratuidad, eficacia *ex nunc*) nos permiten afirmar que nada tiene que ver con el derecho excepcional del usuario a desistir definido en el artículo 68 TRLGDCU. No debe, a este respecto, haber confusiones. Por todo ello, resulta patente la incongruencia de esta disposición en sede de desistimiento.

29 A nadie le resultan desconocidas, v. gr. las prácticas abusivas en el sector de los operadores de telefonía e internet, donde no eran infrecuentes amplísimas facilidades para cursar el alta como cliente y, sin embargo, se imponían numerosas trabas y penalizaciones para cursar la baja.

Ahora bien, criticado el emplazamiento de esta norma que conduce a confusiones conceptuales al intérprete, nada hubiéramos objetado al hecho de que –fuera de la regulación del desistimiento, quizás, en un nuevo párrafo del artículo 62³⁰– se hubiera introducido en el TRLGDCU un criterio de cuantificación de la penalización que ha de soportar el usuario cuando incumple el compromiso de permanencia que ha adquirido con la empresa³¹; empresa con la que –debería añadirse– el consumidor contrató la prestación del servicio o suministro de productos de tracto sucesivo o continuado, y a la que de forma unilateral pone fin anticipadamente. Esta hipotética incorporación de un criterio de cuantificación de la indemnización no debería, a nuestro juicio, formularse de manera cerrada, sino que debería tratarse de una regla abierta de máximos (v. gr. la penalización *podrá ser, como máximo*, proporcional al número de días no efectivos del compromiso de permanencia acordado); ello posibilitaría, por

una parte, disposiciones contractuales previsoras de indemnizaciones menores y, por otra, facilitaría la calificación de abusivas a aquellas cláusulas que superaran tal límite normativo³².

30 En este mismo sentido también Bermúdez, «La nueva regulación...», cit., pág. 108.

31 La exigencia de informar expresamente sobre la permanencia y las penalizaciones en caso de baja en la prestación del servicio se dispone en el artículo 60 f): «[...] *de manera expresa, deberá indicarse la existencia de compromiso de permanencia o vinculación de uso exclusivo de los servicios de un determinado prestador así como las penalizaciones en caso de baja en la prestación del servicio*». Este precepto no se contemplaba en la redacción originaria del Proyecto de ley y fue fruto de la aprobación de varias enmiendas durante el trámite parlamentario que, razonablemente, argumentaban que en la actualidad tales cuestiones son fuente de numerosas reclamaciones debidas al desconocimiento de los consumidores. (véase Zurrilla Cariñana, «la reforma...» cit., pág. 66).

32 En abstracto, las cláusulas contractuales de penalización por resolución unilateral y anticipada de un contrato de servicios, cuando suponen condiciones excesivamente onerosas y evidentemente desproporcionadas a los perjuicios causados, pueden vulnerar el justo equilibrio entre las prestaciones de las partes y ser declaradas abusivas, lo que comporta la nulidad de las mismas. Recuérdese que, conforme a la nueva redacción del artículo 83 TRLGDCU dada por Ley 3/2014 de 27 de marzo, desaparece la facultad judicial de integración del contrato y de moderación de los derechos y obligaciones de las partes, y –únicamente– «... *el juez, previa audiencia de las partes, declarará la nulidad de las cláusulas abusivas incluidas en el contrato, el cual, no obstante, seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, siempre que pueda subsistir sin dichas cláusulas*».

3.2. Régimen jurídico general del derecho de desistimiento

3.2.1. Obligación del empresario de informar y documentar el derecho de desistimiento

La Ley 3/2014 ha modificado e incorporado nuevas exigencias al artículo 60 TRLGDCU, precepto que contiene el esencial deber de información precontractual del empresario³³; pero el apartado 2. g) –convertido ahora en 2. h)– ha mantenido prácticamente idéntica su redacción, de modo que *antes de que el consumidor y usuario quede vinculado por un contrato u oferta correspondiente, el empresario deberá facilitarle* (el texto del 2007 expresaba «poner a disposición») *de forma clara y comprensible, salvo que resulte manifiesta por el contexto [...]*³⁴, información sobre:

33 Aunque se ha criticado que no introduce ninguna novedad de calado que mejore de modo significativo el derecho a la información (Zurrilla Cariñana, «la reforma...», pág. 74).

34 Pese a que nada se dice sobre el tipo de soporte en el que el empresario debe «facilitar» la información al consumidor, podría extrapolarse la exigencia de que fuera en soporte papel o soporte duradero accesible al consumidor (art. 9 de la Ley 22/2007, de 11 de julio, sobre comercialización a distancia de servicios

financieros destinados a los consumidores).

«La existencia del derecho de desistimiento que pueda corresponder al consumidor y usuario, el plazo y la forma de ejercitarlo».

Parece evidente que el consumidor debe saber, previamente a la celebración del contrato, si le protege una facultad que le permite arrepentirse; de ahí que se mantenga que, antes de contratar (*antes de que el consumidor y usuario quede vinculado*, según la nueva dicción del artículo 60), deba ser informado por el empresario de si le asiste o no un derecho de desistimiento y, en su caso, cuál es el plazo y la forma en que puede ejercitarlo³⁵.

35 Nótese que, tras la Ley 3/2014, en los contratos a distancia y celebrados fuera de establecimiento mercantil, la información precontractual que debe recibir el consumidor debe abarcar también, por disposición del art. 97 i), información sobre el modelo de formulario de desistimiento (modelo incorporado en el Anexo B del TRLGDCU y que, conforme al 106.1 TRLGDCU, podrá ser utilizado por el usuario para comunicar su decisión de desistir). Igualmente, debe recibir, en su caso, información de que no le asiste este derecho o de las circunstancias en que lo perderá cuando le corresponda (97 apartado i), información del coste de la devolución de los bienes en caso de desistimiento (apartado j) e información de los gastos razonables que debe abonar al empresario si le solicitó expresamente que diera comienzo la prestación del servicio o suministro durante el plazo de desistimiento (apartado k). A nuestro juicio, el legislador debiera haber generalizado estas exigencias incorporándolas al régimen común.

Con posterioridad, y ya por escrito en el documento contractual, el artículo 69 TRLGDCU³⁶(cuyos términos no han sufrido modificación alguna por la Ley 3/2014) dispone la obligación del empresario de informarle nuevamente de la existencia de este derecho, de sus requisitos y consecuencias derivadas de su ejercicio; información que ha de ser transmitida de forma clara, comprensible y precisa, refiriendo, también –aunque, a nuestro parecer, con un mero valor ejemplificativo–, las maneras en que el bien o servicio recibido por el usuario puede ser restituido³⁷. Y, además de esta información documentada por escrito, el profesional deberá hacer entrega al usuario de un –especificado visiblemente– «documento o carta de desistimiento», en el que consten el nombre y la dirección de la persona a quien debe remitirse y las referencias de identificación del contrato y de los contratantes.

36 Artículo 69. Obligación de informar sobre el derecho de desistimiento. «1. Cuando la ley atribuya el derecho de desistimiento al consumidor y usuario, el empresario contratante deberá informarle por escrito en el documento contractual, de manera clara, comprensible y precisa, del derecho de desistir del contrato y de los requisitos y consecuencias de su ejercicio, incluidas las modalidades de restitución del bien o servicio recibido. Deberá entregarle, además, un documento de desistimiento, identificado claramente como tal, que exprese el nombre y dirección de la persona a quien debe enviarse y los datos de identificación del contrato y de los contratantes a que se refiere. 2. Corresponde al empresario probar el cumplimiento de lo dispuesto en el apartado anterior».

