

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID
FACULTAD DE COMERCIO Y TURISMO
TRABAJO FIN DE MÁSTER EN ‘CONSUMO Y COMERCIO’



Título del TFM:

El derecho de desistimiento: estudio comparativo entre España y Perú

Autora: Chumbe Fernández, Sandra Vanessa

NIE: Y8850884S

Tutor: Profesor Doctor Don José Eugenio Castañeda
Muñoz

Departamento: Derecho Civil

Curso Académico 2021/22

Convocatoria: Septiembre

A la atención del Coordinador del Máster en ‘Consumo y Comercio’

Un agradecimiento eterno para toda mi familia, quien siempre me sostiene y me brinda su apoyo incondicional.

Del mismo modo, mi profundo agradecimiento al Doctor José Eugenio Castañeda Muñoz, por ser mi tutor y guía para este Trabajo de Fin de Máster. Su apoyo constante y minuciosidad fueron decisivos en toda esta desafiante travesía.

Por todas sus enseñanzas y lecciones, un especial agradecimiento a cada uno de los profesores del Máster en Consumo y Comercio de la Universidad Complutense de Madrid.

ÍNDICE

I.- SUMARIO	4
1. Introducción	5
2. Una aproximación al derecho de desistimiento en España	6
2.1. El surgimiento de la figura jurídica	6
2.2. ¿Cuáles son las principales notas características del derecho de desistimiento? . 10	
2.2.1. Derecho del consumidor sin expresión de causa	10
2.2.2. Gratuidad en el ejercicio del derecho	14
2.2.3. Carácter irrenunciable del derecho	16
2.2.4. Efecto extintivo del contrato de consumo	17
2.3. El derecho de desistimiento y otras figuras jurídicas	19
2.3.1. Resolución	20
2.3.2. Rescisión	23
2.3.3. Anulabilidad	25
2.3.4. Nulidad	27
2.3.5. Revocación	28
2.4. ¿Qué puede ser objeto del derecho de desistimiento?	29
2.4.1. Primer supuesto: Derecho de desistimiento reconocido en normas especiales	30
2.4.1.1. Contratos celebrados a distancia y fuera de establecimientos mercantiles	30
2.4.1.2. Bienes muebles materia de una venta a plazos	32
2.4.1.3. Servicios financieros destinados a consumidores y comercializados a distancia	33
2.4.1.4. Servicios de intermediación para la realización de contratos de préstamo o crédito	34
2.4.1.5. Contratos de crédito al consumo	35
2.4.1.6. Contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio	36

2.4.2. Segundo supuesto: Derecho de desistimiento reconocido por el empresario.	38
2.4.2.1. Productos y servicios que contemplen el derecho de desistimiento en la oferta, promoción, publicidad o en el propio contrato de consumo.....	38
2.5. ¿Quién puede ejercer el derecho de desistimiento?.....	39
2.5.1. Consumidor persona física	39
2.5.2. Consumidor persona jurídica y entidades sin ánimo de lucro	42
2.5.3. Consumidor mixto	42
2.5.4. Consumidor vulnerable	44
3. El derecho de desistimiento y el derecho de información en el ordenamiento jurídico español.....	46
3.1. Deber de informar al consumidor sobre el derecho de desistimiento.....	46
3.2. ¿Por qué el empresario debe informar sobre este derecho?	49
3.3. La importancia de informar sobre el derecho de desistimiento en cuanto a la caducidad del plazo para ejercerlo	51
3.3.1. Plazo para desistir cuando el empresario informó	51
3.3.2. Plazos para desistir cuando el empresario no informó según la ley	52
3.4. ¿Qué ocurre si el empresario brinda información sobre el derecho de desistimiento de manera oscura o poco clara?.....	53
4. Análisis comparativo entre España y Perú.....	54
4.1. Resumen de la situación actual del derecho de desistimiento en España	54
4.2. Estado de la cuestión en el Perú	57
4.2.1. El Código de Protección al Consumidor y el derecho de restitución	58
4.2.2. El derecho de arrepentimiento en materia de seguros	60
4.2.3. El derecho de arrepentimiento planteado en el Proyecto de Ley 415/2021-CR	62
4.3. Estudio comparativo entre el ordenamiento jurídico español y peruano.....	66
4.3.1. Sobre la terminología empleada	66
4.3.2. Sobre la brecha entre ambos países	68
4.3.3. Sobre la actual regulación en ambos países	69
4.3.4. Sobre el Proyecto de Ley 415/2021-CR y la normativa española	70

5. Conclusiones.....	74
6. Bibliografía	79
7. Jurisprudencia consultada.....	80
8. Legislación consultada.....	80

I.- SUMARIO

El surgimiento de la sociedad de consumo trajo consigo importantes transformaciones en el mercado, entre ellas, un cambio de paradigma respecto al régimen de la contratación, pues de una lógica de igualdad o equilibrio entre las partes contratantes, se pasó a una donde el consumidor solo debía asentir las condiciones contractuales preestablecidas por el empresario. Dicha situación generó una desventaja en perjuicio del consumidor y justificó la creación de mecanismos de protección a su favor en el territorio español, tal como el reconocimiento de un importante derecho: el derecho de desistimiento. Esta figura le permite al consumidor poner fin a determinados contratos de consumo sin invocar una causa y sin asumir ningún costo por ello, bajo ciertas condiciones. Con este trabajo, se brinda una aproximación a la regulación del derecho de desistimiento en España, con la ulterior intención de comparar dicha experiencia con la realidad peruana sobre la materia, que contempla la facultad de desistimiento del consumidor bajo la denominación de derecho de arrepentimiento.

PALABRAS CLAVES: Sociedad de consumo, Derecho de Desistimiento, Consumidores, Derecho de Arrepentimiento.

I.- ABSTRACT

The emergence of the consumer society brought with it important transformations in the market, among them, a paradigm change regarding the contracting regime, every time the logic of equality or balance between the contracting parties passed to one where the consumer only had to agree with the contractual conditions pre-established by the entrepreneur. This situation generated a disadvantage to the detriment of the consumer and justified, in its favor, the creation of protection mechanisms in the Spanish territory, such as the recognition of an important right: the right of withdrawal. This figure allows the consumer to finish certain consumer contracts without invoking a cause and without assuming any cost for it, under certain conditions. With this work, we provided an approach to the regulation of the right of withdrawal in Spain, with the ulterior intention of comparing this experience with the Peruvian reality on the matter, which contemplates the faculty of withdrawal of the consumer under the name of the right of repentance.

KEY WORDS: Consumer society, Right of Withdrawal, Consumers, Right of Repentance.

1. Introducción

¿Quién alguna vez no se ha planteado devolver un bien al poco tiempo de su adquisición? Este tipo de práctica es aceptada y conocida en el mercado español y se le denomina derecho de desistimiento. Sobre el particular, esta facultad reconocida en la normativa española de protección al consumidor supone una serie de implicaciones en la dinámica del mercado, considerando que, nada más y nada menos, significará el rompimiento de la relación contractual existente entre el consumidor y el empresario en determinados supuestos; y, con ello, una abrupta alteración en la marcha de un determinado negocio, en tanto el ejercicio del derecho implicará, en el caso de productos, que el bien materia de desistimiento pueda volver a circular en el mercado, bajo el riesgo de que otro consumidor pueda ejercer nuevamente dicha facultad.

La relevancia del presente trabajo radica en que, con el mismo, podremos conocer más de cerca la regulación del derecho de desistimiento en el ordenamiento jurídico español y su razón de ser, evidenciando algunos problemas que podrían suscitarse en la práctica como consecuencia del ejercicio de este derecho y proponiendo algunas ideas de solución al respecto. Esto, a su vez, nos permitirá comparar la experiencia española con la normativa peruana sobre la materia y, de ser el caso, establecer puntos en común y diferencias entre ambos ordenamientos jurídicos.

Dicho esto, el presente trabajo se inicia con un punto dedicado a brindar una aproximación a la regulación del derecho de desistimiento en la normativa española, haciendo hincapié en cómo surgió dicha figura jurídica, sus principales características y diferencias con otras categorías, así como los supuestos en los que puede ser ejercido el derecho y las personas que pueden hacerlo. Por otra parte, en un segundo apartado, se buscará analizar la conexión entre el derecho de desistimiento y el derecho de información, considerando lo regulado en el ordenamiento jurídico español. Y, finalmente, en un tercer punto, se realizará un análisis comparativo entre España y Perú sobre el tema que nos ocupa para, a partir de ello, anotar algunos aspectos relevantes en aras de contribuir con la discusión sobre la regulación de este derecho reconocido en beneficio de los consumidores.

2. Una aproximación al derecho de desistimiento en España

2.1. El surgimiento de la figura jurídica

El Código Civil español tuvo un origen pre industrial considerando el contexto que se vivía en el territorio hacia la fecha en que se publicó dicho cuerpo normativo mediante Real Decreto de 24 de julio de 1889. Además, la mencionada codificación se caracterizó por tener un corte agrario, lo cual se reluce al advertir que, el legislador buscó regular cuestiones vinculadas con los animales, las fincas rústicas y las servidumbres que podían establecerse sobre las fincas, entre otros aspectos afines.

Ahora bien, en cuanto a la regulación prevista en el referido Código Civil destinada a la protección de los contratantes, contemplada en el Título II del Libro Cuarto, puede indicarse que esta claramente fue concebida para un escenario en el que aquellas partes se encontraban inmersas en una relación de equilibrio, pudiendo negociar unas con otras el contenido del contrato que regiría su vínculo. En efecto, en este ámbito, el funcionamiento del Código Civil español se dio bajo una lógica de igualdad de los contratantes y, por tanto, de equivalencia de las prestaciones, permitiendo que cuando dichas partes tuvieran alguna disconformidad ulterior con el contrato inicialmente celebrado entre ellas, pudieran dar fin a su vínculo contractual de manera anticipada mediante figuras jurídicas tales como la resolución y la rescisión, las cuales explicaremos posteriormente con un mayor detalle.

No obstante lo anterior, también es importante mencionar que, con el cambio socioeconómico de los años 60 y 70, en el que empezó el apogeo de la contratación masiva, surgieron los contratos en masa realizados en virtud de las condiciones generales de la contratación, escenario en el que el empresario era ya quien fijaba los términos de los contratos de modo unilateral mediante los denominados contratos por adhesión, en los cuales no se da el consentimiento, como entrecruce de la oferta y aceptación sobre la cosa y la causa objeto del contrato, sino que se presta un mero asentimiento a los formularios contractuales presentados por la parte predisponente.

Esto quiere decir que hubo un cambio de paradigma en cuanto al régimen de la contratación, pues de un esquema en el que se privilegiaba un consentimiento discutido entre las partes para contratar en atención a su condición de igualdad o equilibrio, se dio paso a uno en el que el consumidor debía manifestar su asentimiento con las condiciones de contratación prefijadas

por el empresario (como sucede, por ejemplo, cuando el consumidor firma una póliza de seguros, un contrato de crédito o del servicio de luz o gas) sin la posibilidad de negociar sobre las mismas, pues de lo contrario no podía entablar una relación de consumo o, al menos, hacerlo con facilidad.

Lo indicado hasta aquí, pone en evidencia que con la denominada sociedad de consumo forjada en la segunda mitad del siglo XX, que generó mayor dinamismo en el mercado pero también un desequilibrio en desmedro del consumidor, fue necesario abrir paso a nuevas fórmulas jurídicas pensadas exclusivamente en la protección de este último sujeto, por tratarse de la parte más débil de la relación de consumo. Es así que, la Constitución española de 1978 estipuló como parte de los principios rectores de la política social y económica del país, lo siguiente:

“Artículo 51

1. Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos.
2. Los poderes públicos promoverán la información y la educación de los consumidores y usuarios, fomentarán sus organizaciones y oirán a éstas en las cuestiones que puedan afectar a aquéllos, en los términos que la ley establezca.
3. En el marco de lo dispuesto por los apartados anteriores, la ley regulará el comercio interior y el régimen de autorización de productos comerciales.”

Además, es importante considerar que, unos años después, para cumplir con el aludido mandato de la Constitución, se promulgó en España la Ley 26/1984 de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, con la aspiración de “dotar a los consumidores y usuarios de un instrumento legal de protección y defensa”, según se expuso en el preámbulo de la propia ley.

Ahora bien, bajo el marco normativo antes referido y la influencia del derecho comunitario de la Unión Europea, surgió por primera vez en España una figura jurídica pensada exclusivamente en proteger aún más al consumidor y contrarrestar su situación de desequilibrio con el empresario. Nos referimos al derecho de desistimiento, introducido al ordenamiento jurídico español -con la nomenclatura de “derecho de revocación”- mediante la ahora derogada Ley 26/1991, del 21 de noviembre, sobre contratos celebrados fuera de los establecimientos

mercantiles¹. Dicha ley establecía, en su artículo 5º, que el consumidor que había celebrado un contrato fuera de un establecimiento mercantil podía revocar su declaración de voluntad hasta pasados 7 días, sin la necesidad de invocar algún tipo de causa ante el empresario. Ello, en concordancia con lo previsto en el artículo 5º de la Directiva del Consejo 85/577/CEE, de 20 de diciembre de 1985, referente a la protección de los consumidores en el caso de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales, según el cual el consumidor tenía derecho a “renunciar a los efectos de su compromiso mediante el envío de una notificación (...)”.

Lo anterior significaba que, a partir de esta normativa, el consumidor contaba con un mecanismo legal que le permitía desligarse de un contrato de consumo, siempre que el mismo se hubiera celebrado con el empresario fuera de su establecimiento mercantil o comercial. Entonces, es posible afirmar que el derecho de desistimiento en España nació para un tipo de contratación que, por su naturaleza, justificaba esta protección adicional para el consumidor, si se tiene en cuenta que, los contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles tienden a colocar a dicho sujeto de la relación de consumo en una posición aún más débil de la que ya tiene, al perfeccionarse tales acuerdos en el marco de una situación en la que es el empresario quien busca y/o aborda al consumidor para lograr establecer el vínculo contractual de un modo sorpresivo y, a veces, hasta agresivo.

Como puede advertirse, el derecho de desistimiento buscó brindarle al consumidor la facultad de poner fin a un contrato de consumo celebrado con el empresario de una manera menos complicada, claro está bajo determinadas condiciones que veremos posteriormente, a diferencia de lo que solía ocurrir con mecanismos de más difícil utilización como la resolución y la rescisión, figuras aludidas previamente como mecanismos de terminación de un contrato bajo las normas del Código Civil.

Cabe añadir que, según la doctrina, “con el reconocimiento de este derecho [de desistimiento] “(...) se pretende que el consumidor mejore el “conocimiento del bien o servicio que va a contratar para que la adquisición del mismo sea libre e informada”, así como que “la necesidad de esta protección hay que encuadrarla en la situación de desequilibrio entre la posición del

¹ Ver, Larrosa-Amante, M.; *El derecho de desistimiento en la contratación de consumo*; págs. 61 y sigs.; Tirant Lo Blanch; Valencia; 2017.

consumidor y del empresario dentro de un sistema de economía liberal (...)”², tal como se advertirá en el desarrollo del presente trabajo.

Por otra parte, es preciso añadir que, en el ámbito específico de la protección al consumidor, fue con la Ley 42/1998, de 15 de diciembre, sobre derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico y normas tributarias (norma también derogada), que se alude como tal a la figura del “derecho de desistimiento”, haciendo referencia a la potestad que tenía el adquirente de derechos de aprovechamiento por turno para desligarse, dentro del plazo previsto por la ley, del contrato celebrado con la otra parte, a su libre arbitrio. Ello, sin referirse ya a un “derecho de revocación”, como lo hacía la derogada Ley 26/1991 antes comentada. Así, a partir de esta normativa y hasta la actualidad, para referirse al derecho del consumidor de “revocar su declaración de voluntad contractual” o “desistir del contrato”, se ha seguido empleando ampliamente la terminología de “derecho de desistimiento”, cuyas características e implicaciones serán abordadas con un mayor detalle a lo largo de este trabajo.

Efectivamente, luego de la ya derogada Ley 42/1998, se encuentra que la figura jurídica del derecho de desistimiento ha sido recogida en las normas que enunciaremos ahora y veremos posteriormente:

- Ley 22/2007, de 11 de julio, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores.
- Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (en adelante, Texto Refundido de la LGDCU).
- Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito.
- Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo.
- Ley 4/2012, de 6 de julio, de contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio y normas tributarias.
- Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el Texto Refundido de la LGDCU.

² Ver, Larrosa-Amante, M. Opus cit. Págs. 40 y sigs.

2.2. ¿Cuáles son las principales notas características del derecho de desistimiento?

Actualmente, el régimen general del derecho de desistimiento en España se encuentra regulado en los artículos 68º a 79º del Texto Refundido de la LGDCU. En el artículo 68º.1 de dicha ley, se establece que el derecho de desistimiento es “la facultad del consumidor y usuario de dejar sin efecto el contrato celebrado, notificándoselo 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.”

A partir de esta definición legal, a continuación, realizaremos un breve recuento y desarrollo de las principales notas que caracterizan el derecho de desistimiento, que son las siguientes: I.- es un derecho del consumidor sin expresión de causa; II.- existe una gratuidad en el ejercicio del derecho; III.- el derecho tiene carácter irrenunciable; y, IV.- el ejercicio del derecho supone un efecto extintivo del contrato de consumo. Ello, como se verá a continuación:

2.2.1. Derecho del consumidor sin expresión de causa

Acorde con la actual legislación, la doctrina ha señalado que el derecho de desistimiento es “(...) de necesario ejercicio personal solo por el consumidor, en el sentido de que únicamente el consumidor y usuario que ha celebrado el contrato dispone de la facultad de desistir de los efectos de su compromiso. Por el contrario, el empresario no podrá prevalerse en modo alguno del derecho de desistimiento para desligarse del contrato celebrado con el consumidor.”³

Dicho esto, cabe plantearse esta interrogante: ¿el derecho de desistimiento puede ser ejercido por otra tercera persona?. Pues bien, lo primero que debemos indicar al respecto es que la normativa general española de protección al consumidor no contempla este escenario de manera expresa.

Sin embargo, no existe ningún impedimento para que el titular de un derecho pueda otorgar poder a otra persona para que, en su nombre y representación, pueda ejercer válidamente el encargo concreto del ejercicio del derecho de desistimiento, supuesto este autorizado por el

³ Ver, Lasarte-Álvarez, C.; *Manual sobre protección de consumidores y usuarios* (12a. ed.); pág. 203; Dykinson; Madrid; 2021.

artículo 1259º del Código Civil español, máxime cuando el mismo “no es un derecho personalísimo, esto es (...) no transmisible a terceros.”⁴

En el ámbito de la protección al consumidor, esto resulta muy práctico, pues podría darse el caso de una persona que, teniendo la voluntad de ejercer su derecho de desistimiento, se vea imposibilitada de hacerlo al no poder devolver el respectivo bien al empresario por encontrarse de viaje, por enfermedad o por cualquier otro motivo que impida la entrega, no pudiendo, por tanto, ejercer la facultad conferida a su favor por la ley. Sin embargo, el hecho de nombrar a un apoderado, le permitirá a este mismo consumidor gozar de los beneficios del ejercicio de su derecho a través de un representante. En este caso, estaríamos ante un supuesto de representación voluntaria, en la que “(...) de la voluntad del interesado (representado) depende no sólo el nombrar representante, sino también elegir al sujeto que haya de serlo.”⁵

Por otra parte, ¿qué sucedería si un consumidor fallece dentro del plazo que tenía para ejercer su derecho de desistimiento?. Según el artículo 661º del Código Civil español, “los herederos suceden al difunto por el hecho solo de su muerte en todos sus derechos y obligaciones.” Esto significa entonces que los herederos del consumidor podrán ejercer el derecho de desistimiento vía sucesión, siempre que cumplan con los plazos y presupuestos requeridos para tales efectos. En esa línea, de acuerdo con la doctrina, judicialmente se reconoció que los herederos de un comprador tenían la condición de consumidores al igual que su causante⁶.

Lo anterior no implica desconocer en modo alguno que, en la práctica, podrían presentarse una variedad de casos en los que sería difícil determinar cómo deberían ejercer el derecho de desistimiento los herederos de un consumidor.

Así, un primer problema podría surgir respecto al cómputo del plazo de desistimiento, teniendo en cuenta que la norma únicamente contempla el escenario en el que el propio consumidor

⁴ Ver, Larrosa-Amante, M. Opus cit. Pág. 132.

⁵ Ver, Albaladejo-García, M.; La representación; pág. 768 en *Anuario de Derecho Civil* (Fas. 3); Ministerio de Justicia de España; Madrid; 1958.

⁶ Ver, Larrosa-Amante, M. Opus cit. Pág. 133.

Dicho autor hace referencia a una Sentencia emitida el 19 de diciembre de 2011, por la Audiencia Provincial de Burgos (Sección 2).

puede ejercer su derecho, siendo este muy breve. Ante ello, una posible solución legislativa de *lege ferenda*, consistiría en que se plantee el fallecimiento del consumidor como una causal de interrupción del plazo de desistimiento hasta que exista una declaración de herederos, luego de culminada la etapa de herencia yacente, y partición de la herencia. De este modo, los correspondientes herederos inequívocos del consumidor podrían ejercer el derecho de desistimiento que inicialmente recaía en su causante, sin verse perjudicados por el transcurso del tiempo.

