

NÚMERO 43

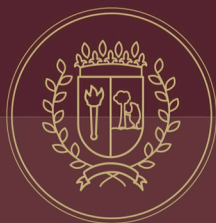
2021

ISSN: 1575-720-X

RJUAM

REVISTA JURÍDICA

UNIVERSIDAD
AUTÓNOMA
DE MADRID



FACULTAD DE DERECHO



Revista Jurídica

Universidad Autónoma de Madrid

N.º 43

2021-I

Director: D. Antonio Manuel Luque Reina (Historia del Derecho - UAM)

Subdirectora: Ángela Pilar Fernández Rodríguez (Derecho procesal - UAM).

Secretaria académica: Dña. Rut Lopera Viñé (Derecho penal - UAM)

Secretaria económica: D. Fernando De los Santos Menéndez (Filosofía del Derecho - UAM)

Responsables de difusión y medios digitales: Dña. Vanessa Menéndez Montero (Derecho internacional público - UAM) y D. Ignacio Perotti (Derecho internacional público - UAM)

Consejo de redacción:

- D. Javier Antón Merino (Ciencia política - Universidad de Burgos)
- Dña. Mar Antonino de la Cámara (Derecho constitucional - UAM)
- Dña. Isué Bargas (Derecho civil - Universidad Sergio Arboleda)
- D. Gonzalo Javier Basso (Derecho penal - UAM)
- D. Carlos Cabrera (Derecho financiero y tributario - UAM)
- D. Jorge Castillo Abella (Derecho administrativo - UAM)
- Dña. María Camila Correa Flórez (Derecho penal - Universidad del Rosario).
- D. Fernando De los Santos Menéndez (Filosofía del Derecho - UAM)
- D. Diego Diez Palacios (Derecho romano - UAM).
- Dña. Ester Farnós Amorós (Derecho civil - Universitat Pompeu Fabra)
- Dña. Ángela Pilar Fernández Rodríguez (Derecho procesal - UAM)
- D. David Gallego Arribas (Derecho penal - UAM)
- Dña. María García Casas (Derecho internacional público - UAM)
- D. José Antonio García Sáez (Filosofía del Derecho - Universitat de València)
- Dña. Rut Lopera Viñé (Derecho penal - UAM)
- D. Pedro Luis López Herraiz (Universidad de Salamanca)
- D. Antonio Manuel Luque Reina (Historia del Derecho - UAM)
- Dña. Mariona Llobet Anglí (Derecho penal - Universitat Pompeu Fabra)
- D. Jose María Martín Faba (Derecho civil - UAM)
- Dña. Vanessa Menéndez Montero (Derecho internacional público - UAM).
- D. Aitor Navarro Ibarrola (Derecho financiero y tributario - Universidad Carlos III de Madrid)
- Dña. Marta Pantaleón Prieto (Derecho penal - UAM)
- Dña. Alexia Pato (Derecho internacional privado - Universitat Bonn)
- D. Daniel Pérez Fernández (Ciencia política - UAM)
- D. Ignacio Perotti (Derecho internacional público - UAM)
- D. Leopoldo Puente Rodríguez (Derecho penal - UAM)
- D. Antonio Ismael Ruiz Arranz (Derecho civil - UAM)
- D. Salvador Ruiz Pino (Derecho romano - Universidad Pontificia de Comillas)
- Dña. Laura Sanjurjo (Derecho procesal - UAM)

Consejo asesor:

- D. Juan Damián Moreno (Decano de la Facultad de Derecho - UAM)
- Dña. Sussane Gratius (Directora del Departamento de Ciencia Política y Relaciones Internacionales - UAM)
- Dña. Pilar Pérez Álvarez (Directora del Departamento de Derecho Privado, Social y Económico - UAM)
- Dña. Mercedes Pérez Manzano (Directora del Departamento de Derecho Público y Filosofía Jurídica - UAM)
- D. Carlos Espósito Massici (Catedrático de Derecho Internacional Público - UAM)
- D. Antonio Fernández de Buján (Catedrático de Derecho Romano - UAM)
- D. José Luis Guerrero Becar (Profesor de la Escuela de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso y Presidente de la Asociación Iberoamericana de Facultades y Escuelas de Derecho Sui Iuris)

Dykinson

ISSN: 1575-720-X

La Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid fue creada en 1999 con el fin de fomentar la discusión científica en la comunidad académica de los ámbitos del Derecho y la Ciencia Política y de la Administración. En ella se publican, con una periodicidad semestral, artículos, comentarios de jurisprudencia y reseñas relativos a estas áreas de investigación. La Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid se encuentra indexada en las bases de datos científicas más relevantes. Actualmente, es una de las publicaciones jurídicas y politológicas con vocación generalista de mayor impacto en España.

Asimismo, entre las diversas actividades que lleva a cabo para la difusión y promoción de la investigación, la Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid organiza anualmente unas Jornadas sobre temas de actualidad, así como un Premio para Jóvenes Investigadores, con el fin de fomentar el acercamiento de los estudiantes a la investigación científica y a la presentación de ponencias en congresos científicos.

Con el fin de ayudar a un mayor intercambio global de conocimiento, la RJUAM ofrece un acceso libre y abierto a su contenido transcurrido un año a partir de la publicación del número en formato impreso. Puede encontrarse más información sobre la RJUAM en el Portal de Revistas Electrónicas de la Universidad Autónoma de Madrid (www.revistas.uam.es).

Colaboran:



Fundación General
de la Universidad
Autónoma de Madrid

The logo for Dykinson, S. L. consists of the company name in a cursive, handwritten-style font.

Portada: Marta Conde Diéguez
Logotipo: Marta Conde Diéguez

© RJUAM, Madrid

Facultad de Derecho. Ciudad Universitaria de Cantoblanco. 28049 Madrid.

e-mail: revista.juridica@uam.es

<http://www.uam.es/rjuam>

Editorial DYKINSON, S.L. Meléndez Valdés, 61 – 28015 Madrid.

Teléfono (+34) 91 544 28 46 – (+34) 91 544 28 69

e-mail: info@dykinson.com

<http://www.dykinson.es> <http://www.dykinson.com>

ISSN: 1575-720-X

Depósito Legal: M-39772-1999

Maquetación: german.balaguer@gmail.com

La *RJUAM* no se hace responsable de las opiniones vertidas por los autores de los trabajos publicados.

Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid

Índice n.º 43 (2021-I)

<https://doi.org/10.15366/rjuam2021.43>.

ARTÍCULOS

- Ariana GUEVARA GÓMEZ «Diferencias de género en la tolerancia al pago de sobornos: un análisis de mecanismos causales»9
- Carlos CASTELLS SOMOZA «El alto precio de no advertir al consumidor de las excepciones al derecho de desistimiento»41
- Irene TAPIA HERRERO «Una mirada crítica hacia el derecho de desistimiento en los contratos de consumo y perspectivas de futuro»59
- Dolores MORENO ROBLES «Maternidad subrogada en España: un análisis a partir de la práctica registral y jurisprudencial» 79
- Felipe OYARZÚN VARGAS «Aproximaciones doctrinales a la teoría de la pérdida de oportunidad. Análisis y reflexiones del caso español»..... 119
- Joaquín N. CAPRARULO «Federalismo multiétnico en Etiopía y su mecanismo constitucional de secesión: ¿un modelo para España y el caso de Cataluña?»..... 149
- Gemma LLIGADAS GONZÁLEZ «La fragmentación legal internacional como desafío al Estado de Derecho y la coordinación inter-judicial como salvaguarda jurídica»..... 169
- Raquel BORGES BLÁZQUEZ «La construcción de una Europa más igualitaria desde la protección de las víctimas de violencia de género»..... 189

RECENSIONES

- Jesús MARTÍN MUÑOZ: Recensión de la obra de GARCÍA SEDANO, T. «La detección, identificación y protección de las víctimas de trata de seres humanos», Madrid (BdeF), 2020, 155 pp.219
- Gabriel A. GARCÍA BENITO: Recensión de la obra de MARTÍNEZ PÉREZ, F. «Posesión, dominio y registro constitución de la propiedad contemporánea en España (1861-1944)», Madrid (Dykinson), 2020, 286 pp.....223
- Carlos FERNÁNDEZ-ESPINAR MUÑOZ: Recensión de la obra de VELASCO CABALLERO, F., «Administraciones públicas y derechos administrativos», Madrid (Marcial Pons), 2020, 212 pp.....229

NORMAS DE PRESENTACIÓN DE ORIGINALES.....234

UNA MIRADA CRÍTICA HACIA EL DERECHO DE DESISTIMIENTO EN LOS CONTRATOS DE CONSUMO Y PERSPECTIVAS DE FUTURO*

A CRITICAL LOOK TOWARDS THE RIGHT OF WITHDRAWAL IN CONSUMER CONTRACTS AND FUTURE PERSPECTIVES

IRENE TAPIA HERRERO**

Resumen: El presente trabajo tiene por objeto analizar si la protección que se confiere al consumidor con el otorgamiento del derecho de desistimiento en los contratos de consumo, resulta efectiva; esto es, si este encuentra una verdadera oportunidad de ejercerlo sin verse disuadido por factores externos. Tendrán, para ello, especial acomodo aquellas soluciones que impliquen un equilibrio entre los agentes económicos intervinientes: consumidor y empresario, siendo conscientes de la necesidad de que el primero merezca una protección reforzada, especialmente, con la nueva realidad a la que nos enfrentamos con el COVID-19, que requerirá de soluciones que, partiendo de la jurisprudencia europea, implican cierta reformulación del derecho de desistimiento. Se examinará, así, la regulación actual de esta figura en el 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 (TRLGDCU), en relación con algunos problemas de índole práctica como la distinción del desistimiento respecto del derecho a poner fin al contrato, y su coexistencia con las cláusulas de permanencia.