37 La flexibilidad de la que dispone el consumidor para ejercitar su derecho a desistir (art. 70 TRLGDCU) impide, a nuestro parecer, tasar las maneras en las que éste puede efectuar la devolución de los productos

o servicios recibidos.

A nuestro parecer, a pesar de que estos deberes empresariales (cuya prueba corresponde al empresario), como tales, no se han visto en sí afectados –en tanto que el artículo 69 del TRLGDCU de 2007 ha mantenido intactos sus términos–, pensamos que la ley 3/2014 «aunque no lo diga expresamente» ha implementado la obligación del empresario de facilitar al consumidor el *Modelo de formulario de desistimiento* que adiciona al Texto Refundido en el anexo B. Consideramos que, dado que lo incorpora en general sin más especificaciones en cuanto a su ámbito, debe deducirse que es voluntad de nuestro legislador que sea de aplicación en el régimen general del desistimiento, y que el comerciante tenga siempre que facilitar este modelo de formulario *ad hoc*; modelo que, en todo caso, podrá utilizar o no el usuario –puesto que puede realizar otro tipo de declaración inequívoca– para señalar su decisión de desistir del contrato³⁸.

38 Esta nueva exigencia al empresario trae causa de la Directiva 2011/83/UE (pudiendo observarse la completa similitud del modelo del Texto Refundido con el de la norma europea) que, aludiendo a que las diferentes modalidades de ejercicio del derecho de desistimiento existentes en los Estados miembros han ocasionado costes a los comerciantes, expresaba que «*la introducción de un modelo armonizado de formulario de desistimiento que el consumidor pueda utilizar debe simplificar el proceso y aportar seguridad jurídica. Por estas razones, los Estados miembros deben abstenerse de añadir requisitos de presentación al formulario modelo para toda la Unión... No obstante, el consumidor debe seguir siendo libre de desistir del contrato empleando sus propios términos, siempre que su declaración de que quiere desistir del contrato dirigida al comerciante sea inequívoca*» (Considerando 44).

A nuestro juicio, incluso cuando el profesional está obligado a informar y documentar por escrito esta facultad del usuario, pero la legislación especial no le impone la obligación de entregar un específico documento de desistimiento³⁹, debe considerarse que a falta de previsión legislativa en contra, el empresario también deberá entregar al usuario el mencionado *Modelo de formulario de desistimiento*. De esta forma, con la integración de la norma común, desaparece para el consumidor el obstáculo que pudiera suponer la adecuada redacción de una carta de renuncia que exprese y deje constancia de su propósito⁴⁰.

39 Tal es el caso, v. gr, del contrato de transmisión de derecho de aprovechamiento por turno (Ley 42/1998, de 15 de diciembre) o del contrato de venta a plazos de bienes muebles (Ley 28/1998, de 13 de julio).

40 Beluche Rincón, «El derecho...», cit., pág. 61.

3.2.2. Formalidades y prueba del ejercicio del derecho de desistimiento

Las disposiciones de los artículos 70 y 72 del TRLGDCU de 2007⁴¹, relativas a la forma en que puede ejercitarse el derecho de desistimiento y a quien corresponde la

prueba del mismo, no han sufrido modificación alguna por la ley 3/2014. Por tanto, la declaración del consumidor de dar por terminado el contrato va a poder seguir siendo realizada a través de cualquier procedimiento (carta, fax, e-mail, etc.) que, eso sí, le ha de permitir dejar constancia del ejercicio del derecho y de su fecha; datos, cuya demostración –aun cuando pueda acudir a cualquier medio de prueba admitido en derecho– le competirá.

41 Artículo 70. Formalidades para el ejercicio del derecho de desistimiento *«El ejercicio del derecho de desistimiento no estará sujeto a formalidad alguna, bastando que se acredite en cualquier forma admitida en derecho. En todo caso se considerará válidamente ejercitado mediante el envío del documento de desistimiento o mediante la devolución de los productos recibidos»* Artículo 72. Prueba del ejercicio del derecho de desistimiento. *«Corresponde al consumidor y usuario probar que ha ejercitado su derecho de desistimiento conforme a lo dispuesto en este capítulo»*

Ahora bien, dado que, a nuestro parecer, la ley 3/2014 ha implementado la obligación del empresario de facilitar al consumidor el *Modelo de formulario de desistimiento* que se adiciona al Texto Refundido en el anexo B, la forma de ejercicio del derecho menos gravosa para el usuario será el envío cumplimentado de dicho documento normalizado. Y no existe, a nuestro juicio, dificultad alguna en admitir que la previsión del nuevo artículo 106.3 TRLGDCU⁴², aunque estrictamente opera en los contratos a distancia y fuera de establecimiento, puede jugar en el ámbito del régimen general, por lo que si el empresario pone a disposición del consumidor la opción de desistir *on line*, el consumidor podrá cumplimentar y enviar al sitio web del comerciante bien el modelo de formulario de desistimiento *ad hoc*, bien enviar su declaración inequívoca; de ofrecer el comerciante tal posibilidad, estará obligado a comunicar sin demora y en soporte duradero un acuse de recibo del ejercicio del derecho.

42 *«El empresario podrá ofrecer al consumidor y usuario, además de las posibilidades contempladas en el apartado 1, la opción de cumplimentar y enviar electrónicamente el modelo de formulario de desistimiento que figura en el anexo B, o cualquier otra declaración inequívoca a través del sitio web del empresario. En tales casos, el empresario comunicará sin demora al consumidor y usuario en un soporte duradero el acuse de recibo de dicho desistimiento»*

La flexibilidad en el ejercicio de este derecho impide al empresario imponer al consumidor pautas sobre como éste ha de manifestar, llegado el caso, su voluntad, por lo que toda exigencia al respecto será nula y se tendrá por no puesta.

En todo caso, reiteramos, la declaración de desistimiento –cualquiera que sea la forma que revista– debe dejar nítida constancia de la voluntad firme del usuario de dar por terminado el contrato, ha de contener todos los datos identificativos necesarios y debe ser dirigida al profesional. Aun cuando, cumpliendo estos requisitos, toda opción formal es válida, el artículo 70 TRLGDCU da validez también al desistimiento

tácitamente ejercitado mediante la devolución de la mercancías; con esta actuación el consumidor manifiesta de forma concluyente su voluntad de desistir y, simultáneamente, cumple con la obligación restitutoria derivada del ejercicio de su derecho.

3.2.3. Plazo para el ejercicio del derecho de desistimiento

Un claro ejemplo de que nuestro legislador ha aprovechado la transposición de la Directiva a nuestro Ordenamiento para hacer modificaciones no exigidas por la norma europea es, sin duda, la modificación del plazo para el ejercicio del derecho de desistimiento que dispone el artículo 71 TRLGDCU de 2007. A partir de la previsión del artículo 9 de la Directiva, que establece un periodo de 14 días –naturales, como todos los plazos previstos en esta norma (considerando 41⁴³)– para desistir de un contrato a distancia o celebrado fuera de establecimiento, nuestro legislador, no sólo incorpora este plazo en el nuevo artículo 104 (dentro de la regulación especial conjunta que *ex novo* hace el TRLGDCU de ambos contratos), sino que también modifica el precepto que regula el plazo para desistir dentro del régimen general.