Vale señalar que, la determinación de los herederos escapa del ámbito de aplicación de la normativa de protección al consumidor, ya que para ello rigen los procesos y las normas contempladas en el Código Civil español, aspecto este en el que no entraremos, por no ser materia de este trabajo.

Ahora bien, de otro lado, cuando la norma define el derecho de desistimiento, resalta que no hace falta que su titular alegue causa alguna para ejercerlo, como podría ser la invocación de la existencia de un defecto irreparable de un producto ante el empresario, por ejemplo. Al ser ello así, cabe plantearse esta interrogante: ¿por qué no se le exige al consumidor que formule una alegación de causa para ejercer su derecho de desistimiento, permitiéndole, por el contrario, revocar su inicial declaración de voluntad contractual con las consecuencias que ello implica?. Esto, permitirá entender mejor la excepcionalidad del derecho de desistimiento como figura jurídica que escapa a la lógica de todo el sistema contractual.

En primer lugar, para desarrollar este punto, es preciso recalcar que al estudiar el sistema de protección al consumidor, se advierte claramente que las relaciones de consumo se producen en un contexto en el que el consumidor se encuentra en una situación de desventaja ante el empresario. En esa línea, Larrosa-Amante ha señalado que en el proceso de formación de un contrato de consumo se parte de bases tales como “(...) la indiscutible desigualdad de los contratantes, el carácter adhesivo de los contratos, la falta de negociación del clausulado, el empleo de técnicas agresivas de publicidad o contratación, la utilización de mecanismos de contratación a distancia, etc.”⁷

Así, la situación antes aludida, ha justificado la creación de distintos mecanismos a favor del consumidor que le permiten equilibrar de cierto modo su posición de desigualdad y/o

⁷ Ver, Larrosa-Amante, M. Opus cit. Pág. 101.

desventaja ante el empresario, así como reivindicar sus derechos. No es casualidad entonces que, por ejemplo, la regla consistente en su formulación latina “incumbit probatio qui affirmat non qui negat”, que en román paladino puede traducirse como “incumbe la prueba al que afirma, no al que la niega” o “quien alega un hecho, debe probarlo”, se haya relativizado en beneficio de los consumidores en este último tiempo invirtiendo en muchos conflictos de consumo la carga probatoria, haciéndola de cargo del empresario. Ello, en atención a que “existen varios factores que dificultan la prueba por parte del consumidor, como por ejemplo, en muchos casos, su elevado coste, por precisar una prueba pericial exhaustiva, como en el caso de los daños o de los productos defectuosos, también la variedad de supuestos existentes, la dificultad de prueba del defecto en determinados casos o la posición de inferioridad que ocupa el consumidor respecto al fabricante.”⁸

En coherencia con la idea antes plasmada, vemos que el derecho de desistimiento también ha sido reconocido al consumidor con la intención de proveerle de un instrumento que lo proteja y que, en consecuencia, equilibre su situación de natural desigualdad con el empresario. Al respecto, de acuerdo con Larrosa-Amante⁹, debido al contexto en que se celebran la mayoría de los contratos de consumo, es preciso dotar al consumidor de un mecanismo que garantice que su consentimiento ha sido realmente libre e informado, siendo que el derecho de desistimiento justamente permite ello, al otorgar un periodo de tiempo breve pero razonable para que el consumidor reflexione mejor sobre su decisión de consumo, pudiendo desligarse del contrato celebrado con el empresario si finalmente aquel determina que este no es acorde con sus intereses. Díaz-Alabart, por su parte, también concuerda con esta idea, al señalar que “el derecho de desistimiento es una herramienta de protección al consumidor muy efectiva, ya que le garantiza que su consentimiento contractual se presta libremente.”¹⁰

Además, conviene enfatizar que cuando se celebra el acto de consumo, no es necesario que el consumidor exprese ante el empresario los motivos que están detrás de la adquisición de un

⁸ Ver, Mollar-Piquer, M.; *La prueba en el proceso de consumidores y usuarios*; pág. 31; Tirant lo Blanch; Valencia; 2019.

⁹ Ver, Larrosa-Amante, M. Opus cit. Loc cit.

¹⁰ Ver, Díaz-Alabart, S.; Introducción: la contratación con consumidores; pág. 25 en *Manual de derecho de consumo*; Directoras: Díaz-Alabart, S. y Carrancho-Herrero, M.; Reus; Madrid; 2016.

determinado producto o servicio, pues dichas razones que lo movilizan forman parte de su fuero interno y su libertad contractual, respondiendo a intereses propios que solo el consumidor conoce.

Bajo la misma lógica, tampoco resultaría razonable exigir al consumidor que brinde una explicación ante el empresario al momento de ejercer su derecho de desistimiento, máxime cuando lo que se pretende con el reconocimiento de este es empoderar al consumidor para equilibrar su posición de natural desventaja y/o desequilibrio, asegurando que la toma de la decisión de consumo se realice de una manera racional, consciente, libre e informada, en la línea con lo anteriormente señalado.

2.2.2. Gratuidad en el ejercicio del derecho

Según el artículo 73° del Texto Refundido de la LGDCU, “el ejercicio del derecho de desistimiento no implicará gasto alguno para el consumidor y usuario.”

Como puede apreciarse, la ley es clara al señalar que, para hacer valer el derecho de desistimiento respecto de un contrato de consumo, el consumidor no debe asumir ningún tipo de costo, por lo que es posible referirse a una gratuidad en el ejercicio del derecho como una de las principales características de esta figura jurídica.

Ello quiere decir que, por ejemplo, no sería legal imponer al consumidor algún tipo de sanción pecuniaria o multa en caso decida ejercer su derecho de desistimiento ante el empresario, cuando ello resulte posible de acuerdo con la ley.

Cabe tener en cuenta que, según el artículo 76° del Texto Refundido de la LGDCU, una vez ejercido el derecho de desistimiento por parte del consumidor, el empresario deberá devolverle las sumas desembolsadas sin ningún tipo de retención de gastos, lo cual reafirma la gratuidad en el ejercicio del derecho.

Por otro lado, el artículo en mención dispone que “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.” Y, de no cumplirse con esta obligación en el plazo indicado, la norma ha previsto que el consumidor tendrá derecho a recibir el doble de la suma adeudada,

pudiendo reclamar que “se le indemnicen los daños y perjuicios que se le hayan causado en lo que excedan de dicha cantidad.”

Al respecto, se aprecia que la norma no ha previsto cuál es el procedimiento con el que cuenta el consumidor en caso el empresario no cumpla con la devolución de su dinero luego de ejercido el derecho de desistimiento, aún cuando se hayan interpuesto reclamaciones directas ante aquel por dicho motivo. Así, esta omisión podría suponer una desprotección para el consumidor, si se tiene en cuenta que, al no ver amparado sus derechos, tendría que plantearse recurrir a la vía judicial como última instancia.

En efecto, la vía judicial para este tipo de pleitos, no necesariamente resultaría ser conveniente para el consumidor. Ello, teniendo en cuenta que, en algunos casos, los productos o servicios materia de desistimiento tienen un escaso valor económico y, por tanto, no le compensaría al perjudicado recurrir a la autoridad judicial, al ser más los costos de tiempo y dinero que dicha actuación acarrearía.

Por otra parte, cuando el consumidor sí tenga incentivos suficientes para reclamar la devolución de su dinero en la vía judicial, debido a que los bienes o servicios objeto de desistimiento son de una cuantía más elevada, este deberá tener en cuenta algunas consideraciones para evaluar qué tan conveniente le sería interponer una acción judicial, tales como las siguientes:

- De conformidad con los artículos 23º.2.1. y 31º.2.1. de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, en el juicio verbal cuya cuantía sea inferior a 2000 euros, el consumidor podrá comparecer por sí mismo, no necesitando la asistencia de un letrado o procurador; sin embargo, en este escenario, el consumidor corre con el riesgo de no ver amparada su pretensión únicamente por no contar con asesoría especializada. Además, en caso el consumidor opte por iniciar el referido juicio con el patrocinio de un abogado, deberá asumir el pago de los honorarios de dicho letrado porque estos en principio no estarían cubiertos dentro de la condena de costas del proceso judicial.
- De la normativa antes señalada, se aprecia también que en los procesos que sirven para reclamar la devolución de una cuantía superior de dinero, sí se necesita contar con la asistencia de un letrado, siendo este costo asumido por el consumidor en principio.

Teniendo en cuenta todo lo anterior, sería beneficioso que la ley contemple un procedimiento extrajudicial, ágil y simplificado para que el consumidor que ejerció válidamente su derecho

de desistimiento pueda exigir y obtener la plena y pronta devolución de su dinero. De contemplarse un procedimiento con dichas características, el consumidor no tendría la necesidad de recurrir a la vía judicial para ver amparado su derecho y, así, se evitaría un detrimento patrimonial en su contra, máxime al recordar que la razón de ser de la ley es que el ejercicio del derecho de desistimiento no implique ningún costo para el consumidor, como lo hemos visto en este apartado.

2.2.3. Carácter irrenunciable del derecho

De acuerdo con Lasarte-Álvarez, “dada la *ratio legis* de la LCU y su especial preocupación por la protección de los consumidores y usuarios, es natural que uno de los criterios fundamentales de la Ley radica en declarar la irrenunciabilidad previa de los derechos y facultades otorgados por ella a los consumidores y usuarios (...)”.¹¹

En efecto, según el artículo 10º del Texto Refundido de la LGDCU, los derechos reconocidos en la ley a favor de los consumidores y usuarios son irrenunciables, por lo que será nula toda renuncia previa a los mismos. Esto quiere decir que los derechos reconocidos en la mencionada normativa tienen el rango de orden público, gozando así de una especial protección en el ordenamiento jurídico.

Ahora bien, esta irrenunciabilidad reconocida respecto de los derechos del consumidor, se explica fácilmente al recordar que este sujeto de la relación de consumo se encuentra, por naturaleza, en una condición de desventaja con el empresario. Así, teniendo en cuenta dicha situación de desigualdad, se entiende que el ordenamiento jurídico haya previsto que los derechos del consumidor -entre ellos, el derecho de desistimiento- sean irrenunciables, como un intento para lograr equilibrar la situación del consumidor con el empresario. Algo equivalente ocurre en el ámbito del derecho laboral, donde también se reconocen determinados derechos sustanciales de los trabajadores como irrenunciables para evitar de dicho modo que se cometan abusos en desmedro de estas personas que se encuentran bajo una clara relación de subordinación con su empleador.

En ese orden de ideas, al ser el derecho de desistimiento uno reconocido expresamente a favor de los consumidores, quienes gozan de especial protección en virtud del mandato previsto en

¹¹ Ver, Lasarte-Álvarez, C. Opus cit. Pág. 36.

el artículo 51º de la Constitución española, resulta evidente su carácter irrenunciable, siendo que todo pacto en contrario sería una abierta vulneración de la ley. En relación con ello, Larrosa-Amante señala sobre el derecho irrenunciable de desistimiento que se trata “de un derecho de contenido imperativo tanto para el empresario como para el propio consumidor, no admitiéndose pacto alguno de exclusión de este derecho, incluso en contra de la propia voluntad del consumidor que hubiera podido aceptarlo en virtud de un acuerdo negociado con el empresario sino que es un derecho consustancial al propio contrato, que nace de la ley y no de la voluntad de las partes.”¹²

En línea con ello, tenemos que si, por ejemplo, un consumidor suscribe un contrato en el que el empresario estipuló en una de las cláusulas que aquel renunciaba anticipadamente a su derecho de desistimiento, dicho pacto configuraría una cláusula abusiva, pues según el artículo 86º.7 del Texto Refundido de la LGDCU, serán abusivas aquellas estipulaciones que prevean “la imposición de cualquier otra renuncia o limitación de los derechos del consumidor”.

Lo anterior, en concordancia con lo regulado en el artículo 6º.2 del Código Civil español, según el cual “la exclusión voluntaria de la ley aplicable y la renuncia a los derechos en ella reconocidos sólo serán válidas cuando no contraríen el interés o el orden público ni perjudiquen a terceros”, lo cual no es el caso del derecho de desistimiento, pues su renuncia implicaría vulnerar una norma de orden público o imperativa, como se ha indicado previamente.

2.2.4. Efecto extintivo del contrato de consumo

Según el artículo 1256º del Código Civil español “(...) el cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de una de las partes contratantes.” Sin embargo, el derecho de desistimiento reconocido en el ámbito de consumo se trata de una clara excepción a esta regla.

Efectivamente, según la ley, el ejercicio del derecho de desistimiento por parte del consumidor implica que este pueda dejar sin efecto un contrato de consumo, suponiendo así el efecto extintivo de un acuerdo celebrado válidamente con el empresario por la sola decisión del consumidor. En esa línea, se ha señalado que “con la facultad de desistir, el consumidor

¹² Ver, Larrosa-Amante, M. Opus cit. Pág. 145.

después de haber aceptado y perfeccionado el contrato, puede decidir (...) si quiere permanecer vinculado o no contractualmente. Es un medio de poner fin al contrato unilateralmente (...).¹³

En relación con ello, el artículo 74º.1 del Texto Refundido de la LGDCU, señala que, una vez ejercido el derecho de desistimiento, tanto el consumidor como el empresario deberán restituirse de modo recíproco las prestaciones que fueron materia del contrato de consumo, lo cual pone de manifiesto el efecto extintivo al que nos hemos referido anteriormente. Esto, claro está cuando sea posible ejercer el derecho de desistimiento, pues según la normativa vigente existen algunos bienes y servicios respecto de los cuales no será aplicable la facultad bajo mención, lo cual veremos con mayor detalle en un siguiente apartado.

Aunado a lo anterior, también deberá tenerse en cuenta, que “(...) el desistimiento (...) plantea algunos problemas cuando el contrato del que se desiste tiene como prestación característica un servicio, el cual, una vez realizado (en todo o en parte) no puede restituirse, por la propia naturaleza de las cosas. (...)”¹⁴, tal como se ha reconocido en la Sentencia 1346/2021 de 14 de abril de 2021, emitida por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, en el marco de un caso en el que una persona que contrató un servicio para sustituir su sistema de calefacción, luego desistió del contrato por encontrarse disconforme con los trabajos iniciados, solicitando la devolución del importe de dinero que había adelantado a la empresa recurrida.

En el caso bajo comentario, como parte de su sexto fundamento de derecho, el Tribunal precisó lo siguiente sobre la restitución en el contexto de este contrato de prestación de servicios:

“Si bien esta previsión reparatoria es de fácil ejecución en los contratos de entrega de bienes, pues consistirá en la restitución recíproca de la cosa y el precio, no sucede lo mismo en los contratos de prestación de servicios, puesto que, una vez prestado el servicio, no puede ser devuelto, por su naturaleza incorporal, que se agota con la propia prestación. Es por ello que, en los contratos a distancia, si como ocurrió en este caso, el consumidor ha consentido que el empresario iniciara la prestación de los servicios antes de que transcurriera el plazo de desistimiento y la prestación no se ha consumado, el art. 108 (...) TRLCU dispone que el consumidor deberá abonar al empresario el importe proporcional de la parte del servicio ya prestado a la fecha en la que comunique al

¹³ Ver, Díaz-Alabart, S. Opus cit. Pág. 25.

¹⁴ Ver, Lasarte-Álvarez, C. Opus cit. Pág. 208.

empresario el desistimiento del total del contrato, importe que se calculará sobre el precio total acordado o sobre la base del valor de mercado del servicio ya prestado.”

Como puede advertirse, lo anterior, pondría en evidencia que, en principio, cuando un contrato versa sobre la prestación de un servicio, el ejercicio del derecho de desistimiento y su consecuente efecto extintivo del contrato de consumo solo será posible cuando el contrato aún no ha surtido sus efectos o cuando, pese a haberlo hecho parcialmente, será posible interrumpir la prestación del servicio, reconociendo a favor del empresario una justa contraprestación por el servicio ya prestado.

2.3. El derecho de desistimiento y otras figuras jurídicas

De Diego afirma que “la palabra *contrato* viene de *contractus*, y ésta de *contraho* (*cum y traho*), venir en uno, ligarse; representa el punto en que coinciden varias personas o entidades, una expresión de la voluntad conforme de varios sobre algún asunto (...)”, agregando que “el contrato produce efectos jurídicos en cuanto liga o vincula a unos hombres con otros; esos efectos son queridos por los contrayentes, y porque son queridos alcanzan reconocimiento social; vemos, pues, aquí a la voluntad humana, dotada con una cierta fuerza creadora, siendo el contrato no más que la expresión de esa voluntad coincidente de dos o más personas en la producción de una obligación (...) *el contrato es un acto jurídico bilateral, productivo de relaciones obligatorias*”¹⁵. En ese sentido, tenemos que el contrato es la representación de un pacto o acuerdo libre de voluntades entre dos o más personas, el cual tiene como principal efecto jurídico la creación de obligaciones entre ellas.

Dicho esto, en el presente punto, se buscará hacer referencia a la resolución, rescisión, anulabilidad y nulidad de los contratos en general, como figuras jurídicas que han sido previstas dentro de la legislación civil española, para establecer una comparación entre estas instituciones y el derecho de desistimiento regulado en el ámbito específico de la contratación de consumo.

¹⁵ Ver, De Diego, F.; *Instituciones de derecho civil español*. (Nueva ed., Tom. 2); págs. 88 y 89; Artes Gráficas Julio San Martín; Madrid; 1959.

Por otro lado, también se hará alusión a la revocación como figura jurídica, considerando que esta fue la nomenclatura empleada por primera vez en España para referirse a la categoría del derecho de desistimiento en los contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles.

2.3.1. Resolución

El artículo 1124º del Código Civil español, regula la acción resolutoria estableciendo que la facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita a aquellas que son recíprocas, para el escenario de que uno de los obligados no cumpliera lo que le incumbe. Dicho artículo agrega también que el contratante perjudicado por el incumplimiento de una obligación no siempre deberá optar por la resolución del contrato, pues también podrá requerir el cumplimiento de la obligación, siendo que en ambos supuestos podrá exigirse el respectivo resarcimiento de daños y abono de intereses. Asimismo, la ley contempla la posibilidad de solicitar la resolución del contrato, aún después de haber optado por el cumplimiento, cuando este resultare imposible.

Sobre la norma bajo comentario, en el marco de un caso donde se pretendía la resolución de un contrato de préstamo en razón al incumplimiento de pago de intereses por parte del prestatario, la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo¹⁶ precisó lo siguiente como segundo fundamento de derecho de su sentencia:

“El art. 1124 CC se refiere a la facultad de resolver las obligaciones «recíprocas» para el caso de que uno de los obligados no cumpliera lo que le incumbe. Este remedio legal frente al incumplimiento solo se reconoce, por tanto, en los contratos con prestaciones recíprocas, contratos de los que surgen vínculos recíprocamente interdependientes, en los que la obligación de una parte pueda considerarse causa de la de la otra (art. 1274 CC).

El art. 1124 CC refiere la facultad resolutoria como remedio frente al incumplimiento de una de las partes cuando medien entre ellas vínculos recíprocos. Cuando no es así y del contrato solo nace obligación para una de las partes, no hay posibilidad de resolver conforme al art. 1124 CC (...)

(...) ante dos obligaciones recíprocas (...) podrá valorarse si el incumplimiento de una de las partes es esencial de modo que ya no resulte exigible a la otra seguir vinculada.

¹⁶ Ver, Sentencia 432/2018 del 11 de julio de 2018.

(...)”

Por otro lado, Díez-Picazo señala que “(...) la resolución (...) [es] un medio de defensa, nacido del contrato, para protección de los intereses de uno de los contratantes frente a circunstancias sobrevenidas (v. gr. el incumplimiento (...) etc)”¹⁷; mientras que, O’Callaghan-Muñoz acota que dicha figura jurídica implica “(...) la ineficacia sobrevenida con efecto retroactivo en virtud de una causa que no sea una invalidez inicial. En materia contractual, la resolución se produce por condición resolutoria y por incumplimiento de una obligación en el contrato bilateral (...)”.¹⁸

De todo lo anterior, se infiere que la resolución es un mecanismo legal contemplado en el artículo 1124º del Código Civil español que permite extinguir o poner fin a un contrato de obligaciones recíprocas cuando una de las partes incurre en un incumplimiento de los deberes derivados del acuerdo que celebró con la otra parte.

En efecto, se aprecia que es posible solicitar la resolución de un contrato de obligaciones recíprocas siempre y cuando exista una causa debidamente justificada que lo amerite, tal como el incumplimiento sobrevenido de una obligación esencial por parte de uno de los contratantes.

Además, para que opere la figura jurídica de la resolución, hará falta que la parte perjudicada la invoque y que la otra parte contratante la acepte o, en su defecto, que exista una declaración judicial resolviendo el contrato celebrado entre ellas¹⁹.

