

SOSA OLÁN, Henry, TORRE DELGADILLO, Vicente (2019): “Los plazos, la forma y la prueba del derecho de desistimiento en la contratación a distancia en el ordenamiento jurídico español”, *Ars Boni et Aequi*, Año 15, N° 1, pp. 75-96.

Los plazos, la forma y prueba del derecho de desistimiento en la contratación a distancia en el ordenamiento jurídico español

*The deadlines, the form and proof of the right of withdrawal
in the e-commerce in the Spanish legal order*

Henry Sosa Olán*

Universidad Juárez Autónoma de Tabasco
Tabasco, México

Vicente Torre Delgadillo**

Universidad Autónoma de San Luis de Potosí
San Luis de Potosí, México

RESUMEN: La forma y prueba del ejercicio del derecho de desistimiento es una cuestión crucial sobre la que en la Unión Europea y en el sistema legal español se han pronunciado los Tribunales en distintas sentencias. Existen diversas formas en que el consumidor puede ejercer el derecho que le asiste. Pero, como a él le corresponde la prueba del ejercicio, debe dejar constancia de ello. En este sentido, la Directiva de los consumidores de 25 de octubre de 2011 del Parlamento Europeo y del Consejo (fecha de efecto 12 diciembre 2011 y de transposición 13 diciembre 2011) y el Texto Refundido de la Ley de Consumidores y Usuarios de 2007 (en vigor 1 diciembre 2007) implementan en sus respectivos anexos un formulario de desistimiento el cual se convierte en un elemento formal del contrato debido a que su incumplimiento total o parcial puede ocasionar sanciones civiles y administrativas para el empresario.

PALABRAS CLAVE: derecho de desistimiento; consumidor; directiva; contrato a distancia; obligación de informar y documentar.

ABSTRACT: The form and proof of the exercise of the right of withdrawal is a crucial issue on which the Courts have ruled in different sentences in the European Union and in the Spanish legal system. There are several ways in which the consumer can exercise the right that assists him. However, as the exercise test corresponds to him, he must record it. In this sense, the Directive of the consumers of October 25, 2011 of the European Parliament and of the Council (effective date December 12, 2011 and transposition December 13, 2011) and the Consolidated Text of the Law of Consumers and Users of 2007 (effective December 1, 2007) implement in their respective annexes a withdrawal form

* Doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca España. Profesor Universidad Juárez Autónoma de Tabasco, México. Correo electrónico: henrypleyares@hotmail.com

** Doctor en Derecho Financiero por la Universidad Complutense de Madrid. Máster en Derecho Tributario por la Universidad de Guanajuato. Profesor titular de Derecho Civil, Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de San Luis Potosí, S.L.P. México. Correo electrónico: vicente.torre@uaslp.mx

which becomes a formal element of the contract because its total or partial breach may cause civil and administrative penalties for the entrepreneur

KEYWORDS: right of withdrawal; consumer; directive; distance contract; obligation to report and document.

INTRODUCCIÓN

El tema del derecho de desistimiento de consumidor en materia de contratación a nivel internacional es un tema que reviste gran importancia en el comercio en esta era marcada por la globalización.

En la presente investigación se toma como referencia la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011 (en adelante también DDC), operada por la Ley 3/2014, de 27 de marzo (en adelante también Ley de consumidores del año 2014), debido a que provocó notables cambios en el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y usuarios (Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, en adelante también TRLGDCU). Entre ellos la implementación de un formulario de desistimiento, el cual tiene como objetivo principal facilitar el ejercicio del derecho de desistimiento al consumidor, ya que en el pasado este fue uno de los caballos de batallas en donde se suscitaron problemas a nivel comunitario, siendo determinante el papel del Tribunal de Justicia de las Comunidades europeas (en adelante también TJCE). Además, algunas de las empresas que se dedican al comercio electrónico no implementan dentro de sus condiciones generales el mencionado formulario o lo entregan de manera incompleta, razón por la cual se harían acreedoras a sanciones civiles y administrativas.

El problema radica en la falta de implementación del formulario de desistimiento en los contratos que amparan las operaciones comerciales a distancia, lo que genera prácticas desleales o abusivas y vicia la manifestación de un consentimiento totalmente informado por parte de los consumidores.

Ante la situación antes planteada surgen en primera instancia las siguientes preguntas empíricas descriptivas: ¿En qué consiste la contratación a distancia? ¿Cuáles son su ámbito objetivo y subjetivo? Una vez dilucidadas las anteriores interrogantes aparecen cuestionamientos de carácter empírico explicativo sobre qué es el derecho de desistimiento, cuáles son las características del derecho de desistimiento, cómo se regulan los plazos en los contratos a distancia o electrónicos de bienes, cómo se aplica la normativa respecto a la implementación del formulario de desistimiento en los contratos a distancia, cómo deben actuar las autoridades ante situaciones de incumplimiento por parte de empresas a la implementación de formulario de desistimiento en los contratos electrónicos de compraventa de bienes.

Las respuestas a los cuestionamientos mencionados en el párrafo anterior van ligados de manera indubitable al cumplimiento de los parámetros establecidos en la actual Directiva de los consumidores del año 2011, y el Texto Refundido de la Ley de Consumidores y Usuarios, del año 2007. Es necesario identificar de manera clara las acciones que han provocado y provocan en la actualidad obstáculos para la adecuada aplicación del marco

SOSA OLÁN, Henry, TORRE DELGADILLO, Vicente (2019): “Los plazos, la forma y la prueba del derecho de desistimiento en la contratación a distancia en el ordenamiento jurídico español”, *Ars Boni et Aequi*, Año 15, N° 1, pp. 75-96.

jurídico y los instrumentos que éste prevé para realizar un cabal control de la protección de los derechos de los consumidores.

El objetivo general consiste en analizar la efectividad de los mecanismos y herramientas de control contenidas en el formulario de desistimiento. En tanto que los objetivos específicos radican en establecer, describir y explicar las características y condiciones que se presentan al momento de hacer valer el derecho de desistimiento al amparo del formulario multicitado.

Se establece como variable dependiente al derecho de desistimiento y como independientes, a los plazos, forma y pruebas que se requieren para hacer valer este derecho.

Se emplea el método analítico pues permite interpretar el comportamiento de fenómenos significativos que demuestran la hipótesis consistente en la inmediata implementación de la formulación del desistimiento como mecanismo para salvaguardar los derechos de los consumidores y garantizar el derecho a la manifestación de un consentimiento informado que perfeccione jurídicamente el contrato electrónico.

I. LA CONTRATACIÓN A DISTANCIA: ÁMBITO OBJETIVO Y SUBJETIVO

El artículo 92.1 TRLGDCU establece:

“Se regirán por lo dispuesto en este título los contratos celebrados a distancia con los consumidores y usuarios en el marco de un sistema organizado de venta o prestación de servicios a distancia, sin la presencia física simultánea del empresario y del consumidor y usuario, y en el que se hayan utilizado exclusivamente una o más técnicas de comunicación a distancia hasta el momento de la celebración del contrato y en la propia celebración del mismo”.

De la definición surgen tres características:

1. Que la contratación se realice en el marco de un “sistema organizado de venta o prestación de servicios a distancia”, es decir, que el empresario que practique contratación a distancia halla diseñado una estrategia de venta en donde los consumidores pueden realizar sus pedidos: tal sería el caso de una página web, en la cual se pueda acceder de forma permanente. No obstante, si el empresario en su página web sólo ofrece información sobre el comerciante, sus bienes o servicios y sus datos de contacto, pero no ofrece la posibilidad de contratar en línea, no entra en el concepto de sistema organizado.

2. Sin la “presencia física simultánea” del empresario, del consumidor y usuario. Con esta característica se hace hincapié en la distancia física, por lo tanto, las partes contratantes se deben encontrar en puntos geográficamente distintos. En este sentido el considerando 20 de la DDC aclara lo siguiente:

“[...] un contrato que se negocie en el establecimiento mercantil del comerciante y acabe celebrándose a través de un medio de telecomunicación no debe considerarse un contrato a distancia. Tampoco debe considerarse un

contrato a distancia el contrato que se inicie utilizando un medio de comunicación a distancia pero acabe celebrándose en el establecimiento mercantil del comerciante. Asimismo, el concepto de contrato a distancia no debe incluir las reservas que el consumidor pueda realizar a través de una técnica de comunicación a distancia para solicitar a un profesional la prestación de un servicio, como puede ser el caso de un consumidor que llame por teléfono para pedir una cita en una peluquería”.