43 «Para garantizar la seguridad jurídica, conviene que el Reglamento (CEE, Euratom) nº 1182/71 del consejo, de 3 de junio de 1971, por el que se determinan las normas aplicables a los plazos, fechas y términos [DO L 124 de 8.6.1971, p.1], se aplique al cálculo de los plazos establecidos en la presente Directiva. Por tanto, todos los plazos previstos en la presente Directiva deben entenderse como días naturales. Cuando un plazo expresado en días deba contarse a partir del momento en que ocurra un suceso o se realice un acto, el día en que se produzca dicho suceso o se realice dicho acto no debe computarse en el plazo».

Nos parece sensato que el redactor de la ley 3/2014 haya decidido extender la aplicación del plazo de desistimiento dispuesto en la Directiva para los contratos a distancia y fuera de establecimiento al régimen general, dada la incoherencia que podía suponer mantener el –vigente hasta ese momento– plazo mínimo de 7 días hábiles en éste régimen junto al nuevo de 14 naturales en aquél régimen especial. Sin duda, se pretende homogenizar y dotar de mayor congruencia interna a la regulación del desistimiento en el TRLGDCU⁴⁴. Además, habida cuenta de las críticas –que hicimos– al plazo *mínimo* de 7 días *hábiles*⁴⁵, el período de 14 días *naturales* aporta mayor seguridad jurídica y se iguala al previsto en otras normas nacionales (v. gr. comercialización a distancia de servicios financieros –artículo 10–⁴⁶, aprovechamiento por turno de bienes inmuebles –artículo 12.2–), lo que dota, en definitiva, de «bienvenida» homogeneidad al periodo de ejercicio del derecho⁴⁷.

44 Pese a que –reiteramos– siga manteniendo una dualidad de regímenes.

45 Criticamos que debería haberse fijado un plazo cerrado (Véase Beluche Rincón, *El derecho...*, cit., pág.

65 y ss); señalando, además, que la dificultad de determinar qué días eran o no hábiles, obliga a atender a los calendarios oficiales aprobados a nivel nacional, de comunidades autónomas o locales.

46 Aunque, tratándose de contratos relacionados con seguros de vida, el plazo será de 30 días naturales; plazo –adelantamos– que empezará a contar, no el día de la celebración del contrato, sino cuando se informe al consumidor de que el contrato ha sido celebrado. Y, no obstante, si el consumidor no ha recibido las condiciones e información contractual necesaria, el plazo para ejercer el derecho de desistimiento comenzará a contar el día en que reciba tal información (art. 10.1 Ley 22/2007, de 11 de julio).

47 No desconocemos, no obstante, que la vigente Ley 28/1998, de 13 de julio, de venta a plazos de bienes muebles sigue contemplando un plazo de 7 días hábiles para desistir del contrato (artículo 9).

Este nuevo plazo, que de 7 días hábiles pasa a 14 días naturales, continúa siendo un plazo de caducidad –por lo que la inactividad del consumidor operará *ipso iure* la extinción del derecho, que será apreciable de oficio–, y por lo que se refiere al *dies a quo* –manteniéndose sin cambios los términos de artículo 71.2 TRLGDCU– seguirá en general dependiendo del objeto del contrato: si son bienes, desde su entrega, si son servicios, desde la celebración del mismo. A nuestro juicio, pese al silencio del legislador en este régimen general, no hay inconveniente alguno en extender la aplicación a éste de la previsión del nuevo artículo 104 para los contratos a distancia y fuera de establecimiento⁴⁸, de manera que los 14 días naturales, tratándose de bienes, serán contados desde que el *consumidor o tercero autorizado (distinto al transportista) adquiera la posesión material de los mismos*, estableciéndose las siguientes particularidades: tratándose de múltiples bienes encargados, entregados por separado, desde que se adquiera la posesión material del último; en caso de un bien compuesto por múltiples componentes, desde la posesión material de la última pieza; y, finalmente, si son bienes de entrega periódica durante un plazo determinado, desde la posesión material del primero de ellos.

48 Esta disposición reproduce, prácticamente de forma textual, los términos del artículo 9 de la Directiva 2011/83/UE.

Ahora bien, todo ello, partiendo de la base de que el empresario haya cumplido sus obligaciones de información y documentación del derecho de desistimiento, puesto que el incumplimiento de tales deberes ampliará el plazo para desistir en los términos que veremos a continuación.

3.2.4. Incumplimiento de la obligación de información y documentación

El *nuevo* periodo de *14 días* naturales de que dispone el consumidor para ejercer el derecho de desistimiento en situaciones de regularidad (entendiendo por tales aquellas en las que el empresario ha cumplido las obligaciones de información y documentación de tal derecho que se le exigen) va a verse ampliado si éste no las ha

observado correctamente, esto es, si no ha dado información al usuario, o le ha informado pero no ha documentado por escrito el derecho, o le ha informado y documentado pero no le ha hecho entrega del documento de desistimiento⁴⁹. La nueva sanción civil a tales infracciones –que, aunque trae causa del artículo 10 de la Directiva 2011/83/UE que es aplicable sólo a contratos a distancia y fuera de establecimiento, el redactor de la Ley 3/2014 generaliza– es una prórroga del plazo para ejercer el derecho a desistir del contrato de *doce meses* (con anterioridad eran tres meses).

⁴⁹ Recuérdese que, a nuestro parecer, la ley 3/2014 ha implementado la obligación del empresario de facilitar al consumidor el *Modelo de formulario de desistimiento* que se adiciona al Texto Refundido en el anexo B.

Artículo 71.3 TRLGDCU (tras la ley 3/2014): «[S]i el empresario no hubiera cumplido con el deber de información y documentación sobre el derecho de desistimiento, el plazo para su ejercicio finalizará doce meses después de la fecha de expiración del periodo de desistimiento inicial, a contar desde que se entregó el bien contratado o se hubiera celebrado el contrato, si el objeto de éste fuera la prestación de servicios. Si el deber de información y documentación se cumple durante el citado plazo de doce meses, el plazo legalmente previsto para el ejercicio del derecho de desistimiento empezará a contar desde ese momento».

En definitiva, la novedad relevante es que, aprovechando la trasposición de la Directiva, nuestro legislador también modifica en el régimen general las consecuencias de este incumplimiento empresarial, prorrogando, en beneficio del usuario, el plazo para poder ejercer el derecho de desistimiento, que pasa de tres a doce meses; con ello, se homogeneiza tal periodo que también es contemplado para los contratos a distancia y fuera de establecimiento en el nuevo artículo 105 TRLGDCU. Con esta decisión, el redactor de la ley desoye la opinión de que la prolongación indeterminada del plazo hasta el cumplimiento de las obligaciones legales era la solución preferible ante estas irregularidades⁵⁰.

⁵⁰ EbersyArroyo Amayuelas, «Heininger y el derecho de desistimiento *ad nutum* », *Revista de la facultad de derecho de la Universidad de Granada*, nº 9, 2006, pág., 434. A su juicio, difícilmente podrá ejercerse el derecho de desistimiento si el empresario ha incumplido sus obligaciones; si el usuario no tiene información, difícilmente podrá ejercer el derecho aunque se le amplíe el plazo de ejercicio. También a nuestro parecer, como ya expresamos, la sanción del mantenimiento ilimitado de la provisionalidad de la relación sería el mejor acicate para que el comerciante cumpliera sus obligaciones (Beluche Rincón, *El derecho...*, cit., pág. 73). Tal sanción, por lo demás, no es extraña en nuestro Ordenamiento: v. gr. el artículo 10.1 Ley 22/2007, de 11 de julio, *sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a consumidores* prevé que el plazo para ejercer el derecho de desistimiento comience a contarse el día que el consumidor reciba la información omitida por el empresario.