Palabras clave: Derecho de consumo, desistimiento, cláusulas de permanencia, COVID-19.

Abstract: The purpose of this article is to analyse whether the right of withdrawal provides consumers a real and effective protection, that is, if it finds a real opportunity to exercise it without being deterred by external factors. For this purpose and, in particular, if we think in new reality we face with after COVID-19 pandemic, this paper provides solutions that involve a balance between the economic operators involved –consumers and entrepreneur–, thus being aware that the first one needs enhanced protection. These solutions are based on European caselaw and imply a reformulation of the right of withdrawal. Also, the author studies the current regulation of this figure in Spanish Consumer Act in relation to some practical problems such as its distinction from the right to end the contract and its coexistence with the term clauses.

Keywords: Consumer law, right of withdrawal, term clauses, COVID-19.

* <https://doi.org/10.15366/rjuam2021.43.003>

Fecha de recepción: 18 de enero de 2021.

Fecha de aceptación 23 de febrero de 2021.

** Finalista en la modalidad de Derecho Privado, Social y Económico de la X edición del Premio Jóvenes Investigadores de la RJUAM. Graduada en Derecho por la Universidad Carlos III de Madrid. Actualmente, estudiante del Máster de Acceso a la Profesión de Abogado en la Universidad Autónoma de Madrid. Correo de contacto: irene.tapiaherrero@gmail.com.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN; II. ALGUNAS CUESTIONES PROBLEMÁTICAS DEL DERECHO DE DESISTIMIENTO; 1. Cláusulas penales por infracción de la permanencia: la espada de Damocles del desistimiento; III. HACIA UN NUEVO DERECHO DE DESISTIMIENTO; 1. La STJUE de 27 de marzo de 2019 y el desistimiento en tiempos del COVID-19: un nuevo reto para el mercado; IV. CONCLUSIONES; V. BIBLIOGRAFÍA; VI. JURISPRUDENCIA; 1. Unión Europea; 2. España.

I. INTRODUCCIÓN

La regulación del derecho de desistimiento, entendido este como «la facultad del consumidor de dejar sin efecto el contrato celebrado, [...] sin necesidad de justificar su decisión y sin penalización de ninguna clase» (art. 68 TRLGDCU¹), se ha visto influida por la protección tardía de que han gozado los consumidores tanto en Europa, como en España². Ello ha dado lugar a un régimen jurídico que, advirtiéndose algo insuficiente y, en algunos aspectos, errado, sirve en poco, como se podrá comprobar en las páginas que siguen, al principal fundamento que ha inspirado esta excepción al principio *pacta sunt servanda*: la especial protección de la «parte débil» [el consumidor], en razón de su escaso poder de negociación y la falta de información respecto del otro agente interviniente; el empresario³. Téngase en cuenta que, con el otorgamiento de este derecho de desistimiento,

¹ 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. BOE n.º 287, de 30 de noviembre de 2007. [Referencia: BOE-A-2007-20555]. Repárese en que, como ha señalado BELUCHE RINCÓN, I., *El derecho de desistimiento del consumidor*, Valencia (Tirant Lo Blanch), 2009, pp. 39-40, el derecho de desistimiento no se reconoce por el hecho de tener su beneficiario la condición de consumidor –conclusión a la que, erradamente, se llegaría si se piensa en que el TRLGDCU impone un régimen común a todos los consumidores–, sino que solo cabe, como señala el precitado art. 68 TRLGDCU, en dos supuestos: los casos en que se impone el deber legal o reglamentario de reconocerlo, o aquellos supuestos distintos de los primeros en que el empresario ha decidido, de manera voluntaria, en el contrato celebrado, otorgarlo aun no estando obligado a ello.

² En España, la meritada protección no se positivizó hasta los años 60 del siglo XX, de la mano de las legislaciones *antitrust*, de represión de prácticas restrictivas de la competencia y publicidad. En Europa, sin embargo, no se consolidó hasta el año 1985, con la aprobación de la Directiva del Consejo 85/577/CEE, de 20 de diciembre de 1985 –donde se encuentra una primera definición de consumidor a nivel europeo–, a pesar de haberse elaborado la Carta del Consumidor de 17 de mayo de 1973 por la Asamblea Consultiva del Consejo de Europa, y la implantación, dos años más tarde, de un Programa Preliminar de las Comunidades Europeas para una Política de Protección y de Información de los Consumidores. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., «Marco histórico de la protección al consumidor: De los orígenes al siglo XXI», *Estudios sobre consumo*, Madrid (Ministerio de Sanidad y Consumo: Instituto Nacional de Consumo), núm. 65, 2003, pp. 112-125. Disponible en <<https://2019.vlex.com/#WW/vid/50075698>>. [Consultado: 1/1/2021]. También se puede apreciar la evolución en LARROSA AMANTE, M.A., *El derecho de desistimiento en la contratación de consumo* (Tesis Doctoral). Universidad de Murcia, 2015, pp. 40-72. Disponible en <<https://digitum.um.es/digitum/bitstream/10201/47941/1/Miguel%20%20c3%8Ingel%20Larrosa%20Amante%20Tesis%20Doctoral.pdf>>. [Consultado: 1/1/2021].

³ Junto a este propósito fundamental, no han faltado autores que han hablado también, como fundamento del reconocimiento de este derecho, de una suerte de «justificación económica» para promover la contratación en determinados sectores, de modo que la razón del otorgamiento de este derecho sea el aumento de ventas a

se trata, en puridad, de que el consumidor pueda tener una especie de «segunda oportunidad» para valorar la conveniencia de la contratación, sea por motivos económicos –evitar un sobreendeudamiento por la adquisición innecesaria de bienes o servicios–; analizar las obligaciones derivadas de la misma; o incluso, para poderse beneficiar de la comparativa en el mercado de las condiciones de los bienes o servicios objeto de adquisición⁴.

Todo ello, con la particularidad de que el desistimiento, tal y como se desprende con claridad del tenor de los arts. 73 y 68 TRLGDCU, se ha configurado en nuestro ordenamiento como un derecho, de un lado, esencialmente gratuito para el consumidor, y de otro, sin posibilidad de imponer penalización alguna por su ejercicio. Características, estas, que podrían relacionarse a modo de círculos secantes y que, por tanto, no deben confundirse. Así, si bien la imposición de todo coste puede ser vista como una penalización, debe repararse en que el art. 68 TRLGDCU emplea, para definir el derecho de desistimiento, la expresión «sin penalización de ninguna clase». Ello denota, en efecto, que la penalización cuya proscripción se contempla como consecuencia del desistimiento, eventualmente, podría ser económica (coincidiendo, entonces, ambas características de la «gratuidad» y la «no penalización»); pero también podría existir otra de distinta naturaleza. Piénsese, por ejemplo, en una cláusula que, como consecuencia del desistimiento, impusiese una prohibición al consumidor de contratar durante un tiempo razonable y proporcional al tiempo que restase de cumplir –como impone el art. 74.4 TRLGDCU–, por los perjuicios ocasionados al empresario (verbigracia, por la necesidad de instalar infraestructuras de cierto coste y complejidad técnica elevada, como puede ser la instalación de fibra óptica en los contratos de telecomunicaciones, o similares).