3. La utilización de una o más “técnicas de comunicación” a distancia hasta el momento de la celebración del contrato y en la propia celebración del mismo. Según el artículo 2 e) de la *Directiva 2002/65/CE*, de servicios financieros, una técnica de comunicación a distancia es: “*todo medio que pueda utilizarse, sin que exista una presencia física y simultánea del proveedor y el consumidor, para la comercialización a distancia de un servicio entre estas partes*”. En este sentido el artículo 92.1 TRLGDCU aclara que, “*entre otras, tienen la consideración de técnicas de comunicación a distancia: el correo postal, Internet, el teléfono o el fax*”.

Por otra parte, existen ciertos contratos que por razón de la materia o su objeto se excluyen de la contratación a distancia¹.

De esta manera, la contratación queda perfectamente delimitada por lo que toca a su ámbito objetivo de la materia de contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles, la cual se encuentra recogida en el artículo 92.2 del TRLGDCU:

“Las disposiciones de este título serán también de aplicación a los siguientes contratos celebrados con consumidores y usuarios fuera del establecimiento mercantil”:

- a) “Contratos celebrados con la presencia física simultánea del empresario y del consumidor y usuario, en un lugar distinto al establecimiento mercantil del empresario.*
- b) Contratos en los que el consumidor y usuario ha realizado una oferta en las mismas circunstancias que las que se contemplan en la letra a).*
- c) Contratos celebrados en el establecimiento mercantil del empresario o mediante el uso de cualquier medio de comunicación a distancia inmediatamente después de que haya existido contacto personal e individual con el consumidor y usuario en un lugar que no sea el establecimiento mercantil del empresario, con la presencia física simultánea del empresario y el consumidor y usuario.*
- d) Contratos celebrados durante una excursión organizada por el empresario con el fin de promocionar y vender productos o servicios al consumidor y usuario”.*

Visto el ámbito objetivo de la contratación a distancia cabe pasar al ámbito subjetivo. El régimen jurídico de la contratación a distancia solo es aplicable cuando una parte sea considera consumidor y la otra empresario, por lo cual quedan excluidos los contratos celebrados entre empresarios y los contratos celebrados entre particulares.

¹ Artículo 93 del TRLGDCU el cual lleva por título: *Excepciones*.

SOSA OLÁN, Henry, TORRE DELGADILLO, Vicente (2019): “Los plazos, la forma y la prueba del derecho de desistimiento en la contratación a distancia en el ordenamiento jurídico español”, *Ars Boni et Aequi*, Año 15, N° 1, pp. 75-96.

A nivel nacional el artículo 3 TRLGDCU define al “consumidor” de la siguiente manera:

“A efectos de esta norma y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, son consumidores o usuarios las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión. Son también consumidores a efectos de esta norma 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”.

El concepto comentado es acorde con las Directivas comunitarias que definen al consumidor, las cuales coinciden con los siguientes elementos: “personas físicas”, “que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial”². Sin embargo, a pesar de que el precepto incluye a las personas jurídicas, en nada contraviene a la normativa comunitaria debido a que aclara que serán consideradas consumidores siempre y cuando actúen sin fines de lucro, tal y como lo ha establecido el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas –*Johann Gruber c. Bay W*, de 20/01/2005, asunto C-464/01, *Petra Engler contra JanusVersandGmbH* de 20/01/2005, asunto C-27/02; *ShearsonLehman Hutton*, de 19/01/1993, asunto C-89/91 – justamente excluyendo del régimen legal de protección al consumidor a las personas jurídicas que realizan actividades con fines de lucro.

El Reglamento (CE) N° 593/2008, del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008 sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales (Reglamento Roma I), en su artículo 6 dispone que el contrato de consumo es el “*celebrado por una persona física para un uso que pueda considerarse ajeno a su actividad comercial o profesional (“el consumidor”) con otra persona (“el profesional”) que actúe en ejercicio de su actividad comercial o profesional [...]”*.

Lo opuesto a consumidor sería un empresario el cual es determinado en el artículo 4 TRLGDCU: “*A efectos de lo dispuesto en esta norma, se considera empresario a toda persona física o jurídica, ya sea privada o pública, que actúe directamente o a través de otra persona en su nombre o siguiendo sus instrucciones, con un propósito relacionado con su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión”*.”

1. Concepto del derecho de desistimiento

El artículo 68.1 TRLGDCU establece que “*El derecho de desistimiento de un contrato es la facultad del consumidor y usuario de dejar sin efecto el contrato celebrado, notificándose así a la otra parte contratante en el plazo establecido para el ejercicio de ese derecho, sin necesidad de justificar su decisión y sin penalización de ninguna clase”*.”

Distintas normas prevén la figura en estudio, por ejemplo, *Ley 22/2007, de servicios financieros a distancia* (art. 10), *Ley 16/2011, de crédito al consumo* (art. 28) y *Real Decreto-Ley 8/2012, de contratos de aprovechamiento por turno* (art. 12).

² Respecto del concepto de consumidor véanse artículos 2.1 de la DDC, 2 (d) de la *Directiva 2002/65/CE*, 2 (e) de la *Directiva 2000/31/CE*, 2 (a) de la *Directiva 2005/29/CE*, 2 (b) de la *Directiva 93/13/CEE* y 3 (a) de la *Directiva 2008/48/CE*.

2. Características del derecho del desistimiento del consumidor

El derecho de desistimiento en materia de contratos a distancia cuenta con un régimen jurídico propio el cual se encuentra armonizado (arts. 102-108 TRLGDCU) y su fundamento reside de acuerdo al considerando trigésimo séptimo de la DDC en que:

“[...] en las ventas a distancia el consumidor no puede ver los bienes antes de celebrar el contrato, debe disponer de un derecho de desistimiento. Por el mismo motivo, el consumidor debe estar autorizado a probar e inspeccionar los bienes que ha comprado en la medida suficiente que le permita determinar la naturaleza, las características y el buen funcionamiento de los bienes. En cuanto a los contratos celebrados fuera del establecimiento, debe permitirse al consumidor que ejerza un derecho de desistimiento, ya que puede haber un elemento sorpresa o presión psicológica [...]”.

A) SE TRATA DE UN DERECHO DISCRECIONAL

En materia de contratación a distancia el consumidor puede ejercer su derecho de desistimiento sin alegar motivo alguno, es decir, por su propia voluntad (art. 68.1 TRLGDCU)³ y algunos lo hacen efectivo después de haber utilizado los bienes más de lo que sería necesario para determinar su naturaleza, sus características o su funcionamiento y en este caso si bien no se debe perder el derecho de que se trata se es responsable de cualquier depreciación de los bienes.

B) ES IRRENUNCIABLE PARA EL CONSUMIDOR

Las normas en materia de protección al consumidor en contratos a distancia son imperativas, o sea, irrenunciables y ello por cierto se refleja normativamente:

“los consumidores no podrán renunciar a los derechos que se les reconozca en virtud de la transposición al Derecho nacional de la presente Directiva” (art. 12.1 de la Dir. 97/7CE, de contratos a distancia);

“cuando el comprador sea un consumidor, entendiéndose por tal el definido en los apartados 2 y 3 del artículo 1 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (LGDCU), los derechos que el presente capítulo le reconoce serán irrenunciables y podrán ser ejercidos por los mismos aunque la legislación aplicable al contrato sea otra distinta de la española, si el contrato presenta un vínculo estrecho con el territorio de cualquier Estado miembro de la Unión Europea” (art. 48.1 de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista, en adelante LOCM);

³ En el mismo sentido se manifiestan los artículos 6.1 de la Directiva 1997/7/CE, de 20 de mayo de 1997, relativa a la contratación a distancia con consumidores, 44.1 de la LOCM, 14.1 de la Directiva 2008/48/CE, de 23 de abril de 2008, de contratos de crédito al consumo, y 9.1 de la DDC.