Por lo demás, recuérdese que, en absoluto, tal escenario de incumplimiento

empresarial impide –como no impedía anteriormente– la perfección del contrato, ni faculta al consumidor –como tampoco le facultaba– para la resolución del contrato ejercitando la acción del 1124 CC⁵¹.

⁵¹ Véase Beluche Rincón, *El derecho...* cit., pág. 72.

3.2.5. Gastos vinculados al desistimiento

El artículo 73 TRLGDCU de 2007, que esencialmente expresa la gratuidad que para el usuario tiene el ejercicio del desistimiento, no ha sido modificado por la Ley 3/2014, por lo que continúa disponiendo que:

«El ejercicio del derecho de desistimiento no implicará gasto alguno para el consumidor y usuario. A estos efectos se considerará lugar de cumplimiento el lugar donde el consumidor y usuario haya recibido la prestación».

En consecuencia, debemos reiterar que cuando sea de aplicación el régimen general del desistimiento, el consumidor sigue estando liberado de todo gasto que se produzca como consecuencia del ejercicio del derecho, incluidos, a nuestro juicio, los costes directos de reexpedición y envío tales como transportes, embalaje, etc.

Aunque contrariamente podría pensarse que la financiación de las actividades restitutorias son de cargo del consumidor (argumento ex 1168 CC), y por ello el precepto reitera como lugar de cumplimiento de la obligación de devolución del objeto del contrato el mismo en el que el usuario ha recibido la prestación a fin de minimizar el gasto o hacerlo inexistente, consideramos que ésta no ha sido la voluntad del redactor de la ley 3/2014 que, pudiendo, no ha modificado los términos del artículo 73; precepto autónomo que, bajo la misma rúbrica «gastos vinculados al desistimiento», sigue exonerando al consumidor de todo gasto que pudiera llevar aparejada su decisión de desistir. Nuestro legislador bien hubiera podido –como, de hecho, en otras ocasiones se constata–, pero no lo ha hecho, extender al régimen general la regla especial, en este caso la del nuevo artículo 108 TRLGDCU que, para los contratos a distancia y fuera de establecimiento, dispone que el consumidor soportará los costes directos de devolución⁵².

⁵² Art. 108.1: *«El consumidor y usuario sólo soportará los costes directos de devolución de los bienes».* No obstante, con algunas excepciones: *«... si el empresario ha aceptado asumirlos o no le ha informado de que le corresponde asumir estos costes»* y *«En el caso de contratos celebrados fuera del establecimiento en los que los bienes se hayan entregado ya en el domicilio del consumidor y usuario en el momento de celebrarse el contrato, el empresario recogerá a su propio cargo los bienes, cuando, por la naturaleza de los mismos, no puedan devolverse por correo».*

A nuestro parecer –una vez más *pro* consumidor– se trata de seguir evitando que,

en el régimen general, los costes sean un obstáculo que disuada el ejercicio del derecho de desistimiento; se pretende seguir garantizando la indemnidad del usuario con la completa gratuidad del desistimiento.

Ahora bien, si, como regla en el régimen general, tanto los gastos de entrega como los de devolución de los bienes han de ser asumidos por el comerciante, como única excepción, éste no deberá –a nuestro parecer– soportar el sobre coste que hubiera supuesto un tipo particular de entrega (v. gr. urgente, en 24 horas) querida por el consumidor. El TRLGDCU, tras su modificación por la Ley 3/2014, dispone esta regla para los contratos a distancia y fuera de establecimiento (artículo 107) y, a nuestro juicio –en este caso sí– deberá sensatamente extenderse al régimen general, habida cuenta de la razonabilidad que tiene el que esta carga económica la soporte aquél que voluntariamente –y sin necesidad, dado que el comerciante le habrá ofertado un tipo común aceptable de entrega– la elige. Creemos que la no generalización de esta regla supondría una incoherencia.

Finalmente, nótese que, como régimen particular –fuera del TRLGDCU– subsiste (pues continua vigente la Ley 28/1998) el de las ventas a plazos de bienes muebles: el consumidor que desiste está obligado a devolver el bien en el lugar, forma y estado en que lo recibió y *libre de todo gasto para el vendedor* (art. 9.1.b), lo que supone que los costes que ello conlleve, incluido el de devolución del objeto, deberán ser por él sufragados. No obstante, en la medida en que el lugar de la devolución ha de coincidir con el de la recepción y, con frecuencia, éste será el domicilio del usuario, los gastos de reexpedición serán en muchas ocasiones inexistentes. En último término, por lo que se refiere a los gastos de empaquetado, en este tipo de ventas se prevé que el deterioro del embalaje –cuando sea necesario para acceder al bien– no impedirá la devolución (art. 9.1. b) *in fine*; ahora bien, en tanto que el objeto deberá estar y devolverse en el mismo estado en que fue recibido, ello podría conllevar, si el lugar de entrega no ha sido el domicilio del usuario, gastos adicionales de nuevo embalaje que garanticen el adecuado traslado y conservación del bien y, en tal caso, éstos también deberán ser soportados por el usuario.

3.2.6. El ejercicio del derecho de desistimiento

3.2.6.a. Consecuencias generales

El alcance y efectos generales del desistimiento continúan regulados en el artículo 74 TRLGDCU, cuyos tres primeros párrafos mantienen idéntica su dicción de 2007, aunque la Ley 3/2014 lo ha remendado con un –cuando menos, confuso– cuarto

párrafo que, a nuestro parecer, sin tener nada que ver con las consecuencias del ejercicio del derecho de desistimiento, confunde conceptualmente este derecho de arrepentimiento del usuario con su derecho a «poner fin» a determinadas relaciones contractuales; una facultad, esta última, que gira en la órbita del desistimiento de la Teoría General de las Obligaciones y que debe claramente diferenciarse del derecho del consumidor a desistir del contrato⁵³.

⁵³ Véase *supra* epígrafe 3.1 Concepto y ámbito del derecho de desistimiento. Sobre la diferencia entre el desistimiento unilateral de la relación obligatoria en la «teoría general del derecho de obligaciones» y el derecho de desistimiento «del consumidor» véase Beluche Rincón, *el derecho...*, cit., pág. 23 y ss.

Por tanto, salvo la inexplicable incorporación del párrafo 4º, que no debe considerarse aplicable al derecho de desistimiento propiamente dicho, el legislador reitera que el efecto principal del desistimiento sigue siendo la liquidación de la relación obligatoria extinguida: «[L]as partes deberán restituirse recíprocamente las prestaciones de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 1303 y 1308 del Código Civil» (artículo 74.1º), reglas generales que, consagrando los principios de retroactividad, reciprocidad y simultaneidad, van a guiar la restauración de la situación económica primitiva. Esto es, ejercido el derecho de desistimiento, el consumidor habrá de restituir el bien con sus frutos y el empresario las cantidades abonadas con los intereses (1303 CC), y en tanto aquél no devuelva la prestación no podrá éste verse compelido a devolver lo recibido (1308 CC).