Así pues, es posible advertir claramente que la diferencia inicial que existe entre la resolución contractual prevista en el artículo 1124º del Código Civil español y el derecho de desistimiento regulado en la normativa de protección al consumidor, consiste en que para la primera figura jurídica siempre se requiere alegar una causa justa, mientras que para la segunda no se exige invocar ninguna razón o motivo en particular, como lo vimos en un apartado anterior del

¹⁷ Ver, Díez-Picazo, L.; *Fundamentos del derecho civil patrimonial: teoría del contrato* (5a ed. [2a en Civitas], Vol.1); pág. 564; Civitas; Madrid; 1996.

¹⁸ Ver, O’Callaghan-Muñoz, X.; *Compendio de Derecho Civil: Introducción y parte general del Derecho Civil. Derecho de la persona* (4ª ed., Tomo I); pág. 224; Editorial Universitaria Ramón Areces; Madrid; 2022.

¹⁹ Ver, Larrosa-Amante, M. Opus cit. Pág. 86.

presente trabajo. Vale recordar en este punto que el derecho de desistimiento tiene un carácter excepcional que escapa de la lógica del sistema contractual, buscando empoderar al consumidor mediante una herramienta de fácil utilización que le permita dar por finalizado un contrato válidamente celebrado con el empresario. En ese sentido, si se le exigiera al consumidor alegar una causa justa para ejercer su derecho de desistimiento, este claramente perdería una de sus características esenciales, vaciándolo de contenido.

Por su parte, otra de las diferencias de la resolución contractual con el derecho de desistimiento es que, para el ejercicio de este último, no será necesario obtener la aceptación de la otra parte contratante (en este caso, del empresario) ni la declaración de un juez, pues solo bastará que el consumidor notifique al empresario sobre su voluntad de desistir cumpliendo con los requisitos de ley. Ello, tiene sustento en que la normativa de protección al consumidor busca que el ejercicio del derecho de desistimiento sea ágil para el consumidor, de modo que no se desincentive su decisión de poner fin al contrato celebrado con el empresario, por la existencia de requisitos formales y rígidos.

Aunado a lo anterior, la doctrina enfatiza que mientras la facultad de resolución, en principio, recae sobre cualquiera de los contratantes, el derecho de desistimiento solo está reconocido para uno de ellos, a saber, el consumidor²⁰. Esta diferencia entre ambas figuras se explica fácilmente, tras conocer que la resolución de un contrato de obligaciones recíprocas responde a la existencia de un incumplimiento por parte de cualquiera de los contratantes, mientras que el derecho de desistimiento no presupone ninguna causa de dicho tipo y que, más bien, busca equilibrar la posición de desventaja natural del consumidor frente al empresario.

Adicionalmente, corresponde señalar que Larrosa-Amante también destaca que una de las consecuencias que se derivan de la resolución contractual es el reconocimiento de una indemnización de daños y perjuicios a favor del contratante perjudicado por el incumplimiento, lo cual no es, en modo alguno, un efecto del ejercicio del derecho del desistimiento, toda vez que este no se fundamenta en la existencia de un daño causado al consumidor²¹.

²⁰ Ver, Larrosa-Amante, M. Opus cit. Pág. 87.

²¹ Ver, Larrosa-Amante, M. Opus cit. Loc cit.

2.3.2. Rescisión

Según el artículo 1290º del Código Civil español, los contratos cuya celebración se ha realizado de manera válida pueden rescindirse en los casos establecidos por la ley. En esa línea, de acuerdo al artículo 1291º de la referida norma, en principio:

“Son rescindibles:

1.º Los contratos que hubieran podido celebrar sin autorización judicial los tutores o los curadores con facultades de representación, siempre que las personas a quienes representen hayan sufrido lesión en más de la cuarta parte del valor de las cosas que hubiesen sido objeto de aquellos.

2.º Los celebrados en representación de los ausentes, siempre que éstos hayan sufrido la lesión a que se refiere el número anterior.

3.º Los celebrados en fraude de acreedores, cuando éstos no puedan de otro modo cobrar lo que se les deba.

4.º Los contratos que se refieran a cosas litigiosas, cuando hubiesen sido celebrados por el demandado sin conocimiento y aprobación de las partes litigantes o de la Autoridad judicial competente.

5.º Cualesquiera otros en que especialmente lo determine la Ley.”

Considerando lo anterior, en palabras de O’Callaghan-Muñoz, la rescisión “es un recurso extraordinario concedido por el Derecho para evitar las consecuencias injustas de un negocio jurídico válidamente celebrado.”²² Además, conforme a De Diego, “la acción de rescisión trata de remediar un perjuicio que el contrato causa, o una lesión, o un derecho preferente e irreconciliable con los que el contrato hace nacer. De este modo también se explica que no se trate sólo de lesión de los contratantes, sino de terceros afectados en sus intereses legítimos por el contrato en cuestión.”²³

²² Ver, O’Callaghan-Muñoz, X. Opus cit. Pág. 222.

²³ Ver, De Diego, F. Opus cit. Pág. 134.

Cabe agregar también que, para la rescisión de un contrato, es necesario que la parte que alega ser la perjudicada ejerza la acción rescisoria ante los Tribunales dentro de un plazo de 4 años conforme al artículo 1299º del Código Civil español, siendo que la misma solo puede ejercerse cuando el perjudicado no cuenta con otro mecanismo legal para buscar la reparación del daño que alega, por lo cual dicha acción tiene un carácter subsidiario, de conformidad con el artículo 1294º del Código Civil español.

De todo ello, se colige que la rescisión se trata de un remedio extraordinario que permite dejar sin efecto un contrato a pedido de aquel sujeto que resulte especialmente perjudicado por el mismo, a quien se le exige acreditar dicho perjuicio. Esto, contrariamente a lo que sucede respecto del derecho de desistimiento reconocido para los contratos de consumo, pues su ejercicio únicamente está reservado para quienes califiquen como consumidores y usuarios, los cuales no requieren alegar ni acreditar perjuicio o razón alguna al momento de expresar su voluntad de desistir.

Además, para el ejercicio del derecho de desistimiento, únicamente se requiere que el consumidor comunique su decisión ante el empresario dentro del periodo correspondiente, sin la necesidad de interponer alguna acción judicial para tales efectos, como sí sucede cuando se persigue la rescisión de un contrato.

Entonces, haciendo un recuento, la doctrina ha remarcado las siguientes diferencias existentes entre la rescisión y el derecho de desistimiento en materia de protección al consumidor:

“(…) Finalidad de superar la existencia de un perjuicio económico en la rescisión frente a la mera voluntad del consumidor sin necesidad de perjuicio alguno.

(…) El diferente plazo de ejercicio, que se extiende a cuatro años en la rescisión (art. 1299 CC) frente al plazo general de catorce días del artículo 71 LGDCU.

(…) La necesidad de ejercicio de una acción rescisoria ante los tribunales, frente a la mera comunicación al empresario del ejercicio del derecho de desistimiento, lo que potencia el carácter unilateral de esta última figura jurídica.

(…) El carácter subsidiario de la acción de rescisión que se establece en el artículo 1294 CC frente a la plena libertad de ejercicio para el consumidor del derecho de desistimiento reconocido en la ley o en el contrato.

(...)

(...) El carácter causal de la rescisión, que sólo es posible su ejercicio en los casos concretos previstos en el artículo 1291 CC, frente al carácter libre del ejercicio del derecho de desistimiento sin sometimiento a ningún tipo de restricción causal, aunque sí temporal.”²⁴

2.3.3. Anulabilidad

Según la doctrina, “se produce la anulabilidad cuando el negocio jurídico *adolece de alguno de los vicios que lo pueden invalidar según la ley*; hasta que se da esta invalidación produce plenos efectos jurídicos. El artículo 1300 prevé claramente esta figura.”²⁵

Por su parte, en el artículo 1300º del Código Civil español, se establece que “los contratos en que concurran los requisitos que expresa el artículo 1.261 pueden ser anulados, aunque no haya lesión para los contratantes, siempre que adolezcan de alguno de los vicios que los invalidan con arreglo a la ley.”

Así, se tienen las siguientes causales de anulabilidad: I.- la falta de capacidad para obrar, mientras esta no sea de tal magnitud que se convierta en una ausencia total de dicha capacidad; y, II.- el error, el dolo, la violencia y la intimidación, como vicios de la voluntad²⁶.

Sin perjuicio de lo anterior, debe tenerse en cuenta que, el Código Civil español también contempla en su artículo 1309º la posibilidad de que, en determinados supuestos, se pueda confirmar un acto que en principio resultaba anulable, siendo que “la confirmación no es otra cosa más que esa renuncia o ratificación del acto anulable, saneándole de los vicios que le afectan.”²⁷ Así, por ejemplo, “el art. 1.259, párrafo 2º, dice que el contrato celebrado a nombre de otro por quien no tenga su autorización o representación legal será nulo, a no ser que lo

²⁴ Ver, Larrosa-Amante, M. Opus cit. Pág. 83.

²⁵ Ver, O'Callaghan-Muñoz, X. Opus cit. Pág. 221.

²⁶ Ver, O'Callaghan-Muñoz, X. Opus cit. Ibídem.

²⁷ Ver, De Diego, F. Opus cit. Loc. ult. cit.

ratifique la persona a cuyo nombre se otorgó antes de ser revocado por la otra parte contratante.”²⁸

Entonces, se desprende que para que un contrato pueda ser anulado, debe haber existido un defecto al momento de su celebración, lo cual marca una primera diferencia de esta figura jurídica con el derecho de desistimiento previsto en el ámbito del consumo, toda vez que este último se ejerce para dejar sin efecto un contrato que desde un inicio ha sido plenamente válido entre un consumidor y un empresario.

Una segunda diferencia entre la anulabilidad y el derecho de desistimiento consiste que para obtener la primera, el sujeto interesado necesita interponer una acción y obtener una sentencia a su favor que anule el acto cuestionado, mientras que el derecho de desistimiento no requiere tales actuaciones, bastando que el consumidor comunique su decisión de dejar sin efecto el contrato de consumo ante el empresario de acuerdo a ley.

En efecto, en el artículo 1301º del Código Civil español, se precisa que la acción de anulación o anulabilidad debe ejercerse en un plazo de 4 años, siendo que “el poder de impugnar el negocio anulable -ejercitar la acción de impugnación- se concede no a cualquier interesado, sino a aquel en cuyo favor se establece la anulabilidad: artículo 1302. En ningún caso procede la anulación de oficio, sino sólo a petición del legitimado activamente”²⁹. Al respecto, cabe precisar que, en el marco de un caso donde se pretendía la nulidad de una escritura de permuta, la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo³⁰ precisó, dentro del quinto fundamento de derecho de su sentencia, que “(...) el régimen de la anulabilidad somete el ejercicio de la acción de impugnación del contrato a un plazo, de manera coherente con la exigencia constitucional de seguridad jurídica.”

Lo anterior, permite notar también una tercera diferencia entre las figuras jurídicas bajo comentario. Ello, puesto que, como lo vimos anteriormente, el ejercicio del derecho de desistimiento, únicamente puede ser ejercido por el consumidor dentro un breve periodo de tiempo que generalmente es de 14 días, con algunas excepciones.

²⁸ Ver, Díez-Picazo, L. Opus cit. Pág. 589.

²⁹ Ver, O’Callaghan-Muñoz, X. Opus cit. Pág. 221.

³⁰ Ver, Sentencia 2/2018 del 10 de enero 2018.

2.3.4. Nulidad

De conformidad con lo previsto en el artículo 6º.3 del Código Civil español, son nulos de pleno derecho aquellos actos que sean contrarios a las normas de carácter imperativo y prohibitivo.

Ello, se explica en que “(...) esta clase de normas excluyen el juego de la autonomía de la voluntad, no son susceptibles de modificación por parte de los sujetos; [mientras que] la norma dispositiva, por el contrario, autoriza el juego preferente del pacto negocial, que se antepone a la norma legal, a la que puede modificar y contradecir y que sólo tiene aplicación en defecto de áquel.”³¹ Siendo ello así, se entiende por qué la doctrina precisa que la nulidad tiene los siguientes efectos³²:

- **Efecto inmediato:** Un acto contrario a normas imperativas o prohibitivas es nulo *per se*. Sin embargo, pueden existir situaciones que ameriten que un sujeto persiga que la nulidad sea declarada por un juez como tercero imparcial. Por ejemplo, si un negocio nulo es aparentemente válido en el plano de la realidad, sería más aconsejable solicitar una declaración judicial de nulidad.
- **Efecto general:** La nulidad es de carácter absoluto y opera *erga omnes*, lo cual quiere decir que puede oponerse ante cualquier sujeto.
- **Efecto definitivo:** Frente a un acto nulo, no cabe confirmación o subsanación alguna, en atención al carácter de las normas vulneradas.

En concordancia con lo anterior, en el marco de un caso donde se pretendía la nulidad de una escritura de permuta, la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo³³ precisó, dentro del quinto fundamento de derecho de su sentencia, que “(...) según las tesis mayoritarias (...) la nulidad radical o absoluta, posibilitaría en todo caso y sin límite de tiempo a ambas partes contratantes, así como a cualquier tercero interesado, hacer valer la supuesta nulidad.”

Vemos entonces que la nulidad regulada en el Código Civil español implica que si un contrato es celebrado contraviniendo una norma imperativa o prohibitiva, este carecerá de toda validez.

³¹ Ver, O'Callaghan-Muñoz, X. Opus cit. Pág. 219.

³² Ver, O'Callaghan-Muñoz, X. Opus cit. Pág. 220.

³³ Ver, Sentencia 2/2018 del 10 de enero 2018.

Además, si bien no es necesario obtener una declaración judicial de nulidad para que esta se configure, ello no impide que un interesado pueda solicitarla legítimamente.

Dicho esto, vemos que la nulidad de un contrato se diferencia totalmente del derecho de desistimiento que puede ejercerse respecto de aquel, toda vez que mientras la primera figura jurídica implica la invalidez del negocio jurídico y, por tanto, la carencia de todo efecto legal; la segunda categoría solo resulta aplicable respecto de contratos de consumo plenamente válidos y eficaces. Además, el derecho de desistimiento solo puede ejercerse dentro de un breve periodo de tiempo según la normativa de protección al consumidor (14 días por lo general), mientras que la declaración de nulidad puede requerirse sin ningún tipo de límite temporal.

Finalmente, y referido a la nulidad y resolución, cabe mencionar que, según el artículo 78º del Texto Refundido de la LGDCU, el no haber ejercido el derecho de desistimiento dentro del periodo que se tenía para hacerlo, no impide que el consumidor pueda, de ser el caso, plantear una acción de nulidad o resolución del contrato de consumo cuando ello proceda. En sentido contrario, esto también quiere decir que, si el consumidor se valió de su derecho de desistimiento, ya no podrá perseguir la declaración de nulidad o la resolución del contrato celebrado con el empresario, lo cual resulta coherente teniendo en cuenta que cuando se ejerce la facultad de desistimiento se produce el efecto extintivo del contrato de consumo, como ya lo hemos visto.

2.3.5. Revocación

En primer lugar, conviene recordar que, en la derogada Ley 26/1991, del 21 de noviembre, sobre contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles, se reguló por primera vez en España lo que ahora se denomina como derecho de desistimiento, pero con la nomenclatura de “derecho de revocación”. De ahí la importancia de aludir a la figura jurídica de la revocación en el presente apartado.

Ahora bien, de acuerdo con O’Callaghan-Muñoz, la revocación implica que por una decisión unilateral pueda dejarse sin efecto los siguientes negocios jurídicos: el testamento; la donación; y, el mandato³⁴. Por su parte, Larrosa-Amante³⁵ estima que la revocación es un derecho o

³⁴ Ver, O’Callaghan-Muñoz, X. Opus cit. Pág. 222.

³⁵ Ver, Larrosa-Amante, M. Opus cit. Pág. 88.

facultad de carácter discrecional y voluntario, siendo que el ejercicio de este derecho no tiene límite temporal y supone que la voluntad de una persona es la que extingue o pone fin a los efectos de un determinado negocio jurídico unilateral, como podría ser el testamento o la donación, ya citados.

Efectivamente, el Código Civil español contempla en su artículo 737º que todas las disposiciones de un testamento pueden ser revocadas por el testador, mientras que en el Libro Tercero, Título II, Capítulo IV del referido cuerpo normativo se regula la revocación para el caso de las donaciones. Por su parte, la revocación de los mandatos está regulada en los artículos 1733º a 1735º del Código Civil español.

Siendo ello así, puede advertirse que, mientras el derecho de revocación procede respecto de negocios jurídicos unilaterales como los señalados anteriormente y puede ser ejercido en cualquier momento, el derecho de desistimiento resulta aplicable únicamente en relación con un negocio jurídico bilateral, a saber, un contrato de consumo; además, este último derecho sí tiene un plazo en el que puede ser ejercido (14 días naturales por lo general).

2.4. ¿Qué puede ser objeto del derecho de desistimiento?

De la redacción del antes citado artículo 68º.1 del Texto Refundido de la LGDCU, podría desprenderse inicialmente que el derecho de desistimiento aplicaría para todo tipo de contratos de consumo. Sin embargo, es importante recalcar que el artículo 68º.2 de la referida norma, delimita que este derecho únicamente puede ser ejercido por el consumidor en estos escenarios:

- En los supuestos legal o reglamentariamente previstos (esto quiere decir, cuando el derecho de desistimiento sea reconocido en una norma especial).
- Cuando así se le reconozca en la oferta, promoción, publicidad o en el propio contrato de consumo.

De igual manera, Larrosa-Amante reconoce que el derecho de desistimiento “no [es] un derecho aplicable a todos los contratos de consumo, sino únicamente a aquellos en los que así esté expresamente previsto, bien por disposición legal (artículo 68.2 TRLGDCU) o cuando así le sea reconocido por el empresario bien por su inclusión en la oferta o publicidad o por su

reconocimiento en el propio contrato (artículos 68.2. y 79 TRLGDCU).”³⁶ En esa misma línea, Reyes-López, también afirma que “con carácter genérico, este derecho se concede en los contratos a distancia, en los de venta fuera de establecimiento mercantil y, en aquellos otros previstos legal o reglamentariamente. Además, cuando se reconozca, en la oferta, promoción, publicidad, derivado de su carácter vinculante, o en el propio contrato, si así se ha pactado expresamente.”³⁷

Por su parte, en palabras de Díaz-Alabart, el derecho de desistimiento regulado normativamente “(...) no es una facultad presente en todos los contratos con consumidores, como, por otro lado, (...) sucede con el derecho a la información, sino que está previsto únicamente para algunos contratos que, por sus características, sitúan al consumidor en una posición más débil (...)”³⁸.

2.4.1. Primer supuesto: Derecho de desistimiento reconocido en normas especiales

En este primer punto, se reseñan los ámbitos de consumo en los que se hace referencia al derecho de desistimiento en una normativa especial, no sin antes mencionar que en el artículo 68º.3 del Texto Refundido de la LGDCU, se establece que el derecho de desistimiento reconocido al consumidor se regirá por la normativa específica de cada caso y, en su defecto, por lo previsto en el régimen general del Texto Refundido de la LGDCU; en otras palabras, cuando exista una norma especial que regule el derecho de desistimiento respecto de un determinado bien o servicio, será aplicable dicha norma especial y solo será aplicable la ley general de manera supletoria.

2.4.1.1. Contratos celebrados a distancia y fuera de establecimientos mercantiles

Del artículo 92º.1 del Texto Refundido de la LGDCU, se desprende lo siguiente sobre la contratación a distancia:

³⁶ Ver, Larrosa-Amante, M. Opus cit. Pág. 115.

³⁷ Ver, Reyes-López, M.; *Manual de derecho privado de consumo* (2ª ed. rev. y act.); págs. 265 y 266; La Ley; Madrid; 2012.

³⁸ Ver, Díaz-Alabart, S. Opus cit. Pág. 25.

- Se produce en el marco de un sistema organizado de venta o prestación de servicios a distancia.
- No existe la presencia física simultánea del empresario y del consumidor.
- Emplea exclusivamente una o más técnicas de comunicación a distancia (correo postal, internet, teléfono, fax, etc.) hasta el momento de la celebración del contrato y en la propia celebración del mismo.

Por otra parte, del artículo 92º.2 del Texto Refundido de la LGDCU, se verifica lo siguiente respecto de los contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles:

- En principio, la celebración del contrato se produce en un lugar distinto al establecimiento mercantil del empresario. Además, existe la presencia física simultánea del empresario y del consumidor.
- También puede existir un contrato celebrado fuera del establecimiento mercantil cuando el contrato se celebra en el establecimiento o mediante un medio de comunicación a distancia. La condición para ello es que inmediatamente antes haya existido contacto directo con el consumidor en un lugar que no era el establecimiento mercantil, con la presencia física simultánea del empresario y el consumidor y usuario.
- La celebración del contrato también puede darse durante una excursión organizada por el empresario con el objetivo de promocionar y vender productos o servicios al consumidor y usuario.