SOSA OLÁN, Henry, TORRE DELGADILLO, Vicente (2019): “Los plazos, la forma y la prueba del derecho de desistimiento en la contratación a distancia en el ordenamiento jurídico español”, *Ars Boni et Aequi*, Año 15, N° 1, pp. 75-96.

“la renuncia previa a los derechos que esta norma reconoce a los consumidores y usuarios es nula, siendo, asimismo, nulos los actos realizados en fraude de ley de conformidad con lo previsto en el artículo 6 del Código Civil” (art. 10 TRLGDCU);

“Si la legislación aplicable al contrato es la de un Estado miembro, el consumidor no podrá renunciar a los derechos que le confieran las disposiciones nacionales de transposición de la presente Directiva. Toda disposición contractual que excluya o limite directa o indirectamente los derechos conferidos por la presente Directiva no vinculará al consumidor” (art. 25 de la DDC)⁴.

Con este tipo de medidas se evitan prácticas abusivas que tengan por objeto obstaculizar al consumidor la terminación del contrato.

C) SU EJERCICIO TIENE CARÁCTER TEMPORAL

El TRLGDCU establece el plazo de 14 días naturales para que el consumidor emita su declaración de desistir (arts. 71.1 y 104) y se computan según lo previsto en el artículo 5 del Código Civil⁵ y es importante aclarar sí que los plazos otorgados para el ejercicio del derecho de desistimiento son de caducidad⁶ por lo que, cual puede observarse, dicho derecho como forma de ineficacia sobrevenida del contrato puede hacerse valer en un tiempo delimitado, distinto que la nulidad del contrato, que no prescribe y puede declararse de oficio, o la anulabilidad, que prescribe en cuatro años.

D) IMPERA LA LIBERTAD DE FORMA PARA SU EJERCICIO

El TRLGDCU y demás leyes que contemplan el derecho de desistimiento del consumidor no exigen a éste una determinada forma para ejercerlo⁷. La mayoría de la doctrina coincide en que aquél debería dejar constancia al momento de ejercer el derecho de desistimiento pues existen medios como el teléfono donde es difícil dejar prueba de haberse desistido⁸ y con la aparición de nuevas tecnologías como el Internet el legislador europeo se ha visto en la necesidad de adaptar el derecho referido a estas fórmulas contractuales y por eso algunas empresas dedicadas al comercio electrónico dentro de sus condiciones generales prevén un formulario de desistimiento con el fin de facilitar al consumidor su ejercicio.

Se puede ejercer el derecho de desistimiento por cualquier medio y no es entonces necesario hacerlo a través del formulario incluso aunque el mismo se haya correctamente facilitado pero por razones de seguridad jurídica debe sí constar haberse desistido pues probar ello corresponde al consumidor (art. 72 TRLGDCU).

⁴ Artículo 22 de la propuesta de reglamento *Common European Sales Law*.

⁵ ARNAU RAVENTÓS (2011) pp. 157-196.

⁶ CAÑIZARES LASO (2001) p. 63.

⁷ V. gr., artículo 14.3 a) de la Directiva 2008/48/CE; artículo 28.2 a) de la Ley 16/2011, de 14/06/2011, de contratos de crédito al consumo; artículo 12.4 Real Decreto-ley 8/2012, de 16 de marzo, de contratos de aprovechamientos por turno.

⁸ BELUCHE RINCÓN (2009) p.4

E) ES UNA DECLARACIÓN DE VOLUNTAD RECEPTICIA

Para que el desistimiento surta sus efectos es necesario que el consumidor se lo haga saber a la otra parte, en este caso al empresario (art. 68.1 TRLGDCU)⁹. Surge la duda de si el momento en que se hace efectiva la declaración de voluntad es al ejercitarse el derecho de desistimiento o cuando llega al conocimiento del empresario. En nuestra opinión, el ejercicio del derecho de desistimiento del consumidor surte efecto desde el instante en que aquél desiste del contrato y siempre que lo haga en tiempo y forma, esto es, de acuerdo con las condiciones establecidas en la ley o en el contrato¹⁰.

F) SIN PENALIZACIÓN ALGUNA PARA EL CONSUMIDOR

El ejercicio del derecho de desistimiento no implicará gasto alguno para el consumidor cuando éste decida ejercitarlo (art. 68.1 TRLGDCU). En la misma línea que el actual TRLGDCU se ha expresado el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas¹¹ pero los gastos de devolución por regla general corresponden al consumidor en materia de contratación a distancia (art. 108.1 TRLGDCU; art. 14.2 DDC).

G) SU EJERCICIO DETERMINA LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE CONSUMO CONCERTADO

Al tiempo en el que el consumidor ejerce su derecho de desistimiento el contrato se extingue surgiendo obligaciones para cada una de las partes. En materia de contratación a distancia los efectos del desistimiento son retroactivos (*exttunc*) para el caso de los bienes y tratándose de servicios es *ex nunc* (art. 6 de la Dir. 97/7/CE, de contratos a distancia; art. 44 de la LOCM; art. 74 TRLGDCU; art. 12 de la DDC). En la misma línea que las normas mencionadas, se manifiesta el artículo 43 del CESL.

H) PUEDE TENER SU ORIGEN TANTO LEGAL COMO CONTRACTUALMENTE

El derecho de desistimiento del consumidor encuentra su origen en las Directivas europeas de consumo que lo regulan, las cuales se adaptan a los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros. Sin embargo, cuando el derecho de desistimiento no encuentre su fundamento en la ley, el empresario puede estipular una cláusula contractual en donde se le conceda al consumidor el derecho a desistir del contrato.

El legislador español, con la refundición de leyes realizada el año 2007, configuró un régimen general de derecho de desistimiento en los artículos 68 a 79 TRLGDCU creando de paso un derecho *contractual* de desistimiento que constituye una novedad en el ordenamiento jurídico. El desistimiento *contractual* podría darse siempre que no exista una

⁹ Otras disposiciones jurídicas que soportan este supuesto son: artículo 10:3 de la Ley 22/2007, de servicios financieros; artículo 6.6 de la Directiva 2002/65/CE, de servicios financieros; artículo 14.3 a) de la Directiva 2008/48/CE, de crédito al consumo; artículo 28.2 a) de la Ley 16/2011, de crédito al consumo; artículo 7 de la Directiva 122/2008, de tiempo compartido; artículo 12.4 del Real Decreto-ley 8/2012, de tiempo compartido. En el mismo sentido se expresa en cuanto a su carácter recepticio a nivel comunitario el artículo 11.1 de la DDC.

¹⁰ MIRANDA SERRANO (2011) pp. 1514-1515

¹¹ STJCE “*TravelVac*”, asunto C-423/97, de 22 de abril de 1999, punto 60.

SOSA OLÁN, Henry, TORRE DELGADILLO, Vicente (2019): “Los plazos, la forma y la prueba del derecho de desistimiento en la contratación a distancia en el ordenamiento jurídico español”, *Ars Boni et Aequi*, Año 15, N° 1, pp. 75-96.

regulación que lo prevea en una Ley especial (o más allá de lo dispuesto por ésta) y se aplican subsidiariamente las disposiciones del TRLGDCU conforme a su artículo 79: “A falta de previsiones específicas en la oferta, promoción, publicidad o en el propio contrato del derecho de desistimiento reconocido contractualmente, éste se ajustará a lo previsto en este Título”.

Además, el desistimiento puede pactarse en cualquier tipo de contratos (incluidos los presenciales) a iniciativa del empresario, pasando a formar parte de éstos, e incluso en los casos en que esté legalmente previsto siempre que se mejoren las condiciones establecidas en la normativa que contempla el derecho de desistir. El legislador español en materia de derecho de desistimiento contractual prohíbe indemnizar al empresario por el desgaste o deterioro del bien y el pago de anticipos del consumidor al empresario (art. 79 TRLGDCU). CAVANILLAS MÚGICA refiriéndose al desistimiento no regulado por Ley aclara que si el empresario otorga al consumidor el derecho a desistir del contrato en condiciones menos favorables, como sería la reducción del plazo de 14 días naturales o exigir anticipos, durante el periodo de desistimiento no deben considerarse cláusulas abusivas en cuanto no afecten a las limitaciones mencionadas¹².