Afirmadas estas características que vienen a diferenciar el derecho de desistimiento de otras figuras jurídicas que se contemplan en nuestro ordenamiento con semejante propósito resolutorio, abordaré en este trabajo, bajo dos bloques temáticos distintos, una serie de cuestiones que plantea el derecho de desistimiento que no han sido debidamente atendidas –y menos aún, resueltas– por nuestro TRLGDCU⁵. Una primera cuestión, de la mano de las consabidas cláusulas de permanencia, con el objeto de verificar si, con la regulación actual del desistimiento, estamos ante un derecho garantista para el consumidor. Y otra bien distinta, a partir de un caso planteado recientemente ante el Tribunal de Justicia de

que daría lugar a la confianza de los consumidores en que tienen derecho a desistir. A propósito de esta finalidad algo más desconocida, véase: GARCÍA VICENTE, J.R. y MINERO ALEJANDRE, G., «Capítulo II: Derecho de desistimiento», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.), *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007)*, Navarra (Thomson Reuters-Aranzadi), 2015, 2.ª ed., p. 960.

⁴ GARCÍA VICENTE, J.R., «La contratación con consumidores», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.), *Tratado de Contratos*, Valencia (Tirant Lo Blanch), tomo II, 3.ª ed., 2020, pp. 1880, 1884.

⁵ GARCÍA VICENTE, J.R. y MINERO ALEJANDRE, G., «Capítulo II: Derecho de desistimiento», cit., pp. 954, 958. Recordemos que existen figuras en nuestro ordenamiento como el vencimiento anticipado, que admiten la desvinculación unilateral del contrato. No obstante, existe una sustancial diferencia con el derecho de desistimiento objeto de este trabajo, y es que, en los casos de vencimiento anticipado, se requiere un incumplimiento; mientras que, en el derecho de desistimiento otorgado al consumidor, no es necesaria, como hemos visto, justificación alguna y, en consecuencia, incumplimiento.

la Unión Europea, con el objeto de mostrar que podemos estar, en efecto, ante un nuevo derecho de desistimiento, diferente al que conocemos, al menos, desde el plano teórico y, especialmente, con la nueva realidad pandémica.

Dicho esto, no pasará desapercibido el inabarcable reto al que nos ha abocado la crisis sanitaria sin precedentes provocada por el COVID-19 que, en los últimos meses, lleva asolando al planeta con graves repercusiones a todos los niveles, y cuyo influjo se ha proyectado en varios sentidos. A saber, en un cambio de los patrones de consumo con el incremento de las compras a distancia (esencialmente, por medio de Internet), y en la reafirmación del paso de un consumidor «medianamente informado, atento y perspicaz» a un consumidor cuya generalizada vulnerabilidad propició que fuese objeto de diversas medidas gubernativas a través de la figura jurídica del Decreto-Ley⁶. Entre ellas, la única relativa al derecho de desistimiento, con la interrupción de los plazos para desistir en las compras presenciales y on-line, de la mano del Real Decreto-Ley 8/2020, de 17 de marzo⁷.

II. ALGUNAS CUESTIONES PROBLEMÁTICAS DEL DERECHO DE DESISTIMIENTO

1. Cláusulas penales por infracción de la permanencia: la espada de Damocles del desistimiento

La característica de la «no penalización» que ha inspirado la regulación del derecho de desistimiento en nuestro ordenamiento jurídico, así como la interpretación del art. 74.4

⁶ No debemos pensar que, con anterioridad a la pandemia, no se había materializado el paso del consumidor medio al consumidor vulnerable, pues ya había sido estudiada esta cuestión por HUALDE MANSO, T., *Del consumidor informado al consumidor real. El futuro del derecho de consumo europeo*, Madrid (Dykinson), 2016, pp. 11-54. Sin embargo, por estar inmersos en el escenario pandémico provocado por el COVID-19, estas ideas cobran aún más vigencia si cabe, de ahí que haya puesto de manifiesto la vulnerabilidad del consumidor que, por cierto, se agravará en estas circunstancias.

⁷ Real Decreto-Ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19. BOE n.º 73, de 18 de marzo de 2020. [Referencia: BOE-A-2020-3824]. A partir de este, fueron aprobados de manera sucesiva otros Reales Decretos-Leyes. Entre ellos: Real Decreto-Ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19. BOE n.º 91, de 1 de abril de 2020. [Referencia: BOE-A-2020-4208]; Real Decreto-Ley 15/2020, de 21 de abril, de medidas urgentes complementarias para apoyar la economía y el empleo. BOE n.º 112, de 22 de abril de 2020. [Referencia: BOE-A-2020-4554]; Real Decreto-Ley 21/2020, de 9 de junio, de medidas urgentes de prevención, contención y coordinación para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19. BOE n.º 163, de 10 de junio de 2020. [Referencia: BOE-A-2020-5895]. De entre los citados, cabe reseñar que solo el Real Decreto-Ley 8/2020, de 17 de marzo, se refiere al derecho de desistimiento, pues los restantes contemplan la resolución contractual –y, en el ámbito de los viajes combinados, además, la entrega de los consabidos bonos– fruto de la imposibilidad para su realización por mor de las restricciones impuestas por el COVID-19. Esto es, se exige una circunstancia (justa causa) para la aplicación de estas medidas. Al contrario que cuando se ejercita el derecho de desistimiento, caracterizado precisamente por la inexigibilidad de justa causa.

TRLGDCU que será objeto de análisis en este epígrafe, suscitan una serie de problemas interpretativos que, sin haber sido resueltos legalmente, presentan una enorme relevancia práctica si pensamos en la habitualidad con que se insertan cláusulas de permanencia en los contratos de servicios celebrados con consumidores.

Este tipo de cláusulas resultan harto frecuentes en los contratos de telefonía; aunque no son desconocidos otros ámbitos –como, por ejemplo, los contratos de mantenimiento de ascensores– en los que, con distinta formulación, pero con objeto idéntico (pretender una vinculación más o menos duradera en el tiempo con el consumidor so pena del pago de una penalización), también se han insertado las mismas, dando lugar a un caluroso debate por los tribunales acerca de su abusividad⁸.

Empero, varias precisiones se hacen necesarias antes de conjugar estas cláusulas con el derecho de desistimiento que le asiste al consumidor, a fin de analizar todos los condicionantes que pueden influir en la toma de la decisión de desistir por el consumidor:

- (a) La primera de ellas, que este tipo de cláusulas suele formar parte del clausulado general de los contratos celebrados en masa con consumidores. Esto hace, inevitablemente, que sean caracterizadas como condiciones generales de la contratación que, como tal, deben estar sometidas al doble control –de incorporación y de contenido– impuesto respectivamente por el TRLGDCU y la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación (LCGC). Así, de superarse el mismo en cuanto a exigencias de transparencia, concreción, sencillez, conocimiento real de los compromisos económico-jurídicos efectivamente asumidos por el consumidor y no restricción indebida de derechos, su inserción será totalmente lícita⁹.

⁸ En los contratos de mantenimiento de ascensores, los tribunales han ido reduciendo el plazo de duración a partir del cual el mismo es considerado abusivo. Así, desde los 10 años (véase la STS de 11 de marzo de 2014 [N.º Res. 152/2014. La Ley: 45575/2014] y la SAP de Oviedo de 25 de julio de 2014 [N.º Res. 195/2014. Roj: SAP O 1870/2014]), hasta 1 año –ampliable a 3 en caso de ascensores nuevos, a fin de cubrir el periodo de garantía– por recomendación de la Comisión Nacional de la Competencia. Sin embargo, ello no ha impedido que, nuestro Alto Tribunal, en la STS de 17 de septiembre de 2019 (N.º Res. 469/2019. Roj: STS 2795/2019), se declarase conocedor de los escollos de la actividad empresarial en este sector (particularmente, de los elevados costes) y, por ello, admitiese que el tiempo mínimo de duración de los contratos resultase válido para afrontarlos, así como para compensar el extraordinario perjuicio que ocasionaría a las arcas empresariales el hecho de que el cliente cursase su baja de manera temprana. No obstante, no desdeñó, para considerar su posible abusividad, el fundamento del art. 87.6 TRLGDCU: impedir la restricción indebida de «los legítimos derechos económicos de los consumidores, entre los que se encuentra obtener las ventajas derivadas de la competencia entre las diversas empresas prestadoras del servicio» (FJ 7.º inciso 12.º).