Ahora bien, el derecho de desistimiento para estos contratos está contemplado en el artículo 102º del Texto Refundido de la LGDCU, en el que se establece de manera general que el consumidor podrá ejercerlo durante un periodo de 14 días naturales. Siguiendo lo mencionado, en el artículo 106º.5 de la ley, se recalca que en el caso de los contratos de viaje combinado celebrados fuera del establecimiento, el viajero dispondrá de un plazo de 14 días para ejercer su derecho desistimiento del contrato de viaje combinado, sin necesidad de justificación.

Sin perjuicio de lo anterior, es importante considerar que la ley también establece que, el plazo de desistimiento será de 30 días naturales (y no de 14 días) para los contratos celebrados en el contexto de visitas no solicitadas, efectuadas por el empresario en el domicilio del consumidor o usuario o de excursiones organizadas por el empresario con el objetivo o efecto de promocionar o vender bienes o servicios.

Dicho todo esto, cabe plantearse esta interrogante: ¿existen excepciones para ejercer el derecho de desistimiento en los contratos celebrados a distancia y fuera de establecimientos mercantiles?. La respuesta es afirmativa, ya que en el artículo 103º del Texto Refundido de la LGDCU, se establecen un total de 13 excepciones. Así, por ejemplo, no será posible ejercer el derecho de desistimiento:

- Cuando un consumidor adquiere mediante internet una taza estampada con una imagen que él mismo envió al empresario, ya que según el artículo 103º.c) del Texto Refundido de la LGDCU, no aplica el derecho de desistimiento para “el suministro de bienes confeccionados conforme a las especificaciones del consumidor y usuario o claramente personalizados.”
- Cuando una persona compra carne o fruta mediante la página web de un supermercado, gran almacén o tienda de alimentación, para la comida de la semana, en la medida que el artículo 103º.d) del Texto Refundido de la LGDCU, excluye el derecho de desistimiento respecto del “(...) suministro de bienes que puedan deteriorarse o caducar con rapidez.”
- Cuando un joven compra una prenda de baño mediante la página web de una tienda de deportes o de moda y, al recibir el producto se lo prueba, en tanto el artículo 103º.e) del Texto Refundido de la LGDCU, excluye el derecho de desistimiento respecto del “(...) suministro de bienes precintados que no sean aptos para ser devueltos por razones de protección de la salud o de higiene y que hayan sido desprecintados tras la entrega.”
- Cuando una persona asiste a una subasta pública y adquiere, por ejemplo, un automóvil, toda vez que según el artículo 103º.k) del Texto Refundido de la LGDCU, no pueden ser objeto del derecho de desistimiento “los contratos celebrados mediante subastas públicas”.

2.4.1.2. Bienes muebles materia de una venta a plazos

Conforme a los artículos 1º y 3º de la Ley 28/1998 de 13 de julio, por venta a plazos de bienes muebles, se entiende el contrato mediante el cual una de las partes entrega a la otra una cosa mueble corporal consumible e identificable y esta se obliga a pagar por ella un precio cierto en un tiempo superior a 3 meses (desde la perfección del contrato), ya sea de forma total o parcialmente aplazada.

Por su parte, según el artículo 9º.1 de la referida ley, el consumidor podrá desistirse de este tipo de contrato dentro de los 7 días hábiles siguientes de la entrega del bien, siempre que lo comunique al vendedor mediante una carta certificada u otro medio fehaciente.

Vale recalcar que esta ley, en su artículo 2º, reconoce que su ámbito de aplicación puede coincidir con el regulado en la Ley de Contratos de Crédito al Consumo (Ley 16/2011 de 24 de junio) y que, en estos casos, deberá prevalecer la aplicación de esta última norma.

Así, por ejemplo, podría darse dicha coincidencia cuando una persona compra un coche a un concesionario en una feria para pagarlo en 36 meses. Si bien este supuesto se encuentra dentro del ámbito de aplicación de la Ley 28/1998, lo cierto es que también coincide con el previsto en la Ley de Contratos de Crédito al Consumo, según la cual se produce este tipo de contrato cuando un prestamista concede o se compromete a conceder a un consumidor un crédito bajo la forma de pago aplazado, préstamo, apertura de crédito o cualquier medio equivalente de financiación y, en consecuencia, en dicho escenario resultará aplicable esta última normativa.

2.4.1.3. Servicios financieros destinados a consumidores y comercializados a distancia

Según la Ley 22/2007 de 11 de julio, dentro de los servicios financieros, se encuentran los siguientes: servicios bancarios, de crédito o de pago; servicios de inversión; operaciones de seguros privados; y, la actividad de mediación de seguros.

De acuerdo a la norma, si estos servicios fueron comercializados a distancia, el consumidor tendrá derecho a desistir del contrato en un plazo de 14 días naturales, con excepción de los contratos de seguros de vida, respecto de los cuales el plazo para desistir será de 30 días naturales, conforme al artículo 10º.1 de la ley. Así, por ejemplo, si un consumidor contrata un seguro de vida vía telefónica, pero en la tercera semana se arrepiente de su decisión, esta persona puede desistir del contrato celebrado con la empresa aseguradora, ya que la norma contempla que en este tipo de supuestos, cuenta con un plazo de 30 días naturales para ejercer su derecho de desistimiento.

Ahora bien, sin perjuicio de lo anterior, es importante considerar que, según el artículo 10º.2 de la Ley 22/2007, también existen excepciones para el ejercicio del derecho de desistimiento en este tipo de contratos. A continuación, mencionamos algunos casos en los que no será aplicable el derecho de desistimiento según la norma: operaciones de cambio de divisas; instrumentos del mercado monetario; valores negociables; créditos hipotecarios; y, créditos

garantizados por una hipoteca. En línea con ello, por ejemplo, no será posible ejercer el derecho de desistimiento cuando una persona compra dólares mediante la banca en línea de una entidad del sistema financiero, puesto que, en esta situación, el consumidor se encuentra dentro de la excepción legal referida a las operaciones de cambio de divisas.

Finalmente, respecto al porqué no puede ejercerse el derecho de desistimiento en materias como las antes comentadas, es preciso acotar que, en el apartado III del preámbulo de la Ley 22/2007, se menciona que estas excepciones “(...) se fundamentan, principalmente, en la inevitable fluctuación de las condiciones de muchos contratos financieros, lo que hace necesario que las obligaciones contractuales hayan de cumplirse desde el inicio de la formalización del contrato o porque esas condiciones contractuales exijan una seguridad jurídica especial, como es el caso de las hipotecas.”

2.4.1.4. Servicios de intermediación para la realización de contratos de préstamo o crédito

Estos contratos son celebrados entre consumidores y personas físicas o jurídicas que, de manera profesional, realizan una actividad de intermediación para la celebración de un contrato de préstamo o crédito con cualquier finalidad. En ese sentido, los intermediarios financieros llevan a cabo actuaciones para que un consumidor celebre un contrato de préstamo con una tercera entidad.

Según el artículo 21º.2 de la Ley 2/2009 de 31 de marzo, el consumidor tendrá derecho a desistir de un contrato de intermediación para la realización de contratos de préstamo o crédito, dentro los 14 días naturales siguientes a la formalización de dicho contrato de intermediación.

Así, por ejemplo, podría darse el caso en el que un intermediario contacta a un joven interesado en obtener un crédito estudiantil, ofreciéndole desplegar todos sus esfuerzos para conseguirle 3 buenas ofertas de crédito a cambio de una contraprestación económica. Claramente, en virtud de su libertad contractual, el joven no se encontraría obligado a aceptar esta oferta y, en ese sentido, podría rechazarla de plano. Sin embargo, en el supuesto de que sí decida aceptarla, a la semana, el joven también podría ejercer su derecho de desistimiento respecto del contrato de intermediación, al encontrarse dentro del plazo legal establecido para tales efectos.

Como puede apreciarse, en el último ejemplo bajo comentario, el único contrato celebrado por parte del consumidor sería el de intermediación, pues no llegó a concretarse ningún contrato de préstamo con una tercera entidad en virtud del servicio de intermediación.

En ese sentido, si bien en nuestro ejemplo el intermediario dejaría de obtener una ganancia al tener que devolver la contraprestación que recibió del consumidor por el servicio de intermediación materia de desistimiento, lo cierto es que este perjuicio se trata de una consecuencia irresistible del derecho reconocido a favor del consumidor en la propia normativa (en este caso, en el artículo 21º.2 de la Ley 2/2009 previamente aludido) y, por tanto, el agente intermediario tendrá que soportarla.

Cabe precisar que, en la norma especial bajo comentario no se precisa qué sucedería en caso el consumidor sí hubiera llegado a celebrar un contrato de préstamo en virtud de la contratación de un servicio de intermediación.

Sin embargo, es posible plantear la posición de que en un escenario de este tipo, donde el consumidor celebró un contrato de préstamo a partir de la labor de un intermediario, quedaría a salvo el derecho del consumidor de desistirse del contrato de intermediación conforme a la Ley 2/2009 y, consecuentemente, del contrato de préstamo celebrado en virtud de dicho servicio, siendo que para lo relativo a este último desistimiento resultaría aplicable la normativa de contratos de crédito al consumo que veremos en el siguiente punto.

En esa misma línea, cabe precisar que, no sería admisible sustentar la idea de que el consumidor pueda desistirse del contrato de intermediación y mantener vigente un contrato de crédito celebrado a partir del servicio del intermediario, toda vez que ello significaría un ejercicio abusivo del derecho de desistimiento, al generar un enriquecimiento injusto o indebido para el consumidor, quien se beneficiaría del contrato de crédito obtenido gracias a la labor del agente intermediario, y este último perdería la retribución por el trabajo prestado.

2.4.1.5. Contratos de crédito al consumo

De conformidad con el artículo 1º.1 de la Ley 16/2011 de 24 de junio, en los contratos de crédito al consumo, un prestamista concede o se compromete a conceder a un consumidor un crédito bajo la forma de pago aplazado, préstamo, apertura de crédito o cualquier medio equivalente de financiación.

Según el artículo 28º.1 de la mencionada ley, el consumidor tendrá derecho a desistir de un contrato de crédito al consumo, en un plazo de 14 días naturales. Además, es preciso acotar que, según el apartado b) de la norma en mención, el consumidor deberá pagar al prestamista el capital y el interés acumulado sobre dicho capital entre la fecha de disposición del crédito y

la fecha de reembolso del capital, sin ningún retraso indebido y a más tardar a los 30 días naturales de haber enviado la notificación de desistimiento al prestamista.

Así, por ejemplo, si una persona adquiere un préstamo de 1000 euros de una entidad bancaria, para pagarlo en 12 meses y al día 7 del desembolso, decide desistir del contrato de crédito celebrado comunicándoselo a la entidad financiera, dicho consumidor debe devolver el dinero desembolsado por el Banco, más los intereses devengados a la fecha del reembolso.

2.4.1.6. Contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio

A continuación, se definirán los contratos reseñados, los cuales se celebran a título oneroso y deben ser de índole turístico o promocional:

- **Contrato de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico:** De acuerdo al artículo 2º de la Ley 4/2012 de 6 de julio, se trata de un contrato con una duración mayor a un año. En virtud de este, “(...) un consumidor adquiere (...) el derecho a utilizar uno o varios alojamientos para pernoctar durante más de un periodo de ocupación.”
- **Contrato de producto vacacional de larga duración:** Según el artículo 3º de la Ley 4/2012 de 6 de julio, es un contrato con una duración mayor a un año. En virtud de este, “(...) un consumidor adquiere (...) esencialmente el derecho a obtener descuentos u otras ventajas respecto de su alojamiento, de forma aislada o en combinación con viajes u otros servicios.”
- **Contrato de reventa:** Conforme al artículo 5º de la Ley 4/2012 de 6 de julio, se trata de un contrato “(...) en virtud del cual un empresario (...) asiste a un consumidor en la compra o venta de derechos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico o de un producto vacacional de larga duración.”
- **Contrato de intercambio:** Según el artículo 6º de la Ley 4/2012 de 6 de julio, es un contrato “(...) en virtud del cual un consumidor se afilia (...) a un sistema de intercambio que le permite disfrutar de un alojamiento o de otros servicios a cambio de conceder a otras personas un disfrute temporal de las ventajas que suponen los derechos derivados de su contrato de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico.”

Para todos estos contratos, se prevé, en los numerales 1 y 2 del artículo 12º de la Ley 4/2012 del 6 de julio, el derecho de desistimiento en un plazo de 14 días naturales, mientras que, en el

numeral 6 de dicho artículo, se establece que el consumidor que ejerce esta prerrogativa “(...) no soportará coste alguno ni tendrá que pagar ninguna contraprestación correspondiente al servicio que pudiera haberse llevado a cabo con anterioridad a la fecha del ejercicio del derecho de desistimiento.”

Cabe precisar que, según la doctrina “(...) los derechos regulados en esta ley no necesariamente deben de recaer sobre bienes inmuebles, admitiéndose la posibilidad de que también se establezcan derecho de aprovechamiento por turno sobre bienes muebles, siempre que los mismos puedan ser considerados como alojamientos (caravanas, barcos, etc).”³⁹ Esto, en concordancia con lo previsto en el apartado III del preámbulo de la ley.

A modo de ejemplo, si un consumidor celebra un contrato con una duración de 5 años que le permite alojarse, durante los meses de Enero a Marzo, dentro de un apartamento de uso turístico en el Caribe para disfrutar de sus vacaciones junto a su familia, este pacto se trata de un contrato de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico y, por tanto, es posible que el consumidor pueda desistirse del mismo dentro del plazo legal previsto para ello.

Ahora bien, en el supuesto que haya transcurrido el primer año de uso del mencionado apartamento y, con ello, el plazo para ejercer el derecho de desistimiento por parte del consumidor, si este no deseara volver a alojarse en el referido bien inmueble, podría disponer de su derecho de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico de conformidad con lo establecido en el artículo 33º.1 de la Ley 4/2012, que regula las facultades de dicho titular. De esta manera, el consumidor podría vender tales derechos a un tercero, haciendo uso de un mecanismo distinto al derecho de desistimiento, pero totalmente legal y válido para desligarse con efectos futuros de su contrato de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico. Conviene enfatizar que esta disposición no afectaría al propietario del bien, toda vez que según el artículo 33º.2 de la Ley 4/2012, “los adquirentes de estos derechos quedarán subrogados en los que correspondan al titular del derecho de aprovechamiento por turno con arreglo a esta Ley y, en especial, los que le corresponden frente al propietario del inmueble.”

³⁹ Ver, Larrosa-Amante, M. Opus cit. Pág. 164.

2.4.2. Segundo supuesto: Derecho de desistimiento reconocido por el empresario

2.4.2.1. Productos y servicios que contemplen el derecho de desistimiento en la oferta, promoción, publicidad o en el propio contrato de consumo

Conforme se precisó al inicio del presente apartado, el segundo escenario en el que es posible ejercer el derecho de desistimiento se produce, según el artículo 68º.2 del Texto Refundido de la LGDCU, cuando así se le reconozca en la oferta, promoción, publicidad o en el propio contrato de consumo.

Considerando ello y el contenido del artículo 68º.1 de la referida ley, la premisa entonces queda clara. Si el empresario decide reconocer el derecho de desistimiento como parte de su oferta comercial en escenarios en los que no se encuentra obligado a ello por una norma legal, el consumidor podrá ejercer válidamente tal facultad.

Sobre el particular, la doctrina ha señalado que “no es inusual que los comerciantes que manejan un volumen grande de contratos incluyan en su oferta un derecho de desistimiento para el consumidor, como un medio más de incrementar su contratación frente a la competencia. Esta oferta con derecho a desistir sin necesidad de alegar causa alguna y de modo totalmente gratuito será sin duda una información que aparecerá en la publicidad del comerciante y que tendrá efecto positivo en sus posibles clientes.”⁴⁰

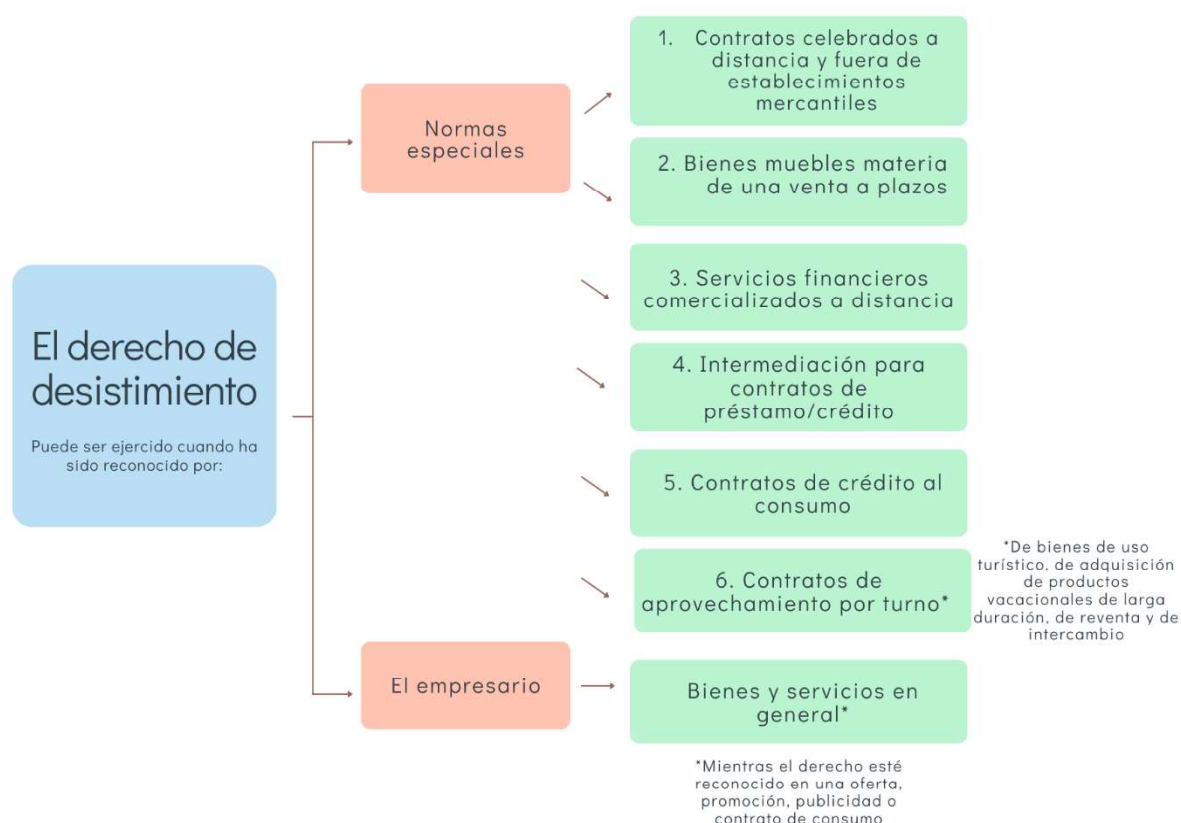
Así, por ejemplo, si una tienda física de ropa tiene un afiche visible en el que se aprecia la leyenda de que todos sus productos pueden ser devueltos en un plazo de 20 días naturales, toda persona que adquiera un bien en dicho local podrá desistirse de su compra dentro del referido plazo.

Cabe mencionar que, si el empresario no estableciera el plazo en el que el derecho de desistimiento puede ser ejercido, este sería de 14 días naturales, teniendo en cuenta que, según el artículo 79º del Texto Refundido de la LGDCU, a falta de previsión específica en la oferta, promoción, publicidad o en el propio contrato sobre el derecho de desistimiento reconocido contractualmente, este deberá ajustarse a lo previsto en la normativa general sobre el derecho

⁴⁰ Ver, Díaz-Alabart, S. Opus cit. Pág. 26.

de desistimiento, cuyo artículo 71º estipula que “el consumidor y usuario dispondrá de un plazo mínimo de catorce días naturales para ejercer el derecho de desistimiento.”

Cuadro resumen: ¿Qué puede ser objeto del derecho de desistimiento”



Fuente: Elaboración propia.

2.5. ¿Quién puede ejercer el derecho de desistimiento?

Habiéndose precisado que el derecho de desistimiento ha sido reconocido en el ordenamiento jurídico español en favor de los consumidores, queda claro que solo los sujetos que califican como tales podrán ejercer este derecho válidamente, por lo que la intención de este apartado será identificar los diferentes escenarios en los que alguien puede encajar dentro de dicha categoría.

2.5.1. Consumidor persona física

Según el artículo 3º.1 del Texto Refundido de la LGDCU, “a efectos de esta ley, y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, son consumidores o usuarios las

personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión.” Además, en el apartado III del preámbulo de dicha norma, se precisa que “el consumidor o usuario definido en la ley, es la persona física (...) que actúa en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional. Esto es, que interviene en las relaciones de consumo con fines privados, contratando bienes y servicios como destinatario final, sin incorporarlos directa, ni indirectamente, en procesos de producción, comercialización o prestación a terceros.”