La citada obligación restitutoria del usuario le obliga únicamente a devolver la cosa en el estado en el que se encuentre, sin tener que reembolsar las disminuciones de valor que sean consecuencia de un uso ordinario (pactado o natural): «el consumidor y usuario no tendrá que reembolsar cantidad alguna por la disminución del valor del bien, que sea consecuencia de su uso conforme a lo pactado o a su naturaleza» (artículo 74.2º)⁵⁴. En sintonía con la regla general precedente (art. 73), que libera de todo gasto al consumidor que desiste, se pretende la indemnidad del usuario que no habrá de reembolsar el minusvalor de la cosa usada⁵⁵.

⁵⁴ El nuevo artículo 108.2 TRLGDCU, en el ámbito de los contratos a distancia y fuera de establecimiento, dispone que «el consumidor y usuario sólo será responsable de la disminución de valor de los bienes resultante de una manipulación de los mismos distinta a la necesaria para establecer su naturaleza, sus características o su funcionamiento», términos que, a nuestro juicio, igualmente, vienen a significar que el usuario no es responsable de la disminución de valor de los bienes que hayan sido adecuadamente manipulados o usados durante el periodo de desistimiento.

⁵⁵ Constituye un régimen particular el previsto en la Ley 28/1998 de venta a plazos de bienes muebles, cuyo artículo 9.1.c) prevé que, si existe pacto, el ejercicio del desistimiento puede obligar al comprador a abonar al vendedor, en la forma contractualmente establecida, una indemnización correspondiente a la depreciación comercial que el bien haya sufrido.

Tratándose de servicios, el mismo artículo 74.2 *in fine* mantiene, como regla general, que tampoco el consumidor deberá reembolsar cantidad alguna por el uso del que haya podido beneficiarse (uso que, en cualquier caso, será escaso dado el breve plazo de 14 días del que ha dispuesto para desistir). Ahora bien, siendo ésta la regla general, consideraríamos razonable que, como excepción, se extendiese al régimen común la previsión que el nuevo artículo 108.3 TRLGDCU hace para los contratos a distancia y fuera de establecimiento: si el consumidor ha solicitado expresamente al comerciante que la prestación del servicio se inicie durante el plazo de ejercicio del desistimiento, y posteriormente desiste, deberá abonar a aquél el importe proporcional del servicio efectivamente prestado hasta ese momento⁵⁶. De esta manera se evitan, a nuestro juicio, posibles incoherencias entre los regímenes, previniéndose en general actuaciones del usuario contrarias a la buena fe.

⁵⁶ De no haber solicitado expresamente la prestación del servicio, el consumidor no asumirá ningún coste (art. 108.4 TRLGDCU)

Finalmente, en cuanto al régimen de gastos hechos en la cosa, el párrafo 3º del art. 74, con la misma lógica protectora del consumidor, continua disponiendo que éste «*tendrá derecho al reembolso de los gastos necesarios y útiles que hubiera realizado en el bien*», por lo que, si han existido gastos imprescindibles para el mantenimiento del bien en su normal función económica (cuya omisión hubiera supuesto su destrucción o deterioro, o la de su estado de utilización), será el empresario quien haya de soportarlos; e, igualmente, serán de su incumbencia los –poco probables, dado el corto plazo de desistimiento– desembolsos útiles realizados por el usuario que hayan incrementado la rentabilidad del bien. Es razonable, a nuestro juicio, que –además de proteger la indemnidad del usuario– si es el profesional quien conservará los provechos de la cosa que le es devuelta, sea él quien siga asumiendo los gastos de su obtención.

3.2.6.b. Imposibilidad de devolver la prestación por parte del consumidor

El artículo 75 TRLGDCU no ha sido objeto de modificación por la Ley 3/2014, por lo que continua regulando en los mismos términos las consecuencias del ejercicio del desistimiento cuando el usuario, por imposibilidad sobrevenida, no puede devolver la prestación.

Sucintamente, recuérdese que, partiendo del reconocimiento de que el derecho a desistir del consumidor subsiste siempre –incluso aunque el bien no pueda ser restituido por cualquier causa⁵⁷–, el precepto diferencia claramente dos hipótesis, dependiendo de que, efectuado el desistimiento, la imposibilidad de devolución de la

cosa sea o no imputable al usuario; no siéndole imputable, se dispone que el empresario está obligado en todo caso a restituir el precio, por lo que –frente al consumidor diligente– será aquél quien soporte el riesgo de pérdida o deterioro de la cosa durante el plazo de desistimiento; por el contrario, si, ejercido el desistimiento, la cosa no puede ser devuelta por causa imputable al usuario, éste queda obligado a abonar el valor de mercado de la prestación en ese momento, salvo que sea superior al precio de adquisición, en cuyo caso éste es el que deberá pagar⁵⁸. Finalmente, la disposición prevé, a modo de sanción, que si el empresario ha incumplido sus deberes de información documentada del derecho de desistimiento, las causas de imputabilidad al consumidor se limiten, haciéndole únicamente responsable de la imposibilidad cuando no haya observado la diligencia que le es exigible *en sus propios asuntos*⁵⁹; esto es, se atenúa el grado de diligencia del usuario, exigiéndole un nivel menor que al hombre medio, en contrapartida a la falta de información y documentación del derecho de desistimiento⁶⁰.

57 Artículo 75.1: «*La imposibilidad de devolver la prestación objeto del contrato por parte del consumidor y usuario por pérdida, destrucción u otra causa no privarán a éste de la posibilidad de ejercer el derecho de desistimiento*»

58 Artículo 75.1 (*in fine*): «*En estos casos, cuando la imposibilidad de devolución le sea imputable, el consumidor y usuario responderá del valor de mercado que hubiera tenido la prestación en el momento del ejercicio del derecho de desistimiento, salvo que dicho valor fuera superior al precio de adquisición, en cuyo caso responderá de éste*».

59 Artículo 75.2: «*Cuando el empresario hubiera incumplido el deber de información y documentación sobre el derecho de desistimiento, la imposibilidad de devolución sólo será imputable al consumidor y usuario cuando éste hubiere omitido la diligencia que le es exigible en sus propios asuntos*»

60 Con más detalle, véase Beluche Rincón, *El derecho...* cit., pág. 89 y ss.

Nótese que, en tanto que la regulación del desistimiento de los contratos a distancia y fuera de establecimiento –en la nueva redacción dada al TRLGDCU por la ley 3/2014– no contempla la hipótesis de la imposibilidad de devolución de la prestación, este artículo 75 del régimen común será, en su defecto, de aplicación a estos tipos contractuales.

3.2.6.c. Devolución de sumas percibidas por el empresario

Por lo que se refiere a la obligación del empresario de restituir las cantidades abonadas por el consumidor que ha desistido, la disposición del artículo 76 TRLGDCU detalla las condiciones en que tal deber restitutorio ha de ser cumplido; condiciones que han variado, ya que la Ley 3/2014 ha modificado el primer párrafo de este precepto, esencialmente, reduciendo el plazo del que dispone el empresario

para reembolsar al consumidor las sumas recibidas (precio, gastos de transporte y entrega, etc.). Si, vigente el texto de 2007, la devolución debía efectuarse «lo antes posible y, en cualquier caso, en el plazo máximo de 30 días desde el desistimiento», la nueva regla lo acorta y precisa: «la devolución de estas sumas deberá efectuarse sin demoras indebidas y, en cualquier caso, antes de que hayan transcurrido 14 días naturales desde la fecha en que haya sido informado de la decisión de desistimiento del contrato por el consumidor y usuario»⁶¹.