Visto el concepto y características del derecho de desistimiento es del caso ir a la forma y prueba del ejercicio del derecho de desistimiento.

II. INICIO Y CÓMPUTO DEL PLAZO EN CONTRATOS ELECTRÓNICOS DE BIENES

De acuerdo con el artículo 71.1 TRLGDCU, el cómputo del plazo en el caso de bienes comenzará a partir de la entrega de éstos al consumidor y la ley del lugar donde se haga la entrega del bien determina qué días son considerados hábiles, y siempre que se haya cumplido con las obligaciones de información previstas en el ordenamiento jurídico. Ahora, hasta antes de la entrada en vigor de la Ley de Consumidores del año 2014 nada se decía acerca del cómputo del plazo en que debía iniciar el desistimiento en caso de entrega de múltiples bienes encargados por el consumidor en el mismo pedido y recibidos por separado pero este vacío quedaba cubierto por la DDC (art. 9 b) I, II y III) que aclara que el plazo para desistir del contrato empieza el día que:

- “a) El consumidor o un tercero por él indicado, distinto del transportista, adquiera la posesión material del último de los bienes;*
- b) Si se tratara de un bien compuesto por múltiples componentes o piezas, el día que el consumidor o un tercero por él indicado, distinto del transportista, adquiera la posesión material del último componente o pieza.*
- c) Cosa distinta ocurre en el caso de contratos para la entrega periódica de bienes durante un plazo determinado, en donde el plazo comienza el día que el consumidor o un tercero por él indicado, distinto del transportista, adquiera la posesión material del primero de esos bienes”¹³.*

¹² CAVANILLAS MÚGICA (2008) p. 2156, también EVANGELIO LLORCA (2011) pp. 44-45.

¹³ En términos parecidos se pronuncia el CESL en su artículo 41, letras (a), (b), (c) y (d).

Las reglas mencionadas son novedosas porque en la legislación española no se preveían. La Ley de Consumidores de 2014 las dispuso en el artículo 104 del TRLGDCU, en lo que toca a los contratos a distancia (y, por lo tanto, también los electrónicos), siendo ya Derecho vigente en el ordenamiento¹⁴.

En la práctica las empresas que se dedican al comercio electrónico establecen distintos plazos en relación con el derecho de desistimiento –v.gr., el Corte Inglés en sus condiciones generales de contratación estipula lo siguiente: *El plazo de devolución es de 14 días naturales desde la fecha de recepción del envío*¹⁵–, incluso alguna lo amplía más de lo legalmente obligatorio –*ZARA ofrece la opción al consumidor de desistir del contrato en un mes desde la confirmación del envío del bien*¹⁶– bien como oferta contractual, ya de forma habitual dentro de sus condiciones generales o por remisión a códigos de conducta que recogen plazos mayores.

Y hay empresas que se encuentran adheridas a códigos de conducta que tienen por fin garantizar la protección del consumidor en distintos aspectos como la protección de datos personales, aumentar los derechos de los consumidores (v. gr., ampliar el plazo que la ley da al consumidor para desistir del contrato), así ocurre con Martina.com, dedicada a la venta de juguetes online, la cual se encuentra adherida al código de conducta “confianza online” que concede al consumidor la posibilidad de desistir del contrato en un año¹⁷.

Llegados a este punto, hay que preguntarse si puede el consumidor desistir del contrato *antes* de la recepción del bien. Para la doctrina mayoritaria ello es posible pues una de las características del derecho de desistimiento es su carácter *ad nutum*, es decir, no se necesita alegar causa alguna para ejercerlo, por lo que el consumidor puede manifestar su declaración de voluntad en el momento que lo desee siempre que respete los plazos previstos en la Ley¹⁸. Al consumidor corresponde la carga de la prueba de haber ejercido su derecho de desistimiento existiendo diversas maneras de hacerlo y el problema radica en dejar constancia de ello.

En este sentido, la DDC y el TRLGDCU tras sus cambios, al igual que la actual Directiva de tiempo compartido, introducen un formulario con el fin de facilitar al consumidor su derecho a desistir del contrato y tal previsión cobra importancia en materia de contratación electrónica pues el empresario que se dedique al comercio electrónico tiene la obligación de entregar al consumidor un documento aparte en donde conste el formulario de desistimiento para que aquél pueda emitir su declaración de voluntad de cancelar el contrato. Con este tipo de medidas el consumidor puede desistir del contrato incluso antes de que el empresario envíe el bien o ejecute el servicio reduciéndose los costes de transacción en el tráfico mercantil.

¹⁴ SOSA OLÁN (2015a) pp. 353-354.

¹⁵ <http://www.elcorteingles.es/informacion/servicios/devolucion.asp>, fecha de consulta: 22 de abril de 2018.

¹⁶ <http://www.zara.com/webapp/wcs/stores/servlet/TermsAndConditionsView?catalogId=24052&langId=-5&storeId=10701>, fecha de consulta: 22 de abril de 2018.

¹⁷ <http://www.demartina.com/condiciones-generales-venta-n-116.html>, fecha de consulta: 22 de abril de 2018.

¹⁸ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (1997) p.720.

SOSA OLÁN, Henry, TORRE DELGADILLO, Vicente (2019): “Los plazos, la forma y la prueba del derecho de desistimiento en la contratación a distancia en el ordenamiento jurídico español”, *Ars Boni et Aequi*, Año 15, N° 1, pp. 75-96.

1. Inicio y cómputo del plazo en contratos electrónicos de servicios

El *dies a quo* para desistir en este tipo de contratos comienza desde la celebración del contrato (art. 104.a TRLGDCU; art. 9.2 DDC). Esta regla se justifica en que los servicios no pueden restituirse “*in natura*” una vez prestados, a diferencia de los bienes. Otra de las novedades, no prevista en el TRLGDCU en lo que se refiere al cómputo de plazos en materia de servicios, es la establecida en el artículo 9.2-c) DDC pues dispone que el inicio del cómputo para desistir en los contratos para el suministro de agua, gas o electricidad – cuando no estén envasados para la venta en un volumen delimitado o en cantidades determinadas– o de calefacción mediante sistemas urbanos o de contenido digital que no se preste en un soporte material empieza el día en que se celebre el contrato.

A nivel comunitario, el CESL a diferencia de la actual DDC es más específica en lo que se refiere a los contratos mixtos en relación con los contenidos digitales ya que señala que el cómputo del plazo para este tipo de contratos será: “*el día de la entrega al consumidor del soporte material de conformidad con la letra a), en el caso de suministro de contenidos digitales se suministren en un soporte material*” (art. 42 (f)). Sin embargo, cuando los contenidos digitales no se suministren en un soporte material, el cómputo del plazo será el día de la celebración del contrato (art. 42 (g)).

La norma ha sido transpuesta por el artículo 104.c) TRLGDCU. Estamos de acuerdo con la regla comentada porque los servicios tienen efectos *ex nunc*, esto es, una vez prestado no pueden ser devueltos.

Por otro lado, debemos aclarar que cuando parte del servicio ha sido prestado con el consentimiento del consumidor éste tendrá la obligación de pagar la parte proporcional¹⁹. Pero, si el comerciante ejecuta el servicio sin su consentimiento, y sin informar sobre el derecho de desistimiento que asiste, el consumidor no tendrá obligación de pagar cantidad alguna y, es más, de haber abonado alguna cantidad al empresario éste debe devolverle el pago que recibió.

Queda por resolver cuándo comienza el plazo en los contratos mixtos, es decir, en los cuales aparecen tanto prestaciones de bienes como de servicios.

La DDC define al contrato de venta como “*todo contrato en virtud del cual el comerciante transfiera o se comprometa a transferir a un consumidor la propiedad de ciertos bienes y el consumidor pague o se comprometa a pagar su precio, con inclusión de cualquier contrato cuyo objeto incluya a la vez bienes y servicios*” (art. 2.5). El TRLGDCU, tras su reforma de 2014, se pronuncia en los mismos términos que la DDC al definir el contrato de venta en su artículo 59.bis.1 a).

Ahora bien, habrá que ver la naturaleza de la prestación ejecutada. Por ejemplo, si se trata de un curso de enseñanza, el *dies a quo* para desistir del contrato podría ser el de la entrega del material, debido a que sin material no podría seguir desarrollándose el curso²⁰.