Como puede advertirse, para definir al consumidor persona física, la normativa bajo comentario precisa que, en principio, este no deberá desenvolverse en el mercado bajo un ánimo comercial o empresarial o con un fin propio de su oficio o profesión. Ello, en contraposición con el concepto de empresario establecido en el artículo 4º del Texto Refundido de la LGDCU, según el cual dicho sujeto es toda persona que actúa con un propósito relacionado con su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión.

Dicho esto, “(...) será consumidor, según la LGDCU, la persona que adquiera, utilice o disfrute bienes o servicios y cuyo fin no sea la integración de los mismos en el mercado, sino el consumo extraeconómico. Y, por contra, no será consumidor a los efectos de dicha Ley, la persona que adquiera, utilice o disfrute bienes o servicios con el fin de integrarlos en el mercado (...)”⁴¹. En efecto, el consumidor persona física será toda aquella persona natural que adquiere bienes y/o servicios en el mercado para brindarles un uso propio, además de la persona que los adquiere para su entorno más cercano o la persona natural que, sin adquirir directamente aquellos, hace uso y/o disfrute de los mismos, pues todo esto constituye un consumo extraeconómico.

Así, por ejemplo, será consumidor aquella persona que compra una camiseta para usarla en su cumpleaños, toda vez que el producto será destinado para un uso exclusivamente personal. Del mismo modo, también serán consumidores las personas que compren un adorno para regalárselo a un amigo o inclusive esta última persona, en tanto en dichos escenarios, tales

⁴¹ Ver, Castañeda-Muñoz, J.; Nota breve sobre el concepto del consumidor; pág. 318 en *Cuadernos de estudios empresariales* (Vol. 12); Universidad Complutense de Madrid; Madrid; 2002. Aunque este artículo hace referencia al concepto de consumidor en la Ley 26/1984 de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, la idea es aplicable al concepto legislativo actual.

sujetos no actúan bajo un propósito comercial o empresarial, o vinculado a su oficio o profesión.

En este punto, es importante acotar que, contrariamente a lo que podría asumirse, “el ánimo de lucro no excluye la consideración de consumidor de la persona física, por tanto es indiferente que la misma tenga o no ánimo de lucro.”⁴² Ello, tiene sustento en que, como lo hemos visto, la normativa general de protección al consumidor únicamente se limita a señalar que es consumidor toda persona física que actúa fuera de una actividad comercial, empresarial o vinculada a su oficio o profesión, más allá de si actúa o no con un ánimo de lucro.

Y lo anterior, resulta razonable si se tiene en cuenta que cuando las personas físicas realizan tales actividades económicas de manera habitual, gozan de mayores conocimientos sobre la materia, desapareciendo así la asimetría informativa y desventaja natural que justifican la protección de los consumidores. Sin embargo, cuando una persona física adquiere un producto o servicio del mercado, así sea que lo haga con ánimo de lucro, no necesariamente se replica dicha situación de habitualidad que la convierte en empresaria.

En línea con ello, en un caso en el que un grupo de abogados buscó cuestionar las cláusulas del contrato de préstamo que les permitió adquirir un inmueble para destinarlo a su arrendamiento, la Audiencia Provincial de Pontevedra⁴³ precisó como segundo fundamento de derecho de su sentencia que: “(...) si una persona física, al margen de su actividad empresarial o profesional, adquiere un bien para arrendarlo, y esta actividad no se realiza de forma habitual, formando parte de su profesión u oficio, tal actuación puede entenderse incluida en el ámbito de aplicación de la normativa protectora de los consumidores. En otras palabras, el ánimo de lucro no es un requisito que excluya de la protección de las normas específicas a los consumidores, siempre que la actividad no resulte habitual o forme parte de su profesión u oficio”.

⁴² Ver, Hernández-Díaz-Ambrona, M.; Consumidor y comerciante; pág. 30 en *Manual de derecho de consumo*; Directoras: Díaz-Alabart, S. y Carrancho-Herrero, M.; Reus; Madrid; 2016.

⁴³ Ver, Sentencia 00336/2014 del 14 de octubre de 2014.

2.5.2. Consumidor persona jurídica y entidades sin ánimo de lucro

Conforme al artículo 3º.1 del Texto Refundido de la LGDCU, también son consumidores “(...) las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial.”

Un ejemplo del primer supuesto previsto en la ley, podría ser el caso de una asociación sin fines de lucro que adquiere un televisor para el disfrute de las personas que trabajan en dicha entidad con personalidad jurídica.

Por otra parte, un caso que ilustraría el segundo supuesto previsto en la normativa, sería el de la comunidad de propietarios de un edificio destinado a viviendas que no se encuentra conforme con el servicio de mantenimiento que contrató de una empresa. En ese escenario, la referida comunidad, calificaría como consumidora, al tratarse de una entidad sin personalidad jurídica que adquirió un servicio sin ánimo de lucro y totalmente fuera de una actividad comercial o empresarial. Esto, en la línea de la jurisprudencia, tal como la recaída en la Sentencia 201/2021 del 13 de abril de 2021, emitida por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo.

Como puede advertirse, en este tipo de escenarios, deberá analizarse con un mayor detalle no solo si el sujeto adquirente de un determinado bien o servicio fue una persona jurídica o una entidad sin personalidad jurídica, sino también si dicha adquisición se realizó sin ánimo de lucro y fuera de una actividad comercial o empresarial, pues solo así podrá calificarse a tales sujetos como consumidores.

2.5.3. Consumidor mixto

En el Texto Refundido de la LGDCU no se hace alusión a la categoría denominada en doctrina como “consumidor mixto”, quien no es otro que aquella persona física que, además de adquirir un bien o servicio para brindarle un uso privado, también destina dicho bien o servicio a una actividad comercial o profesional, siendo un ejemplo de ello, la persona que adquiere una coche como su medio de transporte familiar, pero que también destina dicho bien para realizar las tareas de su negocio de representación de bebidas espirituosas los Lunes y Martes de cada semana.

Sin embargo, en el considerando 17 de la Directiva 2011/83/UE del 25 de octubre de 2011, sí se hace alusión a la mencionada situación, al señalarse que “la definición de consumidor debe incluir a las personas físicas que actúan fuera de su actividad comercial, empresa, oficio o profesión. No obstante, en el caso de los contratos con doble finalidad, si el contrato se celebra con un objeto en parte relacionado y en parte no relacionado con la actividad comercial de la persona y el objeto comercial es tan limitado que no predomina en el contexto general del contrato, dicha persona deberá ser considerada como consumidor.” Así, “la citada Directiva admite la existencia por tanto de un consumidor mixto siempre que el objeto comercial sea tan limitado que no predomine en el contrato.”⁴⁴

En línea con lo anterior, en un caso en el que se cuestionó la presunta abusividad de parte del clausulado previsto en un contrato de préstamo hipotecario, la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo⁴⁵ precisó lo siguiente dentro del tercer fundamento de derecho de su sentencia:

“2.- En este caso, según la propia parte prestataria, un tercio del préstamo se destinó a la cancelación de un préstamo previo sobre una vivienda y los dos tercios restantes a la adquisición de un local comercial y una plaza de garaje anexa.

(...)

(...) el considerando 17 de la [Directiva 2011/83/UE] aclara que, en el caso de los contratos con doble finalidad, si el contrato se celebra con un objeto en parte relacionado y en parte no relacionado con la actividad comercial de la persona y el objeto comercial es tan limitado que no predomina en el contexto general del contrato, dicha persona deberá ser considerada como consumidor.

Ante la ausencia de una norma expresa en nuestro Derecho nacional, resulta adecuado seguir el criterio interpretativo establecido en ese considerando de la Directiva, que además ha sido desarrollado por la jurisprudencia comunitaria (...)

(...)

3.- Desde ese punto de vista no cabe considerar que la finalidad profesional fuera marginal o tuviera un papel insignificante en el contexto de la operación. Por el contrario,

⁴⁴ Ver, Hernández-Díaz-Ambrona, M. Opus cit. Pág. 30.

⁴⁵ Ver, Sentencia 26/2022 del 18 de enero de 2022.

al ser predominante la finalidad empresarial en el contrato litigioso, los prestatarios no pueden tener la cualidad legal de consumidores.

(...)”

Como puede advertirse entonces, el consumidor mixto se trata de una categoría más de consumidor. Para ser considerado como tal, la persona deberá brindar al bien o servicio que adquiera un uso esencialmente privado, mientras que el uso comercial o profesional que le pueda brindar no deberá ser el que predomine. Cabe acotar que, la determinación exacta de dicho tipo de consumidor es tarea de los Tribunales, pues la normativa no fija más que los criterios generales para hacerlo, sin precisar más en concreto otros ámbitos.

2.5.4. Consumidor vulnerable

El concepto de consumidor vulnerable se introdujo por primera vez en la normativa general española de protección al consumidor mediante el Real Decreto Ley 1/2021 de 19 de enero, de protección de los consumidores y usuarios frente a situaciones de vulnerabilidad social y económica.

Tanto en el preámbulo de dicha norma derogada como en la ley que la sucedió, a saber, la Ley 4/2022 de 25 de febrero, se expresó la urgencia de incorporar la figura del consumidor vulnerable dentro de la normativa general española de protección al consumidor, puesto que con ello se paliaba una laguna normativa que claramente podía significar una desprotección de estas personas ante los efectos de la pandemia generada por la Covid-19.

Dicho esto, ¿quiénes son los consumidores vulnerables?. Pues bien, la actual redacción del artículo 3º.2 del Texto Refundido de la LGDCU, establece que “(...) a los efectos de esta ley y sin perjuicio de la normativa sectorial que en cada caso resulte de aplicación, tienen la consideración de personas consumidoras vulnerables respecto de relaciones concretas de consumo, aquellas personas físicas que, de forma individual o colectiva, por sus características, necesidades o circunstancias personales, económicas, educativas o sociales, se encuentran, aunque sea territorial, sectorial o temporalmente, en una especial situación de subordinación, indefensión o desprotección que les impide el ejercicio de sus derechos como personas consumidoras en condiciones de igualdad.” Al respecto, la doctrina precisa que esta categoría

se trata de un “subtipo de consumidor”⁴⁶, por lo que, para encajar en ella, hace falta ser una persona física que califica como consumidora, además de contar con una condición de vulnerabilidad.

Siendo ello así, conviene traer a colación algunas de las circunstancias que, según el preámbulo de la Ley 4/2022, pueden influir en que una persona o grupo de personas se encuentren en una posición de vulnerabilidad, dificultando que adopten decisiones de consumo acorde con sus intereses: edad; sexo; origen nacional o étnico; lugar de procedencia; las personas alérgicas o con algún tipo de intolerancia alimenticia; las víctimas de violencia de género; las familias monoparentales; las personas desempleadas; las personas con algún tipo de discapacidad; las personas enfermas; las minorías étnicas o lingüísticas; las personas desplazadas temporalmente de su residencia habitual; la población migrante o solicitante de protección internacional; y, las personas con carencias económicas o en riesgo de exclusión.

Por otra parte, es importante señalar que, en el apartado bajo comentario de la respectiva ley, también se precisa que la condición de vulnerabilidad de un sujeto puede variar a lo largo del tiempo, según cambien sus condiciones, así como que “(...) una persona puede ser considerada vulnerable en un determinado ámbito de consumo, pero no en otros”, lo cual quiere decir que “(...) en una determinada relación negocial, una persona (física) puede merecer la consideración de consumidor *vulnerable*, y en otras de consumidor *común*.”⁴⁷ De este modo, se aprecia que el concepto de persona consumidora vulnerable no es uno estático, sino por el contrario, uno dinámico.

Conviene apuntar también que, a partir de la definición de “persona consumidora vulnerable”, se incorporaron y/o modificaron algunas disposiciones del Texto Refundido de la LGDCU, con el objetivo de ampliar la protección legal de estos consumidores. Por ejemplo, en el artículo 8º.2 de la referida norma, se estipuló que los derechos de estas personas gozaban de una atención especial, así como que los poderes públicos eran los encargados de promocionar políticas que garanticen sus derechos en condiciones de igualdad, tratando de evitar trámites que dificulten su ejercicio. Y, respecto del derecho de desistimiento que es la materia principal del presente trabajo, vemos que en el artículo 72º del Texto Refundido de la LGDCU, se reguló

⁴⁶ Ver, Lasarte-Álvarez, C. Opus cit. Pág. 70.

⁴⁷ Ver, Lasarte-Álvarez, C. Opus cit. Pág. 71.

que “en el caso de las personas consumidoras vulnerables, se facilitará la prueba del ejercicio del derecho de desistimiento bastando una afirmación de parte en plazo”, reforzándose así la protección de estos consumidores y facilitándoles el ejercicio de un importante derecho como lo es la facultad de desistimiento.

3. El derecho de desistimiento y el derecho de información en el ordenamiento jurídico español

3.1. Deber de informar al consumidor sobre el derecho de desistimiento

Según el Diccionario de la Real Academia Española⁴⁸, puede entenderse lo siguiente por información:

“5. (...) Comunicación o adquisición de conocimientos que permiten ampliar o precisar los que se poseen sobre una materia determinada.

8. (...) desus. Educación, instrucción.”

Dicho esto, en el ámbito de la protección al consumidor, el artículo 8º.1.d) del Texto Refundido de la LGDCU establece que es un derecho básico la información correcta sobre los bienes y servicios del mercado -en formatos que garanticen su accesibilidad y la educación y divulgación- para facilitar a los consumidores y usuarios el conocimiento de un uso adecuado, consumo o disfrute, así como la adopción de óptimas decisiones de consumo.

En línea con las ideas antes plasmadas, en los artículos 60º y 69º del Texto Refundido de la LGDCU, se verifica que existe una obligación establecida por la ley, consistente en informar al consumidor sobre el derecho de desistimiento que le asiste, en los siguientes términos:

⁴⁸ Ver, Real Academia Española; Información; Diccionario de la lengua española; Edición del Tricentenario; Recuperado en <https://dle.rae.es/informaci%C3%B3n>; Madrid; 2021.

“Artículo 60. Información previa al contrato.

1. Antes de que el consumidor y usuario quede vinculado por un contrato y oferta correspondiente, el empresario deberá facilitarle de forma clara, comprensible y accesible, la información relevante, veraz y suficiente sobre las características principales del contrato, en particular sobre sus condiciones jurídicas y económicas.

Sin perjuicio de la normativa sectorial que en su caso resulte de aplicación, los términos en que se suministre dicha información, principalmente cuando se trate de personas consumidoras vulnerables, además de claros, comprensibles, veraces y suficientes, se facilitarán en un formato fácilmente accesible, garantizando en su caso la asistencia necesaria, de forma que aseguren su adecuada comprensión y permitan la toma de decisiones óptimas para sus intereses.

2. Serán relevantes las obligaciones de información sobre los bienes o servicios establecidas en esta norma y cualesquiera otras que resulten de aplicación y, además:

(...)

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

(...)

5. La carga de la prueba en relación con el cumplimiento de los requisitos de información establecidos en este artículo incumbirá al empresario.”

“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.”

Así, la normativa general española de protección de los consumidores ha impuesto al empresario el deber ineludible de brindar información al consumidor acerca de su derecho de desistimiento cuando este lo ampara; entiéndase, información del derecho en sí, pero también de los detalles importantes que significa su ejercicio, a saber, los requisitos y consecuencias, incluyendo las modalidades de restitución del bien o servicio objeto de desistimiento.

En este punto, cabe agregar que un contenido similar de las disposiciones previstas en el Texto Refundido de la LGDCU, también está recogido en la mayoría de normas especiales que regulan el derecho de desistimiento, tal como se aprecia a continuación:

- En el artículo 97º.1.j) del Texto Refundido de la LGDCU, se regula que, en el marco de los contratos a distancia y los contratos celebrados fuera del establecimiento mercantil, el empresario debe facilitar de manera clara, comprensible y antes de que el consumidor quede vinculado, las condiciones, el plazo y los procedimientos para ejercer el derecho de desistimiento cuando este exista, así como el modelo de formulario de desistimiento correspondiente.
- En el artículo 7º.1.3.a) de la Ley 22/2007, de 11 de julio, de comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores, se indica que deberá suministrarse al consumidor, con tiempo suficiente y de manera previa a que asuma cualquier obligación derivada de la oferta o del contrato a distancia, información sobre la existencia o inexistencia del derecho de desistimiento, así como, de ser el caso, su duración y condiciones para ejercerlo.
- En el artículo 20º.1.c).1. de la Ley 2/2009, de 31 de marzo, se establece que las empresas que realicen actividades de intermediación deberán suministrar gratuitamente al consumidor, información sobre la existencia del derecho de desistimiento, su duración y las condiciones y modo para ejercerlo. Esto, con una antelación mínima de 15 días naturales a la celebración del contrato de intermediación y, en todo caso, antes de que se asuma cualquier obligación derivada del contrato.

- En el artículo 10º.1 de la Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo, se dispone que deberá facilitarse al consumidor, con debida antelación y de manera previa a que este asuma cualquier obligación, información precisa para comparar diferentes ofertas y adoptar una decisión informada sobre la suscripción de un contrato de crédito, siendo que en el artículo 10º.3.o) se precisa que dicha información deberá especificar ya sea “la existencia o ausencia de derecho de desistimiento”. Además, en el artículo 16º.2.p) de la norma bajo comentario, se precisa que en el documento contractual también deberá especificarse “la existencia o ausencia de derecho de desistimiento y el plazo y demás condiciones para ejercerlo (...)”.
- En el artículo 10º de la Ley 4/2012, de 6 de julio, de contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio y normas tributarias, se establece que de manera previa a la celebración del contrato correspondiente, “el empresario pondrá explícitamente en conocimiento del consumidor la existencia del derecho de desistimiento y la duración del plazo para ejercerlo (...)” Además, en el artículo 11º.4 de la misma norma, se precisa que “el contrato incluirá (...) un formulario normalizado de desistimiento en documento aparte (...)”.

Cabe señalar que, si bien en la Ley 28/1998 de 13 de julio, de venta a plazos de bienes muebles, no se alude a un deber específico de informar al consumidor sobre su derecho de desistimiento, lo cierto es que, de igual manera, el empresario deberá hacerlo, siguiendo los parámetros previstos en el Texto Refundido de la LGDCU. Ello, teniendo en cuenta el carácter supletorio de esta ley, de conformidad con lo previsto en su artículo 68º.3.

3.2. ¿Por qué el empresario debe informar sobre este derecho?

La razón principal para imponer este tipo de obligación sobre el empresario es, según Beluche-Rincón⁴⁹, la de hacer posible que el consumidor conozca sobre su derecho de desistimiento, así como acerca de las condiciones y consecuencias relacionadas con su ejercicio, el cual, como ya se ha podido advertir, implica hacer uso de un arma poderosa para dar por finalizado el

⁴⁹ Ver, Beluche-Rincón, I.; *El derecho de desistimiento del consumidor*; pág. 58; Tirant lo Blanch; Valencia; 2009.

contrato de consumo celebrado con el empresario, sin que este último pueda oponerse a ello cuando el consumidor cumple con los plazos y presupuestos necesarios para tales fines.

Aunado a lo anterior, puede añadirse que, lógicamente, esta obligación legal de informar sobre el derecho de desistimiento tiene como correlato que el consumidor cuenta, como ya lo hemos señalado, con un derecho básico de recibir información relevante sobre los productos o servicios adquiridos en el mercado. No en vano se verifica que la obligación de informar impuesta en el Texto Refundido de la LGDCU y en otras normas especiales que regulan el derecho de desistimiento, guarda coherencia con el derecho básico de información reconocido a favor de los consumidores en el artículo 8º.1.d) de la normativa general de protección al consumidor.

Ahora bien, para profundizar en la importancia del deber del empresario de informar al consumidor sobre su derecho de desistimiento, primero es importante entender la relevancia del derecho de información en sí.

En palabras de Díaz-Alabart, “el derecho a la información es derecho esencial para los consumidores (...) Está presente en todas las normas que se ocupan de la protección de los consumidores, e implica la obligación para el comerciante de facilitársela. Esta transversalidad de la obligación de información está plenamente justificada, ya que resulta totalmente inoperante conceder derechos al consumidor si éste no los conoce o desconoce cómo y hasta qué momento puede ejercitarlos.” Dicha autora también agrega que el reconocimiento de este derecho de información “permite al consumidor prestar un consentimiento libre e informado sobre el contrato a celebrar. Tanto en el sentido de conocer bien las características del bien o servicio que adquiere, como el alcance de las obligaciones que para él se derivan del contrato.”⁵⁰

Dicho esto, tenemos que el derecho de información juega un papel absolutamente primordial en todo el derecho de consumo, en tanto busca que las decisiones de los consumidores sean voluntarias, racionales, conscientes y libres, lo cual no sería posible si dichos agentes del mercado no están correctamente informados sobre los productos y servicios que les ofrecen los empresarios.

⁵⁰ Ver, Díaz-Alabart, S. Opus cit. Pág. 21 y sigs.

En ese sentido, podemos afirmar que está plenamente justificado considerar al derecho de información como la piedra angular del sistema de protección al consumidor por excelencia, pues su reconocimiento y ejercicio supone reducir la asimetría informativa que naturalmente existe entre el consumidor y el empresario, en beneficio del primero como la parte más débil de la relación de consumo.