⁶¹ En todo caso, tanto antes como ahora, en consonancia con el carácter gratuito de este derecho, sin conllevar coste alguno para el consumidor, por lo que el profesional está obligado a reintegrar el importe total satisfecho «sin retención de gastos».

Tal reducción del plazo trae causa de la Directiva 2011/83/UE que, para contratos a distancia y fuera de establecimiento, fija idéntico período para la restitución por el comerciante de todo pago recibido por el consumidor (artículo 13.1). Nuevamente, por tanto, el redactor de la Ley 3/2014 ha generalizado para todos los contratos con consumidores (en los que, claro está, tenga cabida y se ejercite el derecho de desistimiento) un plazo que, *strictu sensu*, la norma europea le obligaba a modificar sólo para aquellos tipos contractuales⁶².

⁶² Lo que también ha hecho, copiando los términos de la Directiva, en el nuevo artículo 107.1 TRLGDCU.

Para tales contratos a distancia y fuera de establecimiento, idéntico plazo de 14 días naturales es del que ahora dispone el consumidor para, una vez que ha informado al empresario de su decisión de desistir, hacerle entrega efectiva de los bienes (nuevo artículo 108.1 TRLGDCU⁶³). Sin embargo, esta obligación del usuario no ha sido implementada en el régimen general. Probablemente, las reglas generales de reciprocidad y simultaneidad que rigen la restitución de prestaciones en caso de desistimiento (artículo 74.1 TRLGDCU) han sido consideradas suficientes por el legislador para garantizar el cumplimiento de este deber del consumidor en idéntico plazo; a nuestro juicio, no obstante, «puestos a adecuar el régimen general», bien podía haber precisado y tipificado también esta exigencia temporal para el consumidor.

⁶³ «Salvo si el propio empresario se ofrece a recoger los bienes, el consumidor y usuario deberá devolverlos o entregarlos al empresario, o a una persona autorizada por el empresario a recibirlos, sin ninguna demora indebida y, en cualquier caso, a más tardar en el plazo de 14 días naturales a partir de la fecha en que comunique su decisión de desistimiento del contrato al empresario.... Se considerará cumplido el plazo si el consumidor y usuario efectúa la devolución de los bienes antes de que haya concluido el plazo de 14 días naturales».

Por otro lado, no sólo el plazo de restitución que ha de observar el empresario se ha visto modificado, también lo ha sido su *dies a quo*: si antes fuera «desde el

desistimiento», ahora lo será «desde la fecha en que haya sido informado [el empresario] de la decisión de desistimiento del contrato por el consumidor y usuario», por lo que se transita de la fecha de *expedición* de la declaración a la de *recepción* de la información. Esta rectificación, a nuestro juicio, debe ser tenida en cuenta en tanto que puede prolongar, en favor del empresario, el plazo de devolución de lo adeudado; aunque, en ocasiones (v. gr. cuando el desistimiento se ejercite *on line*⁶⁴) podrá presumirse que ambos momentos son simultáneos y la modificación no tendrá alcance alguno.

⁶⁴ Ya expresamos que no existe, a nuestro juicio, dificultad alguna en implementar al régimen general la previsión de desistimiento *on line* contemplada en el nuevo artículo 106.3 TRLGDCU para los contratos a distancia y fuera de establecimiento (véase *supra* epígrafe 3.2.2).

Por lo demás, se mantiene idéntica la previsión –dispuesta en el párrafo 2º del artículo 76 TRLGDCU– de que, si transcurre el plazo previsto y el usuario no ha recibido la suma adeudada, a modo de sanción para el empresario, el consumidor podrá exigirle el importe duplicado e, incluso, una indemnización de daños y perjuicios en lo que supere tal cuantía.

Llama nuestra atención que, sin precedentes en la Directiva 2011/83/UE, en la nueva redacción dada al TRLGDCU por la Ley 3/2014, esta posibilidad del consumidor (de reclamar la devolución del doble de lo adeudado en hipótesis de incumplimiento empresarial de la obligación de restitución de la prestación debida) se haya añadido también al nuevo régimen especial dispuesto para contratos a distancia y fuera de establecimiento (art. 107.1)⁶⁵. Si, como en varias ocasiones ya hemos apreciado, nuestro legislador –aprovechando la transposición de la Directiva 2011/83/UE– traslada voluntariamente al régimen general previsiones exigidas únicamente para los contratos a distancia y fuera de establecimiento, aquí realiza la operación inversa, implementando en el nuevo régimen especial una previsión que –reiteramos, no contempla la norma europea– que ya existía en nuestro régimen general. ¿Se ha olvidado el legislador de que la Ley 3/2014 transpone una *Directiva de armonización plena* que, como tal, prohíbe a los Estados miembros mantener o adoptar disposiciones divergentes de las establecidas por ella?⁶⁶. A nuestro juicio, el legislador se excede con la introducción de esta norma que instaura un nivel de protección superior del consumidor, de manera que es contraria a la Directiva (art. 4)⁶⁷.

⁶⁵ Artículo 107.1 *in fine*: «En caso de retraso injustificado por parte del empresario respecto a la devolución de las sumas abonadas, el consumidor y usuario podrá reclamar que se le pague el doble del importe adeudado, sin perjuicio a su derecho de ser indemnizado por los daños y perjuicios sufridos en los que excedan de dicha cantidad».

66 Como claramente expresa Marín López, «la armonización plena significa que, en aquellas materias que son reguladas en la Directiva ("materias armonizadas"), la legislación de los Estados miembros no puede ser distinta a la que fija la Directiva. No puede instaurar un nivel de protección inferior al establecido en la Directiva (que funciona, por tanto, como una Directiva de mínimos), pero tampoco un nivel de protección superior al concedido por la Directiva (que funciona, en este caso, como una Directiva de máximos)» («La Directiva...», cit., pág. 18).

67 Nivel de armonización. «Los Estados miembros no mantendrán ni introducirán, en su legislación nacional, disposiciones contrarias a las fijadas en la presente Directiva, en particular disposiciones más o menos estrictas para garantizar un diferente nivel de protección de los consumidores, salvo disposición en contrario de la presente Directiva».

3.2.6.d. Efectos del derecho de desistimiento en los contratos complementarios y vinculados a financiación

La ley 3/2014 ha incorporado *ex novo* en el articulado del TRLGDCU la disposición 76 bis, que disciplina cuáles son los efectos generales que el desistimiento de un contrato (principal) ocasiona en un contrato complementario al mismo, regulando además, como si de un subrégimen se tratara⁶⁸, las consecuencias concretas que en tal contrato complementario producirá el ejercicio de tal derecho por el consumidor.

68 Así lo califica Bermúdez, «La nueva regulación...», cit., pág. 109.

Habiendo definido, en el también nuevo artículo 59 bis c) TRLGDCU, que un contrato complementario es todo «*contrato por el cual el consumidor y usuario adquiera bienes o servicios sobre la base de otro contrato celebrado con un empresario, incluidos los contratos a distancia o celebrados fuera de establecimiento, y dichos bienes o servicios sean proporcionados por el empresario o un tercero sobre la base de un acuerdo entre dicho tercero y el empresario*»⁶⁹, la nueva regla 76 bis del régimen general del derecho de desistimiento establece que

69 Este concepto trae causa del artículo 2.15) de la Directiva 2011/83/UE, que definía el contrato complementario como aquel «*contrato por el cual el consumidor adquiere bienes o servicios relacionados con un contrato a distancia o celebrado fuera del establecimiento y dichos bienes o servicio son proporcionados por el comerciante o por un tercero sobre la base de un acuerdo entre dicho tercero y el comerciante*».

Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 29 de la Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo (70), el ejercicio, por parte del consumidor y usuario de su derecho de desistimiento conforme a las disposiciones de esta ley, tendrá por efecto la extinción automática y sin coste alguno para el consumidor y usuario de todo contrato complementario, excepto en aquellos casos en que sean complementarios de contratos celebrados a distancia o fuera de establecimiento en los que, sin perjuicio de su extinción automática, el consumidor y usuario deberá asumir los*

costes previstos en los artículos 107.2 y 108 de esta norma.

Ejercido el derecho de desistimiento sobre el contrato principal, las partes deberán restituirse recíprocamente las prestaciones recibidas en virtud del contrato complementario, sin ninguna demora indebida y, en cualquier caso, antes de que hayan transcurrido 14 días naturales desde la fecha en que el consumidor y usuario haya informado al empresario de su decisión de desistir del contrato principal.

En el supuesto de que el empresario no reintegre todas las cantidades abonadas en virtud del contrato complementario en el plazo señalado, el consumidor y usuario podrá reclamar que se le pague el doble de la suma adeudada, sin perjuicio a su derecho de ser indemnizado por los daños y perjuicios sufridos en lo que excedan de dicha cantidad. Corresponde al empresario la carga de la prueba sobre el cumplimiento del plazo.

El consumidor y usuario tendrá derecho al reembolso de los gastos necesarios y útiles que hubiera realizado en el bien.

En caso de que al consumidor y usuario le sea imposible devolver la prestación objeto del contrato complementario por pérdida, destrucción u otra causa que le sea imputable, responderá del valor de mercado que hubiera tenido la prestación en el momento del ejercicio del derecho de desistimiento, salvo que dicho valor fuera superior al precio de adquisición, en cuyo caso responderá de éste.

Cuando el empresario hubiera incumplido el deber de información y documentación sobre el derecho de desistimiento del contrato principal, la imposibilidad de devolución sólo será imputable al consumidor y usuario cuando éste hubiera omitido la diligencia que le es exigible en sus propios asuntos.

Lo dispuesto en los apartados anteriores será también de aplicación a los contratos complementarios de otros celebrados a distancia o fuera del establecimiento, regulados en el título III del libro II de esta ley».

70 (*)El artículo 15 de la Directiva 2011/83/UE cita la Directiva 2008/48/CE de contratos de crédito al consumo y nuestro precepto ya refiere la ley española que traspuso tal Directiva: Ley 26/2011 de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo.

Con causa en el artículo 15 de la Directiva 2011/83/UE, nuestro legislador introduce, «únicamente» en el régimen común del desistimiento del TRLGDCU, esta regla que generaliza su efecto resolutorio, automático y gratuito a los contratos complementarios al contrato (principal) al que ha desistido el consumidor. Por tanto, acontecida la resolución de la relación principal por desistimiento, las relaciones accesorias, complementarias o dependientes, que sean una prolongación de la

misma, deben correr su misma suerte y entenderse también resueltas de forma automática y sin coste alguno para el usuario. Esto es, el desistimiento del contrato principal se extiende al complementario con idénticos efectos.

Como vemos, el redactor de la ley decide universalizar una norma que, estrictamente, debería haber sido trasladada sólo en relación a ciertos tipos contractuales; ello, a nuestro parecer, no es una decisión criticable, salvo por el hecho de que, en este caso, la redacción dada finalmente a este precepto general no goza, por repetitiva, de demasiado acierto y, además, comete el error metodológico de exceptuar de la gratuidad, en su propio texto, los supuestos de contratos complementarios de los celebrados a distancia y fuera de establecimiento (en los que el consumidor deberá soportar ciertos gastos⁷¹). Toda vez que el legislador ha decidido que coexistan en el TRLGDCU un régimen general del desistimiento y un régimen especial para estas modalidades contractuales (arts. 102 y ss), esta debía haber sido la sede de la excepción –que resulta metodológicamente «un pegote» en el régimen común–. A lo anterior debe añadirse la descoordinación que supone remitirse a la disposición del artículo 29 de la Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo (contratos de crédito vinculados)⁷² y, a continuación, mantener innecesariamente, por reiterativa, la dicción del artículo 77 TRLGDCU (desistimiento de un contrato vinculado a financiación)⁷³.

⁷¹ Gastos derivados de sus propias exigencias relativas a modalidades de entrega diversas a las propuestas por el profesional y más costosas; gastos directos de devolución, salvo que el profesional se hubiera comprometido a asumirlos o no hubiera informado al usuario de que le pertenecían; y, finalmente, importe proporcional de la parte ya prestada del servicio si hubiera solicitado expresamente al empresario la prestación del servicio durante el plazo de desistimiento (art. 107.2 y 108 TRLGDCU).

⁷² Artículo 29 de la Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo: *Contratos de crédito vinculados. Derechos ejercitables.1.Por contrato de crédito vinculado se entiende aquel en el que el crédito contratado sirve exclusivamente para financiar un contrato relativo al suministro de bienes específicos o a la prestación de servicios específicos y ambos contratos constituyen una unidad comercial desde un punto de vista objetivo.2.Si el consumidor ha ejercido su derecho de desistimiento respecto a un contrato de suministro de bienes o servicios financiado total o parcialmente mediante un contrato de crédito vinculado, dejará de estar obligado por este último contrato sin penalización alguna para el consumidor.3.El consumidor, además de poder ejercitar los derechos que le correspondan frente al proveedor de los bienes o servicios adquiridos mediante un contrato de crédito vinculado, podrá ejercitar esos mismos derechos frente al prestamista, siempre que concurran todos los requisitos siguientes:a)Que los bienes o servicios objeto del contrato no hayan sido entregados en todo o en parte, o no sean conforme a lo pactado en el contrato.b)Que el consumidor haya reclamado judicial o extrajudicialmente, por cualquier medio acreditado en derecho, contra el proveedor y no haya obtenido la satisfacción a la que tiene derecho.*

⁷³ «[C]uando se ejercite el derecho de desistimiento en los contratos celebrados entre un empresario y un consumidor y usuario, incluidos los contratos a distancia y los celebrados fuera de establecimiento mercantil del empresario, y el precio a abonar por el consumidor y usuario haya sido total o parcialmente financiado mediante un crédito concedido por el empresario contratante o por parte de un tercero, previo acuerdo de

éste con el empresario contratante, el ejercicio del derecho de desistimiento implicará al tiempo la resolución del crédito sin penalización alguna para el consumidor y usuario». Este precepto, del que podría haberse prescindido, únicamente ha sido modificado por la Ley 3/2014 a los efectos de explicitar que la regla que contiene será de aplicación también a los contratos a distancia y fuera de establecimiento y, a nuestro juicio, tal especificación resulta innecesaria, toda vez que, a falta de previsión en el nuevo régimen especial que disciplina tales contratos, de suyo, será de aplicación el régimen común.

