

El derecho de desistimiento del consumidor

Enrique Urdaneta Fontiveros*

RESUMEN

El derecho de desistimiento del consumidor es un remedio especial que excede de los mecanismos de defensa tradicionales del Derecho Privado. En tal sentido, ese derecho encuentra su justificación en la necesidad de proteger al consumidor que es la parte contratante que ocupa una clara situación de inferioridad y vulnerabilidad en la relación de consumo.

Palabras Clave:

Derecho del Consumidor, derecho de desistimiento, contratos de consumo

Abstract:

The right to desist of the consumer is a special remedy that exceeds traditional mechanisms of defense of civil law. Consumers are normally in a situation of inferiority and vulnerability with respect to sellers in commercial transactions. In this sense, the right to desist is founded on the need to protect consumers as the weaker contracting party.

Key Words:

consumer's rights, right to desist, consumption contracts.

I. INTRODUCCIÓN

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1.141 (ordinal 1º) del Código Civil, el primero de los requisitos esenciales para la existencia del contrato es el consentimiento de las partes. Ese consentimiento debe ser serio, espontáneo y libre. Para la validez del contrato se requiere que las manifestaciones de voluntad de las partes contratantes sean libremente emitidas y que ellas actúen con conocimiento de causa.

Tradicionalmente, la protección de ese consentimiento se ha logrado a través de la teoría de los vicios del consentimiento. Así, el contratante cuyo consentimiento haya sido otorgado como consecuencia de un error

* Profesor de Derecho Civil III ("Obligaciones") en la Universidad Católica Andrés Bello. Individuo de Número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales.

excusable, o sorprendido por dolo o bajo el influjo de la violencia, puede invocar ese vicio para impugnar el contrato (Código Civil, artículos 1.146-1.154 y 1.346)¹.

En los contratos de compra-venta y arrendamiento, el comprador y el arrendatario disponen de una garantía adicional específica, a saber, el saneamiento por vicios ocultos de la cosa vendida o arrendada (Código Civil, artículos 1.518-1.525 y 1.587)².

Ahora bien, hoy día este mecanismo tradicional de protección de la sanidad del consentimiento, sin duda, se ve afectado por las nuevas circunstancias, modalidades y técnicas de contratación, en las cuales destaca, como sujeto digno de protección especial, el consumidor³.

Es un hecho fácilmente constatable que las exigencias actuales del tráfico de los bienes y servicios han transformado el esquema clásico de perfeccionamiento del contrato. Ello se debe fundamentalmente a dos factores: 1) el desequilibrio cada vez mayor de las partes contratantes; y 2) la reducción del tiempo de formación del contrato⁴.

Así, al contratante que no prestaba su consentimiento sino después de largas y detalladas conversaciones y negociaciones, ha sucedido el consumidor, quien se encuentra frecuentemente constreñido a adherirse rápidamente a la oferta del proveedor predisponente del contrato a quien le resulta fácil desviar la atención del otro contratante de las estipulaciones que le sean desfavorables. Piénsese en el caso de las ventas a domicilio: el consumidor se ve muchas veces sorprendido en su intimidad por un vendedor cuyo único objetivo es vender el mayor número de productos, utilizando para ello cualquier medio a su alcance. El vendedor le presenta

1 Al respecto, véase: URDANETA FONTIVEROS, Enrique: *El error, el dolo y la violencia en la formación de los contratos*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Serie Estudios N° 83. Caracas, 2009.

2 Al respecto, véase: URDANETA FONTIVEROS, Enrique: *Vicios Redhibitorios y Saneamiento*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Serie Estudios N° 73. Caracas, 2008.

3 Cfr. BAILLOD, R.: "Le droit de repentir" en *Revue trimestrielle de droit civil*. París, 1984. p. 229.

4 Cfr. BOYER, Yves: *L'obligation de renseignement dans la formation du contrat*. Aix-Marseille, 1978. p.p. 32-33; BIANCA, C. Massimo: *Derecho Civil*. Vol. 3. (El contrato). Traducción castellana de Fernando Hinestroza y Edgar Cortés. Universidad Externado de Colombia, 2007. p.p. 415-418.

un objeto sobre el cual le da muchas veces informaciones incompletas, sin darle ni siquiera la posibilidad de que lo compare con otros semejantes. El consumidor, seducido por el vendedor, o simplemente, por deseo de librarse de éste, termina adquiriendo un bien. Luego se da cuenta de que el mismo no responde a sus expectativas. Ante esta situación, ¿cómo puede reaccionar?⁵

De acuerdo con el Derecho civil, el consumidor podría acudir a los remedios tradicionales a los cuales se acaba de hacer alusión. Sin embargo, estos remedios son, sin duda, insuficientes.

En cuanto a los vicios del consentimiento, cabría pensar en la acción de nulidad por dolo. Sin embargo, esta solución no es siempre factible. En primer lugar, tropieza con las dificultades inherentes a la prueba del dolo. En efecto, ante la ausencia de testigos ¿cómo demostrar que el vendedor le ha suministrado al consumidor, a sabiendas, una información inexacta (*dolo positivo*) o incompleta (*reticencia dolosa*)? Pero adicionalmente esta solución se enfrenta con la necesidad de distinguir entre el *dohus bonus* y el *dohus malus*⁶.

Ciertamente, en la legislación de protección al consumidor hay la tendencia a reprimir aun el *dohus bonus*. Esta orientación se pone de manifiesto en el artículo 58 de la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios (LEDEPABIS)⁷ que califica de falsa o engañosa la publicidad que incluya cualquier tipo de información o

5 Al respecto, véase: LLOBET I AGUADO, Joseph: “El período de reflexión y la facultad de retractación. Algunas reflexiones en torno a la Ley 26/1991 del 21 de noviembre de 1991 sobre protección de los consumidores en caso de contratos celebrados fuera de los establecimientos comerciales” en *Revista General de Derecho* N°s 604-605. Valencia, 1995. p. 144.

6 Tradicionalmente se entiende por *dohus bonus* aquellas alabanzas o afirmaciones exageradas que hace un vendedor respecto de la mercancía que desea vender y de las cuales puede perfectamente defenderse cualquier persona con un mínimo de sentido común; se trata pues de afirmaciones excesivas toleradas en el tráfico comercial. En cambio, el *dohus malus* es el dolo propiamente dicho que supone la intención de provocar un engaño en la víctima, presentándole circunstancias falsas o suprimiendo o alterando las verdaderas, con el objeto de inducirle a celebrar un contrato. Al respecto, véase: URDANETA FONTIVEROS, Enrique: *El error, el dolo...* cit. p.p. 180-182.

7 La Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios fue publicada en la Gaceta Oficial N° 39.358 de fecha 1° de febrero de 2010.

comunicación de carácter comercial en la que se utilicen textos, diálogos, sonidos, imágenes o descripciones que directa o indirectamente, e incluso por omisión, puedan inducir al engaño, error o confusión de las personas en relación con las circunstancias indicadas en esa disposición.

Por otra parte, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 18 *ejusdem*, si el proveedor de bienes o servicios irrespeta los términos, condiciones o modalidades conforme a los cuales los mismos hayan sido ofrecidos, publicitados o convenidos, el consumidor puede exigir el cumplimiento de la obligación en los términos de lo ofrecido, aunque el contenido de la publicidad de los productos, actividades o servicios no figure expresamente en el contrato celebrado. Esta previsión del artículo 18 de la LEDEPABIS no debe excluir la sanción propia del dolo, es decir, la posible anulación del contrato y los daños y perjuicios correspondientes, o solamente estos últimos si el consumidor opta por el mantenimiento del contrato (LEDEPABIS, artículo 8, numeral 6).

Por lo que respecta al saneamiento por vicios ocultos, hay que tener en cuenta que para que estos puedan dar lugar a la acción redhibitoria o a la acción *quanti minoris* es necesario que hagan a la cosa vendida impropia para el uso a que se la destina, o disminuyan de tal modo este uso que, de haberlos conocido el comprador, no la habría adquirido o habría dado un precio menor por ella (Código Civil, artículo 1.518). Ahora bien, como fácilmente puede apreciarse, ante las nuevas técnicas, características y modalidades de la contratación comercial, no es nada fácil satisfacer estas exigencias.

Dada la insuficiencia de los remedios tradicionales, hay que buscar nuevas fórmulas que garanticen la integridad del consentimiento prestado por el consumidor.

En primer lugar, se debe procurar que la información que reciba el consumidor sea completa y lo más objetiva posible. Ahora bien, la exigencia de una información clara y completa que permita formar correctamente el consentimiento del consumidor, es insuficiente para garantizar su protección si no se le concede un tiempo adecuado para reflexionar. Pocas veces el proveedor entrega, con carácter previo, a sus eventuales clientes un ejemplar del contrato propuesto, a fin de que estos puedan reflexionar antes de prestar un consentimiento definitivo. Muchas veces el consumidor no dispone para leer el contrato más que de

algunos instantes, bajo la mirada escrupulosa del proveedor que espera la firma, por lo que corre el riesgo de firmar sin haber leído o, cuando menos, sin haber comprendido los términos y condiciones del contrato que está celebrando⁸.

Por ello, para obtener un consentimiento lo suficientemente reflexionado, se abren dos vías: la primera conduce a imponer un período de reflexión antes de que el contrato se perfeccione. Este período de tiempo impide que el consumidor exprese un consentimiento precipitado. Se entiende por *período de reflexión* el lapso temporal que debe transcurrir desde el momento en que la oferta se dirige a la otra parte, hasta aquel en que el contrato queda definitivamente perfeccionado.

La segunda vía conduce a ofrecer al consumidor un período de reflexión después de la firma del documento contractual, para permitirle desistir o retractarse del mismo⁹. El *derecho de retractación* o *derecho de desistimiento* es la facultad de que goza, durante un determinado tiempo el destinatario de la oferta, para revocar su aceptación¹⁰. Este es el enfoque que sigue la LEDEPABIS.

8 Al respecto, véase: CALAIS-AULOY, Jean: *Droit de la consommation*. París, 1988. p. 146.

9 Cfr. MIRABAIL, Solange: *La Rétractation en Droit Privé Français*. L.G.D.J. París, 1997. p. 129. Acerca de las ventajas que ofrece cada uno de los sistemas citados en el texto, véase: BERNARDEAU, V.L.: "Le droit de rétractation du consommateur, un pas vers une doctrine d'ensemble" en *Juris Classeur Périodique*, 2000. Édition Générale I. p. 218 y ss.; HUET, Jérôme: "Les principaux contrats spéciaux" en *Traité de Droit Civil* sous la direction de Jacques Ghestin. L.G.D.J. París, 2001. p.p. 122-123; RZEPECKI, Nathalie: *Droit de la Consommation et Théorie Générale du Contrat*. Presses Universitaires D'Aix Marseille-Puam, 2002. p.p. 84-102.

10 En el Derecho comunitario europeo la facultad de retractación va alcanzando una mayor expansión como lo prueba su consagración en las Directivas de la Comunidad Europea (hoy Unión Europea) N° 85/577CEE del 20 de diciembre de 1985 sobre la protección de los consumidores en el caso de los contratos celebrados fuera de los establecimientos comerciales; 94/47/CE del 26 de octubre de 1994 relativa a la protección de los adquirentes en lo que concierne a determinados aspectos de los contratos de adquisición de un derecho de utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido; 97/7/CE del 20 de mayo de 1997 relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia; 2000/31/CE del 8 de junio de 2000 relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la seriedad de información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior; 2002/65/CE del 23 de septiembre de 2002 sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores; 2008/122/CE del 14 de enero de 2008

II. CONSAGRACIÓN LEGAL

El derecho de desistimiento del consumidor está establecido en el artículo 73 de la LEDEPABIS que dice textualmente lo siguiente:

Derecho de retractarse

Artículo 73. Las personas tendrán derecho a retractarse del contrato de adhesión por justa causa, dentro de un plazo de siete días contados a partir de la firma del mismo o desde la recepción del producto o servicio. En el caso que ejercite oportunamente este derecho le será restituido el precio cancelado dentro de los siete días siguientes, a partir la manifestación de la usuaria o usuario.

En aquellos casos en que el bien entregado o servicio prestado tenga características idénticas a las que fueron pautadas en el contrato de adhesión, podrá serle descontado del monto a ser restituido, los gastos en que haya incurrido a la proveedora o proveedor en su entrega o instalación, que consten en presupuesto o factura.”

Esta disposición consagra un derecho de resiliación unilateral del contrato que le permite al consumidor o usuario –no así a la otra parte contratante–, por justa causa, desistir y, por ende, desligarse del contrato de adhesión perfeccionado, mediante un acto de voluntad notificado al proveedor predisponente. En este trabajo denominaremos *derecho de desistimiento o de retractación* a esa facultad de arrepentimiento unilateral que la LEDEPABIS le otorga al consumidor.

III. LA TERMINACIÓN DEL CONTRATO POR DESISTIMIENTO DE UNA DE LAS PARTES

La atribución a determinados contratantes de la posibilidad de poner fin a una relación contractual ya perfeccionada por su sola voluntad (incluso, sin necesidad de justificar su decisión) no constituye una novedad en nuestro Derecho.

Por un lado, nada impide que una de las partes (o ambas, cada una por su lado) pueda reservarse en el contrato la facultad de ponerle

sobre protección a los consumidores con respecto a determinados aspectos de los contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio.

fin o de modificarlo por su sola voluntad. Pese a no existir en nuestro ordenamiento una disposición equivalente al artículo 1.373 del Código Civil italiano¹¹, ni estar expresamente señalado el desistimiento unilateral en el artículo 1.282 del Código Civil, se advierte que tal facultad puede reconocerse en el contrato a una de las partes, y entonces se considera como causa de extinción de la relación contractual. Ese tipo de cláusula suele incluirse en algunos contratos de ejecución continuada o periódica tales como los de arrendamiento. Es usual cuando el arrendatario es un agente diplomático o una oficina gubernamental extranjera incluir esta cláusula en los contratos de arrendamiento. Además, en el campo de la contratación con los consumidores, hemos visto que se realizan ofertas con la coetilla “si no queda satisfecho le devolvemos el dinero”. Esta cláusula se incluye en la publicidad de algunos productos y, de hecho, en la generalidad de los casos, no se plantean problemas cuando el cliente pretende la devolución del producto y la recuperación del dinero pagado.

Pero adicionalmente, en nuestro Derecho de obligaciones, hay casos en los cuales la propia ley le reconoce a uno de los contratantes – o incluso a ambos – la facultad de poner fin al contrato por su sola voluntad, como son: 1) la disolución de la sociedad por tiempo ilimitado por voluntad de una de las partes (Código Civil, artículo 1.677); 2) el contrato de arrendamiento por tiempo indeterminado que puede deshacerse por la voluntad de cualquiera de las partes (Código Civil, artículo 1.615); 3) el contrato de obras donde el propietario puede desistir de la obra por su sola voluntad indemnizando al contratista (Código Civil, artículo 1.639); 4) el contrato de mandato donde el mandante puede revocar el mandato siempre que quiera y donde el mandato se extingue por renuncia del mandatario en cualquier tiempo (Código Civil, artículos 1.704 <ords. 1° y 2°>, 1.706 y 1.709).

11 El artículo 1.373 del *Codice* dice textualmente: “Desistimiento unilateral (*Recesso*). Si a una de las partes se le hubiese atribuido la facultad de desistir (*recedere*) del contrato, tal facultad podrá ser ejercitada mientras el contrato no haya tenido principio de ejecución. En los contratos de ejecución continuada o periódica, tal facultad podrá ser ejercitada también posteriormente, pero el desistimiento (*recesso*) no tendrá efecto en cuanto a las prestaciones ya ejecutadas o en curso de ejecución. Si se hubiera estipulado la prestación de una retribución por el desistimiento (*recesso*), esta tendrá efecto cuando la prestación se haya ejecutado. En todo caso queda a salvo cualquier pacto en contrario.”

El fundamento de esta facultad – que, de alguna manera, constituye una excepción al principio de la fuerza obligatoria del contrato¹² – es variado y distinto según los casos. A veces se funda en la confianza que está en la base de ciertos contratos como es el caso del mandato, o en el interés en evitar vinculaciones indefinidas o perpetuas, como en el caso del contrato de sociedad por tiempo ilimitado, o en el interés preponderante de uno de los contratantes, como en el caso del contrato de depósito o del contrato de obras, o en beneficio de ambas partes, como ocurre en los contratos por tiempo indeterminado de arrendamiento o de trabajo¹³.

Pero también existen casos en los cuales la atribución de la facultad de desistir del contrato responde a la necesidad de tutelar especialmente a una de las partes contratantes, dadas las circunstancias en que este se ha celebrado. Este es el caso del derecho de desistimiento previsto en el artículo 73 de la LEDEPABIS que le da al consumidor o usuario la posibilidad de declarar extinguido el contrato de adhesión ya celebrado invocando una justa causa que fundamente su decisión, durante un breve plazo de tiempo posterior a la firma del contrato o a la recepción del producto. El derecho de retractación constituye, sin duda, una pieza clave en el sistema general de protección al consumidor establecido por la LEDEPABIS¹⁴.

12 Cfr. LARROUMET, Christian: *Teoría General del Contrato*. Vol. II. Traducción castellana de Jorge Guerrero R. Editorial Temis S.A. Santa Fe de Bogotá, 1999. p. 5.

13 Cfr. D'AVANZO, W.: Voz "Recesso" (Diritto Civile) en *Novissimo Digesto Italiano* diretto da A. Azara e E. Eula. Vol. XVI. U.T.E.T. Torino, 1967. p.p. 1028-1029; GABRIELLI, G. e PADOVINI, F.: Voz "Recesso" (Diritto Privato) en *Enciclopedia del Diritto*. Vol. XXXIX. Arese Giuffrè. Milano, 1988. § 1. Consultada en versión electrónica (DVD); RODRÍGUEZ MARÍN, Concepción: *El desistimiento unilateral (como causa de extinción del contrato)*. Editorial Montecorvo. Madrid, 1991. p.p. 192-193; MÉLICH-ORSINI, José: *Doctrina General del Contrato*. Quinta Edición. Primera Reimpresión. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Serie Estudios. N° 61. Caracas, 2012. p. 435.