Considerando lo anterior, es importante imponer sobre el empresario la obligación de informar al consumidor sobre su derecho de desistimiento, tal y como lo hace la normativa española en la actualidad. Solo así, el consumidor, como la parte más débil de la relación de consumo, podrá estar plenamente consciente de esta importante facultad que la ley le confiere y, de ser esa su voluntad, ejercerla a su favor de manera válida.

3.3. La importancia de informar sobre el derecho de desistimiento en cuanto a la caducidad del plazo para ejercerlo

En cuanto a la normativa general española de protección al consumidor, se aprecia que según el artículo 71º.1 del Texto Refundido de la LGDCU, “el consumidor y usuario dispondrá de un plazo mínimo de catorce días naturales para ejercer el derecho de desistimiento.” Es importante indicar que la misma ley también ha previsto desde cuándo deberá iniciarse el cómputo del referido plazo, lo cual dependerá directamente de si el empresario cumplió o no con la obligación legal de informar al consumidor sobre su derecho de desistimiento, como lo veremos en el desarrollo de este apartado.

De allí, se evidencia la particular relevancia de cumplir con este deber de información por parte del empresario, pues dependiendo del escenario en el que nos encontremos (de si informó o no al consumidor sobre su facultad de desistir), se determinará el inicio del cómputo del plazo que tiene el consumidor para ejercer su derecho de desistimiento.

3.3.1. Plazo para desistir cuando el empresario informó

Según el artículo 71º.2 del Texto Refundido de la LGDCU, cuando el empresario cumplió con el deber de informar al consumidor sobre su derecho de desistimiento conforme al artículo 69º.1 de la misma norma, el plazo que tiene este para desistir empezará a computarse a partir de: I.- la recepción del bien objeto del contrato (en el caso de la adquisición de productos); y, II.- la celebración del contrato (en el caso de una prestación de servicios).

Este evidentemente será un escenario ideal, al implicar que el empresario cumplió con su deber de información en beneficio del consumidor, quien contó con todo el conocimiento necesario sobre su derecho de desistimiento a fin de ejercerlo válidamente.

Así, por ejemplo, en un caso en el que una persona adquiere mediante una plataforma digital un televisor para su vivienda y el empresario le informó sobre su derecho de desistimiento oportunamente de conformidad con la ley, aquel consumidor podrá desistir de dicha compra dentro del periodo de 14 días naturales, contado a partir del momento en que recibió el producto.

Por su parte, si una persona contrató en línea los servicios de un instituto de idiomas y, del mismo modo, el empresario cumplió con su deber de informarle sobre el derecho de desistimiento que la ley le reconoce, aquel sujeto podrá desistir del contrato de consumo dentro del plazo correspondiente, el cual se contará a partir del momento en que se celebró el referido acuerdo.

3.3.2. Plazos para desistir cuando el empresario no informó según la ley

El artículo 79°.3 del Texto Refundido de la LGDCU contempla dos supuestos de hecho, estableciendo lo siguiente:

- Si el empresario no cumplió con el deber de informar al consumidor sobre su derecho de desistimiento conforme al artículo 69°.1 de la misma norma, el plazo que tiene este para desistir finalizará 12 meses después de la fecha en que expiró el plazo de desistimiento inicial.

Vale recalcar que la norma también acota que este periodo de desistimiento inicial empezará a computarse a partir de la recepción del bien objeto del contrato (en caso de adquisición de productos) y de la celebración del contrato (en caso de prestación de servicios).

- Si dentro del plazo de 12 meses referido en el primer punto, el empresario cumple con el deber de informar al consumidor sobre su derecho de desistimiento (conforme a lo previsto en el artículo 69°.1 del Texto Refundido de la LGDCU), el plazo para ejercer esta facultad por parte del consumidor empezará a contarse desde dicha oportunidad.

Un ejemplo del primer supuesto bajo comentario, sería el de una persona que adquirió por internet un teléfono móvil, siendo que el empresario no le informó oportunamente sobre su derecho de desistimiento. En este caso, el plazo que tendrá el consumidor para desistir de su compra se ampliará automáticamente por mandato de la ley. En efecto, de conformidad con el primer párrafo del artículo 79°3 del Texto Refundido de la LGDCU, al periodo de desistimiento inicial de 14 días naturales, se le sumará un plazo adicional de 12 meses para el ejercicio del derecho de desistimiento por parte del consumidor.

No obstante, si en el escenario antes mencionado, el empresario regulariza su deber de información dentro de los 12 meses previamente aludidos, el plazo de desistimiento será de 14 días naturales, que se contarán desde el momento en que el empresario informó al consumidor sobre su derecho.

3.4. ¿Qué ocurre si el empresario brinda información sobre el derecho de desistimiento de manera oscura o poco clara?

Como lo hemos precisado anteriormente, en el Texto Refundido de la LGDCU, se impone al empresario la obligación legal de brindar información al consumidor sobre su derecho de desistimiento tanto de manera previa al contrato de consumo como en el propio documento contractual.

En efecto, el artículo 60° de la ley bajo comentario establece que “antes de que el consumidor y usuario quede vinculado por un contrato y oferta correspondiente, el empresario deberá facilitarle de forma clara, comprensible y accesible, la información relevante, veraz y suficiente sobre (...) la existencia del derecho de desistimiento que pueda corresponder al consumidor y usuario, el plazo y la forma de ejercitarlo”; mientras que en el artículo 69° de la norma se indica que “cuando la ley atribuya el derecho de desistimiento al consumidor y usuario, el empresario contratante deberá informarle por escrito en el documento contractual, de manera clara, comprensible y precisa, del derecho de desistir del contrato y de los requisitos y consecuencias de su ejercicio, incluidas las modalidades de restitución del bien o servicio recibido. Deberá entregarle, además, un documento de desistimiento, identificado claramente como tal, que exprese el nombre y dirección de la persona a quien debe enviarse y los datos de identificación del contrato y de los contratantes a que se refiere.”

Teniendo en cuenta entonces que este deber de información del empresario le permite conocer al consumidor aspectos tan relevantes como cuándo es posible que ejerza su derecho de desistimiento y el modo de ejercerlo válidamente, es sumamente importante el cumplimiento de dicha obligación.

Una situación contraria, donde el empresario no brinde la información exigida en la norma, supondría una clara infracción de la ley, una contravención al derecho básico de información del consumidor y, yendo más allá, una abierta vulneración del sistema español de protección al consumidor que busca proteger a este sujeto de la relación de consumo por ser la parte más débil y por encontrarse en una situación de asimetría informativa.

Ahora bien, cabe recordar que, de acuerdo a los artículos aludidos al inicio del presente apartado, es el empresario quien debe acreditar que cumplió con brindar información al consumidor de conformidad con lo dispuesto en tales disposiciones, las cuales le exigen claridad.

De este modo, en el supuesto de que el empresario comunique al consumidor sobre su derecho de desistimiento en las oportunidades previstas normativamente, pero haciéndolo de una manera oscura o poco clara, esto también deberá considerarse como una vulneración de la ley, pues en un escenario de este tipo, el empresario no cumpliría con el parámetro de claridad que le exige la norma para brindar información. Consecuentemente, dicha información deberá tenerse por no puesta, con los efectos que dicha omisión implica respecto de la determinación del inicio del cómputo del plazo que tiene el consumidor para ejercer su derecho de desistimiento, lo cual vimos en el apartado anterior.

4. Análisis comparativo entre España y Perú

4.1. Resumen de la situación actual del derecho de desistimiento en España

La finalidad de este apartado es exponer de manera resumida la actual situación del derecho de desistimiento en España, a partir de todo lo desarrollado hasta este punto del presente trabajo. De esta manera, será más fácil evidenciar los puntos en común y las diferencias que existen entre la regulación española y la actual situación peruana sobre la materia, lo cual abordaremos en un siguiente punto.

Dicho esto, debemos empezar señalando que el derecho de desistimiento en España surgió en un contexto donde gobernaba el esquema de la contratación masiva realizada en virtud de las condiciones generales de la contratación, lo cual dio paso a que la gran mayoría de las relaciones de consumo se entablaran mediante el asentimiento del consumidor con las condiciones contractuales preestablecidas por el empresario, dejando atrás la lógica de igualdad de los contratantes recogida en el Código Civil español. De esta manera, se entiende por qué en dicho esquema de contratación, el consumidor se encuentra en una clara posición de desventaja y/o desequilibrio ante el empresario, ameritando la creación de todo un sistema de protección al consumidor.

En relación con lo anterior, tenemos que el derecho de desistimiento se contempló por primera vez en España -bajo la nomenclatura de “derecho de revocación”- mediante la ahora derogada Ley 26/1991, sobre contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles. Dicha normativa le permitía al consumidor desligarse de este tipo de contratos en un plazo de 7 días, sin tener que alegar ningún motivo para tales efectos. Así, con la referida ley, se brindó al consumidor una herramienta de protección adicional frente a contratos perfeccionados en un contexto donde usualmente se emplean técnicas de venta por sorpresa y/o agresivas por parte del empresario.

Posteriormente, surgieron otras leyes que también reconocían el derecho de desistimiento a favor del consumidor, estando vigentes en la actualidad las siguientes: Ley 22/2007, de 11 de julio, de comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores; Texto Refundido de la LGDCU; Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito; Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo; Ley 4/2012, de 6 de julio, de contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio y normas tributarias; y, Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el Texto Refundido de la LGDCU.

Ahora bien, en cuanto a las principales notas características del derecho de desistimiento, podemos nombrar las siguientes: en primer lugar, es un derecho del consumidor sin expresión de causa; en segundo lugar, existe una gratuidad en el ejercicio del derecho; en tercer lugar, el derecho tiene carácter irrenunciable; y, en cuarto lugar, el ejercicio del derecho supone un efecto extintivo del contrato de consumo. Así, debe considerarse que el derecho de

desistimiento regulado en la normativa española de protección al consumidor mantiene diferencias con la resolución, rescisión, anulabilidad y nulidad de los contratos en general, así como con la revocación, figuras jurídicas contempladas en el Código Civil español.

Aunque en otro apartado de este trabajo hemos analizado mas “in extenso” estas figuras, valga como resumen el mencionar aquí algunas distinciones entre dichas categorías: I.- para la resolución de un contrato, se requiere alegar una causa justa, mientras que para ejercer el derecho de desistimiento no se exige invocar ningún motivo concreto; II.- la rescisión es un remedio extraordinario que permite dar fin a un contrato cuando un sujeto especialmente perjudicado por el mismo lo solicite acreditando el daño, a diferencia del derecho de desistimiento donde el consumidor no requiere acreditar ningún perjuicio; III.- la anulabilidad de un contrato supone un defecto al momento de la celebración del contrato (pasible de confirmación) y la interposición de una acción judicial para su obtención, mientras que el derecho de desistimiento opera respecto de un contrato plenamente válido y no requiere ninguna actuación en la vía jurisdiccional; IV.- la nulidad de un contrato implica la invalidez total del negocio jurídico y su consecuente ineficacia por vulneración de normas imperativas o prohibitivas, mientras que el derecho de desistimiento solo resulta aplicable respecto de contratos válidos y eficaces; y, V.- la revocación procede respecto de negocios jurídicos unilaterales (testamento, donación y mandato), a diferencia del derecho de desistimiento que únicamente resulta aplicable para los contratos de consumo como negocios jurídicos bilaterales.

En otro punto, es importante mencionar que, según el ordenamiento jurídico español, el derecho de desistimiento no puede operar respecto de cualquier contrato de consumo, pues el artículo 68º.1 del Texto Refundido de la LGDCU, circunscribe el ejercicio del derecho a dos escenarios: cuando el derecho de desistimiento está reconocido por una norma especial; y, cuando el empresario reconozca dicho derecho en su oferta, promoción, publicidad o en el contrato de consumo. Un ejemplo del primer supuesto sucede cuando un consumidor adquiere un préstamo personal del Banco y desea desistir del mismo a los 5 días, toda vez que el artículo 28º.1 de la Ley 16/2011 se lo permite, mientras que un ejemplo del segundo se configura cuando una tienda física de ropa exhibe en su publicidad que los consumidores pueden desistir de su compra dentro de un periodo de 30 días naturales.

Además, en tanto el derecho de desistimiento es una facultad reconocida a favor del consumidor, solo los sujetos que califiquen como tales podrán ejercerlo. Así, dichos sujetos

pueden tratarse de: I.- personas físicas que actúan sin un propósito comercial, empresarial o propio de su oficio o profesión (más allá de si actúan o no con un ánimo lucrativo); II.- personas jurídicas y entidades sin personalidad jurídica que adquieren bienes y servicios sin ánimo de lucro y de manera ajena a una actividad comercial o empresarial; III.- personas físicas que destinan un bien o servicio a un uso privado y comercial/profesional al mismo tiempo, debiendo prevalecer el primer uso (consumidores mixtos); y, IV.- personas físicas que se encuentran en una situación de vulnerabilidad y actúan como consumidoras (consumidores vulnerables).

Finalmente, se advierte que existe una relación estrecha entre el derecho de desistimiento y el derecho de información. Ello, teniendo en cuenta que la normativa española de protección de los consumidores ha impuesto al empresario el deber ineludible de brindar información al consumidor acerca de su derecho de desistimiento cuando este lo ampara; y, que de no cumplirse con esta obligación con todos los parámetros exigidos normativamente, el plazo que tendrá el consumidor para desistir del contrato de consumo se ampliará automáticamente por mandato de la ley.

4.2. Estado de la cuestión en el Perú

Según el artículo 65° de la Constitución Política del Perú de 1993, “el Estado defiende el interés de los consumidores y usuarios. Para tal efecto garantiza el derecho a la información sobre los bienes y servicios que se encuentran a su disposición en el mercado. Asimismo vela, en particular, por la salud y la seguridad de la población”. Cabe anotar que si bien esta disposición se asemeja a lo dispuesto en el artículo 51° de la actual Constitución española, lo cierto es que omite algunos aspectos relevantes que sí están previstos en esta última, tal como la protección al consumidor mediante procedimientos eficaces y la defensa de sus legítimos intereses económicos.

Ahora bien, en concordancia con dicho mandato constitucional, actualmente rige la Ley 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor (en adelante, el Código de Protección al Consumidor), norma publicada en el año 2010, como el marco normativo general que regula la protección al consumidor en el territorio peruano. Así, en el artículo II del Título Preliminar del referido Código, se precisa que su finalidad es “que los consumidores accedan a productos y servicios idóneos y que gocen de los derechos y los mecanismos efectivos para su protección, reduciendo la asimetría informativa, corrigiendo, previniendo o eliminando las conductas y

prácticas que afecten sus legítimos intereses (...)”. Sin perjuicio de ello, cabe acotar que en el territorio peruano también existen otras normas especiales que buscan proteger a los consumidores de sectores específicos del mercado, tal como el caso de -entre otros- los usuarios de servicios educativos, financieros y de seguros.

Dicho esto, es importante tener en cuenta algunos apuntes sobre la realidad actual del sistema de protección al consumidor en el Perú en cuanto al derecho de desistimiento, teniendo como referencia la normativa española.

4.2.1. El Código de Protección al Consumidor y el derecho de restitución

En el artículo 58°.1 del Código de Protección al Consumidor, se establece que “el derecho de todo consumidor a la protección contra los métodos comerciales agresivos o engañosos implica que los proveedores no pueden llevar a cabo prácticas que mermen de forma significativa la libertad de elección del consumidor a través de figuras como el acoso, la coacción, la influencia indebida o el dolo”.

Seguidamente, en el mismo artículo, se realiza una lista no taxativa de las conductas que pueden calificar como un método comercial agresivo o engañoso en perjuicio del consumidor. Entre ellas, se encuentran, por ejemplo, la realización de visitas personales en el domicilio del consumidor o la remisión de mensajes de texto sin su consentimiento previo con la finalidad de promover la venta de bienes y servicios.

Además, en el artículo 58°.2 del Código de Protección al Consumidor, se precisa que la disposición normativa antes aludida aplica para toda forma de contratación de bienes y servicios, lo cual quiere decir que, por ejemplo, podrá constituirse un método comercial agresivo o engañoso en el marco de la realización de compras a distancia o dentro del local comercial de un determinado empresario.

Por su parte, en los artículos 59° y 60° del Código de Protección al Consumidor se dispone lo siguiente sobre el “derecho de restitución”:

“Artículo 59.- Derecho a la restitución

El consumidor tiene derecho a la restitución inmediata de las prestaciones materia del contrato de consumo en aquellos casos en que el proveedor haya incurrido en alguna de

las prácticas indicadas en el artículo 58, cualquiera sea la modalidad de contratación empleada.

Para tal efecto, el consumidor cuenta con un plazo de siete (7) días calendario, contados a partir del día en que se produjo la contratación del producto o servicio, o desde el día de su recepción o inicio de su ejecución, lo que ocurra con posterioridad, sin perjuicio de su derecho a ejercer las acciones administrativas pertinentes conforme a las disposiciones del presente Código o a solicitar la anulación del contrato en la vía jurisdiccional correspondiente.

El derecho a la restitución se considera válidamente ejercido cuando el consumidor comunique fehacientemente al proveedor sobre ello y proceda a la devolución de los productos recibidos o solicite la interrupción del servicio contratado. Ejercido este derecho, el consumidor no asume reducción alguna del monto a ser devuelto en caso de que haya efectuado un uso normal del producto o disfrute del servicio, salvo que se haya generado un manifiesto deterioro o pérdida de su valor.

Corresponde al consumidor probar la causal que sustenta su derecho a la restitución y el ejercicio de este derecho conforme a lo dispuesto en el presente artículo.

Artículo 60.- Irrenunciabilidad del derecho a la restitución

Es nula la renuncia anticipada al derecho a la restitución, conforme a lo señalado en el artículo 59.”

De lo anterior, se aprecia que el derecho de restitución previsto en el Código de Protección al Consumidor se trata de un derecho irrenunciable del consumidor que le permite obtener la devolución de su dinero cuando un empresario aplica en su contra un método comercial agresivo o engañoso, lo cual se debe acreditar según la norma. Para tales efectos, el consumidor contará con un plazo de 7 días, debiendo comunicar su decisión al empresario de modo fehaciente, además de devolver los bienes que recibió de este o requiriendo que se interrumpa el servicio que contrató.

Teniendo en cuenta lo anterior, se aprecia que existen semejanzas entre la facultad de desistimiento regulada en la legislación española y el derecho de restitución contemplado en la normativa peruana, pues fundamentalmente ambas figuras jurídicas se tratan de derechos

irrenunciables reconocidos a favor del consumidor que pueden ejercerse dentro de un breve periodo de tiempo para extinguir un contrato de consumo con derecho a la devolución inmediata de lo pagado.

Sin embargo, lo cierto es que también existe una diferencia central entre estas categorías, por lo que no deberán equipararse ni confundirse en modo alguno. Efectivamente, mientras el derecho de restitución únicamente puede ser ejercido por el consumidor alegando como causa justa la aplicación de un método comercial agresivo o engañoso en su contra; una de las características esenciales del derecho de desistimiento regulado a favor del consumidor en España es justamente, no tener la necesidad de alegar motivo alguno ante el empresario para desligarse del contrato de consumo materia de desistimiento, tal y como lo hemos desarrollado en este trabajo.

Siendo ello así, se aprecia que, en la actualidad, no se contempla en el Código de Protección al Consumidor ninguna disposición relativa al derecho de desistimiento tal y como lo hemos estudiado previamente, es decir, como aquella facultad o derecho que posee el consumidor de dejar sin efecto un contrato de consumo, sin la necesidad de justificación ni penalización alguna.

4.2.2. El derecho de arrepentimiento en materia de seguros

En el Perú, la categoría jurídica más afín al derecho de desistimiento regulado en la legislación española, se trata del derecho de arrepentimiento reconocido a favor del asegurado en la Ley 29946, Ley del Contrato de Seguro (norma publicada en el año 2012 y cuya entrada en vigencia fue el 27 de mayo de 2013).

En el artículo 41º.1 de dicha ley, se dispone lo siguiente:

“Artículo 41. Prácticas abusivas y derecho de arrepentimiento

En la oferta de seguros efectuada fuera de los locales comerciales de las empresas de seguros, o de quienes se encuentren autorizados a operar como corredores, o la oferta realizada a través de promotores de venta, se deberá entregar al potencial tomador información por escrito, suficientemente clara y con caracteres destacados, sobre su derecho de arrepentimiento. El tomador podrá resolver el contrato de seguro, sin expresión de causa, dentro de los quince (15) días siguientes a la fecha en que el tomador

recibe la póliza o una nota de cobertura provisional. Si el tomador resuelve el contrato el asegurador le deberá devolver la prima recibida.”

Como puede apreciarse, bajo la norma en mención, el tomador de un seguro que hubiera contratado este producto fuera de las compañías aseguradoras, tiene reconocido a su favor el derecho de arrepentimiento, figura bajo la cual esta persona puede desligarse, dentro del periodo señalado en la ley, de un contrato de seguro. Ello, sin la necesidad de invocar algún tipo de justificación ante la compañía aseguradora, quien deberá devolverle la prima correspondiente. Asimismo, se aprecia que, según la legislación peruana, existe una obligación legal de brindar información previa al tomador del seguro sobre el derecho de arrepentimiento que le asiste, de manera escrita y clara.