⁹ Por tanto, no solo se requiere, para no superar el doble control, que la cláusula en cuestión no haya sido negociada individualmente (SAP de Barcelona de 29 de marzo de 2010 [N.º Res. 132/2010. Roj: SAP B 2196/2010]), sino que se produzca «un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones en contra del consumidor y contrario a las exigencias de la buena fe» (FJ 2.º de la SAP de Barcelona de 12 de abril de 2010 [N.º Res. 203/2010. La Ley: 96652/2010] y SAP de Córdoba de 4 de abril de 2008 [N.º Res. 66/2008. Roj: SAP CO 615/2008]). Ahora bien, no debemos caer en el equívoco de que cuando este tipo de cláusulas formen parte del clausulado particular, sean inatacables por mor de su negociación, pues, por fortuna, el art. 62.2 y 3

(b) Y la segunda de las precisiones –íntimamente ligada a la anterior–, que, aunque, en efecto, estas cláusulas se encuentren sometidas a un riguroso examen en lo que abusividad se refiere, presentan la ventaja de que, usualmente, acompaña a su inserción, la entrega, a modo de obsequio y sin coste alguno, de determinados objetos (sean terminales en los contratos de telefonía; o aparatos de climatización en los contratos de suministro de luz, entre otras). Podría verse, por tanto, como una razón para confiar en la bondad de estas cláusulas. Sin embargo, lo cierto es que, frente a otras soluciones no gratuitas como la suscripción de un contrato complementario –abonado, por consiguiente, el precio de los aparatos ofrecidos en lo que se conoce coloquialmente, i.e., en el ámbito de la telefonía, como «terminales libres» y, en consecuencia, sin período de permanencia–, presentan la desventaja de que, incluso sin comportar una vinculación excesiva, la desvinculación del consumidor sin hacer frente al pago de penalización resulta imposible, a menos que se trate de un incumplimiento contractual o un cambio unilateral de las condiciones del contrato¹⁰.

A estas consideraciones acerca de las cláusulas de permanencia, debe añadirse el contenido del art. 74. 4 TRLGDCU, que resulta realmente problemático al ponerlo en relación con el derecho de desistimiento que asiste al consumidor, y la característica de la «no penalización» que se predica del mismo. No resulta difícil tener tal percepción si tenemos en cuenta que el meritado precepto impone al consumidor la satisfacción de la penalización por el incumplimiento del plazo de permanencia. Y quizá, lo más relevante: rubrica este efecto bajo el título «consecuencias del ejercicio del derecho de desistimiento»¹¹.

TRLGDCU posibilita efectuar un control de legalidad sobre las cláusulas negociadas que versen sobre la duración del contrato. Ello impide que quede abierta la veda a prácticas comerciales de probidad dudosa que, mediante la inclusión de la cláusula de permanencia en las condiciones particulares del contrato, tratasen de burlar cualquier control sobre las mismas.

¹⁰ NAVARRO CASTRO, M., «Extinción de los contratos de suministro de energía y servicios de telecomunicaciones por voluntad del consumidor», en *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, Cizur Menor (Thomson Reuters-Aranzadi), núm. 10, 2018, pp. 72-76. Quede claro, no obstante, que los tribunales han afirmado que la entrega gratuita de un terminal no implica, por sí misma, la existencia de una cláusula de permanencia. Véase la SAP de Ciudad Real de 23 de diciembre de 2011 (N.º Res. 343/2011. Roj: SAP CR 1038/2011), donde se determinó que para que existiese una cláusula de permanencia por la que quedase vinculado el consumidor, esta debía constar expresamente en el contrato suscrito al ser «un requisito mínimo de precisión del contrato de telefonía, de conformidad con lo dispuesto en el Real Decreto 424/2005, de 15 de abril» (FJ 2.º). A mi parecer, el fallo, goza de poca efectividad práctica, pues es evidente que las empresas, normalmente, tratarán de compensar la entrega gratuita con una cláusula de este tipo, de modo que su inserción será más que frecuente.

¹¹ «Artículo 74. Consecuencias del ejercicio del derecho de desistimiento.

1. Ejercido el derecho de desistimiento, las partes deberán restituirse recíprocamente las prestaciones de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 1.303 y 1.308 del Código Civil.

2. El consumidor y usuario no tendrá que rembolsar cantidad alguna por la disminución del valor del bien, que sea consecuencia de su uso conforme a lo pactado o a su naturaleza, o por el uso del servicio.

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

La redacción de este infortunado precepto que, a la luz de un criterio de interpretación puramente sistemático, ya se advierte de lo más equivocada para dotar al consumidor medio de una protección efectiva, inexorable y erradamente, llevaría a pensar a este último que, cuando se encuentra vinculado por un contrato que contempla un período de permanencia, no tiene derecho a desistir.

En consecuencia, dado que el perjuicio para el consumidor sería más que palpable –pues este, de tener esta errónea concepción, no haría uso del derecho de desistimiento que le asiste en el lapso de 14 días, so pena de pagar una penalización que, además, será desmesurada habida cuenta de todo el tiempo que puede quedar por cumplir del contrato¹²–, lo que aquí procede es diferenciar, como han tenido a bien algunos autores, entre el «derecho a desistir» y «el derecho del consumidor a poner fin al contrato» del art. 62.3 TRLGDCU en los contratos de prestación de servicios o suministro de productos de tracto sucesivo o continuado, dado que nada tienen que ver el uno con el otro¹³.

Así pues, el derecho de desistimiento se caracteriza por ser la facultad que asiste al consumidor para «desligarse del contrato celebrado», regida por dos principios. A saber, el de indemnidad –que supone que no es posible, como consecuencia del desistimiento, ni repercutir gasto alguno sobre el consumidor, ni imponer una penalización por ello–; y el de temporalidad –pues sólo es posible ejercitarlo en 14 días naturales–. Todo ello, con la eficacia *ex tunc* que caracteriza a esta figura jurídica.

Por el contrario, el derecho a poner fin al contrato del art. 62.3 TRLGDCU es un «instrumento tuitivo para el consumidor evitando su vinculación perpetua en esas relaciones obligatorias duraderas o indefinidas», con eficacia *ex nunc*¹⁴.

4. En caso de que el usuario incumpla el compromiso de permanencia adquirido con la empresa, la penalización por baja, o cese prematuro de la relación contractual, será proporcional al número de días no efectivos del compromiso de permanencia acordado».

¹² BERMÚDEZ BALLESTEROS, M. S., «¿Es posible penalizar al consumidor que desiste de un contrato con compromiso de permanencia?», respuesta de 28 de septiembre de 2015 a una consulta realizada al Centro de Estudios de Consumo (CESCO), p.6. Disponible en <<http://centrodeestudiosdeconsumo.com/index.php/omic/consultas-recibidas/2632-es-posible-penalizar-al-consumidor-que-desiste-de-un-contrato-con-compromiso-de-permanencia-3>>. [Consultado: 1/1/2021].

¹³ MAGRO SERVET, V., «Acerca de la capacidad de resolución unilateral de los contratos de empresas de mantenimiento de sensores por las comunidades de propietarios. ¿Es factible resolverlos unilateralmente o hay que cumplir el plazo pactado?», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 9, 2014, pp. 179-182.

¹⁴ BERMÚDEZ BALLESTEROS, M. S., «¿Es posible penalizar al consumidor que desiste de un contrato con compromiso de permanencia?», cit., p. 5. Esta distinción debe tomarse con cierta cautela, pues no han faltado autores que han hablado de efectos *ex tunc* y *ex nunc* únicamente en relación con el derecho de desistimiento y, por ende, diferenciando entre ambos según el desistimiento recaiga sobre un bien (donde los efectos del desistimiento se agotarían de una sola vez) o un servicio (donde dichos efectos se mantendrían en el tiempo). Véase al respecto SOSA OLÁN, H., «El derecho de desistimiento del consumidor en el ordenamiento jurídico español. Su delimitación respecto de otras formas de ineficacia contractual», en *Ars boni et aequi*, Chile (Universidad Bernardo O'Higgins) vol. 12, núm. 2, 2016, pp. 146, 172, y SOSA OLÁN, H., *El derecho de desistimiento como mecanismo protector del consumidor en la contratación electrónica*, 1.ª ed., Salamanca (Ediciones Universidad de Salamanca Colección Vitor 367), 2015, p. 401.

Podría decirse, por tanto, que son los efectos *ex tunc* y *ex nunc*, las piedras angulares de la diferenciación entre ambas figuras con las implicaciones que siguen: cuando se habla de la eficacia *ex tunc* (desde entonces), se trata de que la consecuencia que produce el desistimiento de dejar sin efecto el contrato celebrado, alcanza hasta antes de celebrarse este, de manera que «se deje a los contratantes en la misma situación que si no hubiesen celebrado el contrato». Ahora bien, hablar de la eficacia *ex nunc* (desde ahora), supone que los efectos que el contrato haya desplegado con anterioridad a la resolución estarán válidamente producidos, lo que determina, por un lado, que pueda dejarse a las partes incluso en la situación de que el contrato se hubiese cumplido en su totalidad por medio del pago de una indemnización, y lo que explica, por otro, que puedan aplicarse cláusulas penales¹⁵.

Dicho lo cual, es posible sostener abiertamente que no hay modo de poner remedio al *totum revolutum* del art. 74 TRLGDCU –que, sensatamente, ha sido calificado por la doctrina como una «acertada medida, pero con una desafortunada ubicación»¹⁶– si no es rechazando una interpretación aséptica del precepto y abogando, en su lugar, por una interpretación bajo la óptica del principio *pro consumitore*. Tal interpretación, no obstante, exigirá que el consumidor se mantenga acechante al transcurso de los días.