14 Al respecto, en la doctrina francesa, véase: BAILLOD, R.: *op. cit.* p. 233; MIRABAIL, Solange: *op. cit.* p.p. 129-136. En la doctrina italiana, véase: FRANZONI, M.: "Degli effetti del contratto: efficacia del contratto e recesso unilaterale (arts. 1372-1373)" en *Il Codice Civile Commentato*. Vol. I. diretto da P. Schlesinger. Giuffrè Editore. Milano, 1998. p. 353; RAVERA, Enrico: *Il recesso*. Giuffrè Editore. Milano, 2004. p. 449. En la doctrina española, véase: BELUCHE RINCÓN, Iris: *El derecho de desistimiento del consumidor*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2009. p. 43.

En todos estos casos de arrepentimiento unilateral se observa un uso indiscriminado por parte del legislador de expresiones variadas, que no siempre deben ser consideradas correctas desde el punto de vista técnico-jurídico¹⁵. El Código Civil muchas veces utiliza indistintamente términos diferentes como “desistimiento unilateral”, “revocación”, “renuncia” o “denuncia” para referirse al mismo fenómeno; términos estos que en ocasiones se usan también – lo que agrava el problema – para referirse a fenómenos distintos a la facultad unilateral de terminar el contrato. Así, según el artículo 1.485 del Código Civil “si en el momento de la venta la cosa vendida ha perecido en su totalidad, la venta es inexistente. Si solo ha perecido parte de la cosa, el comprador puede elegir entre desistir del contrato o pedir la parte existente, determinándose su precio por expertos”. Pese a sus términos, esta disposición no consagra un caso de desistimiento, ya que lo que fundamenta la facultad del comprador es la imposibilidad originaria de dar cumplimiento al contrato¹⁶.

En una impropiedad similar se incurre en el artículo 18 de la LE-DEPABIS según el cual “si el proveedor o proveedora incumpliere con las obligaciones antes mencionadas, las personas tendrán el derecho de exigir el cumplimiento de lo ofrecido o desistir de la compra o de la contratación del servicio, quedando el proveedor o proveedora obligado u obligada a rembolsar el pago recibido en los términos establecidos en esta ley”. No obstante el empleo del término desistir, esta disposición no consagra una facultad de desistimiento ya que lo que justifica la decisión del consumidor es el incumplimiento del contrato por parte del proveedor. Por lo cual, se trata de un supuesto de resolución *ex* artículo 1.167 del Código Civil. La especialidad del artículo 18 de la LEDEPABIS estriba en que la oferta y los documentos publicitarios y promocionales (incluidos en carteles publicitarios, folletos o anuncios por cualquier otro medio de comunicación) adquieren fuerza obligatoria y su contenido es exigible por los consumidores o usuarios aun cuando no figure expresamente en el contrato celebrado con el proveedor.

Ciertamente, es difícil utilizar una denominación que comprenda a todas las situaciones en las cuales la ley le otorga a uno de los contratantes o a ambos la facultad de dar por terminado el contrato por su

15 Cfr. MIRABAIL, Solange: *Ibidem*. p.p.4-6; RZEPECKI, Nathalie: *op. cit.* p. 102.

16 Cfr. RODRÍGUEZ MARÍN, Concepción: *op. cit.* p.p. 66-67.

sola voluntad. Quizás en castellano el término que puede utilizarse es el de *desistimiento* como lo propone en la doctrina nacional Benito Sansó y que corresponde al vocablo italiano *recesso*, pero muy bien podría ser otro, como *resiliación*, del francés *résiliation*, propuesto por los hermanos Mazeaud, o *arrepentimiento unilateral* utilizado en la doctrina nacional por Mélich-Orsini, o *retractación* propuesto en la doctrina francesa por Mirabail y utilizado en el artículo 73 de la LEDEPABIS. En cualquier caso esta es una materia donde falta una claridad de conceptos tanto en la ley, como por parte de la doctrina y la jurisprudencia.

Por nuestra parte, como indicamos poco antes, utilizaremos las denominaciones retractación o desistimiento para designar a la figura objeto de nuestro estudio, por ser el primero el vocablo empleado por el legislador y por estar el segundo reconocido por el uso forense. Pero antes indicaremos las principales diferencias existentes entre el desistimiento consagrado en el artículo 73 de la LEDEPABIS y otros medios de terminación de los contratos.

IV. DIFERENCIAS CON OTROS MEDIOS DE TERMINACIÓN DE LOS CONTRATOS

El derecho de desistimiento o de retractación previsto en el artículo 73 de la LEDEPABIS guarda estrechas relaciones con otros medios de terminación de los contratos, como la revocación, la resolución y la rescisión de los que conviene diferenciarlo. Asimismo, conviene distinguir entre el derecho de desistimiento que la LEDEPABIS le reconoce al consumidor y el clásico derecho de desistimiento de la teoría general de las obligaciones que recoge el Código Civil.

1) Desistimiento y revocación

1. La revocación es una causa sobrevenida de ineficacia de un negocio jurídico válido y perfecto, por voluntad de su otorgante; y se reserva para los negocios jurídicos unilaterales, como el testamento, o los contratos unilaterales gratuitos, como la donación¹⁷. El desistimiento que

17 Cfr. ROMANO, Salvatore: *La revoca degli atti giuridichi privati*. Padova, 1935 p.p. 6 y ss. y 188 y ss.; ROMANO, Salvatore: Voz "Revoca" (Diritto Privato) en *Novissimo Digesto Italiano* Vol. XV. Torino, 1968. p.p. 812-817. Acerca de las diferencias entre

consagra el artículo 73 de la LEDEPABIS es un medio de terminación de los contratos de adhesión entre proveedores y consumidores y se aplica, por tanto, a los contratos bilaterales como la compra-venta de bienes y la prestación de servicios.

2. La revocación puede ser *ad nutum*, como en el caso del testamento, o por las causas que señala la ley, como en el caso de la donación. En cambio, el desistimiento consagrado en la LEDEPABIS requiere siempre la expresión de una justa causa.

3. La revocación, en principio, solo opera hacia el futuro, no afecta las prestaciones cumplidas con anterioridad a esa revocación, prestaciones que son válidas y producen todos sus efectos¹⁸. En cambio, los efectos del desistimiento del contrato de adhesión se retrotraen al momento de la perfección del contrato (efectos *ex tunc*). Por consiguiente, si el consumidor ejercita el derecho de retractarse del contrato celebrado, este deviene ineficaz *ex tunc* con efectos retroactivos, debiendo el consumidor reintegrar la cosa recibida y el proveedor el precio, con lo cual las partes vuelven a la situación en que se encontraban con anterioridad a la celebración del contrato (*infra*, N° X,1).

2) Desistimiento y resolución

1. La resolución es la terminación de un contrato bilateral motivada por el incumplimiento culposo de una de las partes (Código Civil, artículo 1.167)¹⁹. En cambio, el desistimiento no depende del incumplimiento culposo por parte del proveedor y le permite al consumidor poner fin al contrato, independientemente de que el proveedor haya cumplido o no con las obligaciones que le impone el contrato de adhesión celebrado.

revocación y desistimiento, véase: LUMINOSO, A.: *Il mutuo dissenso*. Milano, 1980. p. 50. En la doctrina nacional, Benito Sansó afirma que la revocación es incompatible con los contratos bilaterales que pueden extinguirse por mutuo consentimiento de las dos partes (*disolución*), pero no por revocación unilateral de una de ellas (SANSÓ, Benito: *La revocación en el derecho privado <con especial referencia a la revocación de las disposiciones testamentarias>*. Universidad Central de Venezuela. Colección Tesis Doctoral. N° 1. Caracas, 1970. p. 30)

18 Cfr: ROMANO, Salvatore: *La revoca...* cit. p. 371; SANSÓ, Benito: *Ibidem*. p.p. 97-99.

19 En relación con la resolución del contrato, en la doctrina nacional, véase: MÉLICH-ORSINI, José: *La resolución del contrato por incumplimiento*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Serie Estudios N° 59. Caracas, 2003.

2. La resolución no depende de la sola voluntad de una de las partes, sino que es motivada por el incumplimiento culposo de la otra parte. En cambio el desistimiento pone fin al contrato por voluntad unilateral del consumidor.

3. Como principio de carácter general, los efectos retroactivos de la resolución se producen tanto entre las partes como con respecto a los terceros. En cambio, la terminación del contrato de adhesión por el desistimiento del consumidor no afecta los derechos de los terceros, como, por ejemplo, los terceros sub-adquirentes o los acreedores del consumidor.

3) Desistimiento y rescisión

1. La rescisión en un medio de terminación de los contratos que se produce en caso de lesión. La lesión resulta de una desproporción existente entre las prestaciones de las partes en el momento de la celebración del contrato²⁰. La rescisión le permite a la parte afectada por la prestación lesiva pedir la terminación del contrato, en los casos expresamente autorizados por la ley (Código Civil, artículo 1.350)²¹. El desistimiento no tiene nada que ver con la desproporción existente entre las prestaciones de las partes del contrato de adhesión, en detrimento del consumidor. Es un medio de terminación del contrato que le permite al consumidor poner fin al contrato por su voluntad unilateral, si existe una justa causa que fundamente su decisión, independientemente de que su prestación resulte desproporcionada o no en relación con la prestación del proveedor.

20 Cfr. TERRÉ, François, SIMLER, Philippe y LEQUETTE, Yves: *Droit Civil. Les Obligations*. Dalloz. París, 2005. p.p. 320-321.

21 La doctrina nacional es conteste en el sentido de que la *rescisión por causa de lesión* es un remedio excepcional que solo puede invocarse en los casos expresamente contemplados por la ley, en ningún otro. Al respecto, véase: BERNAD MAINAR, Rafael: *Derecho Civil Patrimonial. Obligaciones*. Tomo II. Universidad Central de Venezuela. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Caracas, 2006. p.p. 315-316, MADURO LUYANDO, Eloy y PITTIER SUCRE, Emilio: *Curso de Obligaciones. Derecho Civil III*. Tomo II. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas, 2009. p.p. 757-758; MÉLICH-ORSINI, José: *Doctrina General...* cit. p. 145. Para un análisis de los supuestos de lesión expresamente previstos en la legislación venezolana, véase: RODNER, James Otis: *El dinero. Obligaciones de dinero y de valor. La inflación y la deuda en moneda extranjera*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Centro de Investigaciones Jurídicas. Caracas, 2005. p.p. 644-667.

2. La rescisión es un medio subsidiario de impugnación de los contratos que solo opera a falta de otro recurso capaz de colocar a las partes en situación de equilibrio. El desistimiento del contrato de adhesión por parte del consumidor no tiene carácter subsidiario. El consumidor puede retractarse independientemente de que tenga o no a su disposición otros recursos para impugnar el contrato de adhesión (*infra*, N° X I).

3. Al igual que ocurre en el caso de que el consumidor se retracte del contrato de adhesión celebrado, el efecto fundamental que se produce en el caso de rescisión por lesión es la obligación de las partes de devolverse las prestaciones recíprocas que han recibido. Cabe anotar, sin embargo, que la rescisión por lesión, con estos efectos, solo se produce en Venezuela en los casos de partición de herencia, partición de la comunidad y en la liquidación de sociedades. En los demás casos de lesión previstos en la ley, solo se puede pedir la revisión de las prestaciones o, en su caso, los daños y perjuicios²².

4) Desistimiento del contrato por el consumidor y desistimiento previsto en el Código Civil

Existen diferencias importantes entre el clásico derecho de desistimiento como medio de terminación unilateral de algunos contratos que recoge el Código Civil y el derecho de desistimiento o de retractación del contrato de adhesión por el consumidor que consagra el artículo 73 de la LEDEPABIS. A continuación indicamos los principales rasgos diferenciales.

1. El desistimiento es la facultad atribuida a una de las partes de poner fin al contrato por su sola voluntad. Es un medio de terminación de determinados contratos por voluntad unilateral de una de las partes. La terminación del contrato, como regla general, opera por una declaración unilateral de voluntad ejercitable *ad nutum*, es decir, no requiere para su ejercicio la expresión de una justa causa²³. La facultad de terminación de

22 Cfr. RODNER, James Otis: *Ibidem*. p. 639.

23 En la moderna doctrina italiana Caringella y De Marzo distinguen entre el desistimiento (*recesso*) ordinario o *ad nutum* que atribuye al contratante la facultad de desligarse unilateralmente del contrato y el desistimiento extraordinario que requiere la expresión de una justa causa y que solo opera en los contratos a tiempo determinado (CARINGELLA, Francesco y DE MARZO, Giuseppe: *Manuale di Diritto Civile* (Vol. III). Il Contratto. Giuffrè Editore. Milano, 2008. p.p.1044-1048).

la relación obligatoria es, en principio, enteramente libre. El contratante ejerce su derecho de poner fin al contrato sin necesidad de motivar su decisión o ampararse en una justa causa²⁴. En cambio, el ejercicio del derecho de desistimiento que consagra la LEDEPABIS está sujeto a la expresión de una justa causa. El consumidor solo puede retractarse del contrato de adhesión cuando media una *justa causa* que fundamente su decisión (LEDEPABIS, artículo 73). La facultad de poner fin al contrato no queda sujeta al libre arbitrio o determinación del consumidor, sino que tiene que ampararse en una circunstancia que lo justifique (*infra*, N° VIII,5). No es ejercitable *ad nutum*.

2. En algunos casos la ley requiere para el ejercicio del derecho de desistimiento el cumplimiento de un preaviso (contrato de trabajo); en otros casos quien desiste del contrato tiene que pagar a su co-contratante una indemnización pecuniaria o resarcirle los daños y perjuicios que el desistimiento le produzca (contrato de obras), de manera que la parte que soporte el ejercicio de esta facultad quede indemne. En cambio, el derecho de desistimiento que tiene el consumidor no requiere el cumplimiento de estos requisitos: el consumidor tiene derecho de poner fin al contrato de adhesión celebrado dentro del plazo que señala la ley, sin tener que indemnizar al proveedor. El ejercicio de este derecho es, además, gratuito para el consumidor y no puede acarrearle penalidad alguna (*infra*, N°s VIII,7 y IX,6).

En el mismo sentido: MANCINI, G.F.: *Il recesso unilaterale e i rapporti di lavoro. Individuazione della fatiscie. Il recesso ordinario*. Giuffrè Editore. Milano, 1962. p. 205. En el mismo sentido, Bianca expresa: "El poder de desistimiento ordinario, convencional o legal, es un poder arbitrario que la parte puede ejercer libremente sin que sea necesario dar una justificación con el respeto, claro está, del principio de buena fe." (BIANCA, C. Massimo: *op. cit.* Vol. III. p. 764). En la doctrina española, Díez-Picazo expresa que el desistimiento es la facultad que la ley concede "a una de las partes o a ambas, que les permite poner fin a la relación obligatoria existente, mediante un acto enteramente libre y voluntario que no tiene que fundarse en ninguna causa especial." (DÍEZ-PICAZO, Luis: *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*. Vol. II. Madrid, 2009. p. 1086).

24 Desde luego, el ejercicio del derecho de desistimiento puede engendrar responsabilidad civil cuando se lo ejercita con la intención de dañar a la otra parte o excediendo los límites de la buena fe o del objeto en vista del cual se ha conferido ese derecho (Código Civil, artículo 1.185, primer aparte).

3. La terminación del contrato por el desistimiento unilateral de una de las partes tiene eficacia *ex nunc*, opera solo para el futuro. No afecta ni elimina las prestaciones cumplidas con anterioridad. Las partes no tienen que restituirse las prestaciones anteriores a la terminación del contrato, las cuales producen todos sus efectos²⁵. En cambio la terminación del contrato de adhesión como consecuencia de la retractación del consumidor tiene eficacia *ex tunc* y las partes tienen que devolverse recíprocamente lo que hubieren percibido por razón del contrato. El desistimiento por parte del consumidor elimina pues las prestaciones cumplidas con anterioridad mediante la mutua restitución de las mismas (LEDEPABIS, artículo 73) (*infra*, N° X,2).

4. A veces el desistimiento se atribuye a ambas partes (caso del mandato); en cambio, el derecho de desistir del contrato de adhesión a que se contrae el artículo 73 de la LEDEPABIS solo se atribuye al consumidor que es el único legitimado para su ejercicio. La ley sanciona con la nulidad la estipulación contenida en un contrato de adhesión que atribuya al proveedor la facultad de desligarse unilateralmente del contrato (LEDEPABIS, artículo 74 numeral 6).

5. A diferencia de lo que ocurre con el clásico derecho de desistimiento como medio de terminación de los contratos, el desistimiento del contrato de adhesión por parte del consumidor tiene un indiscutible carácter imperativo y es, por tanto, irrenunciable e inderogable por la voluntad de las partes (arg. *ex arts.* 2, 8 <numeral 13>, 73 y 74 <numeral 2> de la LEDEPABIS).

Estas diferencias han llevado a un sector de la doctrina a establecer una separación total entre este derecho de desistimiento del consumidor y el derecho de desistimiento de la teoría general del Derecho de las Obligaciones²⁶.

25 *Cfr.* GARCÍA VICENTE, José Ramón: *Ley de Contratos Celebrados Fuera de Establecimientos Mercantiles. El Derecho de Revocación*. Editorial Aranzadi. Pamplona, 1997 p.142; RODRÍGUEZ MARÍN, Concepción: *op. cit.* p. 214.

26 En tal sentido, véase: BELUCHE RINCÓN, Iris: *op. cit.* p. 28. En contra, ÁLVAREZ MORENO, María Teresa: *El desistimiento unilateral en los contratos con condiciones generales*. Madrid, 2000. p. 22; GARCÍA VICENTE, José Ramón: *op. cit.* p. 140 y ss.; KLEIN, M.: *El desistimiento unilateral del contrato*. Editorial Civitas. Madrid, 1997. p. 312.