¹⁹ Exposición de Motivos de la DDC punto 19.

²⁰ ARROYO APARICIO (2003) pp. 360-361.

De hecho, a la vista de las exclusiones al derecho de “desistimiento”, podría pensarse en una solución para el supuesto de prestaciones mixtas pero no tanto en función de cuál sea la prestación principal en sentido económico sino en razón de la naturaleza de la prestación ejecutada en primer lugar. En este contexto, parece razonable que, si se tratara de un curso de enseñanza, el *dies a quo* podría ser el de la recepción del material, que precederá normalmente a la prestación de servicios y que constituye una parte importante del contenido contractual (sin material imposible el curso), aunque por ser susceptible de reproducción el material cabría entender que el derecho sería ejercitable siempre que el mismo se devolviera “sin desprecintar”. Esta interpretación es la que prevalece en la actual DDC y en su consecuencia en la nueva redacción del TRLGDCU. Por lo tanto, las dudas interpretativas que en el pasado existieron en la legislación española quedan aclaradas.

2. Forma y prueba del ejercicio del derecho de desistimiento

Una de las características del desistimiento del consumidor es su libertad de forma para ejercitarlo, aunque una cosa es su admisión en cualquier forma para emitir la declaración de voluntad para desistir y otra probar que tal derecho se ejerció en tiempo y forma²¹. En este sentido, el artículo 106.2 TRLGDCU precisa:

*“El consumidor y usuario habrá ejercido su derecho de desistimiento dentro del plazo contemplado en el artículo 104 y en el artículo 105, cuando haya enviado la comunicación relativa al ejercicio del derecho de desistimiento antes de que finalice dicho plazo. Para determinar la observancia del plazo para desistir se tendrá en cuenta la fecha de expedición de la declaración de desistimiento”*²²

En relación con lo que se viene comentando, para facilitar el ejercicio del derecho de desistimiento el artículo 106.3 TRLGDCU señala:

“El empresario podrá ofrecer al consumidor y usuario, además de las posibilidades contempladas en el apartado 1, la opción de cumplimentar y enviar electrónicamente el modelo de formulario de desistimiento que figura en el anexo B, o cualquier otra declaración inequívoca a través del sitio web del empresario. En tales casos, el empresario comunicará sin demora al consumidor y usuario en un soporte duradero el acuse de recibo de dicho desistimiento”. De esta manera, se adopta la teoría de la expedición matizada por la teoría de la recepción, para el caso del ejercicio del derecho de desistimiento en materia de contratación electrónica, aumentándose la protección del consumidor.

Por otra parte, la forma como medio es una manera de proteger los intereses de los consumidores, la cual en los contratos de consumo desempeña las siguientes funciones: *informativa preventiva*, que es la que aparece en el documento contractual; *integradora*,

²¹ DOMÍNGUEZ LUELMO (2011) p. 633.

²² Conforme dispone el art. 106.4 TRLGDCU, la carga de la prueba del ejercicio del derecho de desistimiento recaerá en el consumidor y usuario.

SOSA OLÁN, Henry, TORRE DELGADILLO, Vicente (2019): “Los plazos, la forma y la prueba del derecho de desistimiento en la contratación a distancia en el ordenamiento jurídico español”, *Ars Boni et Aequi*, Año 15, N° 1, pp. 75-96.

que cuya finalidad es evitar que la información se comuniquen de una manera equívoca; *probatoria*, que –como su nombre indica– sirve a la justificación documental de la celebración del contrato en caso de acudir a la vía procesal por incumplimiento del empresario²³.

El origen normativo de la forma y prueba del ejercicio del derecho de desistimiento lo prescribe el artículo 70 TRLGDCU, el cual tiene como antecedentes el artículo 44.2 LOCM y el artículo 5 de la *Ley 26/1991, de 20 de noviembre de contratos celebrados fuera del establecimiento comercial*. Sin embargo, creemos que, aunque la libertad de forma impera en materia de derecho de desistimiento, es necesario dejar constancia del acto y de la fecha de su ejercicio. Por ejemplo, a través de un correo electrónico, o el acuse de recibo postal mediante el cual se devuelve los bienes²⁴.

La declaración de voluntad de desistir del contrato debe emitirse tempestivamente de acuerdo con las reglas establecidas por el ordenamiento jurídico. Como se vio líneas atrás, una de las características del derecho de desistimiento es su carácter recepticio, razón por la que el consumidor se lo debe hacer saber a la otra parte –el empresario– pues aquél debe probar el ejercicio del derecho de desistimiento (arts. 72 y 106.4 del TRLGDCU). De esta manera, se aconseja que la forma elegida para desistirse pueda ser probada por cualquiera de los medios admitidos en Derecho²⁵.

Hay que tener presente que los artículos 69.1 y 97.1.i TRLGDCU exigen al empresario otorgar al consumidor un documento de desistimiento en donde se 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 refiere²⁶. En esta línea, la jurisprudencia a nivel nacional no ha sido pacífica porque algunas sentencias han considerado que no basta con que se haga mención al desistimiento en el contrato sino que se debe entregar un documento aparte²⁷ y otras en cambio han estimado que basta con que en el contrato se especifique de manera clara la facultad de desistir del contrato²⁸.

De igual manera, el consumidor se puede desistir de forma expresa, esto es, enviando el documento de desistimiento al empresario, situación prevista por el artículo 70 inciso segundo TRLGDCU: “*en todo caso se considerará válidamente ejercitado mediante el envío del documento de desistimiento*”.

Los artículos 70 y 106.1 *in fine* TRLGDCU señalan que se puede desistir del contrato por declaración inequívoca o un acto concluyente como la devolución del producto. En

²³ MARTÍN BRICEÑO (2001) pp. 1975-1985.

²⁴ BERMÚDEZ BALLESTEROS (2014) pp. 104-117.

²⁵ DOMÍNGUEZ LUELMO (2011) p. 636.

²⁶ PASQUAU LIAÑO (2013) p. 575.

²⁷ Sentencia Audiencia Provincial (SAP) Barcelona 23 de junio de 1998 (AC1998/1334), SAP Madrid 3 de febrero de 1999 (AC1999/3488), SAP Barcelona 17 de abril de 2000 (JUR2000/209231).

²⁸ SAP Navarra 4 de febrero de 2003 (JUR 2003/76130), SAP Tarragona 24 de septiembre de 2003 (JUR2003/258202), SAP Zamora 21 de marzo de 2006 (JUR2006/126781).

realidad, tal devolución más que forma de ejercicio de un derecho es una consecuencia del desistimiento en sí pero en la Ley se equipara a una declaración de voluntad presunta²⁹.

El supuesto comentado sólo es aplicable a los contratos relativos a la entrega de cosas y por tanto se considera inapropiado para los contratos relativos a la prestación de servicios³⁰. El consumidor tiene la obligación de devolver la totalidad de los productos recibidos porque si todavía conserva algunos en su poder se entiende que no ha desistido del contrato³¹. Lo mismo ocurre cuando el consumidor se niega a recoger los bienes en la Oficina de Correos y no desiste por cualquier medio admitido en Derecho. Tampoco se considera acto concluyente la falta de pago deliberada de productos o servicios³². Se considera un verdadero desistimiento que el consumidor lo haga expresamente por cualquier medio y como consecuencia de ello se niegue a recoger los bienes³³.

En la práctica algunas empresas que se dedican al comercio electrónico admiten la devolución de los bienes como una forma de ejercitar el derecho de desistimiento –vr.gr El Corte Inglés y Zara– aplicando diferentes criterios en la recepción de aquéllos³⁴. No obstante, existen empresas las cuales imponen al consumidor una serie de requisitos si éste quiere devolver el producto, por ejemplo, la empresa BAROLI dedicada a la venta de relojes de pulsera aclara dentro de sus condiciones generales que “*Si no queda satisfecho con los productos adquiridos en BAROLI.ES, los podrá devolver en un plazo máximo de 30 días contados a partir del siguiente al que fue recibido. Las devoluciones deberá enviarlas a portes pagados, con la mercancía en perfecto estado, junto con el envase original y con toda la documentación que acompaña al reloj a la siguiente dirección: BAROLI, S.L. C/ Gabriel Lobo, nº 7, 28002 Madrid*”. “*De acuerdo con la ley del 15/1/96 número 7/1996 no se admitirán devoluciones que no vengan en su embalaje original y con el producto en perfecto estado*”³⁵.