Deteniéndonos ya en las disposiciones de los párrafos 2, 3 y 4 del artículo 76 bis –de las que se afirma que integran un «subrégimen» aplicable a los efectos del desistimiento en los contratos complementarios⁷⁴– no contienen, a nuestro parecer, especialidad alguna ya que no son sino, en gran medida, la reiteración de los efectos generales del desistimiento disciplinados en los artículos 74, 75 y 76 del régimen común. Creemos que esta repetición innecesaria es el fruto de la intención del redactor de la Ley 3/2014 de hacer ver que cumple escrupulosamente el mandato del legislador europeo. La Directiva 2011/83/UE –que, recuérdese, incide en la regulación del desistimiento «sólo» en los contratos a distancia y fuera de establecimiento– dispone en su artículo 15.2, respecto a los contratos complementarios extinguidos por el ejercicio de tal facultad, que «[L]os Estados miembros establecerán normas detalladas sobre la resolución de tales contratos» y, de ahí que, con escaso acierto, en este nuevo precepto del TRLGDCU se redunde de nuevo en reglas ya dispuestas, cuya remisión hubiera bastado.

⁷⁴ Bermúdez, «La nueva regulación...», cit., pág. 109.

Finalmente, bien podría haberse prescindido del párrafo 5º y último de este artículo 76 bis, que incoherentemente de nuevo se refiere a los contratos celebrados a distancia o fuera del establecimiento –a fin de establecer que los contratos a ellos complementarios quedarán vinculados por la previsión de los apartados anteriores–. Pensamos que va de suyo: a falta de previsión en el nuevo régimen especial que disciplina tales contratos, será de aplicación el régimen común.

3.2.7. Acciones de nulidad o resolución

El artículo 78 del TRLGDCU no ha sufrido modificación alguna por la Ley 3/2014, de ahí que, vigente en idénticos términos⁷⁵, continúe recordando que la no utilización por el consumidor de la facultad de desistimiento no le impide acudir –siempre que ello sea oportuno porque se cumplan las circunstancias necesarias– a los típicos remedios de defensa contractual. Un recordatorio, como ya tuvimos ocasión de manifestar⁷⁶, bastante innecesario del que el legislador bien podía haber prescindido, pues es claro que las relaciones jurídicas de los consumidores no se sustraen al juego de las reglas generales de los contratos; reglas generales o derecho común aplicable

a los contratos que, según dispone expresamente el artículo 59.2 TRLGDCU, será de aplicación en todo lo que no esté expresamente establecido en el TRLGDCU o en leyes especiales. Bien podría el legislador de 2014 haber dejado sin contenido este artículo innecesario.

⁷⁵ «La falta de ejercicio del derecho de desistimiento en el plazo fijado no será obstáculo para el posterior ejercicio de las acciones de nulidad o resolución del contrato cuando procedan conforme a derecho».

⁷⁶ Beluche Rincón, *El derecho...* cit., pág. 94.

3.3. Derecho contractual de desistimiento

Finalmente, el artículo 79 del TRLGDCU –en el que se consagra que el desistimiento puede tener un origen y una regulación negocial– no ha sido tampoco modificado. Por tanto, en cualquier contrato de consumo, podrá seguir siéndole atribuido al usuario este derecho que, en primer término, será disciplinado por las previsiones de la oferta, promoción o publicidad del propio contrato y, sólo subsidiariamente regulado por las normas del régimen común.

Recuérdese que, no obstante, en la configuración convencional de este derecho se introdujeron en 2007 dos límites a la autonomía de la voluntad: que no tendrán cabida, en primer lugar, obligaciones de indemnización por el desgaste o deterioro del bien, o por el uso del servicio, causado por su prueba ni, en segundo término, exigencias al usuario de anticipos de pagos o garantías que aseguren posibles resarcimientos tras su ejercicio.

Como ya tuvimos ocasión de expresar⁷⁷, ambos límites carecen de sentido, habida cuenta de que el desistimiento del consumidor nada tiene que ver con actuaciones en las que el usuario pruebe la cosa o el servicio para decidir sobre su adquisición y, por otro lado, la prohibición de anticipos de pago resulta incoherente con un derecho que pone fin a una relación perfecta en la que ya se han ejecutado las prestaciones.

⁷⁷ Ampliamente, Beluche Rincón, «El Derecho...», cit., pág. 98.

Así las cosas, consideramos que el legislador de 2014 ha perdido una buena oportunidad para reparar estas incongruencias y sigue estando en manos del intérprete hacer una exégesis correctora de este precepto que –pensamos– únicamente podría querer garantizar que incluso el desistimiento pactado fuera una facultad libre sin, directa ni indirectamente, penalizaciones o indemnizaciones que operasen como precio del derecho.

4. Conclusión

La Ley 3/2014 ha incorporado al Ordenamiento Español la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2011 mediante la modificación del TRLGDCU (Real Decreto Legislativo de 2007), pero nuestro legislador no se ha limitado a transponerla incorporando a nuestro ordenamiento sus reglas o dando una nueva redacción a los preceptos afectados por ella, sino que ha ido más allá de aquello a lo que venía estrictamente obligado por la norma europea.

En la nueva sistemática de Ley General, los contratos a distancia y fuera de establecimiento van a regularse de manera conjunta en un nuevo título (III) y, en él, el derecho de desistimiento de estos tipos contractuales va a disciplinarse amplia y autónomamente conforme a las exigencias de la Directiva; pero también el redactor de la ley aprovecha la oportunidad para modificar y añadir nuevas disposiciones al régimen común del derecho de desistimiento que, aunque tenga una escasa funcionalidad⁷⁸, continua regulado en los artículos 68 a 79 del Texto Refundido.

⁷⁸ Recuérdese que siempre que una ley otorga este derecho al consumidor lo regula específicamente y las disposiciones de este régimen común son subsidiarias; de igual modo, el legislador le atribuye un valor subsidiario, respecto de las previsiones hechas en la oferta, promoción, publicidad o en el propio contrato, en supuestos de reconocimiento negocial del derecho.

En tal régimen común, salvando que se actualizan los plazos fijados de la Directiva⁷⁹—que igualmente se integran en el régimen especial, lo que confiere al desistimiento, por lo menos en esto, una homogeneidad muy deseada— sus preceptos han sufrido pocas modificaciones, por lo que difícilmente puede afirmarse que estemos ante un nuevo régimen común.

⁷⁹ Aunque a veces el legislador se despista: v. gr. omite en el régimen común el plazo —si previsto en el régimen especial (art. 108.1)— de 14 días naturales de los que dispone el consumidor, una vez comunicada su decisión de desistir, para devolver los bienes al empresario.

En definitiva, lejos del anhelado régimen único, el derecho de desistimiento va a continuar con una doble regulación en el TRLGDCU⁸⁰. Dos regímenes que, a veces, contienen reiteraciones y algunas incoherencias que no facilitan la labor del intérprete. Creemos⁸¹ que el legislador ha perdido la oportunidad de establecer un régimen legal único de desistimiento como bien podría haber sido el instaurado por la Directiva.

⁸⁰ Además de con los regímenes especiales fuera del TRLGDCU. ¡Quizás era a esto a lo que se refería el legislador cuando anunciaba en el preámbulo de la Ley que el principio de *mínima reforma de la actual normativa* había sido uno de sus criterios preferentes;

⁸¹ Y no somos los únicos; ya Cordero Lobato al opinar sobre cómo transponer la Directiva de consumidores al Derecho español manifestaba que esto sería lo deseable (*Revista CESCO...* cit., pág. 47).