Así las cosas, en el caso de que el consumidor que se encuentra vinculado por un contrato con una cláusula de permanencia quiera desistir, podrá hacerlo en los 14 días que como consumidor tiene para ello, sin necesidad de pagar suma alguna ni hacer frente a penalización alguna por cuanto son rasgos definitorios del derecho de desistimiento¹⁷. Ahora bien, si el mismo consumidor, vinculado por un contrato de las citadas características, decidiese esperar a que transcurriesen los 14 días, y entonces quisiera desligarse del contrato, lo que estará ejercitando no es su derecho a desistir, sino su derecho a desligarse de un contrato de tracto sucesivo o continuado y, por tanto, ahora sí, deberá pagar el coste de la penalización que se haya determinado en el contrato.

¹⁵ GÁLVEZ CRIADO, A., «El derecho de desistimiento en los contratos indefinidos y en los contratos con consumidores en la Propuesta de Modernización del Código Civil», en ALBIEZ DOHRMANN, K.J., PALAZÓN GARRIDO, M.L., MÉNDEZ SERRANO, M.M. (coords.), *Derecho privado europeo y modernización del Derecho contractual en España*, Barcelona (Atelier libros jurídicos), 2011, p. 512. Se puede observar, por tanto, cómo solo en los efectos *ex nunc* subyace una idea indemnizatoria que no es posible encontrar en los efectos *ex tunc*.

¹⁶ BERMÚDEZ BALLESTEROS, M. S., «¿Es posible penalizar al consumidor que desiste de un contrato con compromiso de permanencia?», cit., pp. 3-6. En efecto, el legislador español de 2014, con la inclusión del inciso 4.º en el art. 74 TRLGDCU, trataba de acabar con las cláusulas abusivas que imponían penalizaciones exorbitantes ante la baja anticipada como «sanciones mayores a las que correspondían por los días de permanencia realmente incumplidos». Empero, en la contra, situó el precepto, de manera poco afortunada, en el régimen general del desistimiento, pues lo más razonable hubiera sido ubicarlo en el art. 62 TRLGDCU.

¹⁷ Bajo el mismo argumento deben rechazarse aquellas cláusulas contractuales que, como consecuencia del ejercicio del derecho de desistimiento por el consumidor, imponen el pago de una indemnización por los daños que ello ocasiona al comerciante. Vid., al respecto, la STJCE de 22 de abril de 1999. Asunto C-423/97. Travel Vac, S.L contra Manuel José Antelm Sanchis (ECLI:EU:C:1999:197), que señala que, de admitirse estas, ello sería el equivalente a imponer una sanción al consumidor como consecuencia de ejercitar su derecho a desistir (párrafo 58).

III. HACIA UN NUEVO DERECHO DE DESISTIMIENTO

1. La STJUE de 27 de marzo de 2019 y el desistimiento en tiempos del COVID-19: un nuevo reto para el mercado

Para abordar este epígrafe que, de la mano de la más reciente actualidad, versará sobre la necesaria reformulación del derecho de desistimiento ante la apremiante realidad provocada por el COVID-19, se hacen necesarios varios apuntes previos.

Hay que recordar, en primer lugar, que el derecho de desistimiento es de reconocimiento obligatorio para los contratos celebrados a distancia y fuera del establecimiento mercantil. Su fundamento, a diferencia del derecho de desistimiento otorgado en otro tipo de contratos que no son los antedichos, obedece a dos razones concretas: en los contratos celebrados fuera del establecimiento, su origen estriba en la «intrusión del vendedor en la esfera de su cliente potencial», y no en una «imposibilidad del consumidor de comparar ofertas». Por el contrario, en los contratos a distancia, el fundamento no es tanto la presión psicológica sufrida por los consumidores –pues estos, «sentados frente a sus ordenadores no tienen presión de ningún tipo para emprender una transacción»–, sino la oportunidad de que este último pueda examinar físicamente el objeto de su adquisición de la misma manera que lo haría en un establecimiento mercantil¹⁸.

Sin embargo, el derecho de desistimiento, al igual que se impone de manera obligatoria para los contratos celebrados a distancia y fuera del establecimiento, cuenta, para estos mismos supuestos, con un elenco de excepciones legales en el art. 103 TRLGDCU¹⁹.

¹⁸ CAMACHO PEREIRA, C., «Nuevos plazos para el ejercicio del derecho de desistimiento por el consumidor y devolución de las prestaciones en la 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», *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º 2, 2015, pp. 3, 4, 24-26. CÁMARA LAPUENTE, S., «La nueva protección del consumidor de contenidos digitales tras la Ley 3/2014, de 27 de marzo», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 11, 2014, p. 95. Como señala la primera autora, algunas voces han abogado por la supresión del derecho de desistimiento en aquellos contratos a distancia en que el consumidor «no quiera o no necesite inspeccionar el objeto en cuestión». Es más, estas voces que, sin duda, podríamos calificar de regresivas en la creciente preocupación por la protección del consumidor, han llegado a proponer que los consumidores que deseen hacer uso de estas facultades de inspección, paguen un precio por ello. Afortunadamente, como señala CAMACHO PEREIRA, «ninguna norma se ha hecho eco de esta opción por el momento», pero de lo que no cabe duda es que estas propuestas tienen un cariz económico que llevaría, como señala la autora, a que se reconociese el derecho a desistir únicamente cuando los beneficios de su ejercicio sean superiores a los costes –que, por cierto, son sufragados por los consumidores, hagan uso o no del desistimiento–.

¹⁹ Estas excepciones consagradas legalmente no impiden que el empresario, en estos supuestos, pueda otorgar al consumidor –fundamentalmente por razones de política comercial– la posibilidad de desistir. Se debe aceptar esta posibilidad tanto por los propios orígenes del derecho de desistimiento (legal, en los contratos a distancia y fuera del establecimiento; o contractual, fruto del reconocimiento en el contrato por parte del empresario), como por el hecho de que el TRLGDCU únicamente sancione con la nulidad aquellas cláusulas contractuales que «limiten los derechos del consumidor» (art. 82 TRLGDCU); pero no aquellas que confieran una mayor protección (por ejemplo, con el otorgamiento del derecho a desistir).

Del amplio elenco, cobra especial relevancia, dados los tiempos en que estamos inmersos, la prevista en el inciso e), referida al «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».

Pensemos, pues, en el caso que motivó el pronunciamiento del TJUE en la STJUE de 27 de marzo de 2019 (asunto C-681/17), con la interposición por el Tribunal Supremo de lo Civil y Penal de Alemania de una cuestión prejudicial en el seno del litigio entre la mercantil Slewo (dedicada a la venta online de colchones), y el Sr. Ledowski (consumidor).

Dicha cuestión tenía por objeto central la interpretación del art. 16 de la Directiva 2011/83, de 25 de octubre (en adelante, la Directiva)²⁰, en relación con el contrato suscrito por ambos en el que figuraba, además del precio de 1.094,52 euros del colchón, una cláusula (entre otras) referida al derecho de desistimiento. El contenido de esta última, netamente problemático, contemplaba que se excluiría el derecho de desistimiento cuando el bien fuese desprecintado, y por motivos de salud o higiene no pudiese ser devuelto.

El TJUE, a la hora de resolver sobre la cuestión, fue consciente de la vaguedad de la redacción del art. 16 de la Directiva, concretamente, de la expresión «precintado». Y, por ello precisamente, sostuvo una interpretación del precepto de acuerdo con un criterio teleológico, según el cual debía tenerse en cuenta el objetivo de proporcionar al consumidor «un nivel elevado de protección [...] garantizando su información y su seguridad en las transacciones con los comerciantes».

En sintonía con dicho propósito de conferir una sólida protección al consumidor, la meritada sentencia puso de manifiesto que era la naturaleza del bien del que se quisiese desistir, la que determinase que fuese de aplicación la consabida excepción porque «resultase imposible o excesivamente difícil la adopción de medidas que le permitiesen [al empresario] de nuevo ponerlo a la venta» y, por tanto, cuando se retirase el precinto, no pudiese volver a utilizarse por un tercero²¹.

Resultaba, en consecuencia, que, como determinó la STJUE, el hecho de desprecintar un colchón no impedía el ejercicio del derecho de desistimiento por parte del consumidor, pues el empresario podía, mediante técnicas de limpieza y desinfección, ponerlo en condiciones de volver a ser utilizado por un tercero. Y así, el Alto Tribunal Europeo asimiló la devolución de un colchón a la de una prenda de vestir, pues el plástico que envolvía al

²⁰ 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. Diario Oficial de la Unión Europea n.º L 304/64, de 22 de noviembre de 2011.