Como puede observarse, la empresa impone al consumidor cargas que pueden limitar el ejercicio del derecho de desistimiento y por ende la cláusula comentada puede ser considerada abusiva aunque cabe aclarar también que depende de si el desistimiento es legal o contractual y en este último, más allá de lo previsto legalmente, el empresario puede exigirle al consumidor el motivo de la devolución, el embalaje del producto y los gastos de devolución y tales cláusulas no se considerarán abusivas (art. 79 TRLGDCU).

Dentro de la doctrina hay quienes equiparan como un acto concluyente en materia de derecho de desistimiento la petición de la anulación del cargo cuando el pago se realizó

²⁹ DOMÍNGUEZ LUELMO (2011) p. 636.

³⁰ MIRANDA SERRANO (2001) p. 611.

³¹ SAP Murcia 3 de noviembre de 2006 (JUR 2006/285041), SAP Ávila 10 de junio de 2003 (JUR2004/54994), SAP Tarragona 20 de octubre de 2000(AC 2000/2562), SAP Barcelona 22 de marzo de 2000 (JUR 2000/189197).

³² SAP Alicante 21 de marzo de 2006 (JUR2006/193679).

³³ SAP Huelva 1 de abril de 2004 (JUR 2004/200682).

³⁴ <http://www.elcorteingles.es/informacion/servicios/devolucion.asp>, fecha de consulta: 2 de abril de 2018. <https://www.zara.com/webapp/wcs/stores/servlet/ShopCartPage?calculationUsageId=1&updatePrices=1&catalogId=24052&orderId=.&langId=5&storeId=10701&URL=ShopCartPage>, fecha de consulta: 2 de abril de 2018.

³⁵ <http://www.baroli.es/ayuda/ayuda.php>, fecha de consulta: 3 de abril de 2018.

SOSA OLÁN, Henry, TORRE DELGADILLO, Vicente (2019): “Los plazos, la forma y la prueba del derecho de desistimiento en la contratación a distancia en el ordenamiento jurídico español”, *Ars Boni et Aequi*, Año 15, N° 1, pp. 75-96.

mediante tarjeta³⁶. Eso sí, no estamos de acuerdo con tal postura debido a que el consumidor sólo puede solicitar la anulación del cargo de la tarjeta como consecuencia del ejercicio del derecho de desistimiento³⁷, lo cual se deduce del segundo punto del artículo 112.2 TRLGDCU: “Sin embargo, si la compra hubiese sido efectivamente realizada por el consumidor y usuario titular de la tarjeta y la exigencia de devolución no fuera consecuencia de haberse ejercido el derecho de desistimiento o de resolución, aquél quedará obligado frente al empresario al resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados como consecuencia de dicha anulación”. Asimismo, la mayor parte de la doctrina concuerda en que la petición de la anulación del cargo de la tarjeta como consecuencia del ejercicio del derecho de desistimiento no es indebida³⁸.

Otra de las formas de ejercer el derecho de desistimiento en materia de contratación a distancia es comunicarlo a través de correo electrónico, práctica muy difundida entre las empresas que se dedican al comercio electrónico. También el consumidor puede desistir del contrato por medio de una llamada telefónica.

El consumidor debe seguir siendo libre de desistir del contrato empleando sus propios términos, siempre que su declaración de que quiere desistir del contrato se dirija al comerciante y sea inequívoca, por ejemplo, una carta, la devolución de los bienes acompañados de una declaración clara de desistimiento, o una llamada telefónica pero esta última forma presenta problemas de prueba a la hora de alegarse en un juicio y es necesario que el consumidor anexe un documento en donde conste el ejercicio del derecho de desistimiento.

Relacionado con lo anterior, el TJCE –asunto C-423/97, *TravelVac SL*, de 22 de abril de 1999 – ha declarado que el ejercicio del derecho de desistimiento puede ejercerse de manera libre, *pues no se encuentra sujeto a formalidad alguna*³⁹. Aunque habría que aclarar que tampoco se le puede exigir al consumidor una prueba que haga casi imposible su derecho de desistimiento pues como destaca la sentencia comentada en su punto 48:

“La Comisión señala que la Directiva 85/577 no prescribe la forma o modalidades en las que debe formularse la notificación prevista en el apartado 1 del artículo 5 de dicha Directiva. Habida cuenta de su carácter protector, la Comisión estima que esta disposición es merecedora de una interpretación amplia que no constriña al consumidor al empleo de una forma concreta o determinada, siempre que quede demostrada su voluntad de resolver el contrato y se comunique al comerciante dentro del plazo y de forma manifiesta”.

Incluso más adelante en la misma sentencia en el punto número 50 se aclara lo siguiente:

³⁶ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (1997) p. 720.

³⁷ DOMÍNGUEZ LUELMO (2011) p. 637.

³⁸ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (1997) p.730, también PANIZA FULLANA (2003) p. 319.

³⁹ Para un análisis completo de la sentencia, se puede consultar la página web: <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61997J0423:ES:HTM>, fecha de consulta: 15 de diciembre de 2017. También sobre este tema véase ARROYO APARICIO (2003) pp. 323-325 y MARIMÓN DURÁ (2008) pp. 568-569.

“La Directiva 85/577 no se opone a que un Estado miembro adopte una normativa por la que la notificación de la resolución ni está sujeta a ningún requisito de forma, permitiendo, de este modo, que la notificación consista, en particular, en actos inequívocos. En efecto, habida cuenta del objetivo de esta Directiva de proteger al consumidor, un Estado miembro puede adoptar precisamente tales disposiciones para facilitar al consumidor el ejercicio de su derecho de renuncia”.

Las diferentes formas en que se ejerce el derecho de desistimiento hacen que probar éste sea difícil para el consumidor y a fin de combatir ello el legislador europeo a través de la DDC contempla un *formulario de desistimiento* el cual recoge a nivel nacional el artículo 106.1 TRLGDCU:

“Antes de que venza el plazo de desistimiento, el consumidor y usuario comunicará al empresario su decisión de desistir del contrato. A tal efecto, el consumidor y usuario podrá utilizar el modelo de formulario de desistimiento que figura en el anexo B de esta ley; o bien realizar otro tipo de declaración inequívoca en la que señale su decisión de desistir del contrato”.

Por lo anterior, *el empresario comunicará sin demora al consumidor y usuario en un soporte duradero el acuse de recibo de dicho desistimiento*” (art. 106.3 TRLGDCU). En esta línea MARTÍN BRICEÑO sostiene que el documento de desistimiento cumple, entre otras funciones, la de facilitar su ejercicio⁴⁰.

Esta previsión tendrá una repercusión de gran calado a nivel comunitario debido a que en la práctica algunas empresas que ofrecen sus productos a través del comercio electrónico no implementan un formulario de desistimiento en sus páginas *webs* o lo hacen de manera incompleta. Además, cual aclara la Exposición de Motivos de la DDC en su punto 45:

“Como la experiencia muestra que numerosos consumidores y comerciantes prefieren comunicarse a través del sitio web del comerciante, este último debe tener la posibilidad de ofrecer al consumidor la opción de cumplimentar un formulario de desistimiento en línea. En este caso, el comerciante debe proporcionar un acuse de recibo, por ejemplo, por correo electrónico sin demora”.

En la Propuesta de Directiva de los Derechos de los Consumidores del año 2008 en su Exposición de Motivos (punto 28) aclaraba lo siguiente:

“Las diferentes modalidades de ejercicio del derecho de desistimiento existentes en los Estados miembros han ocasionado costes a las empresas que realizan ventas transfronterizas. La introducción de un modelo de formulario de desistimiento armonizado para el consumidor debe simplificar el proceso de desistimiento y aportar seguridad jurídica. Por estas razones, los Estados miembros deben abstenerse de añadir requisitos de presentación del

⁴⁰ MARTÍN BRICEÑO (2001) p.1982.