A nuestro modo de ver, como el artículo 73 de la LEDEPABIS le permite al consumidor desligarse del contrato por su sola voluntad, nos encontramos ante la figura del derecho de desistimiento como medio de terminación del contrato por la voluntad unilateral de una de las partes. Esto es así cuando la ley supedita el derecho que tiene el consumidor de retractarse del contrato de adhesión celebrado al cumplimiento de determinados requisitos. Se trata pues de una modalidad particular de desistimiento como medio de terminación del contrato de adhesión por la voluntad unilateral del consumidor

V. DERECHO DE DESISTIMIENTO Y PERFECCIONAMIENTO DEL CONTRATO

El derecho de desistimiento plantea la cuestión de la determinación del momento del perfeccionamiento del contrato de adhesión respecto del cual puede desligarse el consumidor. ¿El contrato se forma el día de la firma del documento contractual a que se refiere el artículo 73 de la LEDEPABIS?, o por el contrario, ¿debe entenderse que el contrato se perfecciona el día siguiente a aquel en que caduca el plazo que tiene el consumidor para retractarse del contrato sin que este haya ejercido su derecho? Como fácilmente puede apreciarse, esta cuestión incide en el momento en que se produce la transmisión de la propiedad, así como en la determinación de quién debe soportar los riesgos de la cosa objeto del contrato.

La doctrina se encuentra dividida al respecto.

Según algunos autores, el derecho de desistimiento nos coloca ante un supuesto de formación sucesiva del contrato. El contrato solo se entiende perfeccionado cuando haya transcurrido el plazo que tiene el consumidor para desistir del contrato; por ello, la declaración de voluntad del consumidor no es definitiva ni está perfectamente emitida hasta que transcurra el plazo y no se retracte; y, correlativamente, durante ese plazo la declaración de voluntad del proveedor es irrevocable *ex lege*. La formación del contrato queda pues diferida hasta la finalización del plazo durante el cual es ejercitable esta facultad. Nos encontramos, se afirma, ante un proceso progresivo de formación de la voluntad contractual, en el cual la firma del contrato por parte del consumidor no es más que una etapa en ese proceso de formación del consentimiento contractual

que solo se entenderá perfeccionado cuando haya transcurrido el plazo durante el cual el consumidor puede ejercitar su derecho de retractarse sin haberlo hecho²⁷.

De acuerdo con estos autores, no puede admitirse que la firma equivalga a aceptación puesto que, si ese fuere el caso, se tendría que un contrato ya perfecto puede destruirse si se ejercita la facultad de retractación, lo que atenta contra el principio de la fuerza obligatoria de los contratos que consagra el artículo 1.159 del Código Civil²⁸.

Según otros, el contrato de adhesión se perfecciona desde el momento en que consumidor adherente acepta la oferta del proveedor pre-disponente, momento este que generalmente coincide con el de la firma del contrato. La facultad del consumidor opera sobre un contrato que ya se había perfeccionado en el mismo momento en que el consumidor había aceptado la oferta y manifestado su voluntad. De acuerdo con las reglas generales que rigen la formación de los contratos, se afirma, el perfeccionamiento del contrato tiene lugar en el mismo instante en que el consumidor firma el contrato adhiriéndose a la oferta vinculante del proveedor, de manera que el derecho de desistimiento que asiste al consumidor opera sobre un contrato que ya era perfecto y del cual traía su causa. Es obvio, se dice, que cuando no se ejercita la facultad legal de desistimiento, el contrato no requiere de ningún elemento adicional para la producción de todos sus efectos, por lo que debe considerarse que había sido ya válidamente celebrado²⁹.

Por último, otros autores consideran que en el supuesto bajo examen no estamos en presencia de un contrato ya perfeccionado del cual pueda desligarse el consumidor sino que nos encontramos ante una *opción de*

27 Al respecto, véase: BAILLOD, R.: *op. cit.* p.p. 227 y ss.; CALAIS-AULOY, J.: *Droit de la consommation... cit.* p.p. 79-80; GHESTIN, J. y DESCHE, B.: *Traité des Contrats. La Vente.* L.G.D.J. París, 1990. p.p. 314-318; HUET, Jérôme: *op. cit.* p. 122.

28 LLOBET I AGUADO, Joseph: *op. cit.* p. 153.

29 Al respecto, véase: ÁLVAREZ MORENO, María Teresa: *op. cit.* p. 266; BELUCHE RINCÓN, Iris: *op. cit.* p. 50; GALLEGO DOMÍNGUEZ, Ignacio: "Derecho de desistimiento" en *La Defensa de los Consumidores y Usuarios. Comentario sistemático del texto refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007.* Obra colectiva dirigida por Manuel Rebollo Puig y Manuel Izquierdo Carrasco. Iustel. Madrid, 2011. p.p. 1247-1248, KLEIN, M.: *op. cit.* p. 280. En el mismo sentido se pronuncia la doctrina citada en la nota 55 de este trabajo.

compra que el proveedor se obliga a mantener a favor del consumidor, opción esta que se entiende ejercitada por efecto de la mera inercia del comprador durante todo el tiempo que tiene para retractarse de acuerdo con la ley. Por lo cual, se afirma, el contrato con el consumidor no se perfeccionará hasta el momento en que este, de un modo expreso o tácito, manifieste su intención de consumir el contrato propuesto³⁰.

Por lo que al Derecho venezolano concierne, el contrato se perfecciona desde en el momento en que concurren los requisitos legales para su formación conforme a lo dispuesto en el artículo 1.137 del Código Civil, esto es, cuando se entrecruzan la oferta y la aceptación. En la práctica, si se trata de un contrato de adhesión este queda perfeccionado desde el momento en que el consumidor acepta la oferta del proveedor predisponente, sin que por el hecho de que exista una facultad de desistimiento del consumidor adherente, pueda entenderse que se produzca un supuesto de perfección diferida o escalonada del contrato hasta que transcurra el plazo de ejercicio de la facultad de desistimiento. Ninguna disposición legal permite suponer que el perfeccionamiento del contrato se demora hasta la expiración del plazo que tiene el consumidor para desistir del mismo. Por el contrario, la definición legal del derecho de desistimiento que trae el artículo 73 de la LEDEPABIS alude a la facultad del consumidor o usuario “de retractarse del contrato de adhesión”. Se trata, por tanto, de poner fin a un contrato ya celebrado, perfeccionado y nacido a la vida jurídica. Nos encontramos pues en presencia de un contrato ya formado y perfeccionado, del cual puede legalmente desistir el consumidor.

Como principio de carácter general, el hecho de que la ley consagre un derecho de desistimiento no aplaza *per se* ni la formación ni la ejecución del contrato. Cuando el artículo 73 de la LEDEPABIS prescribe que en el caso de que el consumidor ejercite esta facultad se le restituirá el precio pagado, presupone que ya el contrato se ha perfeccionado y ejecutado durante el plazo del desistimiento. Es decir, la ley parte del

30 Al respecto, véase: GABRIELLI, G. e PADOVINI, F.: *op. cit.* § 5; FERNÁNDEZ-ALBOR BALTAR, Ángel: “El derecho de revocación del consumidor en los contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles: algunos problemas derivados de la Ley 26/1991” en *Revista de Derecho Mercantil* N° 28. Madrid, 1993. p.p. 604.

supuesto de que el contrato del cual desiste el consumidor o usuario ya se ha consumado y producido todos sus efectos³¹.

Con respecto al argumento de que esta posición atenta contra el principio de la fuerza obligatoria del contrato consagrado en el artículo 1.159 del Código Civil, basta con señalar que se trata de una excepción a este principio consagrada en el artículo 73 de la LEDEPABIS que se justifica por una necesidad excepcional de proteger los intereses del consumidor que ha celebrado un contrato de adhesión con el proveedor.

Los contratos, dice el artículo 1.160 del Código Civil, obligan no solamente a cumplir lo expresado en ellos, sino a todas las consecuencias que se derivan de los mismos contratos, según la equidad, el uso o la ley. Pues bien, la facultad de retractación está integrada en el contenido del contrato ya que es precisamente la ley la que permite (*rectius*: impone) en determinados contratos la posibilidad de ejercitar la facultad de retractación.

Además, la práctica comercial, la inmediata exigibilidad de las recíprocas prestaciones y el mantenimiento del contrato ante el silencio del consumidor, nos llevan igualmente a concluir que el contrato se perfecciona conforme a las reglas generales y que la ulterior decisión del comprador puede libremente deshacer el vínculo. Como se indica poco más adelante, estamos ante un contrato sometido a la condición resolutoria de que el consumidor, por una justa causa, se retracte del contrato ya celebrado (*infra*, N° VII).

Por lo antes expuesto tampoco puede ser admitido en Venezuela el criterio según el cual un contrato de adhesión celebrado con el consumidor constituye una opción de compra. Según se deduce del contrato de opción, el proveedor se obliga única y exclusivamente a mantener su oferta mientras el consumidor agota su plazo de reflexión, pero ¿de dónde surge entonces la obligación del proveedor de entregar el bien

31 La situación es diferente en otros ordenamientos como, por ejemplo, en Francia donde la mayor parte de los textos legales que consagran un derecho de retractación por parte del consumidor prohíben cualquier acto de ejecución del contrato por parte del consumidor antes de la expiración del plazo que él tiene para desistir, lo que da pie a que un sector de la doctrina francesa considere que el derecho de retractación nos coloca ante un supuesto de formación progresiva del contrato. Al respecto, véase: RZEPECKI, Nathalie: *op. cit.* p.p. 115-116, especialmente, las notas 401-403.

objeto del contrato, antes de que expire el plazo que tiene el consumidor para retractarse?

Pero adicionalmente en el contrato de opción, el optante debe ejercitar la opción y ese ejercicio extingue el primer contrato (el de opción) y perfecciona el contrato posterior (compra-venta, por ejemplo); en cambio, en los contratos de adhesión celebrados con los consumidores, como se dijo, nada de esto ocurre. El contrato se perfecciona desde que se produce el encuentro de voluntades lo que generalmente ocurre en el momento en que el vendedor y el comprador firman el documento contractual exigido por la ley. Ninguna actuación posterior por parte del consumidor se requiere para perfeccionar el contrato. Al contrario, si existe una actuación del consumidor y este ejercita su derecho de desistir del contrato, el contrato se extingue. No es pues el perfeccionamiento del contrato lo que está en manos del consumidor, sino su extinción.

De ahí la imposibilidad de considerar como un contrato de opción, el contrato de adhesión celebrado con un consumidor.

VI. FUNDAMENTO DEL DERECHO DE DESISTIMIENTO DEL CONSUMIDOR

El derecho de desistimiento encuentra su justificación en la necesidad de proteger al consumidor que es la parte contratante que ocupa una clara situación de inferioridad y vulnerabilidad en la relación de consumo. El derecho de retractación constituye, sin duda, una fórmula jurídica peculiar puesta al servicio de la parte contratante débil³². Constituye un mecanismo de protección del consentimiento contractual prestado por el consumidor que celebra un contrato de adhesión con el proveedor. Por medio del derecho de desistimiento, se trata de evitar que un consentimiento contractual, prestado en una situación precipitada o poco meditada, despliegue los mismos efectos que un consentimiento manifestado en un contrato ordinario (*contrato paritario*) donde ambas partes conjuntamente fijan y determinan el contenido del contrato, colocadas en un plano de igualdad³³. La ley intenta reequilibrar la débil posición

32 Cfr. BAILLOD, R.: *op. cit.* p. 232; VERMANDET, L.: *La protection de l'intégrité du consentement dans la vente commerciale*. Grenoble, 1976. p. 172 y ss.

33 Cfr. CHARDIN, N.: *Le contrat de consommation de crédit et l'autonomie de la volonté*. L.G.D.J. París, 1988. p.p. 62 y ss.

contractual del consumidor y evitar que el proveedor –autor exclusivo del clausulado contractual – haciendo valer su posición de dominio, arranque un consentimiento contractual que no se ha formado correctamente o se ha prestado de manera apresurada, dada la modalidad de la contratación empleada³⁴.

El derecho de retractación se articula como un mecanismo previsto por la ley que le permite al consumidor que ha celebrado un contrato de adhesión con el proveedor retirar al consentimiento que aquel ha prestado la fuerza obligatoria que le otorga la ley y así extinguir el contrato. Por ello puede afirmarse que el derecho de desistimiento constituye una excepción a la regla de la fuerza obligatoria de los contratos consagrada en el artículo 1.159 del Código Civil³⁵.

En otros ordenamientos, como se dijo, el derecho de desistimiento constituye más bien un mecanismo preventivo que impide la formación del contrato durante un periodo de reflexión que establece la ley³⁶, sobre todo en aquellos casos en los cuales el consumidor ha podido ser sorprendido al momento de prestar su consentimiento como ocurre en casos de ventas a domicilio, o forzado a aceptar la propuesta del vendedor como ocurre cuando la venta es financiada por el proveedor o cuando el consumidor solo tiene un conocimiento superficial del objeto adquirido, como en el caso de las ventas concluidas por teléfono o por medios electrónicos³⁷. El derecho de desistimiento se articula entonces como una derogación de la regla del perfeccionamiento del contrato por el mero encuentro de voluntades que consagra el artículo 1.137 del Código Civil y no, como

34 *Cfr.* MIRANDA SERRANO, L.M.: *Los contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles. Su caracterización en el Derecho español*. Madrid, 2001. p.p. 58 y ss.

35 *Cfr.* RZEPECKI, Nathalie: *op. cit.* p.p. 109-110.

36 Ese es el sistema que sigue la Ley francesa N° 11164 del 22 de diciembre de 1972 sobre ventas a domicilio cuyas disposiciones fueron incorporadas en el Código del Consumo. Al respecto, véase: HUET, Jérôme: *op. cit.* p. 122. Es, asimismo, según Fernández-Albor, el criterio que parece adoptar el artículo 5.1. de la Ley española 26/1991 de Protección de los Consumidores en caso de Contratos Celebrados Fuera de los Establecimientos Mercantiles del 21 de noviembre de 1991, cuando regula el derecho de desistimiento del consumidor en este tipo de ventas (FERNÁNDEZ-ALBOR BALTAR, Ángel: *op. cit.* p. 599, especialmente, la nota 33).

37 Al respecto, véase: BAILLOD, R.: *op. cit.* p. 241; HUET, Jérôme: *op. cit.* p. 124; MIRABAIL, Solange: *op. cit.* p.p. 129-130.

ocurre en nuestro ordenamiento, como una derogación de la regla de la fuerza obligatoria de los contratos que consagra el artículo 1.159³⁸.

A nuestro modo de ver, esta segunda alternativa que siguen otras legislaciones es la que mejor se adapta a la realidad de los hechos, sobre todo si se tiene en cuenta que el consumidor tiene el derecho de retractarse del contrato porque su consentimiento no obedece a una voluntad lo suficientemente meditada y libre. Siendo esto así, lo lógico es no otorgar a dicho consentimiento el efecto de perfeccionar el contrato que posee cuando ha sido suficientemente meditado y libre. Pero este no es el sistema que adopta la ley venezolana (*supra*, N° V).

Además, se afirma, el reconocimiento de esta facultad unilateral de poner fin al contrato constituye un incentivo para evitar comportamientos empresariales abusivos al tiempo que propicia la confianza del consumidor en algunas modalidades de contratación que resultan, por tanto, fortalecidas³⁹.

VII. NATURALEZA

La doctrina discute si los contratos en los cuales el consumidor tiene el derecho de retractarse deben considerarse contratos sometidos a término inicial o final, o celebrados bajo condición suspensiva o resolutoria, o si pueden equipararse a contratos sujetos a ensayo previo o prueba.

En nuestro concepto, tales contratos no pueden considerarse *contratos sometidos a término inicial o final*, puesto que la característica del término es que se sabe con certeza que ocurrirá y en los contratos en los cuales el consumidor tiene el derecho de retractarse, el contrato depende de algo que puede o no ocurrir (*incertus an*) porque, aunque se conozca la duración del plazo de que dispone el consumidor para ejercitar su derecho, no se sabe si este decidirá ejercitarlo o no⁴⁰.

38 Cfr. CALAIS-AULOY, J.: *La loi sur le démarchage à domicile et la protection des consommateurs*. Recueil Dalloz, 1973. Chronique. p. 266.

39 CLEMENTE MEORO, Mario E.: *El ejercicio del derecho de desistimiento en los contratos a distancia*. Revista de Derecho Privado. Madrid, 2006. p. 164.

40 Cfr. ÁLVAREZ MORENO, María Teresa: *op. cit.* p. 131; BELUCHE RINCÓN, Iris: *op. cit.* p. 52.

Tampoco pueden considerarse *contratos sometidos a condición suspensiva* porque la condición suspensiva es un acontecimiento futuro e incierto del cual depende el nacimiento o la eficacia plena de un derecho y en los contratos bajo examen, como se dijo atrás, el derecho de desistimiento opera sobre un contrato ya perfeccionado que tiene eficacia inmediata desde el momento de su celebración⁴¹. Por la misma razón, tampoco pueden equipararse estos contratos a una *venta sometida a ensayo previo*⁴². Como es bien sabido, en las ventas sujetas a ensayo previo el contrato queda sujeto a que la cosa sea ensayada y a que el ensayo demuestre que es apta para el uso a que está destinada, todo lo cual constituye una condición suspensiva (Código Civil, artículo 1.478)⁴³. Además, el derecho de desistimiento es ejercitable siempre y cuando exista una justa causa, independientemente de que la cosa sea apta o no para el uso a que está destinada⁴⁴.

Como estamos ante contratos perfeccionados y eficaces, tampoco pueden equipararse los mismos a ventas *ad gustum*⁴⁵ ya que cuando se conviene en una venta *ad gustum* “no queda perfecta la venta hasta que el comprador no haya hecho conocer su aceptación en el plazo fijado por la convención o por el uso” (Código Civil, artículo 1.477). En las ventas

41 Cfr. CHRISTIANOS, Vassili: “Plazos de reflexión. Una evaluación teórica” en *Estudios sobre el Consumo* N° 25. Diciembre, 1992. p.p. 51-52.

42 Cfr. GALLEGO DOMÍNGUEZ, Ignacio: *op. cit.* p. 1249.

43 Cabe hacer notar, sin embargo, que aun cuando en el artículo 1588 del Código Civil francés, al igual que en el artículo 1478 del Código Civil venezolano, se indica claramente que la venta sujeta a ensayo previo es una venta sometida a *condición suspensiva*, en la doctrina francesa, Collart Dutilleul y Delebecque sostienen que dichas ventas no constituyen ventas sometidas a condición suspensiva porque esta construcción no explica satisfactoriamente la facultad que tiene el comprador de servirse de la cosa por un tiempo determinado; por lo cual, estos autores consideran que estas ventas solo pueden explicarse como ventas sometidas a condición resolutoria (lo que justifica el uso de la cosa *pendente conditione*), o como contratos sujetos a un derecho de rescisión unilateral. (COLLART DUTILLEUL, François y DELEBECQUE, Philippe: *Contrats Civils et Commerciaux*. Éditions Dalloz. París, 1991. p. 69).