En esa misma línea, se verifica que en el Glosario de términos de la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP, organismo peruano a cargo de regular y supervisar el sistema de seguros, se informa a los usuarios de este ámbito que el derecho de arrepentimiento “es el derecho que tiene toda persona a resolver el contrato de seguro, en el plazo de 15 días calendarios siguientes a la fecha en que recibe la póliza y/o certificado, sin expresión de causa. Aplica en caso la oferta del seguro se realice fuera de los locales comerciales de la aseguradora.”⁵¹

Teniendo en cuenta lo anterior, cabe plantearse entonces la siguiente interrogante: ¿por qué la Ley 29946 solo contempla el derecho de arrepentimiento para los tomadores de un seguro que contratan dicho producto fuera de las empresas aseguradoras?

Pues bien, una posible explicación según Torres-Gamero, radica en que “la ley se pone en el supuesto de que el tomador no haya sido claramente informado de las condiciones de contratación o de las ofertas de seguros cuando estas se efectúan en locales distintos al de las aseguradoras, dándole el derecho de arrepentimiento dentro de los quince (15) días de recibida la póliza o la nota de cobertura provisional, conforme lo prevé el artículo 41.1, situación que garantiza que el tomador considere estar debidamente informado de que su riesgo se encuentra plenamente cubierto con la cobertura que contrata, y que, en caso contrario, pueda

⁵¹ Ver, Superintendencia de Banca, Seguros y AFP; Derecho de arrepentimiento; Glosario de términos; Recuperado en <https://www.sbs.gob.pe/usuarios/seguros/glosario-de-terminos>; Lima; 2022.

“arrepentirse” oportunamente, para lo cual la aseguradora deberá devolverle la prima pagada, de ser el caso.”⁵²

Efectivamente, podría ocurrir que el intermediario en la contratación del seguro, por tratarse de un tercero, no informe correctamente al tomador sobre las condiciones contractuales de la póliza respectiva y, por ende, que este último termine vinculándose a un producto distinto al que creyó contratar, ameritando con ello que se le conceda un mecanismo de protección adicional tal como el derecho de arrepentimiento, siempre y cuando lo ejerza dentro del plazo previsto por la ley.

Así las cosas, en tanto lo anterior significaría que el consumidor pueda desvincularse más rápidamente de un contrato de seguro con características distintas a lo que contrató, resulta razonable la regulación prevista en la Ley 29946 respecto del derecho de arrepentimiento.

Sin perjuicio de ello, cabe anotar que no se logra entender por qué la ley no contempla que un escenario de este tipo también puede presentarse cuando la contratación del seguro se hace directamente con la compañía aseguradora, lo cual le resta eficacia a la regulación del derecho de arrepentimiento en una normativa que fue creada en el Perú para proteger específicamente a los asegurados.

4.2.3. El derecho de arrepentimiento planteado en el Proyecto de Ley 415/2021-CR

Como tercer punto, es preciso evidenciar que actualmente existe en el Perú el Proyecto de Ley 415/2021-CR, Proyecto de Ley para la Protección del Consumidor en el Comercio Electrónico y la Seguridad de Productos. En el artículo 1º de esta propuesta de ley, se establece que su objeto es incorporar al Código de Protección al Consumidor “disposiciones que garanticen la protección de los ciudadanos que celebren contratos de consumo a través de canales digitales, así como que adquieran productos y servicios que no pongan en riesgo o peligro su salud y/o seguridad.”

Para tales efectos, se plantea modificar diversos artículos del aludido Código, encontrándose, entre los cambios propuestos, la regulación del derecho de arrepentimiento en el ámbito de la

⁵² Ver, Torres-Gamero, R.; El Contrato de Seguro en el Perú Comentarios a la Ley N° 29946; pág. 161 en *Lex* (Vol. 11); Revista LEX; Lima; 2013.

contratación digital y la obligación del proveedor de informar sobre dicho derecho al consumidor, en los siguientes términos:

“Artículo 2-B.- Información sobre la contratación a través de canales digitales

El proveedor de productos y servicios, a través de canales digitales, debe informar al consumidor de manera clara y completa los términos y condiciones del contrato. Los consumidores deben tener fácil acceso a esta información en cualquier etapa de la operación.

La información debe incluir la siguiente información como mínimo:

- a) Las condiciones, el plazo y los procedimientos para ejercer su derecho de arrepentimiento; así como el procedimiento y plazos de devolución del monto pagado.

(...)”

“Artículo 48-E.- Derecho de arrepentimiento

El derecho de arrepentimiento es la facultad del consumidor de dejar sin efecto el contrato celebrado a través de canales digitales, sin necesidad de justificar su decisión y sin penalización de ninguna clase. Son nulas de pleno derecho las cláusulas que impongan al consumidor una penalización por el ejercicio de su derecho de arrepentimiento.

El consumidor puede poner término unilateralmente al contrato celebrado a través de canales digitales en un plazo máximo de quince (15) días calendario, contados desde la recepción del producto o desde la contratación del servicio. Esto comprende a los contratos en los que se acepte una oferta realizada a través de catálogos virtuales, avisos o cualquier otra forma de comunicación a distancia que admita registrar el pedido; asimismo, cuando así se le reconozca en la oferta, promoción, publicidad o en el propio contrato.

En el caso de los servicios públicos regulados, servicios educativos y servicios de intermediación financiera, el derecho de arrepentimiento se ejerce conforme a las normas especiales de la materia.

Este derecho es irrenunciable, y genera al proveedor la obligación de devolver la contraprestación recibida en pago. El proveedor está obligado a informar al consumidor sobre el ejercicio de este derecho a través de medio escrito.

Tratándose de productos, el consumidor debe comunicar su decisión de ejercer este derecho al proveedor y devolver el producto en las mismas condiciones en las que recibió. Tratándose de servicios, el derecho de arrepentimiento es ejercido mediante la cesación inmediata del contrato de provisión del servicio, la cual debe ser comunicado por el consumidor a través de los mismos canales utilizados para la contratación, como mínimo.

Es obligación del proveedor dejar constancia de la devolución del producto por parte del consumidor, entregándole copia del documento de recepción en ese momento.

Asimismo, salvo pacto en contrario, no son materia de derecho de arrepentimiento las relaciones de consumo que se refieran a:

- a) Contratos de servicios una vez que el servicio, haya sido completamente ejecutado o, cuando la ejecución haya comenzado. Para el segundo caso. el consumidor debe haber brindado su consentimiento expreso de conocer dicha condición. No están comprendidos en este supuesto los contratos de servicios regulados, financieros y de seguros que se rigen por su propia normativa;
- b) El suministro de bienes o la prestación de servicios cuyo precio dependa de fluctuaciones del mercado financiero que el comerciante no pueda controlar y que puedan producirse durante el período de arrepentimiento;
- c) El suministro de bienes confeccionados conforme a las especificaciones del consumidor o claramente personalizados;
- d) El suministro de bienes perecibles;
- e) El suministro de bienes precintados que no sean aptos para ser devueltos por razones de protección de la salud o de higiene y que hayan sido desprecintados tras la entrega;
- f) El suministro de bienes que después de su entrega y teniendo en cuenta su naturaleza se hayan mezclado de forma indisociable con otros bienes;
- g) La suscripción a medios de comunicación, salvo que el proveedor incurra en incumplimiento de las condiciones pactadas;

- h) El suministro de servicios de alojamiento para fines distintos a vivienda, transporte de bienes, alquiler de vehículos, comida o servicios relacionados con actividades de esparcimiento, si los contratos prevén una fecha o un período de ejecución específicos;
- i) El suministro de contenido digital que no se preste en un soporte material, cuando la ejecución haya comenzado con el previo consentimiento expreso del consumidor y, con el conocimiento de que en consecuencia pierde su derecho de desistimiento.
- j) Otras cuya naturaleza hagan imposible que dicho producto o servicio pueda ser brindados posteriormente a otros consumidores.

(...)”

Como puede advertirse, el derecho de arrepentimiento que busca regular el Proyecto de Ley 415/2021-CR, se trata de un mecanismo a favor del consumidor que le permite, salvo algunas excepciones, poner fin a un contrato de consumo celebrado con el empresario mediante un canal digital, sin necesidad de alegar una razón ni asumir ningún tipo de penalización para tales efectos.

En este punto, debe indicarse que si bien el referido proyecto de ley establece que el derecho de arrepentimiento también podría ser ejercido “cuando así se le reconozca en la oferta, promoción, publicidad o en el propio contrato”, lo cierto es que esta disposición no haría más que ratificar una obligación que ya existe dentro del territorio peruano para el empresario cuando este le ofrece al consumidor la posibilidad de desistirse de un determinado contrato de consumo, pues en el ámbito de consumo toda oferta y/o compromiso del empresario resulta vinculante siempre que se encuentre dentro de la legalidad.

Del mismo modo, cuando el proyecto de ley precisa que “en el caso de los servicios públicos regulados, servicios educativos y servicios de intermediación financiera, el derecho de arrepentimiento se ejerce conforme a las normas especiales de la materia”, solo se estaría realizando una precisión evidente sobre la normativa aplicable en un escenario de este tipo, máxime considerando que a la fecha solo se ha regulado el derecho de arrepentimiento en el Perú para el ámbito de seguros.

Sin perjuicio de lo mencionado, la inclusión de estas dos precisiones bajo comentario no resultaría inoficiosa, sino que por el contrario, dejaría más claro el modo en que debe operar el

derecho de arrepentimiento a favor del consumidor, siendo así beneficiosa su eventual regulación.

4.3. Estudio comparativo entre el ordenamiento jurídico español y peruano

4.3.1. Sobre la terminología empleada

Como puede advertirse hasta este punto, en el ordenamiento jurídico español se ha denominado “derecho de desistimiento” a la facultad del consumidor de dejar sin efecto un contrato de consumo celebrado con el empresario sin tener la necesidad de invocar causa alguna y/o de asumir un costo por ello; mientras que, en la normativa peruana de seguros, se ha denominado a esa misma facultad como “derecho de arrepentimiento.”

Si bien entonces el derecho de arrepentimiento regulado actualmente en el Perú es, en esencia, el derecho de desistimiento regulado en España, conviene tener en cuenta las siguientes definiciones de “desistimiento” y “arrepentimiento” según el Diccionario de la Real Academia Española⁵³:

“desistimiento

1.m. Acción y efecto de desistir.

(...)

desistir

(...)

2. intr. *Der.* Abdicar o abandonar un derecho o una acción procesal.”

“arrepentimiento

⁵³ Ver, Real Academia Española; Arrepentimiento; Arrepentirse; Desistimiento, Desistir; Diccionario de la lengua española; Edición del Tricentenario; Recuperado en <https://dle.rae.es/informaci%C3%B3n>; Madrid; 2021.

1.m. Acción o efecto de arrepentirse.

(...)

arrepentirse

1.prn1. Dicho de una persona: Sentir pesar por haber hecho o haber dejado de hacer algo.

2. prn1. Cambiar de opinión o no ser consecuente con un compromiso.”

Así, vemos que el concepto de “desistimiento” del verbo activo intransitivo “desistir” evoca a la abdicación de algo que, relacionándolo con el objeto de estudio de este trabajo, consistiría en la efectiva renuncia del consumidor a un producto o servicio previamente contratado con el empresario. Por su parte, el concepto de “arrepentimiento” derivado de “arrepentirse”, que es de conjugación reflexiva, hace alusión a un cambio de idea o parecer, lo cual recién se trataría del primer paso para que el consumidor, en el plano de los hechos, dimita finalmente de un contrato relativo a la adquisición de un bien o servicio.

Dicho esto, consideramos que terminológicamente hablando sería más preciso referirse a un “derecho de desistimiento” como la facultad del consumidor de desligarse de un contrato de consumo celebrado con el empresario en los términos que hemos estudiado, tal como lo hace la normativa española en la actualidad.

Sin perjuicio de lo anterior, para efectos prácticos, seguiremos equiparando dicho concepto con el de “derecho de arrepentimiento”, tras conocer que el tratamiento de este último en la normativa peruana de seguros ha sido esencialmente el mismo que el regulado en el derecho español para el derecho de desistimiento, así como que en el Proyecto de Ley 415/2021-C, el legislador peruano ha asimilado ambas nociones. Esto último, al aludir a la nomenclatura de “derecho de desistimiento” en el artículo 48º-E.i) del proyecto bajo comentario y al señalar en el punto III de su Exposición de Motivos, denominado “Análisis costo beneficio”, que la propuesta de ley planteada implica, entre otros aspectos, brindar al consumidor digital una “mayor posibilidad de desistir de la compra o devolver el producto, cuando éste no cumpla con sus expectativas de manera confiable.”

4.3.2. Sobre la brecha entre ambos países

Como hemos podido estudiar, la legislación española inició con la regulación del derecho de desistimiento en el año 1991, con la ahora derogada Ley 26/1991, sobre contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles. Esto quiere decir que el derecho de desistimiento en el territorio español se dio bajo la vigencia de la Ley 26/1984 de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

Sin perjuicio de lo anterior, se verifica que, de manera posterior, el legislador español siguió regulando el derecho de desistimiento del consumidor en el territorio español mediante otras normas especiales y de manera general en el Texto Refundido de la LGDCU, ampliando de esta manera los ámbitos de aplicación de dicha categoría jurídica en beneficio de los consumidores.

Así, en la actualidad, el derecho de desistimiento en España está regulado y, por ende, está permitido, salvo puntuales excepciones, en los casos previstos en el artículo 68º.2 del Texto Refundido de la LGDCU; más en concreto, para contratos celebrados a distancia y fuera de establecimientos mercantiles, bienes muebles materia de una venta a plazos, servicios financieros destinados a consumidores y comercializados a distancia, servicios de intermediación para la realización de contratos de préstamo o crédito, contratos de crédito al consumo y contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio. Además, la norma bajo comentario también precisa que el derecho de desistimiento puede ejercerse cuando así se le reconozca en la oferta, promoción, publicidad o en el propio contrato de consumo.

Por el contrario, tenemos que, en la regulación peruana, se contempló la figura del derecho de arrepentimiento para los contratos celebrados entre consumidores y compañías aseguradoras mediante la Ley 29946, Ley del Contrato de Seguro, norma que recién fue publicada en el año 2012 y que entró en vigencia en el año 2013, a lo cual se suma que, hasta la actualidad, esta es la única legislación que reconoce el derecho de arrepentimiento en el Perú.

En relación con lo anterior, se aprecia que la regulación del derecho de arrepentimiento en el Perú se dio por primera vez bajo la vigencia del Código de Protección al Consumidor, norma que fue publicada en el año 2010 como el marco normativo general para la protección de los consumidores. Ello, aún cuando antes de dicho Código, ya habían existido normas que

protegían a los consumidores en el Perú, a saber, el Decreto Supremo 036-83-JUS, norma que dictó medidas extraordinarias en materia económica en defensa del interés de los consumidores (publicada en el año 1983) y el Decreto Legislativo 716, Ley de Protección al Consumidor (publicada en el año 1991), ambas dictadas bajo la vigencia de la Constitución Política del Perú de 1979.

Siendo ello así, comparando brevemente el desarrollo legislativo de España y Perú respecto a la regulación del derecho de desistimiento o arrepentimiento para los contratos de consumo, se evidencia que existe una brecha muy significativa entre dichos ordenamientos jurídicos, pues claramente Perú va a la zaga, al solo regular esta facultad en un tipo de contrato de consumo desde hace aproximadamente 10 años.

4.3.3. Sobre la actual regulación en ambos países

El derecho de arrepentimiento regulado en la actual legislación peruana de seguros y el derecho de desistimiento contemplado en la legislación española, tienen entre sí varias coincidencias, siendo estas las siguientes: el contrato de consumo podrá extinguirse por voluntad del consumidor; para la extinción del contrato no es necesario expresar causa alguna; y, existe un plazo razonable para el ejercicio del derecho.

Asimismo, se aprecia que, según la legislación peruana de seguros, existe una obligación legal de brindar información previa al tomador del seguro sobre el derecho de arrepentimiento que le asiste, de manera similar al ordenamiento jurídico español que exige informar al consumidor sobre su facultad de desistimiento con anterioridad a la celebración del contrato de consumo.

Por su parte, cabe recalcar que, si bien en la norma peruana no se precisa que el tomador del seguro que ejerce su derecho de arrepentimiento no deberá ser sometido a ningún tipo de penalización, como sí lo hace expresamente el ordenamiento jurídico español cuando regula el derecho de desistimiento, deberá entenderse que esto es así, en tanto el ejercicio legítimo de un derecho no debería implicar, *per se*, un costo para su titular.

De otro lado, se aprecia que en la legislación peruana sobre seguros no se especifica que el derecho de arrepentimiento reconocido en beneficio del tomador de un seguro es de carácter irrenunciable, como siempre lo reconoce la normativa española respecto del derecho de desistimiento. Sin embargo, es preciso señalar que en el artículo IV de las Disposiciones

Generales de la Ley 29946, se establece como décimo segunda regla para interpretar los contratos de seguros que serán nulas las cláusulas que restringen los derechos del asegurado vulnerando lo regulado en la ley, por lo cual no sería válido imponer una estipulación donde se prescriba que el consumidor renuncia a su derecho de arrepentimiento.

Sin perjuicio de lo anterior, conviene enfatizar que evidentemente sería beneficioso que la normativa peruana precise de modo expreso que el derecho de arrepentimiento reconocido en la Ley 29946 es de carácter irrenunciable y que su ejercicio no está sometido a ningún tipo de penalización, como lo hace la normativa general española al regular el derecho de desistimiento. Solo así, podrían evitarse posibles conflictos entre consumidores y compañías aseguradoras sobre tales cuestiones.

4.3.4. Sobre el Proyecto de Ley 415/2021-CR y la normativa española

Como lo hemos señalado anteriormente, actualmente existe en el Perú un proyecto de ley para extender el derecho de arrepentimiento en el ámbito de la contratación digital, a saber, el Proyecto de Ley 415/2021-CR.

Tras la lectura de dicha propuesta legislativa, se aprecia que las excepciones en las cuales no podría ejercerse el derecho de arrepentimiento en este ámbito son muy semejantes a aquellas previstas en el artículo 103º del Texto Refundido de la LGDCU, normativa española aplicable para contratos celebrados a distancia y fuera de establecimientos mercantiles. Sin perjuicio de ello, también debe tenerse presente que existen algunas diferencias entre la regulación propuesta por el legislador peruano y la norma española sobre la materia.

En primer lugar, se aprecia que la regulación española no ha reservado el derecho de desistimiento para contratos de consumo celebrados mediante canales digitales, sino que dicha facultad puede ser ejercida respecto de una mayor cantidad de contratos, tal y como lo hemos analizado anteriormente. Sin embargo, de aprobarse el Proyecto de Ley 415/2021-CR, tendríamos que en el caso peruano el derecho de arrepentimiento estaría siendo regulado en estas situaciones: para contratos de seguro en los que el tomador de seguro contrató el producto fuera de las compañías aseguradoras (en virtud de la Ley 29946, citada en un apartado anterior); y, para contrataciones realizadas mediante canales digitales, salvo algunas excepciones.

En este sentido, si bien la aprobación del mencionado proyecto supondría un avance para la protección de los consumidores en el Perú, lo cierto es que, un aspecto importante a considerar antes de su evaluación final es que haría falta extender, ya sea mediante dicha vía u otra propuesta legislativa, los supuestos de hecho en los cuales sería posible ejercer el derecho de arrepentimiento.

La idea antes plasmada se sustenta en que, como lo hemos visto al analizar el ordenamiento jurídico español, el derecho de desistimiento busca empoderar al consumidor como la parte más débil de la relación de consumo y, particularmente, ante la existencia de acuerdos que tienden a perjudicar aún más su situación de desequilibrio, la cual no solo está presente en el ámbito digital, sino también en contratos de consumo donde existe un trato directo entre el empresario y el consumidor.

Dicho esto, con la finalidad de incrementar la protección de los consumidores, el legislador peruano podría considerar, como una idea de *lege ferenda* a tener en cuenta, los escenarios contemplados actualmente en España para ejercer el derecho de desistimiento. Con ello, podría evaluarse realizar en el Perú una legislación más completa sobre la materia que nos ocupa, considerando los aciertos y desaciertos de la experiencia española, claro está siempre pensando en la realidad propia del país.

Así, es menester señalar que, entre los aciertos de la normativa española, destacaría, por un lado, el reconocimiento del derecho de desistimiento en una variedad de escenarios donde la oferta de productos y/o servicios suele ser muy agresiva, dando mérito con ello a una mayor protección del consumidor; y, por otra parte, la estipulación de todo un capítulo en el Texto Refundido de la LGDCU sobre el derecho de desistimiento, regulando una gran cantidad de aspectos relevantes vinculados a su ejercicio y, siendo además, una norma de aplicación supletoria ante cualquier vacío que pueda existir en las normas especiales que contemplan esta facultad.