SOSA OLÁN, Henry, TORRE DELGADILLO, Vicente (2019): “Los plazos, la forma y la prueba del derecho de desistimiento en la contratación a distancia en el ordenamiento jurídico español”, *Ars Boni et Aequi*, Año 15, N° 1, pp. 75-96.

formulario normalizado en la Unión, por ejemplo, en cuanto al tamaño de letra. Al utilizar el modelo de instrucciones sobre el ejercicio del derecho de desistimiento reproducido en el anexo I, letra A, la empresa cumplirá asimismo los requisitos de información para los contratos a distancia o celebrados fuera del establecimiento”.

En términos parecidos se expresa el punto 44 de la Exposición de Motivos de la actual DDC.

El formulario prevé una serie de cláusulas y que mayoritariamente se regulan expresamente en el articulado de la DDC y el TRLGDCU. En la primera parte del formulario se establecen los cómputos de los plazos y éstos varían dependiendo de si el contrato es de bienes, servicios o mixtos. Asimismo, se especifican las obligaciones de las partes para el caso de que el consumidor decida ejercer el derecho de desistimiento. Otra de las novedades que ofrece este documento es que se puede rellenar electrónicamente y enviar la comunicación de desistimiento a través de la página *web* del comerciante quien tiene la obligación de avisar al consumidor sin demora indebida a través de un correo electrónico que recibió su desistimiento (véase art. 106.3 TRLGDCU).

Para el caso de devolver bienes que se contraten a distancia y que por su naturaleza no puedan enviarse normalmente por correo el consumidor debe asumir el coste directo de la devolución (esta previsión se encontraba ya en la *Directiva 97/7/CE*, art. 6). Y en un contrato celebrado fuera del establecimiento mercantil respecto de bienes que por su naturaleza no pueden remitirse normalmente por correo y se entregaron en el domicilio del consumidor al tiempo de celebrar el contrato quien asume el costo de devolución es el empresario.

Sin embargo, para la prestación de servicios o para el suministro de aguas, gas o electricidad –cuando no estén envasados para la venta en un volumen delimitado o en cantidades determinadas– o calefacción mediante sistemas urbanos, prevé el formulario que “*Si usted ha solicitado que la prestación de servicios o el suministro de agua/gas/electricidad/calefacción mediante sistemas urbanos [suprímase lo que no proceda] dé comienzo durante el periodo de desistimiento, nos abonará un importe proporcional a la parte ya prestada del servicio en el momento en que nos haya comunicado su desistimiento, en relación con el objeto del contrato*”. Esta cláusula implicó una novedad en el ordenamiento jurídico español, debido a que no existía una previsión similar en el TRLGDCU (arts. 68-79), hasta antes de entrar en vigor de la Ley de Consumidores de 2014 (art. 106.6 TRLGDCU).

Estamos de acuerdo con el formulario de desistimiento pero el mismo se encuentra incompleto pues no aclara qué sucede con contratos complementarios en caso de desistimiento y hubiera sido recomendable dejar a los Estados miembros adaptar requisitos no previstos y las consecuencias del desistimiento en los contratos vinculados, requisitos eso sí que legalmente con el principio de armonización plena⁴¹ está impedido añadirlos.

⁴¹ EBERS (2010) pp. 10-13.

Por lo que concierne a la entrega del formulario de desistimiento no es obligatorio que el empresario utilice el establecido en el Anexo B del TRLGDCU, como se deduce de la lectura del artículo 97.4 TRLGDCU, y por ello las empresas pueden añadir requisitos al documento siempre que no afecten los derechos legales del consumidor.

En nuestra opinión, una solución sería que las empresas que no otorgan un formulario de desistimiento anexaran un PDF a sus condiciones generales conteniendo de manera detallada la información relativa al ejercicio del derecho de desistimiento (art. 97.1 i TRLGDCU) y las que lo prevén de manera incompleta agreguen cláusulas que cumplan con la normativa. En este sentido, es necesario aclarar que algunas empresas como Amazon o Zara distinguen entre el derecho legal y el derecho contractual de desistimiento dentro de sus condiciones generales pero no ocurre lo mismo en cuanto al documento de desistimiento por lo cual deberían hacerlo al momento de entregárselo al consumidor a objeto que pueda distinguir claramente entre los derechos que la normativa le otorga y los derechos contractuales los que muchas veces –como hemos señalado– mejoran la protección de aquél (p. ej., el plazo de 14 días legales, en algunas de las empresas mencionadas se amplía hasta 30 días).

En relación con lo dicho, hay que aclarar que ni la DDC ni el TRLGDCU se pronuncian sobre el supuesto de no ser entregado el formulario junto con las condiciones generales o de entregarse de manera incompleta o sin reunir los requisitos esenciales que la Ley exige (p. ej., no se prevea el plazo legal o contractual, se omite la dirección a quien deba dirigirse para que surta efecto). En el primer caso el consumidor puede pedir la anulabilidad del contrato (art. 100.1 TRLGDCU) o desistirse durante el plazo de un año (art. 105.1 TRLGDCU) y si el empresario no entrega el formulario o lo hace defectuosamente, es decir, de manera incompleta imposibilitando desistirse, solo podría ejercer su derecho de desistimiento en el plazo de doce meses a partir de la entrega del bien o desde la celebración del contrato en caso de servicios (art. 105 TRLGDCU). No obstante, si se entrega la información relativa al derecho de desistimiento durante el periodo de los doce meses, el plazo de desistimiento expira a los 14 días naturales de la fecha en que el consumidor y usuario reciba la información (art. 105.2 TRLGDCU).

Además de la sanción civil prevista en el artículo 105 TRLGDCU, el empresario se haría acreedor a infracciones administrativas, las cuales podrían ser leves, graves o muy graves, dependiendo del tipo de información omitida. Por ejemplo, si el empresario añade una cláusula al formulario en donde se especifica que el consumidor tiene la obligación de justificar su derecho de desistimiento, tal cláusula sería nula (art. 86 TRLGDCU), y por consiguiente se haría acreedor a una multa, la cual sería considerada como grave que oscilaría entre 30.001 y 150.000 euros (art. 39.1 b) Ley de Servicios de la Sociedad de la Información, en adelante LSSI). Por el contrario, si el empresario omite entregar el formulario de desistimiento, tal falta se consideraría como muy grave, para la cual se prevé una multa entre los 150.001 y 600.000 euros (art. 39.1 LSSI).

En particular, podrán acordarse las siguientes: a) Suspensión temporal de la actividad del prestador de servicios y, en su caso, cierre provisional de sus establecimientos. b) Precinto, depósito o incautación de registros, soportes y archivos informáticos y de documentos en general, así como de aparatos y equipos informáticos de todo tipo. c) Advertir al público de

SOSA OLÁN, Henry, TORRE DELGADILLO, Vicente (2019): “Los plazos, la forma y la prueba del derecho de desistimiento en la contratación a distancia en el ordenamiento jurídico español”, *Ars Boni et Aequi*, Año 15, N° 1, pp. 75-96.

la existencia de posibles conductas infractoras y de la incoación del expediente sancionador de que se trate, así como de las medidas adoptadas para el cese de dichas conductas (art. 41 LSSI).

En la práctica, algunas de las empresas que se dedican al comercio electrónico no entregan un formulario de desistimiento como documento aparte, tal es el caso de la empresa El Corte Inglés⁴² o la empresa DEMARTINA⁴³. En cambio otras, si que le otorgan el documento mencionado⁴⁴, pero no cumplen con los requisitos que exige la actual DDC y el TRLGDCU en su anexo B) tal es el caso de la Empresa Baroli.

CONCLUSIONES

Existen diferentes formas para *ejercer* el derecho de desistimiento en materia de contratación a distancia, aunque algunas pueden ocasionar problemas de prueba a la hora de admitirlas en un juicio. La DDC regula un *formulario de desistimiento*, con el objetivo de facilitar su ejercicio al consumidor y evitar problemas de prueba. Aplaudimos tal novedad, la cual se encuentra recogida en el Anexo B del TRLGDCU. No obstante, ni la DDC ni el TRLGDCU aclaran qué ocurre en caso de que el formulario se entregue al consumidor, pero se le entregue incompleto, es decir, no contenga algunas de las cláusulas. Si se diera el caso, en nuestra opinión el plazo para desistir del contrato se ampliaría a un año, con independencia de las infracciones administrativas.