²¹ Vid. Conclusiones presentadas por el Abogado General Sr. H. Saugmandsgaard Øe el 19 de diciembre de 2018 en el Asunto C-681/17 (ECLI:EU:C:2018:1041). Particularmente, el punto 33 de las mismas.

primero no tenía por objeto garantizar la salud e higiene –ya que era posible emplear medidas efectivas de desinfección–, sino su limpieza²².

Este extremo, sin embargo, exige tener en cuenta varios aspectos: el primero, que ello comporta una serie de gastos que, en todo caso, deben ser satisfechos –como la compra de productos desinfectantes, la adquisición de material de protección si se lleva a cabo por los propios empleados del establecimiento, o el pago de los servicios de una empresa de limpieza–; y el segundo, que el TRLGDCU únicamente obliga al consumidor que desiste de una compra a distancia o fuera del establecimiento, al abono de determinados costes, entre los cuales, no es posible encontrar mención explícita a los inmediatamente antedichos.

Por lo que hace a la cuestión de los costes que son de cuenta del consumidor, el TRLGDCU solo impone, como consecuencia del desistimiento, tres tipos de costes²³. A saber:

- (a) Los costes del art. 107.2 TRLGDCU. Es decir, aquellos costes «adicionales derivados de solicitar una modalidad de entrega diferente a la modalidad menos costosa de entrega ordinaria». Resulta relativamente sencillo encontrar este tipo de costes, por ejemplo, cuando solicitamos envíos exprés que permiten recibir los productos con mayor rapidez o, cuando solicitamos un embalaje de regalo que difiere del empacquetado en que se presenta el bien adquirido.
- (b) Los costes del art. 108.1 TRLGDCU. Es decir, los costes «costes directos de devolución de los bienes». La imprecisión de esta expresión es evidente, sin embargo, ello no debe impedir subsumir en este precepto aquellos costes que tienen su origen directo en la devolución del producto. O lo que es lo mismo, los costes de envío que se ocasionen con objeto de hacer efectiva la devolución de los bienes²⁴. Ahora bien, es de reseñar que la regla que impone este precepto, no

²² Vid. STJUE de 27 de marzo de 2019. Asunto C-681/17. *Slewo-schlafen leben wohnen GmbH* contra *Sascha Ledowski* (ECLI:EU:C:2019:255). Párrafos 30, 32, 38, 43-46.

²³ Cabe decir, en lo que constituye una suerte de preludio a la solución que seguidamente se ofrecerá a esta relevante cuestión de la asunción de los costes de desinfección –supuesto que sea admitido el desistimiento por parte del consumidor–, que, de entre esta sucinta enumeración, los dos primeros (107.2 y 108.1 TRLGDCU) han sido considerados por la doctrina «como gastos asociados a la restitución de las prestaciones recibidas». Así, DÍAZ ALABART, S., y ÁLVAREZ MORENO, M. T. et al., *Contratos a distancia y contratos fuera del establecimiento mercantil. Comentario a la Directiva 2011/83*, Madrid (Reus), 2014, p. 248. Estas autoras han efectuado tal calificación, a fin de preservar la característica de la gratuidad que asiste al desistimiento. A mi parecer, como contrapartida, debe tenerse en cuenta que, para que esta solución así se conciba, deberán verse reforzados los deberes de información por parte del empresario, con el objeto de que quede meridianamente claro al consumidor que el desistimiento es un derecho de ejercicio gratuito. No obstante, ello no parece suficiente para que el consumidor que compra a distancia o fuera del establecimiento, no se vea disuadido de ejercitar su derecho de desistimiento por mor de estos costes que, salvo los directos del art. 108.1 TRLDCU –que podrán ser asumidos por el empresario cuando así se haya comprometido a hacerlo; o, cuando, a modo de sanción *sui generis*, no haya informado al consumidor de que le corresponde asumirlos–, deberán ser satisfechos por este.

²⁴ Tratándose de bienes que, por sus características no pueden ser devueltos por correo (piénsese en un colchón; un frigorífico; o un mueble de grandes dimensiones) la cuestión de los costes directos es mucho más trascendente si se tiene en cuenta que este tipo de bienes, para ser devueltos, requerirán de la contratación de

es, en nada, absoluta. Cabe, en consecuencia, que estos costes sean asumidos por el empresario en dos circunstancias: cuando no haya informado al consumidor de que le corresponde abonarlos –se puede sostener, sin temor a equívocos, que se trata, esta, de una sanción *sui generis* al empresario que omite su deber de información–, o cuando el empresario se haya comprometido a asumirlos.

- (c) Los costes del art. 108.2 TRLGDCU. Este último tipo de costes obedece a la falta de diligencia que el consumidor haya mostrado a la hora de comprobar la adecuación de lo adquirido a sus expectativas. Esto es, el consumidor deberá abonar la suma correspondiente al demérito ocasionado por el exceso en el uso del bien que haya ido más allá de la utilización necesaria para la toma de decisión sobre el ejercicio del derecho de desistimiento.

Es evidente, por tanto, que, a la vista de este catálogo de costes, no sería posible compeler al consumidor que desiste, al pago de los costes de desinfección (que podríamos calificar de «indirectos» por oposición a los «directos» anteriormente mencionados), de modo que correspondería su asunción, en exclusiva, al empresario. Lo cierto, en todo caso, es que esta postura puede suscitar ciertas reservas entre los más atentos lectores.

Y es que, en efecto, un avezado lector podría considerar que el hecho de que el empresario deba hacer frente a esos costes de desinfección, supondría imponerle una carga que podríamos calificar de excesiva y que, además, vendría a dinamitar el supuesto «sistema de contrapesos» que ha inspirado la regulación del derecho de desistimiento en nuestro TRLGDCU –reconociendo, por un lado, el derecho a desistir del consumidor y, por otro, excluyendo determinados supuestos del mismo en relación con los contratos celebrados a distancia y fuera del establecimiento, por mor del quebranto económico o material que supondría al empresario su admisión en estos casos excepcionados–.

los servicios de una empresa de transporte, de modo que va de suyo la incógnita de quién deberá asumirlos. Debe repararse en que el legislador ha configurado dos soluciones bien distintas según nos encontremos ante una compra fuera del establecimiento o a distancia. En el primero de los supuestos, parece claro que, en aplicación del art. 108.1 *in fine* TRLGDCU –cuyo tenor literal es meridianamente claro al establecer que, en estos casos, «el empresario recogerá a su propio cargo los bienes»– el consumidor no deberá desplegar ninguna actividad y mucho menos, sufragar su coste, de manera que el empresario pondrá a su disposición tanto los medios materiales como económicos para llevar a cabo el transporte y la devolución. Sin embargo, cuando se trate de un contrato a distancia, la respuesta será totalmente contraria, ya que el meritado artículo resulta de aplicación, en exclusiva, a los «contratos celebrados fuera del establecimiento en los que los bienes se hayan entregado ya en el domicilio del consumidor [...]», de suerte que el consumidor deberá sufragar, a modo de «coste directo» los costes de contratar un servicio de porte, a menos que, como hemos visto, el empresario se haya comprometido a asumirlos o no haya informado al consumidor de que le corresponde a éste sufragarlos. Evidentemente, esto genera divergencias de trato entre los consumidores que adquieren bienes o servicios fuera del establecimiento y los que lo llevan a cabo a distancia. Sin embargo, creo que la diferencia, en este punto, puede verse como algo positivo, pues puede tener su razón de ser en la intromisión en la esfera del consumidor que conlleva la venta fuera del establecimiento (especialmente, las denominadas «ventas a puerta fría»). Sería, pues, esta injerencia, la que motivaría este «resarcimiento» *sui generis* al consumidor que contrata por estos medios, eximiéndole de este tipo de gastos.

Pues bien, parecería adecuado entender que, si los costes de desinfección debiesen ser asumidos en su totalidad por el empresario, existiría para él una dificultad económica añadida que motivaría, en aras de un mayor equilibrio entre consumidor y empresario, la exclusión de la devolución de un colchón que debe ser desinfectado para volverlo a poner a la venta.

Ahora bien, esta tesis de excluir de desistimiento bienes que pueden ser desinfectados y, al fin y a la postre, que se encuentren en perfectas condiciones de salubridad para ser de nuevo puestos a la venta, tampoco dejaría de plantear problemas. Si así lo sostuviésemos, estaríamos, aparte de desatendiendo la valiosa interpretación del TJUE —que, adelante, es extraordinariamente útil para esbozar una solución a los problemas aquí planteados—, negándole al consumidor (en pro del empresario) la facultad que le asiste de comprobar su satisfacción con lo comprado. Y como consecuencia, ello devendría en una clara desventaja para el consumidor que lleva a cabo su adquisición a distancia o fuera del establecimiento mercantil, respecto del consumidor que realiza la adquisición en un establecimiento físico²⁵.