44 Cfr. RZEPECKI, Nathalie: *op. cit.* p. 114, especialmente, la nota 399 y la doctrina francesa allí citada.

45 Cfr. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A.: “La defensa contractual del consumidor en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios” en BERCOVITZ, R. y BERCOVITZ, A.: *Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores*. Editorial Tecnos. Madrid, 1987. p. 206.

ad gustum, además, el comprador no llega a ser propietario de las cosas sino cuando las ha degustado y encontrado de su agrado y notificado de ello al vendedor. Solo entonces se perfecciona la compra-venta y se trasladan los riesgos al comprador⁴⁶. En cambio, en las ventas en las cuales el consumidor tiene el derecho de retractarse, este se hace propietario por efecto del consentimiento legítimamente manifestado y, por ende, corre con los riesgos de la cosa vendida de inmediato desde el momento en que ha consentido en la venta (Código Civil, artículo 1.161) o, si se trata de una venta de cosas *in genere*, desde el momento en que se efectúa la especificación del género cuando las cosas son “contadas, pesadas o medidas” (Código Civil, artículo 1.475), lo que se produce generalmente con su entrega.

A nuestro modo de ver, estos contratos pueden considerarse *contratos sometidos a una condición resolutoria simplemente potestativa* (o, según algunos, mixta) que determina la extinción retroactiva de un contrato ya perfeccionado y que ha desplegado su eficacia⁴⁷. Dicha condición tiene su fuente en la ley y depende de la voluntad del consumidor adherente y de un hecho o circunstancia que condiciona su voluntad, a

46 Cfr. DEGNI, Francisco: *La Compraventa*. Traducción española y notas de Francisco Bonet Román. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1957. p. 185.

47 En el mismo sentido, en la doctrina francesa, véase: BERNARDEAU, L.: *op. cit.* p. 218. En cambio, otros autores franceses como Doll y Guerin consideran que el derecho de retractación del consumidor constituye un clásico derecho de resolución contractual ejercitable por la voluntad unilateral del consumidor, lo que se explica porque en Francia, a diferencia de lo que ocurre en nuestro ordenamiento, el derecho a retractarse del contrato que tiene el consumidor en los casos legalmente previstos es ejercitable *ad nutum* y no presupone la existencia de una justa causa (DOLL, G. y GUERIN, M.: “Le demarchage et la vente a domicile” en *Juris—Classeur périodique* <Semaine juridique> Édition Générale. 1973 (I). 2524, N° 29). En la doctrina española, García Vicente y Gallego Domínguez consideran que los contratos en los cuales el consumidor puede retractarse son ventas sometidas a una condición resolutoria simplemente potestativa (GARCÍA VICENTE, José Ramón: *op. cit.* p.p. 162-164; GALLEGO DOMÍNGUEZ, Ignacio: *op. cit.* p. 1249). Sin embargo, como se indica poco más adelante, a diferencia de lo que ocurre cuando se cumple la condición resolutoria, la terminación del contrato de adhesión por el ejercicio del derecho de desistimiento por parte del consumidor, no afecta los derechos de los terceros como, por ejemplo, los acreedores del consumidor o los terceros sub-adquirentes (*Infra*, N° X,2a).

saber, la existencia de una justa causa⁴⁸. El acontecimiento que configura la condición resolutoria es pues una declaración de voluntad extintiva, sujeta a la expresión de una justa causa, que debe manifestarse en un plazo máximo de siete días (LEDEPABIS, artículo 73), lo que constituye una condición simplemente potestativa y no puramente potestativa. Como se indica poco más adelante, para el ejercicio del derecho a desistir del contrato, tiene que existir una justa causa, lo que excluye que sea el mero arbitrio del consumidor el que ponga fin al contrato⁴⁹.

48 Esta circunstancia determina que, a diferencia de lo que ocurre en otros ordenamientos, para que se cumpla la condición de la cual depende la suerte del contrato celebrado por el consumidor, se requiere siempre la concurrencia de un elemento externo que condicione su voluntad.

49 Conviene tener en cuenta que el artículo 1.202 del Código Civil según el cual “la obligación contraída bajo una condición que la hace depender de la sola voluntad de aquél que se ha obligado, es nula”, solo se aplica a la condición suspensiva, no a la resolutoria. Cfr. MADURO LUYANDO, Eloy y PITTIER SUCRE, Emilio: *op. cit.* Tomo I. p. 313. Además, como es bien sabido, la condición es *puramente potestativa* y hace nula la obligación cuando el deudor hace depender de su mero arbitrio la voluntad de obligarse; y es, en cambio, simplemente potestativa, y no invalida la obligación, cuando, como ocurre en el supuesto bajo examen, la voluntad del deudor dependa de un complejo de motivos que represente intereses apreciables y que, actuando sobre aquélla, influyan en su determinación aunque sean confiados a la valoración exclusiva del interesado. Cfr. MONTÉS PENADES, V.L.: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*. Vol. XV-1 dirigidos por M. Albadalejo. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1989. p.p. 1053 y 1054.

Por otra parte, según un sector de la doctrina francesa, la precitada disposición legal no es aplicable cuando se hace depender *todo el contrato bilateral* de una condición puramente potestativa. En tal sentido, se afirma que el artículo 1.174 del *Code*, idéntico al artículo 1.202 de nuestro Código Civil, solo prohíbe la condición potestativa a *parte debitori* y no a *parte creditori* y en un contrato sinalagmático cada una de las partes es necesariamente acreedora. Sin embargo, tal y como afirma Carbonnier, frente a esta línea argumental puede replicarse que si cada una de las partes es acreedora, también es, a su vez, deudora; por lo cual, con base en este razonamiento podría más bien declararse la nulidad de toda condición puramente potestativa incluida en un contrato sinalagmático (CARBONNIER, Jean: *Droit Civil*. Tome IV (Les Obligations) 22ª édition. París, 2000. N°s 135 y 137). Sobre la posición de la doctrina italiana en cuanto a la no aplicación en los contratos sinalagmáticos de la disposición que consagra la nulidad de la obligación que dependa de una condición puramente potestativa, véase: RECSGINO, Pietro: Voz “Condizione” (Diritto Vigente) en *Enciclopedia del Diritto*. Vol. VIII. Arese Giuffrè. Milano, 1961. § 33. Consultada en versión electrónica (DVD).

VIII. CARACTERES

El derecho de desistimiento que corresponde al consumidor es un derecho subjetivo de carácter potestativo; presupone la existencia de un contrato de adhesión entre el proveedor y el consumidor; pone fin a un contrato ya perfeccionado; su ejercicio está sujeto a la existencia de una justa causa; es ejercitable en un breve plazo de tiempo; tiene carácter gratuito para el consumidor; y es irrenunciable.

1) Es un derecho subjetivo que corresponde al consumidor

El derecho de desistimiento es un verdadero derecho subjetivo. La propia ley insiste en calificarlo como un *derecho*: “derecho a retractarse del contrato de adhesión” (LEDEPABIS, artículo 73).

Dada la finalidad perseguida con esta figura, la ley no atribuye un derecho análogo al proveedor, a diferencia de otros supuestos de desistimiento que contempla el Código Civil en los cuales se reconoce la facultad de desistimiento del contrato a todas las partes contratantes como, por ejemplo, en el contrato de mandato (Código Civil, artículos 1.704 <ordinales 1º y 2º>, 1.706 y 1.709) y en el contrato de sociedad por tiempo ilimitado (Código Civil, artículos 1.673 <ordinal 5> y 1.677).

De acuerdo con la ley, la estipulación de un contrato de adhesión que autorice al proveedor a rescindir (*rectius*: desistir) unilateralmente del contrato es una cláusula abusiva y, por ende, nula (LEDEPABIS, artículo 74, numeral 6).

2) Tiene carácter potestativo

Dentro de la categoría de los derechos subjetivos, es un derecho de los llamados potestativos⁵⁰ que podemos definir como aquellos derechos

50 Acerca de la configuración de los derechos potestativos como derechos subjetivos, en la doctrina clásica italiana, véase: MESSINA, G.: Voz “Diritti potestativi” en *Nuovo Digesto Italiano* a cura di M. D’Amelio con la collaborazione di A. Azara. Vol. IV. U.T.E.T. Torino, 1938. p.p. 872-879. Cabe hacer notar que, en la doctrina italiana, algunos autores como Barassi consideran que la categoría de los llamados derechos potestativos es muy discutida y cuando se refieren a esta noción prefieren calificarlos como simples facultades o potestades (BARASSI, Ludovico: *Il diritto del lavoro*. Milano, 1959. p. 215., citado por RAVERA, Enrico: *Il recesso... cit.* p.

que no consisten en el aprovechamiento directo de una cosa ni en la conducta inmediata que puede exigirse a un tercero, sino en la facultad que tiene el titular del derecho de crear, modificar o extinguir una determinada relación jurídica, por regla general a través de una declaración unilateral de voluntad recepticia⁵¹. El derecho de desistimiento confiere una facultad de cancelación jurídica que le permite al consumidor influir en una previa relación jurídica, esto es, en el contrato de adhesión celebrado, extinguiéndolo, mediante una declaración unilateral de voluntad notificada a la otra parte contratante⁵².

3) Presupone la existencia de un contrato de adhesión entre el proveedor y el consumidor

Según el artículo 73 de la LEDEPABIS, las personas (entiéndase los consumidores) tienen el derecho a retractarse del contrato de adhesión por justa causa, dentro de un plazo de siete días contados a partir de la firma del mismo o desde la recepción del producto o servicio. El artículo 70 de la LEDEPABIS, por su parte, define al contrato de adhesión en los siguientes términos:

Se entenderá como contrato de adhesión, a los efectos de esta ley, los contratos tipos o aquellos cuyas cláusulas han sido aprobadas por la autoridad competente por la materia o establecidas unilateralmente por la proveedora o el proveedor de bienes y servicios, sin que las personas puedan discutir o modificar sustancialmente su contenido al momento de contratar.

Esta disposición únicamente se refiere a los contratos de adhesión que regulen las relaciones entre *proveedores* y *personas*. Para delimitar el campo de aplicación de las precitadas disposiciones de la LEDEPABIS,

42). En la doctrina española hay quienes consideran que los derechos potestativos constituyen una categoría intermedia entre las simples facultades jurídicas y los derechos subjetivos. Al respecto, véase CASTÁN TOBEÑAS, José: *Situaciones jurídicas subjetivas*. Ediciones Reus. Madrid. 1963. p.p. 39 y ss.

51 Cfr. LARENZ, K.: *Derecho Civil*. (Parte General). Traducción española y notas de M. Izquierdo y Macías-Picaveva. Editorial Revista de Derecho Privado. Jaen, 1978. p.p. 281-284.

52 Cfr. BAILLOD, R.: *op. cit.* p.p. 240-242; GALLEGO DOMÍNGUEZ, Ignacio: *op. cit.* p. 1254; GARCÍA VICENTE, José Ramón: *op. cit.* p.p. 115-116.

conviene tener en cuenta que, según lo dispuesto en el artículo 4 de dicha ley, se entiende por *personas* a toda persona natural o jurídica, de carácter público o privado, organizada o no, que adquiera, utilice o disfrute bienes o servicios de cualquier naturaleza como destinatario final; y por *proveedor*, a toda persona natural o jurídica, de carácter público o privado, que desarrolle actividades en la cadena de distribución, producción y consumo, sean estos importadores, productores, fabricantes, distribuidores, comercializadores, mayoristas o detallistas de bienes o prestador de servicios. De donde resulta que las personas son los consumidores o usuarios, que son los únicos sujetos a quienes la ley denomina impropia-mente personas, puesto que son los consumidores y no otros quienes adquieren bienes y servicios como destinatarios finales.

Por consiguiente, las disposiciones de la LEDEPABIS relativas a los contratos de adhesión no constituyen una regulación legislativa de los contratos de adhesión en protección general de los “adherentes”, como es el caso de la ABG-Gesetz alemana de 1976 o la Ley española sobre Condiciones Generales de la Contratación de 1998, sino unas normas aplicables tan solo a los contratos de adhesión celebrados entre proveedores y consumidores o usuarios⁵³. De ahí que el derecho de retractación previsto en el artículo 73 de la LEDEPABIS no protege a todo adherente que, en razón de su debilidad, se vea en la necesidad de aceptar en bloque el contenido del contrato ya que el ámbito de aplicación de esta norma se circunscribe a las relaciones de consumo derivadas de los contratos de adhesión celebrados entre proveedores y consumidores o usuarios.

En resumidas cuentas, las disposiciones especiales de protección al consumidor contenidas en el Capítulo VIII del Título II de la LEDEPABIS, y entre ellas la que consagra el derecho de desistimiento, no se aplican en aquellos casos en los cuales el contrato de adhesión haya sido celebrado entre dos particulares cuando ninguno de ellos tenga la condición de consumidor como, por ejemplo, cuando se trata de un contrato de compra-venta suscrito entre productores y mayoristas, mayoristas y detallistas y, en general, con toda persona que no sea destinataria final de los bienes y servicios. Mucho menos existe el derecho de desistimiento

53 *Cfr.* MÉLICH-ORSINI, José: “Las particularidades del contrato con consumidores” en *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas* N° 111. Universidad Central de Venezuela. Caracas, 1999. p. 98.

en los contratos de compra-venta de bienes muebles o inmuebles o en los contratos de prestación de servicios entre dos particulares cuando ninguna de las partes sea productor, distribuidor, comercializador o detallista de los bienes y servicios.

4) **Pone fin a un contrato ya perfeccionado**

El derecho de desistimiento presupone que el contrato ya se ha perfeccionado aunque quede afectado por el posible ejercicio de un derecho a retractarse que tiene el consumidor. Por lo cual, como ya dijimos, no se trata de un auténtico plazo de reflexión al final del cual se entenderá formado el contrato, sino de una facultad de que goza durante un determinado tiempo el consumidor para revocar su aceptación y desligarse del contrato ya formado.

El contrato se considera perfeccionado el día en que se logre el concurso de voluntades sobre la cosa y el precio, lo que sucede normalmente el día en que se firma el contrato de adhesión *ex* artículo 73 de la LEDEPABIS. La firma no equivale pues al compromiso de iniciar una reflexión durante un determinado plazo, al final del cual, si nada ha dicho el consumidor, se entiende perfecto el contrato. Es decir, no se trata, como pretenden algunos, de uno de los supuestos en que el silencio tiene el valor de una declaración de voluntad⁵⁴. No hay nada en la ley que así lo indique o haga suponer. Antes por el contrario, según el artículo 73 de la LEDEPABIS, la retractación por parte del consumidor produce como consecuencia la obligación que tienen las partes de restituirse recíprocamente las prestaciones recibidas. Esta disposición pone de manifiesto que la ley estructura el derecho de desistimiento del consumidor como una facultad que opera sobre un contrato perfecto y eficaz, es decir, sobre un contrato ya formado y que, además, ha producido sus efectos y no como un supuesto de suspensión legal del perfeccionamiento del contrato (*supra*, N° V).

54 *Cfr.* MORALES MORENO, Antonio Manuel: "Comentarios al artículo 1265 del Código Civil español" en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*. Tomo XVII. Vol. 1.B. dirigidos por Manuel Albaladejo y Silvia Díaz Alabart. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1993.p. 220. En contra, LLOBET I AGUADO, Joseph: *op. cit.* p. 154.

El contrato se forma en el momento en que se produce el encuentro de las declaraciones de voluntad, de acuerdo con el régimen ordinario de perfeccionamiento de los contratos previsto en el Código Civil. De ahí que el artículo 73 de la LEDEPABIS no constituye una excepción al principio de la formación del contrato por la concurrencia de las declaraciones de voluntad consagrado en la primera disposición del artículo 1.137 del Código Civil, sino al principio de la fuerza obligatoria del contrato consagrado en el artículo 1.159 del Código Civil. No estamos pues en presencia de un contrato de perfección diferida, sino de la posibilidad que tiene el consumidor de declarar extinguido un contrato ya celebrado⁵⁵. Cualquier otra interpretación no concuerda con el texto de la ley. Esta situación produce las siguientes consecuencias: 1) la propiedad de la cosa se transmite al comprador por efecto del consentimiento legítimamente manifestado y no a partir del momento de la expiración del plazo de que dispone el consumidor para retractarse, sin haberlo hecho (Código Civil, artículo 1.161). El contrato produce plenos efectos traslativos desde el día en que se logró el acuerdo de voluntades sobre la cosa y el precio. De ahí que el consumidor no puede considerarse un mero depositario de la cosa hasta que adquiere la propiedad de la misma al vencimiento del período que tiene para retractarse; y 2) el consumidor soporta el riesgo de la pérdida de la cosa pues rige el principio *res perit domino* (la cosa perece para su dueño) y el consumidor es el dueño de la cosa desde el mismo momento en que las partes han manifestado su consentimiento (Código Civil, artículo 1.161) (*infra*, N° X,2,b-6).

En fin, el consumidor por efecto del consentimiento legítimamente manifestado se convierte en verdadero propietario y no en mero depositario de la cosa que adquiere la propiedad al vencimiento del plazo que tiene para retractarse. De donde resulta que en el caso bajo examen la regla *periculum est emptori* es plenamente aplicable al consumidor⁵⁶.

55 Además de los autores citados en la nota 29 *ut. supra*, véase: CHRISTIANOS, Vassili: *Délai de réflexion: théorie juridique et efficacité de la protection des consommateurs* (I). Recueil Dalloz. Sirey, 1991, Chronique VIII. p. 30 (aunque este autor distingue entre el perfeccionamiento y la eficacia del contrato); DOLL, G. y GUERIN, M.: *loc. cit.*; PODDIGUE, Elena: *I contratti con i consumatori. La disciplina delle clausole vessatorie*. Giuffrè Editore. Milano, 2000. p. 190; CABALLERO LOZANO José M^a: "Una compraventa especial: La venta fuera de establecimiento" en *Revista de Derecho Privado*. Diciembre, 1994 p.p. 1051 y 1053.