La implementación del formulario es una medida de gran calado a nivel comunitario, pues en la práctica ninguna de las empresas que se tomaron como referencia en el presente trabajo cumple con los requisitos previstos en el mencionado documento, incluso algunas ni lo otorgan, razón por la cual, se harían acreedoras a sanciones civiles y administrativas.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

ARNAU RAVENTÓS, Liliana (2011) “El plazo para desistir en los contratos con consumidores”, *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 64, N°1, pp. 157-196.

ARROYO APARICIO, Alicia (2003): *Los Contratos a distancia en la Ley de ordenación del comercio minorista* (Navarra, Thomson Aranzadi).

BELUCHE RINCÓN, Iris (2009): “Algunas notas sobre el derecho del consumidor a desistir del contrato”, *Diario la Ley*, núm. 7182, Sección Tribuna, 26 de mayo de 2009, La Ley 11783/2009.

⁴² Condiciones generales del Corte Inglés en relación al derecho de desistimiento: <http://www.elcorteingles.es/informacion/servicios/devolucion.asp>, fecha de consulta: 30 de diciembre de 2017.

⁴³ Condiciones generales Demartina: <http://www.demartina.com/ayuda/condiciones-generales-venta-n-116.html>, fecha de consulta: 26 de diciembre de 2017.

⁴⁴ Condiciones generales Baroli: http://www.baroli.es/ayuda/formulario_de_devolucion_relojes_baroli.pdf, fecha de consulta: 26 de diciembre de 2017.

- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, RODRIGO (1997) “Comentario a los artículos 38 a 48 de la LOCM”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo y LEGUINA VILLA, Jesús (Coords.), *Comentarios a las leyes de ordenación del comercio minorista* (Madrid, Tecnos), pp. 663-736.
- BERMÚDEZ BALLESTEROS, María del Sagrario (2014): “La nueva regulación del derecho de desistimiento a la luz de la Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el TRLGDCU”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, N° 9, pp. 104-117. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4666466>, fecha de consulta: 5 de marzo de 2018.
- CAÑIZARES LASO, Ana (2001): *La caducidad de los derechos y acciones* (Madrid, Civitas).
- CAVANILLAS MÚGICA, Santiago (2008) “El Real Decreto Legislativo 1/2007, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y usuarios y otras leyes complementarias”, *Aranzadi Civil*, N° 1, pp. 2133-2166.
- DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés (2011) “Comentarios a los artículos 68-79 TRLGDCU”, en CÁMARA LAPUENTE, S, (Dir.): *Comentarios a las normas de protección de los consumidores: Texto Refundido (RDL 1/2007) y otras leyes y reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea*, Madrid, España, Colex, pp. 475-695.
- EBERS, Martin (2010) “De la armonización mínima a la armonización plena”, *InDret*, núm. 2, pp. 1-47. Disponible en: http://www.indret.com/pdf/732_es.pdf, fecha de consulta 3 agosto 2017.
- EVANGELIO LLORCA, Raquel (2011) “¿Es abusiva la entrega de vales en la compraventa de productos de consumo? (Reflexiones en relación con el desistimiento unilateral del consumidor y la resolución del contrato)”, *Revista de Derecho Privado*, núm. 95, pp. 3-51.
- MARIMÓN DURÁ, Rafael (2008) “La banca electrónica en el marco de la regulación de la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a consumidores”, en COTINO HUESO, Lorenzo (Coord.), *Consumidores y usuarios ante las nuevas tecnologías* (Valencia, Tirant lo Blanch), pp. 547-574.
- MARTÍN BRICEÑO, María del Rosario (2001) “La protección de los intereses del consumidor a través de la forma del contrato”, *Actualidad Civil*, N° 1, pp. 1971-1996.
- MIRANDA SERRANO, Luis María (2001) “Derecho de desistimiento del consumidor en la contratación electrónica”, en Botana García, Gema Alejandra (Coord.): *Comercio electrónico y protección de los consumidores* (Madrid, La Ley), pp. 575-636.
- _____, (2011): “Contratos celebrados a distancia”, en REBOLLO PUIG, Manuel e IZQUIERDO CARRASCO, Manuel (Dirs.), *La defensa de los consumidores y usuarios (comentario sistemático del Texto Refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007)*:

SOSA OLÁN, Henry, TORRE DELGADILLO, Vicente (2019): “Los plazos, la forma y la prueba del derecho de desistimiento en la contratación a distancia en el ordenamiento jurídico español”, *Ars Boni et Aequi*, Año 15, N° 1, pp. 75-96.

adaptado a las reformas introducidas por las Leyes 25/2009 y 29/2009 (Madrid, Iustel), pp.1443-1562.

PANIZA FULLANA, Antonia (2003): *Contratación a distancia y defensa de los consumidores. Su regulación tras la reforma de la Ley de Ordenación de Comercio Minorista y la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico* (Granada, Comares).

PASQUAU LIAÑO, Miguel (2013): “El deber de información sobre el derecho de desistimiento”, en CARRASCO PERERA, Ángel (Dir.), *Tratado de la Compraventa. Tomo I. Homenaje al Profesor Rodrigo Bercovitz* (Navarra, Aranzadi), pp. 573-582.

SOSA OLÁN, Henry (2015): *El derecho de desistimiento como mecanismo protector del consumidor en la contratación electrónica* (Salamanca, Ediciones Universidad de Salamanca).

NORMAS CITADAS

Directiva 1993/13/CEE, *sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores*, de 5 de abril de 1993.

Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, *sobre comercio electrónico en el mercado interior*, de 8 de junio de 2000

Directiva 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, *relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores*, de 23 de septiembre de 2002.

Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, *relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores*, de 11 de mayo de 2005.

Directiva 2008/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, *relativa a los contratos de crédito al consumo*, de 23 de abril de 2008.

Directiva 2008/122/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, *de contratos de tiempo compartido*, de 14 de enero de 2009.

Real Decreto-ley 8/2012, *de contratos de aprovechamientos por turno*, de 16 de marzo 2012.

Ley 22/2007, *sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores*, de 11 de julio de 2007.

Ley 16/2011, *de crédito al consumo*, de 24 de junio de 2011.

JURISPRUDENCIA CITADA

Supremo Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, *TravelVac contra Manuel José Antelm Sanchis* (1999): 22 de abril de 1999, asunto C-423/97.

Supremo Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, *Shearson Lehman Hutton Inc. contra TVB Treuhandgesellschaft für Vermögensverwaltung und Beteiligungen mbH* (1993): 19 de enero de 1993, asunto C-89/91.

Supremo Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, *Benincasa contra Dentalkit Srl* (1997): 3 de julio de 1997, asunto C-269/95.

Supremo Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, *Johann Gruber c. Bay W.* (2005): 20 de enero de 2005, asunto C-464/01.

Supremo Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, *Petra Engler contra Janus Versand GmbH* (2005): 20 de enero de 2005, asunto C-27/02.

Audiencia Provincial Barcelona (1998): 23 de junio de 1998, AC1998/1334.

Audiencia Provincial Madrid (1999): 3 de febrero de 1999, AC1999/3488.

Audiencia Provincial Barcelona (2000): 22 de marzo de 2000, JUR 2000/189197.

Audiencia Provincial Barcelona (2000): 17 de abril de 2000, JUR2000/209231.

Audiencia Provincial Tarragona (2000): 20 de octubre de 2000, AC 2000/2562.

Audiencia Provincial Navarra (2003): 4 de febrero de 2003, JUR 2003/76130.

Audiencia Provincial Ávila (2003): 10 de junio de 2003, JUR2004/54994.

Audiencia Provincial Tarragona (2003): 24 de septiembre de 2003, JUR2003/258202.

Audiencia Provincial Huelva (2004): 1 de abril de 2004, JUR 2004/200682.

Audiencia Provincial Alicante (2006): 21 de marzo de 2006, JUR2006/193679.

Audiencia Provincial Zamora (2006): 21 de marzo de 2006, JUR2006/126781.

Audiencia Provincial Murcia (2006): 3 de noviembre de 2006, JUR 2006/285041.