El escenario actual no es, por desgracia, ni más alentador, ni más resolutorio, si reparamos, además, en el incremento de las medidas sanitarias con ocasión de la pandemia provocada por el COVID-19, que traerá consigo un previsible resentimiento de la economía empresarial; especialmente, para las PYMES.

En esta tesitura, fácilmente puede suceder que se amplíen, por el desconocimiento acerca del impacto real de la enfermedad y su propagación, los supuestos de exclusión del derecho de desistimiento respecto de determinados bienes. Sin embargo, podríamos aquí plantearnos, como en el caso del colchón, que nada impida el desistimiento, siempre y cuando el empresario lleve a cabo medidas de desinfección. Empero, se suman a este desolador escenario dos variantes más: el requerimiento de medios de desinfección de gran complejidad y de costes extremadamente altos; y el futurible aumento de la demanda de los existentes y, por consiguiente, sus precios.

Siendo notorias las dificultades para encontrar un punto de encuentro entre los intereses del empresario y del consumidor que aquí convergen (y que tan difíciles resultan de conjugar tanto en situaciones de normalidad, como en la presente de anormalidad), no puede sino sostenerse que la solución más acertada, en aquellos casos en que la desinfección sea efectiva para garantizar la salud del futuro comprador, sería la conformada por las que he denominado «soluciones intermedias».

Consistirían estas, tomando como referencia a la STJUE comentada, en que sea el consumidor, previa información de esta circunstancia, el que abone por mitad junto con el empresario, el coste de la desinfección. Empero, hay que señalar que, para concebir esta solución, es imprescindible tener presente la acertada consideración doctrinal de los gas-

²⁵ Recuérdese que las excepciones al derecho de desistimiento únicamente son contempladas por el TRLGDCU para los contratos celebrados a distancia o fuera del establecimiento mercantil.

tos de los artículos 107.2 y 108.1 TRLGDCU como «gastos asociados a la restitución de las prestaciones». Así las cosas, habrían de entenderse los costes de desinfección, al igual que los meritados preceptos, como un gasto asociado a la restitución de las prestaciones consecuencia del desistimiento, y así, salvaguardando la característica de la gratuidad sustancial al desistimiento, poder desistir.

De este modo, asistidos de cierto equilibrio económico entre empresario y consumidor, no se privaría innecesariamente a este último de desistir y, además, se evitaría la animadversión que conllevaría la exclusión del desistimiento en estos tiempos en que parece más que necesario reactivar la economía.

IV. CONCLUSIONES

El sofisma encumbrado a lo largo de los años, fruto del creciente reconocimiento de derechos –en lo que aquí respecta, los reconocidos a los consumidores y, en particular, el derecho de desistimiento– que, erradamente, nos hace pensar en bondades absolutas cuando de derechos se trata, se aprecia abocado al fracaso al abordar las diversas cuestiones aquí planteadas. Manifestaciones de ello son las siguientes conclusiones que, a continuación, se exponen.

Primera. Se puede constatar, con cierta facilidad, que el desistimiento es un derecho cuyo ejercicio no depende, en exclusiva, de la inadecuación del bien o servicio adquirido a las expectativas previas del consumidor sobre los mismos. De manera contraria a lo que sugerirían los fundamentos de este derecho –la existencia de una segunda oportunidad para reevaluar la contratación–, este análisis ha revelado que su ejercicio depende, en parte, de factores externos como los costes que el consumidor debe asumir con ocasión del desistimiento. Costes que, aunque, sagazmente, hayan sido configurados por la doctrina como gastos asociados a la restitución de prestaciones y sirvan para no perjudicar, en exceso, al empresario, lo cierto es que pueden, en la práctica, actuar como un factor disuasorio para el consumidor.

Segunda. Igual sentimiento disuasorio a la hora de desistir genera en el consumidor la existencia de cláusulas de permanencia. Su imposición no solo actúa dificultando el ejercicio por parte del consumidor del derecho que le asiste a poner fin al contrato, sino que, por causa de una redacción de lo más infortunada, le desalienta enormemente también para desistir. Resulta, en este sentido, palmario, que la inserción en el TRLGDCU (art. 74.4) del pago de la penalización como una de las «consecuencias del derecho a desistir», es de todo punto incorrecta y desacertada por la mezcolanza que supone no deslindar, con claridad, aspectos que son rotundamente opuestos: el derecho a desistir y el derecho a poner fin al contrato que asisten al consumidor. Pende, por tanto, sobre el derecho de desistimiento, una auténtica espada de Damocles que, de manera equivocada, lleva al consumidor medio –en estas circunstancias provocadas por el COVID-19, un consumidor extremadamente vulne-

nable— a pensar que cuando tiene suscrito un contrato con una cláusula de permanencia, no puede desistir del mismo. Mayor dificultad, sin embargo, presenta adivinar si se trató de un inocente dislate del legislador (con grandes implicaciones, no obstante) o, por el contrario, se trataba de una especie de «concesión» en favor del empresario en un texto que tiene —o, al menos, debería tener— por objeto, eminentemente, la protección del consumidor (lo que no impide, no obstante, que se tenga en consideración la óptica empresarial en determinados aspectos).

Tercera. Del examen de los preceptos dedicados al estudio de las cuestiones que aquí se han planteado, se infiere claramente que es acuciante una próxima intervención del legislador, pues queda mucho por andar para que se confiara una protección real y efectiva al consumidor. *De lege ferenda*, y no sin ciertas dificultades, alcanzar este propósito implica adoptar soluciones que, en materia de desistimiento, exigen una mayor precisión en el texto legal acerca de los gastos a abonar por el consumidor, reflejando las acertadas consideraciones doctrinales sobre su calificación como «gastos asociados a la restitución de las prestaciones». Ello, sin duda, facilitaría, además de la concepción del desistimiento como un derecho gratuito, el desistimiento en casos fronterizos como el comentado caso del colchón que dio lugar al pronunciamiento del TJUE y otros que, a futuro, pudieran plantearse. Resultaría, también, una aspiración legítima, que se positivizase en el TRLGDCU el claro deslinde entre el derecho de desistimiento y el derecho a poner fin al contrato que no induzca al consumidor, como vengo reiterando, a pensar que cuando tiene suscrito un contrato con una cláusula de permanencia, no pueda desistir. Empero, ya anticipo en esta conclusión —aunque se aborde, de manera específica, en otra posterior—, que no todo queda a expensas de una futura intervención del legislador para remendar estos vacíos en la protección del consumidor, pues seguirá siendo inexcusable la colaboración del empresario, que deberá seguir mostrándose diligente con sus deberes de información.

Cuarta. El «*totum revolutum*» a que ha dado lugar la tan aciaga redacción del artículo 74.4 TRLGDCU, obliga, también, a ofrecer «soluciones de amplio espectro». Quiero decir con ello que, *de lege ferenda*, deben atenderse, sin excepción alguna, todos los aspectos que comprometen seriamente —aunque sea de manera indirecta— el derecho de desistimiento. De entre ellos, las tan problemáticas cláusulas de permanencia con lo que, de gravoso, comportan para el consumidor. Así las cosas, la reforma legislativa se erigiría también en esta materia, como una solución bastante factible a fin de asegurar la pervivencia del derecho de desistimiento. Reforma que, por su parte, se podría acometer en varios sentidos: el mantenimiento de las cláusulas de permanencia, pero con una reubicación del problemático art. 74.4 TRLGDCU situándolo, en su lugar, en el art. 62 TRLGDCU —como sostiene la doctrina—; o la supresión de las cláusulas de permanencia, contemplando, *ope legis*, su nulidad. Quizá, de entre las aquí propuestas, la que mayor significación adquiera, sea la de contemplar la nulidad de este tipo de prácticas que resultan de probidad dudosa.

Ahora, si bien su nulidad *ex lege* y consiguiente desaparición de los contratos, sería altamente positiva tanto en lo que se refiere al derecho a poner fin al contrato —para no tener

que valorar, *ad casum*, si se trata de una cláusula de permanencia abusiva que obstaculiza este derecho–, como al derecho de desistimiento –nótese que desaparecería el problemático art. 74.4 TRLGDCU de no reubicarse el mismo–, plantearía, también, esta alternativa, ciertas objeciones. Entre ellas, que se suprimiría, con esta medida, una buena oportunidad para paliar los elevados costes de la actividad empresarial en determinados sectores. Sin embargo, esta afirmación, en un sistema que tiene por objeto principal la protección efectiva del consumidor, deviene improsperable. A este respecto, es de justicia recordar que la actividad empresarial es una actividad que entraña cierto riesgo y que, como tal, no se puede tratar de paliar limitando o, incluso, suprimiendo, los derechos de los consumidores.