56 No obstante las vacilaciones de un sector de la doctrina francesa, en el mismo

5) Su ejercicio está sujeto a la existencia de una justa causa

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 73 de la LEDEPABIS, los consumidores tienen el derecho a retractarse del contrato por *justa causa*. El legislador subordina el ejercicio del derecho de desistimiento a la existencia de una circunstancia que lo justifique, la cual denomina *justa causa*. El derecho de retractación que corresponde al consumidor no es pues ejercitable *ad nutum*⁵⁷.

Ciertamente, el derecho de retractación tiene como fundamento garantizar una voluntad absolutamente libre y correctamente formada

sentido expuesto en el texto se pronunció la Primera Cámara en lo Civil de la Corte de Casación Francesa en sentencia del 10 de junio de 1992. Al respecto, véase: RZEPECKI, Nathalie: *op. cit.* p. 117, especialmente, la nota 409.

- 57 La solución legal es diferente en otros ordenamientos. Así, según lo dispuesto en el artículo 68.1 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios española “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.” De acuerdo con esta disposición el derecho de desistimiento es ejercitable *ad nutum*. Su ejercicio depende pues de la libérrima voluntad del consumidor que no tiene que alegar ni probar ninguna causa para el ejercicio de su derecho a desligarse del contrato. Cabe hacer notar, sin embargo, que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 68.2 de dicha ley, este derecho solo le corresponde al consumidor “en los supuestos previstos legal o reglamentariamente” y en los casos en que se le reconozca este derecho en el contrato que celebre con el empresario. Por consiguiente, a diferencia de nuestro sistema que consagra a favor del consumidor el derecho de desligarse – en breve plazo y por justa causa – de cualquier contrato de adhesión celebrado con el proveedor, la legislación española no le atribuye al consumidor un derecho de desistimiento con carácter general por el solo hecho de tener tal condición, puesto que solo existe este derecho en las relaciones contractuales de consumo en las que convencionalmente le haya sido reconocido este derecho al consumidor, o en los casos previstos legal o reglamentariamente como, por ejemplo, en los contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles, en los contratos de venta o prestación de servicios a distancia o por medios electrónicos o por teléfono, en los contratos de venta a plazos, en los contratos de transmisión de derechos de aprovechamiento por turnos, etc. Tampoco las legislaciones francesa e italiana le conceden al consumidor un derecho general de retractación o de receso del contrato suscrito con el profesional, sino que solo se lo conceden en determinados casos como, por ejemplo, en los contratos de venta a domicilio o fuera de los establecimientos comerciales, ventas a distancia o por medios electrónicos, etc. En todos estos casos el derecho de desligarse del contrato es ejercitable *ad nutum*.

por parte del consumidor. Pero la ley no ampara simples cambios de voluntad de los adquirentes.

La doctrina admite que la justa causa debe existir objetivamente; no se trata, por tanto, de una mera circunstancia de orden psicológico e individual; sino que reviste carácter objetivo y se integra al elemento causal del negocio⁵⁸. Por lo cual, no tiene relevancia la vana credulidad o la mera suposición por parte del consumidor que cree que el producto tiene determinadas cualidades de las que carece. No se trata de una justa causa putativa proveniente de un sujeto “que simplemente la considere erróneamente existente”, sino que tiene que fundamentarse en una circunstancia objetiva o, al menos, en un error excusable.

De ahí que la justa causa puede ser objeto de apreciación y revisión por parte del juez de mérito⁵⁹. La circunstancia de que se configure una justa causa que legitime el desistimiento es una cuestión de hecho que deberá ser alegada y comprobada por la parte interesada y que corresponderá en su caso, en definitiva, apreciar a los jueces de instancia sin que la determinación respectiva pueda ser objeto de censura en casación.

Por supuesto, la ley piensa en un desistimiento extrajudicial del contrato. Ahora bien, en aquellos casos en los cuales el proveedor considere que la separación del contrato por parte del consumidor carece de justificación, serán los tribunales los que deberán controlar la existencia de la justa causa invocada. En todo caso, la extinción del contrato se producirá cuando realmente se ejercitó la facultad de retractación, sin que la decisión judicial tenga carácter constitutivo, sino meramente declarativo.

La justa causa, en tanto elemento objetivo, no es solo un elemento del acto de retractación sino que constituye el fundamento de la facultad o derecho potestativo de poner fin al contrato al punto que “si no hay justa causa no existe el derecho y el acto de retractación es nulo por ausencia

58 Cfr. MIRABELLI, G.: “Dei contratti in generale” en *Commentario al Codice Civile*. U.T.E.T. Torino, 1981. p. 225; RAVERA, Enrico: *op. cit.* p. 122.

59 Cfr. BETTI, Emilio: *Teoría General del Negocio Jurídico*. Traducción castellana de A. Pérez Martín. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1959. p. 374, especialmente, la nota 7; MIRABELLI, G.: *Ibidem*; RAVERA, Enrico: *Ibidem*; SANTORO-PASARELLI, Francesco: Voz “Giusta causa” (Diritto Civile) en *Novissimo Digesto Italiano* diretto da A. Azara, e E. Eula. Vol. VII. U.T.E.T. Torino, 1961. p. 1111, especialmente, la nota 4 y la jurisprudencia de la Casación italiana allí citada.

de causa que lo justifique”⁶⁰. No es, por tanto, un elemento sino un presupuesto de la eficacia de la retractación. La justa causa es un hecho que legitima el derecho de separarse del contrato por parte del consumidor⁶¹.

A nuestro modo de ver, son circunstancias que justifican el ejercicio del derecho de desistimiento por parte del consumidor, entre otras, las siguientes: el hecho de que el producto entregado o el servicio prestado no se corresponda con los términos, condiciones, modalidades, garantías y demás circunstancias de lo ofrecido, publicitado o convenido con el consumidor o usuario; la existencia de vicios o defectos; la circunstancia de que el producto haya sufrido desperfectos derivados de un embalaje defectuoso o de un trato inadecuado en el envío del producto o mercancía; la falta de conocimiento directo de lo adquirido en el momento de aceptar la oferta cuando, por ejemplo, la compra-venta se perfecciona a distancia; la decepción del consumidor a la vista del producto comprado cuando, por ejemplo, la compra-venta se perfecciona sobre la base de un catálogo; la indefensión en que ha podido encontrarse el consumidor al celebrar el contrato como consecuencia del elemento de sorpresa y de la presión psicológica que concurre en ese momento, por ejemplo, cuando la venta se celebra en el domicilio del comprador o fuera del establecimiento comercial; la circunstancia de que no se le haya entregado al consumidor el contrato de adhesión antes de su suscripción, etc.

Cabe hacer notar, por último, que puede existir una justa causa que fundamente el desistimiento aun cuando lo entregado se corresponda con lo ofrecido. Así lo da a entender claramente el artículo 73 de la LE-DEPABIS al preceptuar que cuando el bien entregado o servicio prestado tenga características idénticas a las que fueron pautadas en el contrato de adhesión, el consumidor podrá de todas maneras retractarse, en cuyo caso podrá serle descontado del monto a ser restituido, los gastos en que haya incurrido el proveedor en su entrega o instalación, siempre y cuando dichos gastos consten en el presupuesto o factura.

60 Cfr. DISTASO, Nicola.: *I Contratti in Generale*. U.T.E.T. Torino, 1980. p. 331; MIRABELLI, G.: *Ibidem*; RAVERA, Enrico: *Ibidem*. p. 123.

61 Cfr. SANGIORGI, Salvatore: Voz “Giusta causa” (Diritto Privato) en *Enciclopedia del Diritto*. Vol. XIX. Aresse Giuffrè. Milano, 1975. § 3. Consultada en versión electrónica (DVD).

6) Es ejercitable en un breve plazo de tiempo

El consumidor dispone de un plazo de siete días contados a partir de la firma del contrato o desde la recepción del producto o servicio para ejercer el derecho a retractarse del contrato de adhesión celebrado (LEDEBABIS, artículo 73). Transcurrido ese plazo sin haberse ejercido el derecho, el mismo decae automática y definitivamente. Más adelante examinaremos con mayor detalle el tema del plazo de ejercicio del derecho de retractación (*infra*, N° IX-5).

7) No puede acarrear ninguna penalidad para el consumidor

El ejercicio del derecho de desistimiento no puede implicar penalidad alguna para el consumidor. El consumidor por el mero ejercicio de la facultad de desistimiento no ha de sufrir penalidad alguna⁶². Esto es esencial para que el desistimiento cumpla adecuadamente su función.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 74 (numeral 2) de la LEDEPABIS, son nulas las cláusulas o estipulaciones establecidas en el contrato de adhesión que limiten el ejercicio de los derechos que dicha ley les reconoce a los consumidores. Por lo cual, son nulas las cláusulas que impongan al consumidor o usuario una penalización por el ejercicio de su derecho de desistimiento. La ley se opone a que el contrato de adhesión contenga una cláusula por la que se imponga al consumidor el pago de una indemnización – a tanto alzado o de cualquier otra manera – por daños causados al comerciante por el único motivo de que el consumidor haya ejercido su derecho de retractarse del contrato.

A nuestro modo de ver, tampoco podría el proveedor reclamarle al consumidor que haya ajustado su conducta a las exigencias de la buena fe que preside la ejecución de los contratos, una indemnización por el uso del bien adquirido en virtud del contrato de adhesión en el caso de

62 Así lo establece expresamente el artículo 68.1 de la Ley para la Defensa de los Consumidores y Usuarios española cuando señala que el consumidor ejercita su derecho de desistimiento “sin penalización de ninguna clase” y luego agrega “serán nulas de pleno derecho las cláusulas que impongan al consumidor y usuario una penalización por el ejercicio de su derecho de desistimiento”. En nuestra legislación, tal y como se indica en el texto, a la misma solución se llega con base en lo dispuesto en el artículo 74 (numeral 2) de la LEDEPABIS.

que este haya ejercido su derecho de separarse del contrato dentro del plazo establecido⁶³.

8) Es irrenunciable

El artículo 2 de la LEDEPABIS establece la regla general de la irrenunciabilidad de los derechos de los consumidores. Esta es una consecuencia del carácter imperativo que tienen las disposiciones de esta ley. El artículo 74, por su parte, sanciona con la nulidad las cláusulas de los contratos de adhesión que impliquen la renuncia a los derechos de los consumidores y usuarios. De ahí que el derecho a retractarse del contrato de adhesión que los artículos 8 (numeral 13) y 73 de la LEDEPABIS le conceden al consumidor es irrenunciable careciendo de validez cualquier estipulación en contrario.

Como puede fácilmente apreciarse, tratándose de un derecho establecido en protección de la parte débil, que es el consumidor, frente al proveedor que podría fácilmente imponer sus condiciones, la irrenunciabilidad de este derecho es una regla necesaria para asegurar su efectividad⁶⁴. De permitirse dicha renuncia, perdería toda su utilidad el derecho de desistimiento, pues se convertiría en uso muy frecuente su estipulación en los contratos de adhesión. Pero como nada obliga al consumidor a ejercitar esta facultad, es claro que basta con no ejercer el derecho de desistimiento dentro de los siete días siguientes a la firma del contrato, o en su caso, a la recepción del producto, para que el mismo caduque.

No se admite pacto en contra del derecho de retractación ni cláusulas que impongan su ejercicio en condiciones menos ventajosas para el consumidor que las consagradas en el artículo 73 de la LEDEPABIS. Pero, desde luego, nada impide establecer condiciones más ventajosas para el

63 En tal sentido el Tribunal de Justicia Europeo, mediante sentencia de fecha 3 de septiembre de 2009, con base en las disposiciones de la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, se pronunció en contra de que “se establezca con carácter general la posibilidad de que el vendedor reclame al consumidor una indemnización por el uso de un bien adquirido en virtud de un contrato a distancia en el caso de que este haya ejercido su derecho de rescisión (*rectius*: desistimiento) dentro del plazo”. Al respecto, véase un extracto de esta decisión del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en GALLEGO DOMÍNGUEZ, Ignacio: *op. cit.* p. 1279.

64 *Cfr.* BAILLOD, R.: *op. cit.* p. 240.

consumidor como, por ejemplo, aumentando el plazo de duración para el ejercicio del derecho.

IX. EJERCICIO DEL DERECHO DE DESISTIMIENTO

El ejercicio del derecho de desistimiento supone una declaración de voluntad unilateral por parte del consumidor, no personalísima, recepticia y dirigida al proveedor, fundada en una justa causa, debiendo ser hecha en plazo hábil, en principio sin cargo alguno para el consumidor o usuario y realizada en forma libre. Además el proveedor tiene la obligación de informar al consumidor sobre el derecho que le asiste de retractarse del contrato de adhesión celebrado⁶⁵.

1) Declaración unilateral de voluntad del consumidor dirigida a poner fin a un contrato de adhesión

El ejercicio del derecho de desistimiento supone una declaración de voluntad unilateral por parte del consumidor o usuario dirigida a poner fin al contrato de adhesión. Como se dijo, se trata de una declaración de voluntad dirigida a la extinción o desaparición de un contrato de adhesión ya perfeccionado (*supra*, N° V). A dicha manifestación de voluntad le serán aplicables las normas generales sobre capacidad, vicios del consentimiento, revocación, etc.⁶⁶

El ejercicio del derecho de retractación se materializa a través de un acto unilateral del consumidor de poner fin al contrato, sin que en ello influya para nada la voluntad contraria del proveedor⁶⁷. No es necesaria la aceptación del proveedor a quien se dirige tal declaración de voluntad. Este no puede impedir que el consumidor se retracte del contrato de adhesión, cuando su decisión se fundamente en una justa causa (*supra*, N° VIII,2).

La declaración de voluntad de desistir del contrato constituye un negocio jurídico unilateral puesto que el efecto jurídico que ella produce – extinción de una relación jurídica – está determinado por el contenido de

65 Para un examen de la regulación del derecho de desistimiento en el Derecho comparado, véase: JEANPRETRE, R.: “Le droit de repentir” en *Revue de droit suisse*, 1979.p.p. 33 y ss.

66 Cfr. GABRIELLI, G. e PADOVINI, F.: *op. cit.* § 6.

67 Cfr. D'AVANZO, W.: *op. cit.* p. 1032; RAVERA, Enrico: *op. cit.* p. 33.

la declaración de voluntad, esto es, la ley hace depender el efecto jurídico producido, de la manifestación de voluntad del sujeto.⁶⁸ El ordenamiento jurídico reconoce pues a la voluntad del declarante como fundamento y base del efecto producido. Los efectos de la declaración se producen *ex voluntate* y no *ex lege*.

2) No es personalísima

La manifestación de voluntad de retractarse no es personalísima; por lo cual, puede emitirla el propio adquirente por sí o por medio de su representante, sea esta representación de origen legal o convencional. En caso de fallecimiento del adquirente, sus herederos podrán ejercer este derecho, conforme a lo dispuesto en el artículo 1.163 del Código Civil⁶⁹.

3) Es una declaración de voluntad recepticia

El derecho de desistimiento se ejercita a través de una declaración de voluntad recepticia⁷⁰, dirigida al proveedor con el que contrató el consumidor. Si bien el consumidor pone fin al contrato de adhesión retractándose mediante una manifestación unilateral de voluntad, la misma tiene que comunicarse al proveedor para que adquiera existencia jurídica. La declaración de voluntad de retractarse solamente se perfecciona cuando el proveedor adquiere conocimiento de ella; por tanto, para ser eficaz requiere ser notificada al proveedor⁷¹

68 Cfr. CARIOTA-FERRARA, Luigi: *El negocio jurídico*. Traducción castellana de M. Albaladejo García. Madrid, 1956. p.p. 132-133.

69 En la doctrina italiana D'Avanzo admite asimismo que, en caso de enajenación del bien por acto entre vivos, los causahabientes a título particular del titular del derecho de desistimiento, pueden ejercerlo si aún no ha expirado el plazo para su ejercicio (D'AVANZO, W.: *loc. cit.* p. 1033), criterio este que, en la doctrina francesa, Bailloz no comparte (BAILLOZ, R.: *op. cit.* p. 242).

70 Cfr. GALGANO, Francesco: "Degli effetti del contratto" en *Commentario al Codice Civile*, a cura de Scialoja e Branca, libro cuarto (art. 1.373). Società Editrice Il Foro Italiano Zanichelli. Bologna-Roma, 1993. p. 58; RAVERA, Enrico: *op. cit.* p.p. 35-36 y la jurisprudencia de la Casación italiana allí citada. En el mismo sentido, en la doctrina alemana: ENNECCERUS, Ludwig, KIPP, Theodor y WOLF, Martín: *Tratado de Derecho Civil*. Versión española. Tomo II. Vol. II. (Derecho de Obligaciones). Bosch, Casa Editorial. Barcelona, 1966. p. 159.

71 En la doctrina nacional, Mélich-Orsini afirma que los negocios jurídicos unilaterales o las meras declaraciones unilaterales de voluntad son recepticias cuando están dirigidas

Si en el contrato de adhesión no se expresa el nombre, dirección o domicilio, de la persona a quien debe enviarse la declaración de desistimiento, bastará dirigirla al que figure en el contrato como domicilio o dirección del proveedor.

4) Está supeditada a la expresión de una justa causa

Si bien la facultad de retractarse del contrato de adhesión depende de la manifestación de voluntad del consumidor adherente, la ley no ampara simples cambios de voluntad de los adquirentes. No es pues una facultad ejercitable *ad nutum*. Corresponde al consumidor adherente alegar y, en su caso, probar una causa que justifique el ejercicio de este derecho. Con anterioridad nos hemos referido a esta característica del derecho de desistimiento (*supra*, N° VIII,5).

5) Debe hacerse en plazo hábil

El derecho que tiene el consumidor *de desistir* del contrato de adhesión *no es indefinido*. Debe ejercitarse dentro de un término perentorio. El orden público económico así lo exige puesto que es contrario a la buena marcha del tráfico jurídico que la propiedad o la situación jurídica que derive del contrato de adhesión permanezca durante mucho tiempo en situación de incertidumbre. Se explica así la regla del artículo 73 de la LEDEPABIS según la cual el derecho a retractarse del contrato de adhesión tiene que ejercitarse dentro de los siete días siguientes a la firma del contrato o desde la recepción del producto o servicio.