Y, entre algunos de los desaciertos que podríamos nombrar a partir de lo estudiado, se encontrarían los siguientes: no especificar que el derecho de desistimiento podría ser ejercido mediante un apoderado designado por el consumidor; y, no contemplar un procedimiento especial para la devolución del dinero al consumidor que ejerce su derecho de desistimiento en caso el empresario no cumpla con dicha obligación conforme a ley.

Respecto al primer punto, como ya lo hemos desarrollado previamente, aunque no se regule de manera expresa, nada impide que se ejerza el derecho de desistimiento a través de un poder, en virtud de lo dispuesto en el artículo 1259º del Código Civil español.

Por su parte, también hemos visto que, si el consumidor fallece y, a partir de ello, a uno de sus herederos se le asigna un bien sobre el cual cabe desistimiento, nada impide que este pueda ejercer dicha facultad como el nuevo propietario y consumidor del bien, siempre que cumpla con el plazo previsto para ello. Efectivamente, como lo hemos visto anteriormente, el derecho de desistimiento no se trata de un derecho personalísimo que no puede transmitirse a terceros, a lo cual se suma que el artículo 68º del Texto Refundido de la LGDCU lo reconoce a favor de quienes sean los consumidores de un determinado bien, no recayendo dicha titularidad única y exclusivamente en los adquirentes iniciales de un producto, tal y como se ha podido advertir al momento de desarrollar el punto referido a quiénes pueden ejercer el derecho de desistimiento, pues, por ejemplo, pueden calificar como consumidores las personas físicas que reciben un bien de consumo en calidad de obsequio. A mayor abundamiento, el artículo 1257º del Código Civil español señala que “los contratos sólo producen efecto entre las partes que los otorgan y sus herederos (...) salvo (...) que (...) los derechos y obligaciones que proceden del contrato no sean transmisibles (...)”; por lo tanto, nada impide que al heredar una cosa, con la misma se transmita el derecho que le acompaña, en este caso el de desistimiento y que el nuevo titular, heredero o legatario del bien, pueda actuar el mismo siempre que cumpla con los requisitos de dicho derecho. Sin perjuicio de ello, es importante mencionar que otro desacierto de la norma española sería no contemplar que el periodo de desistimiento suele ser muy breve y que, por tanto, en caso el consumidor fallezca, dicho plazo se agotaría antes del nombramiento de sus herederos.

En otro orden de ideas, un aspecto que también se advierte es que, de aprobarse el Proyecto de Ley 415/2021-CR, se estaría concediendo al consumidor un plazo de 15 días calendario para que pueda ejercer su derecho de arrepentimiento en las situaciones previstas en la ley, mientras que la normativa española brinda un plazo de 14 días naturales para ejercer el derecho de desistimiento en la mayoría de los casos. Ambos plazos son bastante similares, pero conviene anotar esta diferencia, sobre todo por la idea que expondremos a continuación.

En el Código de Protección al Consumidor, se suele brindar un tratamiento diferenciado a las grandes, pequeñas y microempresas. De esta manera, consideramos que un aspecto importante a evaluar es si el plazo para ejercer el derecho de arrepentimiento contemplado en el Proyecto

de Ley 415/2021-CR, debería ser el mismo para las grandes, pequeñas y las microempresas o si sería necesario establecer una diferencia al respecto, teniendo en cuenta que mientras más pequeña sea una empresa, menor será su nivel de ingresos y, por ende, su capacidad de respuesta frente a determinadas situaciones como la devolución del dinero del consumidor por el ejercicio de su derecho de arrepentimiento o desistimiento.

En esa línea, el hecho de evaluar la disminución del periodo de desistimiento de cara al caso de las pequeñas y las microempresas en el Perú podría significar un menor riesgo en la actividad económica de tales agentes, lo cual es particularmente relevante en un país donde la economía aún se encuentra en vías de desarrollo, sin que ello, en modo alguno, signifique no otorgar un plazo razonable al consumidor para el ejercicio de su derecho. De esta manera, se podría lograr contrarrestar el perjuicio ocasionado al empresario como consecuencia del ejercicio legítimo del derecho de desistimiento del consumidor.

Cabe señalar que, a modo de ilustrar la idea referida al tratamiento diferenciado que se brinda actualmente a las grandes, pequeñas y microempresas en el Perú, se aprecia que en el artículo 110° del Código de Protección al Consumidor, referido a las sanciones administrativas que puede imponer la Administración por infracciones de la normativa de protección al consumidor, se establece que “en el caso de las microempresas, la multa no puede superar el diez por ciento (10%) de las ventas o ingresos brutos percibidos por el infractor, relativos a todas sus actividades económicas, correspondientes al ejercicio inmediato anterior al de la expedición de la resolución de primera instancia, siempre que se haya acreditado dichos ingresos, no se encuentre en una situación de reincidencia y el caso no verse sobre la vida, salud o integridad de los consumidores. Para el caso de las pequeñas empresas, la multa no puede superar el veinte por ciento (20%) de las ventas o ingresos brutos percibidos por el infractor, conforme a los requisitos señalados anteriormente (...)”.

Finalmente, conviene anotar que, de incorporar una regulación completa sobre el derecho de arrepentimiento en el Código de Protección al Consumidor, esto resultaría beneficioso, ya que permitiría que no exista confusión alguna entre esta facultad del consumidor y el derecho de restitución contemplado actualmente en el artículo 59° de la mencionada norma, el cual -vale recordar- solo es aplicable para casos en los que se configuran métodos agresivos o engañosos en perjuicio del consumidor.

5. Conclusiones

1. La figura jurídica del derecho de desistimiento en España nació en el contexto de una sociedad de consumo y en el marco de un sistema de protección al consumidor creado para equilibrar la situación de desventaja natural existente entre el consumidor y el empresario, al ser este último el encargado de la elaboración de los contratos para la adquisición de productos y/o servicios, a los cuales el consumidor solo debe asentir y adherirse sin tener ningún o un casi nulo poder de negociación.
2. La regulación del derecho de desistimiento en España surgió concretamente en el año 1991, para que el consumidor que hubiera celebrado un contrato fuera del establecimiento mercantil del empresario pudiera desligarse del mismo en un periodo corto de tiempo sin la necesidad de invocar razón alguna, de lo cual se puede colegir que, en sus inicios, esta facultad solo era aplicable para un tipo contrato de consumo donde el vínculo entre las partes solía establecerse por la iniciativa sorpresiva y/o agresiva del empresario.
3. Considerando dicha regulación inicial del derecho de desistimiento en España, puede desprenderse que con ella se brindó a los consumidores un arma poderosa, a saber, la posibilidad de poner fin a un contrato de consumo de una manera particularmente sencilla.
4. Siendo consecuente con la protección al consumidor, posteriormente y hasta la actualidad, el derecho de desistimiento se ha seguido regulando en el ordenamiento jurídico español, tanto mediante normas especiales como por el Texto Refundido de la LGDCU.
5. A partir de la comparación realizada entre la regulación del derecho de desistimiento y de la resolución, rescisión, anulabilidad y nulidad de los contratos en general, así como de la revocación de actos unilaterales, categorías contempladas en el Código Civil español, se advierte que aquel derecho tiene características propias. Este se trata de un derecho irrenunciable y gratuito del consumidor que no requiere invocar una justificación y cuyo ejercicio supone la extinción del contrato de consumo, siendo un mecanismo de más fácil utilización, a diferencia de las categorías civilistas mencionadas.
6. Otro aspecto relevante evidenciado a partir de lo desarrollado en este trabajo es que, una vez ejercido el derecho de desistimiento no debería existir una demora indebida en devolver el dinero que corresponda al consumidor; sin embargo, en caso ello no se cumpla,

la ley española no contempla una vía especial para reclamar lo debido. Ante ello, una solución recomendable sería regular un procedimiento extrajudicial, ágil y simplificado para que el consumidor pueda reclamar y obtener su dinero con mayor facilidad, teniendo en cuenta que recurrir a la vía judicial implica mayores costos de tiempo y dinero.

7. Contrariamente a lo que podría asumirse, de la revisión de la normativa española de protección al consumidor, se aprecia que el derecho de desistimiento solo puede ejercerse cuando el mismo sea reconocido por una norma especial o por el empresario.
8. Sobre el punto anterior, actualmente el derecho de desistimiento en España está regulado normativamente para contratos celebrados a distancia y fuera de establecimientos mercantiles, bienes muebles materia de una venta a plazos, servicios financieros destinados a consumidores y comercializados a distancia, servicios de intermediación para la realización de contratos de préstamo o crédito, contratos de crédito al consumo y contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio.
9. Sin perjuicio de los supuestos antes mencionados, la ley española también contempla excepciones razonables en las que no podrá ejercerse el derecho de desistimiento en este tipo de contratos. Por ejemplo, no será posible devolver productos cuando ello comprometa la salud o higiene, así como tampoco ejercer esta facultad para el caso de créditos hipotecarios, ya que estos requieren de una mayor seguridad jurídica. Esto evidencia que al momento de elaborar la normativa española, el legislador trató de cubrir los mayores escenarios posibles de una manera prudente.
10. Otro aspecto cotejado consiste en que, por lo general, según el ordenamiento jurídico español, el plazo de desistimiento es de 14 días naturales; sin embargo, existen supuestos concretos en los que dicho periodo es de 30 días naturales, tal como sucede en el caso de los contratos celebrados en el contexto de visitas no solicitadas por el consumidor o en los contratos de seguros de vida comercializados a distancia, solo por poner algunos ejemplos. Tras lo estudiado, se entiende que en estos supuestos se regula un plazo mayor para reforzar aún más la protección del consumidor.
11. Tras evaluar el régimen aplicable en España para un contrato de préstamo celebrado en virtud de un servicio de intermediación, se colige y vale enfatizar que, en caso el

consumidor decida desistir de este último, también deberá hacerlo del primero, toda vez que no actuar de dicha manera, significaría un ejercicio abusivo del derecho de desistimiento, en tanto el consumidor se beneficiaría del crédito obtenido mediante un intermediario, sin reconocer una contraprestación por su servicio.

12. Luego de estudiar quiénes son los sujetos legitimados para ejercer el derecho de desistimiento en el territorio español, se aprecia que son: las personas físicas que, más allá de si actúan o no con un ánimo de lucro, actúan sin un fin comercial, empresarial o propio de su oficio o profesión, así como las personas jurídicas y entidades sin personalidad jurídica que adquieren bienes y servicios sin ánimo lucrativo y de manera ajena a una actividad comercial o empresarial. De la misma manera, también son consumidores que pueden ejercer el derecho de desistimiento en el territorio español, las personas físicas que, al mismo tiempo, brindan a un bien o servicio un uso privado y en menor medida un uso comercial o profesional, así como las personas físicas que se encuentran en una situación de vulnerabilidad y actúan como consumidoras.
13. Existe una estrecha y evidente relación entre el derecho de desistimiento y el derecho de información. Ello, teniendo en cuenta que la normativa española de protección al consumidor impone al empresario el deber de informar al consumidor sobre todo lo vinculado a su derecho de desistimiento garantizando así su derecho básico de información y, por ende, una reducción de la asimetría informativa que está presente en todas las relaciones de consumo. Este tratamiento por parte de la normativa española resulta acertado, ya que el derecho de información es la piedra angular de todo el derecho de consumo.
14. En relación con la idea anterior, también se evidencia que, según la normativa general española de protección al consumidor, el inicio del cómputo del plazo de desistimiento depende directamente de si el empresario cumplió o no con su deber de informar al consumidor sobre su derecho de desistimiento. Si el empresario informó conforme a ley sobre dicho derecho, el plazo empezará a computarse desde la recepción del bien en el caso de productos y desde la celebración del contrato en el caso de servicios. Caso contrario, el plazo aumentará automáticamente por mandato de la ley.
15. Respecto al análisis comparativo realizado entre la normativa española y peruana, se aprecia que ambos ordenamientos emplean terminologías diferentes para aludir al derecho

del consumidor de dejar sin efecto un contrato de consumo dentro de un plazo razonable y sin alegar causa alguna. En España, esta facultad se denomina derecho de desistimiento, mientras que en el Perú se conoce como derecho de arrepentimiento. Considerando las definiciones de estos conceptos, se colige que más preciso sería referirse a un “derecho de desistimiento”; sin perjuicio de ello, tras estudiar el caso peruano, se verifica que ambas nociones han sido equiparadas.

16. A diferencia de España, la normativa general peruana de protección al consumidor, plasmada en el Código de Protección al Consumidor, no regula hasta el momento una figura similar al derecho de desistimiento. Efectivamente, tras la lectura de dicha norma, únicamente se aprecia la figura del derecho de restitución, la cual comparte algunas características con el derecho de desistimiento, pero solo puede ser ejercida ante la aplicación de un método comercial agresivo o engañoso en contra del consumidor.
17. Otro hallazgo realizado a partir de una comparación realizada entre el desarrollo legislativo de España y Perú, consiste en que existe una brecha bastante significativa entre ambos ordenamientos jurídicos, al tener en cuenta que Perú recién reguló el derecho de arrepentimiento desde el año 2012, mediante una norma especial y para un único ámbito de contratación, a diferencia de España que reguló el derecho de desistimiento desde el año 1991 y para diversos tipos de contratos de consumo.
18. En el Perú, la categoría más afín al derecho de desistimiento contemplado en la normativa española, se trata del derecho de arrepentimiento regulado en la Ley 29946, Ley del Contrato de Seguro. En virtud de esta normativa, se le permite al tomador de un seguro desvincularse del contrato celebrado con la otra parte dentro de un periodo de 15 días calendario y sin alegar razón alguna, siempre que el vínculo se hubiera establecido fuera de la compañía aseguradora.
19. Teniendo en cuenta lo anterior, no debe confundirse el derecho de restitución regulado en el artículo 59º del Código de Protección al Consumidor con el derecho de arrepentimiento regulado en la normativa peruana de seguros. El primero solo puede ejercerse cuando se configura un método comercial agresivo o engañoso en perjuicio del consumidor, mientras que el segundo no requiere la alegación de una causa justa para desvincularse del contrato.

20. Actualmente, en el Perú no se establece expresamente que el derecho de arrepentimiento reconocido en el ámbito de seguros es de carácter irrenunciable y gratuito (en el sentido de que el consumidor no debe asumir ninguna penalización por su ejercicio), por lo que sería beneficioso que se realice una precisión al respecto a nivel legislativo, como lo hace la normativa general española de protección al consumidor cuando regula el derecho de desistimiento.
21. Sin perjuicio de lo indicado, se verifica que actualmente existe en el Perú el Proyecto de Ley 415/2021-CR, el cual plantea incorporar la figura del derecho de arrepentimiento al Código de Protección al Consumidor para que los consumidores puedan ejercer esta facultad en un plazo de 15 días calendario, pero únicamente para el caso de contrataciones realizadas mediante canales digitales. En relación con esta propuesta, sería oportuno evaluar si sería más adecuado establecer un plazo menor para el derecho de arrepentimiento cuando este se ejerce ante pequeñas o microempresas, considerando que la economía peruana se encuentra en vías de desarrollo y que aquellos agentes tendrían una menor capacidad de respuesta.
22. Con el objetivo de proporcionar una mayor protección a los consumidores en el Perú, garantizando el mandato previsto en el artículo 65° de su Constitución Política, el legislador podría considerar, como una idea de *lege ferenda*, los aciertos de la experiencia española respecto a la regulación del derecho de desistimiento, adaptando todo ello a la realidad peruana. Un primer paso, sería evaluar una eventual extensión de los supuestos de hecho en los cuales sería posible ejercer el derecho de arrepentimiento en el Perú, para así continuar con la labor de empoderar a los consumidores.

6. Bibliografía

- Albaladejo-García, M. La representación. En *Anuario de Derecho Civil* (Fas. 3). Ministerio de Justicia de España. Madrid. 1958.
- Beluche-Rincón, I. *El derecho de desistimiento del consumidor*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2009.
- Castañeda-Muñoz, J. Nota breve sobre el concepto del consumidor. En *Cuadernos de estudios empresariales* (Vol. 12). Universidad Complutense de Madrid. Madrid. 2002.
- De Diego, F. *Instituciones de derecho civil español* (Nueva ed., Tom. 2). Artes Gráficas Julio San Martín. Madrid. 1959.
- Díaz-Alabart, S. Introducción: la contratación con consumidores. En *Manual de derecho de consumo*. Directoras: Díaz-Alabart, S. y Carrancho-Herrero, M. Reus. Madrid. 2016.
- Díez-Picazo, L. *Fundamentos del derecho civil patrimonial: teoría del contrato* (5a ed. [2a en Civitas], Vol.1). Civitas. Madrid. 1996.
- Hernández-Díaz-Ambrona, M. Consumidor y comerciante. En *Manual de derecho de consumo*. Directoras: Díaz-Alabart, S. y Carrancho-Herrero, M. Reus. Madrid. 2016.
- Larrosa-Amante, M. *El derecho de desistimiento en la contratación de consumo*. Tirant Lo Blanch. Valencia. 2017.
- Lasarte-Álvarez, C. *Manual sobre protección de consumidores y usuarios* (12a. ed.). Dykinson. Madrid. 2021.
- Mollar-Piquer, M. *La prueba en el proceso de consumidores y usuarios*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2019.
- O'Callaghan-Muñoz, X. *Compendio de Derecho Civil: Introducción y parte general del Derecho Civil. Derecho de la persona* (4ª ed., Tomo I). Editorial Universitaria Ramón Areces. Madrid. 2022.
- Real Academia Española. Arrepentimiento; Arrepentirse; Desistimiento, Desistir; Información. Diccionario de la lengua española. Edición del Tricentenario. Recuperado en <https://dle.rae.es/informaci%C3%B3n>. Madrid. 2021.
- Reyes-López, M. *Manual de derecho privado de consumo* (2ª ed. rev. y act.). La Ley. Madrid. 2012.
- Superintendencia de Banca, Seguros y AFP. Derecho de arrepentimiento. Glosario de términos. Recuperado en <https://www.sbs.gob.pe/usuarios/segueros/glosario-de-terminos>. Lima. 2022.

- Torres-Gamero, R. El Contrato de Seguro en el Perú Comentarios a la Ley N° 29946. En *Lex* (Vol. 11). Revista LEX. Lima. 2013.

7. Jurisprudencia consultada

- Sentencia 00336/2014 del 14 de octubre de 2014, emitida por la Audiencia Provincial de Pontevedra. Consultado en “Centro de Documentación Judicial” (CENDOJ).
- Sentencia 2/2018 del 10 de enero 2018, emitida por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo. Consultado en “Centro de Documentación Judicial” (CENDOJ).
- Sentencia 432/2018 del 11 de julio de 2018, emitida por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo. Consultado en “Centro de Documentación Judicial” (CENDOJ).
- Sentencia 201/2021 del 13 de abril de 2021, emitida por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo. Consultado en “Centro de Documentación Judicial” (CENDOJ).
- Sentencia 1346/2021 de 14 de abril de 2021, emitida por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo. Consultado en “Centro de Documentación Judicial” (CENDOJ).
- Sentencia 26/2022 del 18 de enero de 2022, emitida por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo. Consultado en “Centro de Documentación Judicial” (CENDOJ).

8. Legislación consultada

- Directiva del Consejo 85/577/CEE, de 20 de diciembre de 1985, referente a la protección de los consumidores en el caso de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales. Diario Oficial de la Unión Europea núm. 372, de 31/12/1985.
- Directiva 2011/83/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo. Diario Oficial de la Unión Europea núm. 304, de 22/11/2011.
- Ley 26/1991, del 21 de noviembre, sobre contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles. Boletín Oficial del Estado núm. 283, de 26/11/1991.
- Ley 28/1998, de 13 de julio, de Venta a Plazos de Bienes Muebles. Boletín Oficial del Estado núm. 167, de 14/07/1998.
- Ley 42/1998, sobre derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico y normas tributarias. Boletín Oficial del Estado núm. 300, de 16/12/1998.

- Ley 22/2007, de 11 de julio, de comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores. Boletín Oficial del Estado núm. 166, de 12/07/2007.
- Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito. Boletín Oficial del Estado núm. 79, de 01/04/2009.
- Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo. Boletín Oficial del Estado núm. 151, de 25/06/2011.
- Ley 4/2012, de 6 de julio, de contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio y normas tributarias. Boletín Oficial del Estado núm. 162, de 07/07/2012.
- Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias. Boletín Oficial del Estado núm. 76, de 28/03/2014.
- Ley 4/2022, de 25 de febrero, de protección de los consumidores y usuarios frente a situaciones de vulnerabilidad social y económica. Boletín Oficial del Estado núm. 51, de 01/03/2022.
- Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. Gaceta de Madrid núm. 206, de 25/07/1889.
- Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias. Boletín Oficial del Estado núm. 287, de 30/11/2007.
- Real Decreto Ley 1/2021, de 19 de enero, de protección de los consumidores y usuarios frente a situaciones de vulnerabilidad social y económica. Boletín Oficial del Estado núm. 17, de 20/01/2021.