Quinta. Con todo y con eso, cabe decir que, ante la pasividad del legislador frente a una futura reforma –cualquiera que sea el sentido en que se emprenda de entre los anteriormente propuestos–, también sería sumamente valioso un reforzamiento de los deberes de información del empresario en lo que constituye, además, un evidente nexo entre los dos bloques temáticos abordados en este trabajo. No puede negarse que estos deberes se relacionan de manera inversa con el derecho de desistimiento, pues, a mayor nivel de información, menores posibilidades existen de que el consumidor ejercite el derecho de desistimiento que le asiste por haber emitido este un consentimiento perfectamente meditado y conforme con sus expectativas iniciales. Sin embargo, en la cuestión de las cláusulas de permanencia tienen aún más relevancia si cabe, porque estos deberes parecen erigirse como el único remedio, ante la inactividad del legislador, para paliar la mezcolanza que ha efectuado el art. 74.4 TRLGDCU entre el derecho de desistimiento y el derecho a poner fin al contrato. Tampoco es menor su relevancia en la formulación de un nuevo derecho de desistimiento, pues la información que proporcione el empresario hará que el consumidor llegue al convencimiento de que, con el abono de los gastos de desinfección, no se le está cobrando por desistir y, en consecuencia, que no se vea desalentado a su ejercicio que, recordemos, es eminentemente gratuito.

Sexta. Queda, no obstante, a pesar de este infausto escenario, un ápice de optimismo gracias a la STJUE comentada. El pronunciamiento emitido por nuestro Alto Tribunal europeo es expresión fiel del surgimiento de un «nuevo» derecho de desistimiento, de mucha menor rigidez. Su objeto, no es otro sino el de reforzar la protección del consumidor sin privarle, de manera innecesaria, del derecho que le asiste a desistir en aquellos bienes que, tras haber sido desprecintados, permiten el sometimiento a una técnica de desinfección y así ser, de nuevo, puestos a la venta (a lo que es preciso añadir: siempre y cuando ello no implique una depreciación, ni una merma de su calidad y seguridad). Se trata, en consecuencia, de una solución bastante factible, a modo de *quid pro quo*, para restaurar el equilibrio entre empresario y consumidor en aquellos casos en que el TRLGDCU se muestra insuficiente o se inclina sobremanera hacia uno de los dos agentes intervinientes. Con todo, no debe quedar ajeno a este «nuevo derecho de desistimiento» la situación derivada del COVID-19, cuyos retos habrán de afrontarse entendiendo el desistimiento con cierta maleabilidad, sin

una interpretación rígida de la ley que pueda, en el futuro, debilitar la protección del consumidor; o, en el extremo opuesto, avocar a la desventura al sector empresarial.

V. BIBLIOGRAFÍA

- BELUCHE RINCÓN, I., *El derecho de desistimiento del consumidor*, Valencia (Tirant Lo Blanch), 2009.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., «Marco histórico de la protección al consumidor: De los orígenes al siglo XXI», *Estudios sobre consumo*, Madrid (Ministerio de Sanidad y Consumo: Instituto Nacional de Consumo), núm. 65, 2003. Disponible en <<https://2019.vlex.com/#WW/vid/50075698>>. [Consultado: 1/1/2021], pp. 112-125.
- BERMÚDEZ BALLESTEROS, M. S., «¿Es posible penalizar al consumidor que desiste de un contrato con compromiso de permanencia?», respuesta de 28 de septiembre de 2015 a una consulta realizada al Centro de Estudios de Consumo (CESCO). Disponible en <<http://centrodeestudiosdeconsumo.com/index.php/omic/consultas-recibidas/2632-es-posible-penalizar-al-consumidor-que-desiste-de-un-contrato-con-compromiso-de-permanencia-3>>. [Consultado: 1/1/2021].
- CAMACHO PEREIRA, C., «Nuevos plazos para el ejercicio del derecho de desistimiento por el consumidor y devolución de las prestaciones en la 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», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 2, 2015, pp. 23-35.
- CÁMARA LAPUENTE, S., «La nueva protección del consumidor de contenidos digitales tras la Ley 3/2014, de 27 de marzo», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 11, 2014, pp. 79-167.
- DÍAZ ALABART, S., y ÁLVAREZ MORENO, M. T. et al., *Contratos a distancia y contratos fuera del establecimiento mercantil. Comentario a la Directiva 2011/83*, Madrid (Reus), 2014.
- GÁLVEZ CRIADO, A., «El derecho de desistimiento en los contratos indefinidos y en los contratos con consumidores en la Propuesta de Modernización del Código Civil», en ALBIEZ DOHRMANN, K.J., PALAZÓN GARRIDO, M.L., MÉNDEZ SERRANO, M.M. (coords.), *Derecho privado europeo y modernización del Derecho contractual en España*, Barcelona (Atelier libros jurídicos), 2011, pp. 509-543.
- GARCÍA VICENTE, J.R. y MINERO ALEJANDRE, G., «Capítulo II: Derecho de desistimiento», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.), *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y*

- Usuarios y otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007)*, Navarra (Thomson Reuters-Aranzadi), 2.ª ed., 2015, pp. 953-1002.
- GARCÍA VICENTE, J.R., «La contratación con consumidores», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.), *Tratado de Contratos*, Valencia (Tirant Lo Blanch), tomo II, 3.ª ed., 2020, pp. 1819-1979.
- HUALDE MANSO, T., *Del consumidor informado al consumidor real. El futuro del derecho de consumo europeo*, Madrid (Dykinson), 2016.
- LARROSA AMANTE, M.A., *El derecho de desistimiento en la contratación de consumo* (Tesis Doctoral). Universidad de Murcia, 2015. Disponible en: <<https://digitum.um.es/digitum/bitstream/10201/47941/1/Miguel%20%c3%81ngel%20Larrosa%20Amante%20Tesis%20Doctoral.pdf>>. [Consultado: 1/1/2021].
- MAGRO SERVET, V., «Acerca de la capacidad de resolución unilateral de los contratos de empresas de mantenimiento de ascensores por las comunidades de propietarios. ¿Es factible resolverlos unilateralmente o hay que cumplir el plazo pactado?», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 9, 2014, pp. 169-187.
- NAVARRO CASTRO, M., «Extinción de los contratos de suministro de energía y servicios de telecomunicaciones por voluntad del consumidor», en *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 10, 2018, pp. 49-84.
- SOSA OLÁN, H., «El derecho de desistimiento del consumidor en el ordenamiento jurídico español. Su delimitación respecto de otras formas de ineficacia contractual», *Ars boni et aequi*, Chile (Universidad Bernardo O'Higgins) vol. 12, núm. 2, 2016, pp. 145-180.
- SOSA OLÁN, H., *El derecho de desistimiento como mecanismo protector del consumidor en la contratación electrónica*, 1.ª ed., Salamanca (Ediciones Universidad de Salamanca Colección Vítor 367), 2015.

VI. JURISPRUDENCIA

1. Unión Europea

- STJUE de 27 de marzo de 2019. Asunto C-681/17. *Slewo-schlafen leben wohnen GmbH contra Sascha Ledowski* (ECLI:EU:C:2018:1041).
- STJCE de 22 de abril de 1999. Asunto C-423/97. *Travel Vac, S.L contra Manuel José Antelm Sanchis* (ECLI:EU:C:1999:197).

2. España

STS de 17 de septiembre de 2019 (N.º Res. 469/2019. Roj: STS 2795/2019). Pte.: Sarazá Jimena, Rafael.

STS de 11 de marzo de 2014 (N.º Res. 152/2014. La Ley: 45575/2014). Pte.: Orduña Moreno, Francisco Javier.

SAP de Oviedo de 25 de julio de 2014 (N.º Res. 195/2014. Roj: SAP O 1870/2014). Pte.: Rodríguez-Vigil Rubio, María Elena.

SAP de Ciudad Real de 23 de diciembre de 2011 (N.º Res. 343/2011. Roj: SAP CR 1038/2011). Pte.: Astray Chacón, María Pilar.

SAP de Barcelona de 12 de abril de 2010 (N.º Res. 203/2010. La Ley: 96652/2010). Pte.: Valdivieso Polaino, José Luis.

SAP de Barcelona de 29 de marzo de 2010 (N.º Res. 132/2010. Roj: SAP B 2196/2010), Pte.: Bachs Estany, José María.

SAP de Córdoba de 4 de abril de 2008 (N.º Res. 66/2008. Roj: SAP CO 615/2008), Pte.: Sánchez Zamorano, Francisco de Paula.