La seguridad del tráfico jurídico exige que una adquisición no pueda deshacerse a través del ejercicio del derecho de retractación sino poco tiempo después de efectuada y que se consolide el derecho de propie-

a un destinatario determinado y, por tanto, sólo tienen existencia jurídica cuando llegan al conocimiento del destinatario. (MÉLICH-ORSINI: José: *Doctrina General...* cit. p. 25). En el mismo sentido, en la doctrina italiana, véase: GIAMPICCOLO, G.: *La dichiarazione recettizia*. Milano, 1959,p.p. 179 y ss. Precisamente porque el desistimiento constituye una declaración de voluntad recepticia, se admite que quien desista puede retractarse, siempre y cuando lo haga y comunique su voluntad al destinatario antes de que este haya adquirido conocimiento de la manifestación de voluntad de desistir del contrato durante el plazo fijado para ello. Al respecto, véase: GABRIELLI, G.: *Vincolo contrattuale e recesso unilaterale*. Giuffrè. Milano, 1985. p. 149; GABRIELLI, G. e PADOVINI, F.: *op. cit.* § 7.

dad quedando firme la adquisición por parte del consumidor luego de transcurrido un breve plazo⁷².

Pero *¿a partir de qué día se cuenta ese plazo de siete días que tiene el consumidor para desistir del contrato de adhesión celebrado? ¿cuál es el dies a quo?* De acuerdo con el artículo 73 de la LEDEPABIS, el plazo es de siete días “contados a partir de la firma del [contrato] o desde la recepción del producto o servicio”.

A nuestro modo de ver, para determinar el inicio del cómputo del plazo hay que diferenciar según el tipo de prestación que surja de la obligación que asumió el proveedor en el contrato, ya sea una obligación que tenga por objeto un bien o producto, ya sea una obligación de prestar algún servicio. La diferencia es lógica pues los bienes recibidos pueden ser devueltos al proveedor; en cambio, los servicios son irrestituibles *in natura* una vez que han sido prestados⁷³.

Cuando el contrato tenga por objeto bienes o productos, el momento del inicio del plazo será a partir de la firma del contrato sin perjuicio de que, en el caso concreto, por haberse realizado la compra de objetos que en el momento de la firma no se encontraban en el establecimiento, o cuando por cualquier otra circunstancia, la mercancía no ha tenido oportunidad de ser examinada (por ejemplo, por falta temporal de existencias), el *dies a quo* sea el de la recepción del producto por el consumidor. Por *recepción* debe entenderse la entrega material del producto al consumidor, es decir, la recepción en sentido estricto que se produce cuando este se encuentre realmente en la situación de comprobar directamente el producto comprado. No cabe pues equiparar con dicha recepción – a los efectos del inicio del cómputo del plazo en cuestión – la mera noti-

72 Portalis expresaba que era necesario que las propiedades no quedasen por largo tiempo “inciertas y flotantes”. Por lo cual, no debían estar sometidas por mucho tiempo a condiciones resolutorias de ninguna especie. (PORTALIS citado por HUC, T.: *Commentaire Théorique et Pratique du Code Civil*. Tome X. París, 1982/1903. p. 224). En la doctrina moderna García Vicente expresa que el derecho de desistimiento del consumidor tiene que tener una limitada vigencia “para no dar al traste con la aspiración a la estabilidad en el tráfico” (GARCÍA VICENTE, José Ramón: *op. cit.* p. 191).

73 En el mismo sentido, en la doctrina española, véase: GALLEGO DOMÍNGUEZ, Ignacio: *op. cit.* p. 1273; MIRANDA SERRANO, Luis M^a: “Protección del cliente electrónico como contratante a distancia en la Ley de Ordenación del Comercio Minorista” en *Cuadernos de Derecho y Comercio* N° 45. Madrid, 2006. p. 33.

ficación del envío y/o próxima recepción del producto o de la puesta a disposición del mismo⁷⁴; se requiere pues la recepción material de la cosa objeto del contrato por parte de su destinatario.

En los contratos de suministro con entregas sucesivas como es el caso de las suscripciones, parece lógico considerar relevante únicamente la recepción por el consumidor de la primera entrega⁷⁵.

Cuando el objeto del contrato sea la prestación de servicios, el inicio del plazo será el momento de la firma del contrato⁷⁶.

En definitiva, habrá que iniciar el cómputo del plazo legal para el ejercicio del derecho de desistimiento el día siguiente al de la firma del contrato o, en su caso, al de la recepción del producto por el consumidor adherente en virtud de la regla *dies a quo non computatur in termino* (Código Civil, artículo 12, tercer párrafo).

Desde luego, habida cuenta de la configuración y función del derecho de desistimiento, nada impide que el consumidor ejerza su derecho de arrepentirse aún antes de haber recibido la cosa, es decir, antes del inicio del plazo legal que tiene para retractarse. Desde que la relación obligatoria se ha perfeccionado por la aceptación de la oferta, el consumidor puede perfectamente desistir, aunque no haya tenido lugar la firma del contrato o la entrega de la cosa y, por tanto, aun cuando el plazo legal para el ejercicio del derecho no se haya comenzado a contar todavía⁷⁷.

74 Cfr. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo: "Comentario al artículo 44 de la Ley de Protección al Comercio Minorista" en *Comentarios a las Leyes de Ordenación del Comercio Minorista*. Obra colectiva coordinada por Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano y Jesús Leguina Villa. Tecnos. Madrid, 1997. p. 718; BOTANA GARCÍA, C.A.: *Los contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles y la protección de los consumidores*. J.Mª Editor, S.A. Barcelona, 1994. p. 252. En contra, García Vicente afirma que el *dies a quo* para el ejercicio del derecho de desistimiento es el de la recepción de la información suficiente para conocer la titularidad y efectos de tal derecho por parte del consumidor (GARCÍA VICENTE, José Ramón: *loc. cit.* p. 189).

75 Cfr. BELUCHE RINCÓN, Iris: *op. cit.* p. 69; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo: *loc. cit.*

76 Cfr. GALLEGO DOMÍNGUEZ, Ignacio: *op. cit.* p. 1274.

77 Cfr. PASQUAU LIAÑO, M.: *Comentarios a la Ley de Ordenación del Comercio Minorista y a la Ley Orgánica Complementaria* (autores varios) dirigida por J.L. Piñar Mañas y E. Beltrán Sánchez. Editorial Civitas. Madrid, 1997. p. 342.

*El plazo para el ejercicio del derecho de desistimiento es un plazo civil y no procesal*⁷⁸. Por lo cual, se cuenta por días consecutivos incluyéndose dentro de su cómputo todos los días calendario, independientemente de que sean hábiles o no, o de que sean días feriados o de vacaciones.

Al ser el plazo de ejercicio del derecho de desistimiento uno de carácter civil y no judicial, si el último día del plazo es inhábil, no puede utilizarse el día siguiente para ejercer el derecho. Asimismo, por ser un plazo civil los días se entienden de veinticuatro horas, las cuales terminan a las doce de la noche (Código Civil, artículo 12, cuarto párrafo) y no como ocurre en materia procesal donde los días se entienden desde las seis de la mañana hasta las seis de la tarde y donde los lapsos de días siempre concluyen no a las doce de la noche, sino al ponerse el sol (Código de Procedimiento Civil, artículo 193). El plazo finaliza, por tanto, en el momento inmediatamente anterior a las veinticuatro horas del último día del mismo. Se advierte que, hoy día con la posibilidad de desistir utilizando el correo electrónico, esta cuestión tiene evidente interés práctico.

*El plazo de ejercicio del derecho de desistimiento es de caducidad*⁷⁹. La finalidad de evitar dudas e incertidumbres acerca de la situación jurídica creada al amparo del contrato de adhesión que tiene que consolidarse después de transcurrido un breve plazo y los términos en que está formulado el plazo para el ejercicio del derecho (“en el caso que ejercite oportunamente este derecho”) determinan que se trata de un plazo de caducidad y no de prescripción. Además, la brevedad del plazo que establece la ley para su ejercicio no permite suponer que la extinción de la facultad de retractarse transcurrido aquél obedezca a una presunción de abandono del derecho que se encuentra en la base de los términos de prescripción.

78 En efecto, el plazo que tiene el consumidor para desistir no es un término que se desarrolla dentro de un procedimiento judicial. No tiene su origen o punto de partida en una actuación de tipo procesal ni comienza a correr a partir de una notificación judicial, citación, emplazamiento o requerimiento; sino que es un plazo fijado por la ley para hacer valer un derecho que, por lo demás, normalmente se ejerce en forma extrajudicial. Además dicho plazo es un plazo fijado por una ley sustantiva para regir relaciones de Derecho Civil y no en una ley de adjetiva para regir relaciones que derivan del Derecho Procesal.

79 *Cfr.* BELUCHE RINCÓN, Iris: *op. cit.* p. 66; GALLEGO DOMÍNGUEZ, Ignacio: *op. cit.* p. 1276; GARCÍA VICENTE, José Ramón: *op. cit.* p.p. 190-192.

El hecho de que el plazo para el ejercicio del derecho de retractarse del contrato sea uno de caducidad produce las siguientes consecuencias: a) el consumidor debe hacer uso del derecho de desistimiento (judicial o extrajudicialmente) antes de que se cumpla el plazo, so pena de no poder ejercerlo después. Transcurrido ese plazo de siete días sin haber ejercido el derecho, decae automática y definitivamente; b) el plazo corre fatalmente, es decir, no está sujeto a interrupción ni suspensión; c) el plazo corre contra toda clase de personas, incluyendo a menores y entredichos; d) dicha caducidad debe ser opuesta como cuestión previa (Código de Procedimiento Civil, artículo 346, numeral 10), no como defensa de fondo; pero puede alegarse en cualquier estado y grado de la causa, por ser una cuestión en la cual está interesado el orden público; e) la caducidad puede ser suplida de oficio por la autoridad judicial sin que la invoquen las partes; f) no se toma en cuenta la razón subjetiva del no ejercicio del desistimiento, o sea la negligencia real o supuesta del titular del derecho; sino que, por el contrario, se atiende al solo hecho objetivo de la falta de ejercicio dentro del término prefijado; g) por el solo vencimiento del término previsto en el artículo 73 de la LEDEPABIS, opera de pleno derecho la caducidad sin necesidad de declaración del juez⁸⁰.

Por último, a pesar del silencio legal al respecto, de acuerdo con el Derecho común, parece claro que lo *decisivo* a los efectos de determinar si el ejercicio del derecho fue o no oportuno *será el momento del conocimiento por el proveedor predisponente de la declaración de voluntad del consumidor* adherente, y no el de su emisión por el consumidor, o el de su envío al proveedor (arg. *ex art.* 1.137, <primer párrafo> del Código Civil)⁸¹. De ahí que para determinar la observancia del plazo para desistir, de acuerdo con las reglas generales, hay que tener en cuenta no solo la fecha de la manifestación o expedición de la declaración de desistimiento, sino la del conocimiento de la misma por parte del proveedor. Pero hay que presumir que existe ese conocimiento desde el instante en que la manifestación de voluntad llega a la dirección del proveedor (Código Civil, artículo 1.137, sexto párrafo).

80 Cfr. AGUILAR GORRONDONA, José Luis: "Prescripción y Caducidad" en *Doctrina de la Procuraduría General de la República 1.972*. Caracas, 1.972. p. 140; URDANETA FONTIVEROS, Enrique: *El retracto convencional y el retracto legal (según el Código Civil venezolano)*. Ediciones Liber. Caracas, 2006. p.p. 139-140.

81 Cfr. GABRIELLI, G. e PADOVINI, F.: *loc. cit.*; GIAMPICCOLO, G.: *op. cit.* p. 179 y ss.

Para el caso del derecho a retractarse del contrato de adhesión que tiene el consumidor se aplica, por tanto, el criterio del conocimiento de la manifestación de voluntad que consagra el artículo 1.137 (párrafo primero) con la presunción del conocimiento que establece el párrafo sexto de esta disposición, pues se trata del criterio general sobre perfección y eficacia de las declaraciones de voluntad. El consumidor, por su parte, ya se encuentra suficientemente protegido con el simple hecho de otorgársele esta facultad. Conviene tener en cuenta, en relación con este punto, que en atención al principio de la libertad de formas para el desistimiento (*infra*, N° IX,7), la devolución del producto por parte del comprador constituye una manifestación de la voluntad de desistir.

Por consiguiente, para que la declaración de desistimiento sea eficaz no basta con que se emita dentro del plazo de siete días, sino que se requiere además que sea recibida o que se presuma recibida por el proveedor dentro de ese plazo⁸².

A nuestro modo de ver, no hay obstáculo legal a la posibilidad de que en el contrato de adhesión se estipule, en beneficio del consumidor, un plazo superior al de siete días para el ejercicio del derecho de desistimiento. El plazo de siete días es, por tanto, un plazo mínimo, supletorio, que solo entra en juego a falta de fijación de un plazo mayor en el contrato (*supra*, N° VIII,8).

6) No implica gasto alguno para el consumidor

Habida cuenta de la configuración y función del derecho de desistimiento, su ejercicio no debe implicar gasto alguno para el consumidor.

82 En otros ordenamientos la solución legal es diferente. Así, en España, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 71.4 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios se toma en cuenta, a los efectos del perfeccionamiento del desistimiento, la fecha de la expedición de la manifestación de voluntad de retractarse, con lo cual se establece un criterio más acorde con los intereses del consumidor, habida cuenta del corto espacio de tiempo para el ejercicio de este derecho. Este es el sistema previsto igualmente en los artículos 1 y 2 de la Ley italiana N° 50/92 del 15 de enero de 1992 en materia de contratos celebrados fuera de los locales comerciales. Pero en nuestra legislación, a falta de una disposición especial, hay que aplicar los criterios generales sobre el perfeccionamiento y eficacia de la declaración de voluntad que consagra el Código Civil, tal y como se indica en el texto. Además, el consumidor se encuentra ya suficientemente protegido con el simple hecho de otorgársele la facultad de desistir.

Este tiene pues el derecho a desistir del contrato sin incurrir en penalización ni gasto alguno, incluidos los correspondientes a la devolución del bien⁸³. La devolución del bien no debe suponer ningún desembolso para el consumidor. Piénsese, por ejemplo, en la compra e instalación de un aparato de aire acondicionado en nuestra casa de habitación. El desistimiento determina la recíproca restitución de las prestaciones. Por consiguiente, el consumidor debe restituir el aparato al vendedor. Como la retractación tiene que ser gratuita para el consumidor, es el proveedor quien debe desplazarse a la residencia del consumidor, proceder a desinstalar el aparato y transportarlo hasta su establecimiento. Todos estos gastos corren por cuenta del proveedor.

Sólo por excepción, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 73 de la LEDEPABIS, en aquellos casos en que el bien entregado o servicio prestado tenga características idénticas a las que fueron pactadas en el contrato de adhesión, los gastos en que haya incurrido el proveedor en su entrega o instalación que consten en el presupuesto o factura corren por cuenta del consumidor y, por ende, podrán ser descontados del monto a serle restituido. La regla general es pues liberar al consumidor de cualquier gasto que se produzca como consecuencia del ejercicio de su derecho a retractarse del contrato de adhesión; y por tanto, también de los gastos directos de devolución y envío como, por ejemplo, los de transporte, embalaje, etc., de los bienes cuando estos constituyan el objeto del contrato. Esta limitación se justifica por la necesidad de evitar que el derecho de desistimiento se convierta en algo puramente formal.

De todas maneras, como hay que considerar, por regla general, como lugar de cumplimiento de la devolución el lugar donde se encuentra la cosa objeto del contrato (Código Civil, artículo 1.295), esto supone eliminar frecuentemente estos gastos de devolución para el consumidor puesto que ese lugar suele ser el de su domicilio. En todo caso, se afirma, parece lógico pensar que cuando el consumidor ha recibido algún bien y decide desistir, debe ser el proveedor quien se encargue de recogerlo⁸⁴ en

83 La solución legal difiere de la adoptada en otros ordenamientos como, por ejemplo, en Francia donde el artículo 1º de la Ley Nº 88-21 del 6 de enero de 1988 establece que el consumidor tiene el derecho de retractarse de los contratos de venta celebrados a distancia, sin que ello implique gasto alguno para él, salvo los gastos correspondiente a la devolución del bien.

84 KLEIN, M.: *op. cit.* p. 315.

el mismo lugar de la entrega que, con gran frecuencia, será igualmente el propio domicilio del consumidor. De este modo, lo que se persigue es facilitar el desistimiento, evitando que los gastos que lleva aparejado sean un obstáculo que puedan disuadir al consumidor a ejercerlo.

Por último, como indicamos en su oportunidad, se excluye, además, toda posibilidad de que el proveedor predisponente pueda establecer penas convencionales o de arrepentimiento para el caso de que el consumidor decida utilizar la facultad de desistimiento que le reconoce la ley (*supra*, N° VII,7). Esta prohibición es coherente con la absoluta libertad de decisión que se pretende atribuir al consumidor, lo que no excluye que el proveedor pueda exigirle otros reembolsos o indemnizaciones que puedan ser procedentes como, por ejemplo, por desperfectos imputables al consumidor o por encontrarse éste en mora de su obligación de restituir el bien, etc. (*infra*, N° X,2b).

7) Forma del desistimiento

De acuerdo con el principio de la libertad de formas que rige en nuestro derecho, la declaración o manifestación del consumidor de dar por terminado el contrato no está sujeta a formalidad alguna y puede ser realizada a través de cualquier medio⁸⁵. A los efectos del ejercicio del derecho de desistimiento puede utilizarse el mismo medio de comunicación usado para la contratación o cualquier otro.

85 En otros ordenamientos la solución legal es diferente por lo que respecta a la manifestación de la voluntad de desistir en algunas relaciones de consumo. Así, en Italia, si bien rige como regla general el principio de la libertad de formas, de acuerdo con la Ley N° 50 del 15-1-1992 en los contratos de los consumidores celebrados fuera de los establecimientos mercantiles el derecho de desistimiento (*recesso*) debe ejercitarse dentro del plazo legal por medio de carta certificada con aviso de recibo por parte del proveedor. El mismo sistema sigue la Ley francesa N° 11164 del 22 de diciembre de 1972 sobre ventas a domicilio cuyas disposiciones fueron incluidas en el artículo L.121-21 del Código de Consumo. En España de acuerdo con el principio de la libertad de formas se admite que el consumidor pueda desistir del contrato, expresa o tácitamente, salvo que se trate de un contrato de venta a plazos de bienes muebles en cuyo caso, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley de Venta a Plazos de Bienes Muebles, el ejercicio del derecho de desistimiento debe hacerse "mediante carta certificada u otro medio fehaciente al vendedor y en su caso al financiador".

Si bien lo normal es usar una forma expresa de desistimiento como, por ejemplo, un medio escrito, cabe igualmente el uso de formas de manifestación de voluntad tácitas, deducidas de hechos concluyentes (*facta concludentia*), como, por ejemplo, la devolución de los productos recibidos, la solicitud de la devolución de lo pagado o de la anulación del cargo en la tarjeta de crédito, etc.⁸⁶.

En todo caso, la manifestación de desistimiento, cualquiera que sea la forma que revista, debe permitir apreciar con claridad la intención firme del consumidor de dar por terminado el contrato. Además, deberá ser dirigida al proveedor dejando claramente constancia de los datos del contrato, así como de los datos de identificación de los contratantes.

Basta con la manifestación de voluntad de retractarse del contrato de adhesión por parte del consumidor notificada al proveedor dentro del plazo establecido para dar por terminado el contrato, sin que se requiera que la misma vaya acompañada de la restitución de la cosa que conforma el objeto del contrato⁸⁷. Mucho menos exige la ley que el consumidor efectúe en tiempo hábil oferta real y depósito de las prestaciones recibidas para que se de por ejercido el derecho de retractación, en caso de que el comprador rehúse recibir dichas prestaciones.

Como la ley no prescribe formalidad alguna para el ejercicio del derecho de desistimiento, al consumidor le basta con declarar su voluntad al proveedor para dar por terminado el contrato. La declaración de voluntad en tal sentido, como se dijo, es informal, es decir, puede manifestarse por cualquier medio⁸⁸. Por consiguiente, el derecho de retractación puede ejercerse por documento público o privado, y aún verbalmente siempre que esta declaración verbal pueda probarse fehacientemente. La manifestación de voluntad de retractarse comunicada al proveedor es pues suficiente para el ejercicio del derecho de desistimiento por parte del consumidor y para que el mismo surta sus efectos respecto del proveedor, aunque no se haga simultáneamente la devolución de las prestaciones recibidas.

86 Cfr. GALLEGO DOMÍNGUEZ, Ignacio: *op. cit.* p. 1283; MIRANDA SERRANO, Luis M^a: *op. cit.* p. 93.

87 Cfr. RAVERA, Enrico: *op. cit.* p. 457 y la jurisprudencia de los tribunales italianos allí citada.

88 Cfr. GABRIELLI, G. e PADOVINI, F.: *op. cit.* § 7; RAVERA, Enrico: *op. cit.* p.p. 45-51.

En efecto, al ser el derecho de retractación una condición resolutoria potestativa del contrato de adhesión celebrado, opera de pleno derecho por la sola declaración de voluntad del consumidor comunicada al proveedor. Esto basta para que se de por cumplida la condición resolutoria y, por tanto, para que se produzca la resolución del contrato. El contrato se resuelve, aunque no se haga simultáneamente entrega efectiva de las prestaciones recibidas⁸⁹.

Ahora bien, cumplida la condición, se inicia una nueva etapa en las relaciones entre las partes. En virtud de la resolución del contrato, estas deben restituirse recíprocamente las prestaciones (*supra*, N° IV,2). Así lo prescribe el artículo 73 de la LEDEPABIS: “en caso de que ejercite [el consumidor] oportunamente este derecho le será restituido el precio cancelado dentro de los siete días siguientes”. Pero, esto no impide que la resolución del contrato opere desde el momento en que se cumpla la condición, es decir, desde que el consumidor notifique al proveedor su voluntad de dar por terminado el contrato.

En fin, nada impide que se ejercite de cualquier manera, incluso verbalmente, el derecho de desistimiento.

Ahora bien, a los fines de la prueba pertinente, cuya carga naturalmente recae sobre el consumidor, rige la limitación del artículo 1.387 del Código Civil, o sea si el valor del objeto del contrato excede de dos mil bolívares, debe probarse por escrito. De ahí que convenga realizar el desistimiento a través de algún medio que permita dejar constancia del ejercicio del derecho y de su fecha, así como de la identificación de los contratantes y del contrato al cual el desistimiento se refiera.

Con esta salvedad, cualquier medio de prueba admisible en derecho, en caso de controversia, puede servir para probar la notificación del desistimiento. No hay que olvidar que muchas veces las compras que realizan los consumidores son de escaso valor; por lo cual, no parece ra-

89 Una situación similar se presenta con el ejercicio del derecho de retracto convencional en donde al vendedor le basta con declarar su voluntad de rescatar la cosa al comprador para dar por resuelta la venta. La declaración de voluntad en tal sentido es informal y puede manifestarse por cualquier medio, aun verbalmente. Así lo admite la doctrina nacional y lo ha dejado establecido la jurisprudencia de nuestros tribunales. Al respecto véase lo que exponga en mi libro *El retracto convencional...* cit. p.p. 48-51.

zonable utilizar, ni en su caso exigir, medios onerosos de preconstitución de pruebas que pudieran incluso superar el valor del objeto del contrato, so pena de desvirtuar la libertad de formas que rige en esta materia y hacer nugatorio o inviable el ejercicio del derecho de desistimiento.

Desde luego, la ley piensa en un desistimiento extrajudicial del contrato. Pero si por un motivo u otro el proveedor se opone al desistimiento ejercitado por el consumidor, serán los tribunales los que deberán controlar la procedencia del desistimiento y verificar el cumplimiento de los extremos legales como la existencia de una manifestación de voluntad de dar por terminado el contrato debidamente notificada al proveedor, la expresión de una justa causa, la circunstancia de haberse ejercido el desistimiento en tiempo hábil, etc. Desde luego, la carga de la prueba del cumplimiento de los requisitos legales corresponde al consumidor. En todo caso, la extinción del contrato se producirá cuando se ejercite la facultad de retractación, sin que la decisión judicial tenga carácter constitutivo, sino meramente declarativo.

8) Obligación de informar sobre el derecho de desistimiento

El proveedor debe informar al consumidor por escrito en el documento en que quede plasmado el contrato de adhesión, de manera clara, comprensiva y precisa acerca del derecho que le asiste de retractarse del contrato y de los requisitos y consecuencias de su ejercicio, así como de las modalidades de restitución del bien o servicio. Esta exigencia deriva de lo dispuesto en el artículo 71 de la LEDEPABIS que impone al proveedor la obligación de mantener a disposición del consumidor el documento en que se formalice el contrato de adhesión el cual debe estar redactado “de manera clara y específica... sin ambigüedades que hagan dudar sobre el contenido y alcance del contrato”. Es evidente que se infringe lo dispuesto en la prescripción legal cuando no se informa claramente al consumidor en el documento contractual sobre el derecho de retractación que le asiste.

El fundamento de la obligación de informar del proveedor no es otro que posibilitar que el consumidor tenga conocimiento de la facultad de desistimiento, de sus condiciones y de los efectos de su ejercicio. El proveedor debe informar porque el consumidor, para la correcta formación de su voluntad, debe conocer que legalmente le protege una facultad que le permite arrepentirse.

Cabe hacer notar, sin embargo, que si bien el proveedor está obligado a informar y documentar por escrito esta facultad del consumidor, la legislación especial no le impone la obligación de entregar un específico documento de desistimiento⁹⁰.

X. EFECTOS DEL DESISTIMIENTO

El efecto propio del desistimiento consiste, como ya sabemos, en la extinción del contrato de adhesión celebrado con el proveedor. Pero adicionalmente si el consumidor ejercita el derecho de desistimiento, las partes quedan obligadas a devolverse mutuamente las prestaciones cumplidas en ejecución del contrato que ha quedado extinguido. Además, el desistimiento incide sobre los contratos suscritos por el consumidor para financiar la respectiva adquisición.

Pasamos a referirnos a cada uno de estos efectos.

1) La extinción del contrato

Como principio de carácter general, si el consumidor ejercita el derecho de desistimiento, el contrato queda resuelto. El efecto esencial que deriva del desistimiento es la extinción de la relación obligatoria. El

90 En otros ordenamientos se consagran reglas especiales que imponen al proveedor la obligación de hacer entrega al consumidor de un documento o carta de desistimiento, identificado claramente como tal, que exprese el nombre y dirección de la persona a quien debe enviarse, y los datos de identificación del contrato y de los contratantes a que se refiere. Así, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley francesa N° 11164 del 22 de diciembre de 1972 sobre ventas a domicilio cuyas disposiciones fueron incluidas en el artículo L.121-25 del Código del Consumo, el proveedor debe entregar un formulario especial al consumidor a fin de facilitarle el ejercicio de su derecho a retractarse del contrato. Asimismo, según el artículo 69.2 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios española, el empresario debe entregarle al consumidor un "documento o carta de desistimiento" en el que consten los siguientes datos: nombre y dirección de la persona a que debe remitirse y referencia de identificación del contrato y de los contratantes. Por tanto, el empresario tiene inicialmente dos obligaciones: en primer lugar, informar y documentar por escrito la facultad legal de desistimiento. Pero adicionalmente se le impone la obligación de facilitar el ejercicio del derecho de desistimiento por parte del consumidor mediante la entrega de un documento específico. Corresponde al empresario la carga de demostrar el cumplimiento de estas dos obligaciones.

desistimiento produce una situación de ineficacia contractual. El consumidor queda desligado del contrato de adhesión celebrado con el proveedor, quedando este igualmente liberado de sus obligaciones contractuales. No cabe hablar aquí de un contrato inválido, sino de un contrato que ha devenido ineficaz por la voluntad de uno de los contratantes al cumplirse la condición resolutoria potestativa a la cual dicho contrato se encontraba sometido por disposición de la ley.

El desistimiento opera pues sobre un contrato perfecto que ya ha producido sus efectos, extinguiéndolo⁹¹.

En principio, se trata de una *extinción total*⁹². No cabe desistir parcialmente del contrato, salvo que el proveedor consienta en ello.

Además, la ineficacia del contrato conlleva la obligación de las partes de restituirse recíprocamente las prestaciones que hubiesen recibido en ejecución del contrato que ha quedado resuelto.

2) La restitución recíproca de las prestaciones

a) Principio general

El ejercicio de derecho de desistimiento de un contrato de adhesión válido y eficaz hace surgir nuevas obligaciones a cargo de sus partes: las de volver a la situación que tenían antes de celebrar ese contrato; por lo cual, deben restituirse mutuamente lo que han recibido por concepto de su ejecución. El desistimiento oportunamente ejercido determina pues el reestablecimiento del *statu quo* anterior al perfeccionamiento del contrato.

Desde luego la vuelta a la situación inicial no puede perjudicar los posibles derechos de los terceros como, por ejemplo, los terceros subadquirentes o los acreedores del consumidor⁹³.

91 El artículo 73 de la LEDEPABIS señala que “en el caso de que [el consumidor] ejercite oportunamente este derecho le será restituido el precio cancelado...”.

92 Cfr. GALLEGU DOMÍNGUEZ, Ignacio: *op. cit.* p. 1286.

93 Cfr. GONZÁLEZ PACANOWSKA, Isabel: “Derecho de desistimiento” en *Régimen jurídico general del comercio minorista*. Obra colectiva coordinada por Francisco José Alonso Espinoza, José Antonio López Pellicer, José Massagner Fuentes y Antonio Reverte Navarro. Madrid, 1999. p.p. 156-157. La doctrina italiana se refiere a esta particular eficacia del desistimiento (*recesso*) como un supuesto de eficacia retroactiva obligatoria *inter-partes* para distinguirla de la eficacia real absoluta que se produce tanto entre las partes como respecto de los terceros y que es propia

b) La restitución de la cosa por el consumidor

b-1) Fundamento

El artículo 73 de la LEDEPABIS, dando por supuesta la extinción del contrato como consecuencia del desistimiento, regula parcial y fragmentariamente las consecuencias que derivan de esa extinción, disponiendo que “en el caso de que [el consumidor] ejercite oportunamente este derecho le será restituido el precio cancelado dentro de los siete días siguientes...”. Desde luego, la devolución por parte del proveedor de las sumas abonadas por el comprador presupone la correlativa devolución de las prestaciones recibidas por el consumidor. Lo contrario se traduciría en un enriquecimiento sin causa por parte del consumidor.

En consecuencia, una vez ejercitado el derecho a desistir, nace para el consumidor la obligación de restituir el bien y para el proveedor la de devolver las cantidades abonadas en concepto de precio⁹⁴, y en tanto el primero no devuelva la prestación no podrá verse el segundo compelido a devolver las cantidades abonadas. En efecto, mientras uno de los contratantes no realice la devolución de aquello a que en virtud de la terminación del contrato esté obligado, no puede el otro ser compelido a cumplir por su parte lo que le incumba. Tales son los principios generales que gobiernan la restitución recíproca de las prestaciones con ocasión de la terminación del contrato.

b-2) Forma de la restitución

La regla general es que el consumidor debe restituir lo que efectivamente recibió. Si esto no es posible porque, por ejemplo, las cosas recibidas fueron consumidas o transformadas, para poder desistir del contrato el consumidor tendrá que devolver otro tanto de la misma especie y calidad (*tantundem*) si se trata de cosas fungibles; o restituir el equivalente de las cosas recibidas, es decir, su valor para el momento en

de otros medios de extinción de los contratos como la nulidad o la resolución. Al respecto, véase: GABRIELLI, G.: *op. cit.* p. 40; RAVERA, Enrico: *op. cit.* p.p. 136-138, TATARANO, G.: Voz “Retroattività” (Diritto Privato) en *Enciclopedia del Diritto*. Vol. XL. Arese Giuffrè. Milano, 1989. § 1. Consultada en versión electrónica (DVD).

94 Como afirma Gabrielli “las prestaciones ya cumplidas o la actividad preparatoria desplegada viene a quedar desprovista de título” (GABRIELLI, G.: *Ibidem.* p. 48).

que le fueron entregadas⁹⁵. Por lo cual, en esta eventualidad, debido al breve plazo que tiene el consumidor para desistir, el desistimiento muy probablemente no conducirá a ningún resultado práctico.

Si el contrato era de prestación de servicios, para que el usuario pueda retractarse y obtener la devolución de lo pagado, tendrá que restituir aquello en lo que se ha traducido el servicio, o en su defecto pagar el precio del servicio recibido⁹⁶, puesto que los servicios no pueden ser objeto de devolución o restitución *in natura*⁹⁷.

b-3) Deterioro de la cosa

El consumidor debe restituir la cosa en el mismo estado en que se encontraba en el momento en que la recibió, salvo el deterioro normal de la cosa. Si la cosa se ha deteriorado, los deterioros son por cuenta del proveedor. El consumidor no tendrá que reembolsar cantidad alguna por la disminución del valor del bien que sea consecuencia de su uso conforme a su naturaleza. Sólo si la cosa se ha deteriorado por hecho del consumidor, este conserva el derecho a retractarse del contrato, pero deberá abonarle al proveedor la pérdida de valor causada por el deterioro.

Tampoco tendrá el consumidor obligación de indemnizar al proveedor por el desgaste o deterioro de la cosa debido a su prueba – piénsese en el caso de ventas a distancia o por correo electrónico – para tomar una decisión definitiva sobre su adquisición. Desde luego, la buena fe exige que tales pruebas se limiten a lo estrictamente necesario según las circunstancias. Así, se afirma, que para ver si la mesa produce el resultado

95 Como afirma García Vicente: “La naturaleza consumible del objeto de la prestación no puede alterar las reglas generales y sus límites: se persigue el restablecimiento de la situación anterior a la celebración del contrato. ..., pero sin favorecer al consumidor con un enriquecimiento.” (GARCÍA VICENTE, José Ramón: *op. cit.* p. 224).

96 En contra, en la doctrina italiana, Ravera afirma que en caso de prestación de servicios, no puede ejercitarse el desistimiento por lo que respecta a las prestaciones ya disfrutadas (RAVERA, Enrico: *op. cit.* p. 458).

97 En otras legislaciones, la solución es diferente, Así en España el artículo 74.2 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios establece que el usuario no tendrá que reembolsar cantidad alguna por el uso del servicio. En defecto de una disposición de este corte en nuestra legislación, no resulta procedente, de acuerdo con los principios generales que gobiernan la obligación de restituir la prestación recibida, considerar que el usuario que pretenda desistir del contrato no esté obligado a restituir al proveedor por equivalente, el valor del servicio prestado.

apetecido en el salón no hace falta utilizarla para cenar; se puede probar el abrigo, pero no vestirlo para comprobar en la calle sus cualidades; el horno se puede encender, programar, etc., pero sin asado adentro, y dichas pruebas no deben impedir que el proveedor, en caso de ejercitarse la facultad de desistimiento, pueda volver a ofrecer el *mismo* objeto⁹⁸.

Estas son las reglas generales aplicables a las obligaciones de restitución derivadas del cumplimiento de la condición resolutoria (Código Civil, artículos 1.203 y 1.204). Por tanto, el consumidor debe indemnizar al proveedor los daños y perjuicios ocasionados a la cosa por su culpa, es decir, por no haberla cuidado y conservado con la diligencia propia de un buen padre de familia, que sabe que está obligado a restituirla si se retracta del contrato; si los daños y perjuicios se han producido en la cosa sin culpa del consumidor, los soportará el proveedor quien deberá restituir el precio íntegro⁹⁹.

b-4) Frutos

El consumidor, a su vez, está obligado a restituir la cosa con los frutos y productos que hubiere percibido desde la fecha en que el proveedor se la entregó. Desde luego, el consumidor tiene el derecho de detraer de los frutos que debe restituírle al proveedor los gastos en que hubiere incurrido para la percepción de dichos frutos (arg. *ex art.* 553 del Código Civil).

Se plantea la interrogante de si se pueden compensar los frutos de la cosa con los intereses del precio.

La doctrina extranjera se encuentra dividida al respecto¹⁰⁰.

Según algunos autores, por razones de orden práctico debe admitirse la compensación. Se evita así el difícil problema de determinar el monto

98 *Cfr.* GONZÁLEZ PACANOWSKA, Isabel: *op. cit.* p. 158.

99 El mismo régimen se aplica en caso de deterioro o de daños que sufra la cosa vendida *sub-retro*. Al respecto, véase lo que expongo en mi libro *El retracto convencional...* *cit.* p.p. 69-70.

100 Las citas de la doctrina extranjera que siguen se refieren a la posibilidad de compensar los frutos de la cosa con los intereses del precio con ocasión de las obligaciones de restitución derivadas de la declaratoria con lugar de la acción de nulidad o de la acción redhibitoria de la venta. Pero la misma cuestión se plantea con motivo de la restitución recíproca de las prestaciones en caso de terminación del contrato por el desistimiento del consumidor.

de los frutos percibidos durante el período en el cual el consumidor tuvo la cosa en su poder¹⁰¹.

Otros autores, en cambio, sostienen que no cabe admitir la posibilidad de compensar frutos e intereses puesto que ningún texto legal autoriza esta compensación¹⁰². Por lo cual, el proveedor debe restituir los intereses del precio recibido y el consumidor los frutos pendientes y el valor de los percibidos mientras la cosa estuvo en su poder, sin que pueda invocarse la compensación.

A nuestro modo de ver, ni el consumidor debe restituir los frutos producidos ni el proveedor los intereses del precio. Razones de equidad imponen la solución de que ninguna de las dos partes deba restituir nada a la otra por estos conceptos, puesto que de no ser así “la cuantía de las restituciones dependería o bien del azar, o si no de la mayor o menor habilidad de uno de los contratantes para colocar sus capitales o para ser fructificar sus bienes, habilidad que aprovecharía a la otra parte”¹⁰³. Además, si el proveedor hubiere actuado de mala fe la restitución de los frutos podría significar premiar su conducta dolosa.

Son pues consideraciones de equidad las que imponen esta solución. Pero no es correcto afirmar, como lo hacen algunos, que esos intereses y esos frutos no se restituyen recíprocamente porque se compensan; ya que la compensación solo opera entre cantidades líquidas y exigibles (Código Civil, artículo 1.333) y solo hasta su concurrencia (Código Civil, artículo

101 Al respecto, véase: POTHIER, R.J.: *Traité des Contrats de Vente et des Retraits*. Tome III dans les *Oeuvres* de Pothier publiée par M. Siffrein. Paris, 1.821. p. 137; TROPLONG, M.: *Le droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du code, depuis et compris le titre de la vente. De la vente, ou commentaire du titre VI du livre III du Code Napoleon*. Tome II. Charles Hingray, libraire éditeur. Troisième édition. Paris, 1.856. p. 37; AUBRY C. y RAU, C.: *Cours de Droit Civil Français*. Tome V. Cinquième édition. Paris, 1.907. p. 113, especialmente, nota 16.

102 Al respecto, véase: LAURENT, F.: *Principios de Derecho Civil*. Traducción castellana. Tomo XXIV. Asociación Editorial Cubano-Mejicana. Méjico y Habana, 1.917. p. 324; FUBINI, Ricardo: *La teoria dei vizi redibitori nel diritto civile e commerciale italiano*. Torino, 1906. p. 341; TARTUFARI, Luis: “De la Venta y Del Reporto”. Vol. II. en Bolaffio, Rocco y Vivante. *Derecho Comercial*. Tomo 4º. Traducción castellana de Delia Viterbo de Frieder y Santiago Sentís Melendo. Ediar Editores. Buenos Aires, 1.948. p. 138; GORLA, Gino: *La compravendita... cit.* p. 163.

103 DE PAGE, Henri: *Traité Élémentaire de Droit Civil Belge*. Tome II. Les Principaux Contrats Usuels. Première partie. Bruylant. Bruxelles, 1.938. p. 749.

1.332). Son en fin razones fundadas en la equidad las que imponen que así como los frutos de la cosa vendida corresponden al consumidor quien los disfruta y no está obligado a restituirlos, los intereses del precio de la venta corresponden al proveedor quien tampoco debe reintegrarlos¹⁰⁴.

b-5) Gastos de conservación y gastos útiles

Finalmente, *¿tendrá derecho la parte que desiste del contrato y restituye un bien, a exigir de la otra el pago de los gastos que le ha causado esa cosa y las mejoras que le ha hecho?* Parece ser el criterio general de nuestro Código, cuando se refiere a restitución de bienes, que los *gastos necesarios y útiles*, deben ser reembolsados a quien los hizo, no así los *suntuarios* (artículo 792 en materia de posesión; artículo 1.183 en materia de pago de lo indebido; artículo 1.511 en materia de evicción; artículo 1.544 en materia de retracto). Por consiguiente, deben reembolsarse esos gastos, excepto los *suntuarios*.

De ahí que el proveedor debe restituir los gastos efectuados por concepto de reparaciones necesarias y por las mejoras que hayan aumentado el valor de la cosa hasta cubrir el importe del aumento (Código Civil, artículo 1.544).

Las reparaciones necesarias, esto es, aquellas que se hacen para conservar la cosa y evitar su perecimiento se reembolsan íntegramente, por razones de equidad y para evitar un enriquecimiento del proveedor a expensas del consumidor.

En cambio, el consumidor no puede reclamar por los gastos útiles, esto es, por los gastos que se realizan para aumentar el valor de la cosa haciéndola más productiva, sino la suma menor entre el monto de las *impensas* y el mayor valor dado a la cosa (Código Civil, artículo 792)¹⁰⁵.

104 En el mismo sentido se pronuncia, en la doctrina nacional, el profesor Francisco López Herrera al referirse a la compensación de los frutos con los intereses con ocasión de los efectos restitutorios que entre las partes produce la nulidad de los contratos. (LÓPEZ HERRERA. Francisco: *La nulidad de los contratos en la legislación civil venezolana*. Empresa "El Cojo" S.A. Caracas, 1952. p. 204).

105 La solución legal es diferente cuando el vendedor rescata la cosa vendida *sub-retro* en cuyo caso el vendedor está obligado a reembolsarle al comprador *las mejoras*, esto es, los gastos que se realizan para aumentar el valor de la cosa haciéndola más productiva, por el importe del mayor valor que haya adquirido la cosa (Código Civil, artículo 1544). A los efectos del reembolso de las mejoras cuando se ejercita el

Desde luego, debido al corto período de tiempo que tiene el consumidor para desistir, en la generalidad de los casos este problema no se presentará en la práctica.

La restitución de los gastos por concepto de mejoras no comprende los *gastos suntuarios o voluptuarios* que son los que tienen por objeto adornar o embellecer la cosa, y aunque puedan aumentar su valor, no incrementan sus cualidades productivas. Nada puede reclamar el consumidor que desiste del contrato por este concepto, pero puede llevarse los objetos en que se hayan efectuado dichos gastos, siempre y cuando la cosa no sufra deterioro. Si el consumidor encuentra que esto le resulta demasiado oneroso, sencillamente con no ejercer el derecho de desistir tiene.

b-6) Imposibilidad de devolver la cosa por parte del consumidor

Como indicamos en su oportunidad, el desistimiento que puede ejercitar el consumidor *ex* artículo 73 de la LEDEPABIS es una condición resolutoria potestativa a la que se encuentra sometido el contrato de adhesión celebrado (*supra*, N° VII). Por consiguiente, aplicando las soluciones que aporta la teoría de los riesgos en las obligaciones de dar sometidas a condición resolutoria, si la cosa perece o se pierde durante el plazo que tiene el consumidor para desistir, el riesgo del pericimimiento o de la pérdida fortuita lo soporta el comprador bajo condición resolutoria quien no puede pedir la devolución del precio (arg. *ex*. art. 1.203 del Código

retracto convencional, poco importa que el monto del gasto sea superior o inferior al incremento de valor. El vendedor está siempre obligado a restituir el aumento de valor, independientemente de que el mismo exceda o no a las cantidades desembolsadas por el comprador para realizar dichas mejoras. Si el vendedor encuentra que el monto de la restitución es demasiado oneroso, sencillamente con no ejercer el rescate tiene. Al respecto, véase: URDANETA FONTIVEROS, Enrique: *El retracto convencional...* *cit.* p. 66.

Civil)¹⁰⁶. La pérdida fortuita la sufre pues el consumidor quien no tiene derecho a la restitución de las cantidades pagadas¹⁰⁷.

Pero si la cosa se deteriora fortuitamente antes del ejercicio del derecho de desistimiento, es el proveedor quien corre con el riesgo del deterioro y tiene que restituir el precio íntegro (*supra*, N° X,2,b-3). Por tanto, frente a un consumidor diligente, será el proveedor quien soportará el riesgo del deterioro de la cosa durante el plazo del que dispone el consumidor para desistir.

Ahora bien, de acuerdo con los principios generales aplicables a la obligación de restituir cosas, si después de ejercido el desistimiento desaparece por caso fortuito o fuerza mayor el bien que debe restituir una de las partes, su obligación se extingue (Código Civil, artículo 1.344).

A su vez, en atención a la interdependencia o reciprocidad de las prestaciones de las partes, si una de ellas no puede cumplir su obligación por causa extraña no imputable, no puede obligar a su contraparte a ejercitar su propia prestación¹⁰⁸. De ahí que, por aplicación del Derecho

106 Al respecto, véase: MAZEAUD, H.L. y J. y CHABAS, François: *Leçons de Droit Civil*. (Tome II. Premier Volume). (Obligations. Théorie Générale). Montchrestien. París, 1998. p. 1021, especialmente, la nota 2 y la jurisprudencia francesa allí citada. Cabe hacer notar que si bien el artículo 1.203 del Código Civil se refiere a los efectos que produce el cumplimiento de la *condición suspensiva* respecto de los riesgos, se admite que los efectos de la condición resolutoria cumplida son inversos a los que produce la condición suspensiva cumplida. En la doctrina nacional, véase: MADURO LUYANDO, Eloy y PITTIER SUCRE, Emilio: *Curso de Obligaciones. Derecho Civil III*. Tomo I. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas, 2009. p. 323; MÉLICH-ORSINI, José: *Doctrina General... cit.* p. 806; ZAMBRANO VELASCO, José Alberto: *Teoría General de la Obligación* (Parte General de las Obligaciones). Caracas, 1985. p. 497.

107 No existe en la LEDEPABIS una disposición similar al artículo 75 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios española según la cual cuando el consumidor no pueda devolver la prestación recibida por una causa extraña no imputable, tendrá no obstante el derecho a obtener del empresario la devolución del precio. De acuerdo con esta disposición es el empresario quien soporta los riesgos del contrato puesto que se le permite siempre al consumidor desistir obteniendo la restitución del precio pagado, sin tener que devolver la prestación perdida fortuitamente. En nuestra legislación, en ausencia de una disposición similar, en caso de imposibilidad de restituir la prestación tienen que aplicarse los principios generales que resultan de la aplicación de la teoría de los riesgos en las obligaciones de dar sometidas a condición resolutoria, tal y como se indica en el texto.

108 *Cfr.* GHESTIN, Jacques avec le concours de BILLAU, Marc: "Les obligations - Les effets du contrat" en *Traité de Droit Civil*. Tome III. L.G.D.J. París, 1992. p.p. 508-509;

común, el hecho de que el consumidor no pueda devolver la prestación recibida le impide reclamar la devolución del precio pagado. Y si lo hiciere, el proveedor podrá negarse a restituirlo porque al haberse extinguido la obligación del consumidor por causa extraña no imputable, la obligación recíproca del proveedor se extingue por la interdependencia que guarda con aquella. Sería injusto que el contratante que no recibe la contraprestación, quede obligado a cumplir con la suya.

Desde luego, una vez ejercitado el desistimiento y antes de la devolución, el consumidor tiene el deber de conservar la cosa como un buen padre de familia y, por ende, responde de la pérdida que le sea imputable con arreglo a las reglas generales.

Por último, si la obligación del consumidor consiste en la restitución de una cosa cierta y determinada, él se libera entregándola en el estado en que se encuentre al momento de la entrega, siempre que los deterioros sobrevenidos no se deban a su dolo o culpa, o al dolo o culpa de las personas de que el sea responsable, y siempre que el consumidor no esté constituido en mora antes de ocurrir los deterioros (Código Civil, artículo 1.293); pero cuando se trata de cosas *in genere* el consumidor cumple con su obligación de restituir, devolviendo una cosa de calidad media, sin que esté obligado a devolver una de la mejor calidad, ni pueda tampoco devolver una de la peor (Código Civil, artículo 1.294).

Tales son los principios generales que gobiernan la materia.

c) Restitución del precio por el proveedor

En caso de que el consumidor ejercite oportunamente el derecho de retractarse del contrato de adhesión celebrado, dice el artículo 73 de la LEDEPABIS, le será restituido el precio cancelado dentro de los siete días siguientes a partir de la fecha de la manifestación de su voluntad.

De donde resulta que cuando el consumidor haya ejercido el derecho de desistimiento, el proveedor está obligado a devolverle las cantidades pagadas en concepto de precio. La devolución de estas sumas, por supuesto, debe hacerse lo más pronto posible y, en cualquier caso,

MAZEAUD, H.L. y J. y CHABAS, François: *op. cit.* (Tome II. Premier Volume.). p.p. 1162-1163; DE PAGE, Henri: *op. cit.* Tome II. N° 843. p. 766; MADURO LUYANDO, Eloy y PITTIER SUCRE, Emilio: *op. cit.* Tomo II. p. 954; MÉLICH-ORSINI, José: *Doctrina General... cit.* p.p. 787-790.

dentro de los siete días siguientes a la fecha en que el consumidor notificó al proveedor su decisión de retractarse del contrato. Ya hemos dicho que el desistimiento es un negocio jurídico unilateral recepticio; por lo cual, solo existe y produce sus efectos cuando llega al conocimiento del destinatario o proveedor.

La doctrina extranjera considera que el *dies a quo* de este plazo de siete días es el día en que el consumidor restituyó efectivamente el bien, y no la fecha en que haya ejercitado su derecho de desistimiento, porque de otra manera el consumidor podría reclamar la devolución de la sumas abonadas sin haber restituido el producto, lo que no se ajustaría al principio general de la reciprocidad y simultaneidad que rige la restitución de ambas prestaciones¹⁰⁹. Nos parece razonable este criterio.

En todo caso, el plazo de que dispone el proveedor para restituir el precio recibido, como se dijo, deberá ser lo más corto posible sin que su reembolso pueda dilatarse más de siete días. Si transcurre dicho plazo y el consumidor no ha recibido la suma adeudada, este podrá exigir el pago de los intereses moratorios correspondientes, los cuales consistirán en el pago de los intereses convenidos, y a falta de convenio, en el interés legal, salvo disposiciones especiales (arg. *ex art.* 1.277 del Código Civil)¹¹⁰. De *lege ferenda*, convendría en una reforma de la LEDEPABIS contemplar que transcurrido este plazo de siete días sin que el proveedor hubiere efectuado la restitución a que tiene derecho el consumidor, este tendrá derecho a reclamarla duplicada (*daños punitivos*).

En relación con la restitución del precio, debe tenerse en cuenta, en primer lugar, que la ley se refiere al derecho que tiene el consumidor de que se le restituya el *precio cancelado*. No habla del valor del bien sino del precio cancelado. Por consiguiente, se trata de una obligación pecuniaria y no de una deuda de valor a cargo del proveedor predisponente. No hay que atender pues para reembolsar el precio al valor que la cosa

109 BELUCHE RINCÓN, Iris: *op. cit.* p. 91; CLEMENTE MEORO, Mario E.: *op. cit.* p. 176.

110 En otros ordenamientos la solución legal es diferente. Así, de acuerdo con el artículo 76 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios española “transcurrido dicho plazo sin que el consumidor o usuario haya recuperado la suma adeudada, tendrá derecho a reclamarla duplicada, sin perjuicio de que además se le indemnicen los daños y perjuicios que se le hayan causado en lo que excedan de dicha cantidad”.

comprada tenga en el momento del desistimiento¹¹¹. Por lo cual, no podría el consumidor, quien por lo demás puede elegir entre desistir del contrato o no, pretender la restitución de un precio mayor alegando que la cosa ha aumentado de valor. Tampoco puede el proveedor pretender restituir un precio inferior con base en una disminución del valor de la cosa.

Pero adicionalmente, como el artículo 73 de la LEDEPABIS alude al derecho del consumidor a recibir la devolución del *precio cancelado* y no a la devolución de las sumas o cantidades pagadas o abonadas, el proveedor solo está obligado a restituir las cantidades recibidas en concepto de precio y no otras como, por ejemplo, los gastos de la venta que hayan sido sufragados por el consumidor. Que el precepto no se refiera a la devolución de las “sumas abonadas” por el consumidor sino a la devolución del precio supone que el proveedor no está obligado a devolver aquellas cantidades que haya recibido en concepto distinto al de precio, como pueden ser los gastos de entrega y transporte.

Ahora bien, como el ejercicio del derecho de desistimiento es gratuito y no puede acarrear ninguna penalidad para el consumidor (*supra*, N^{os} VIII,7 y IX,6), el proveedor esta obligado a reintegrarle el importe total del precio satisfecho, sin que tal cantidad pueda verse reducida por el descuento de ningún gasto, salvo los gastos de entrega o instalación en que haya incurrido el proveedor en aquellos casos en los cuales el bien entregado tenga características idénticas a las establecidas en el respectivo contrato de adhesión (LEDEPABIS, artículo 73, segundo párrafo). Como norma general, el proveedor no puede pues hacer retenciones por gastos ni por ningún otro concepto.

Por consiguiente, el vendedor debe restituir el precio íntegro sin poder compensar las cantidades que le sean debidas las cuales, por lo demás, difícilmente podrán considerarse líquidas a estos efectos (Código Civil, artículo 1.333), pudiendo exigir las solo *a posteriori*. El artículo 73 de la LEDEPABIS es absolutamente claro al respecto. Únicamente pueden descontarse del monto a ser restituido, cuando el bien entregado o servicio prestado tenga características idénticas a las que fueron pautadas en

111 La solución legal difiere de la contemplada en la ley para otros supuestos en los que procede la obligación de restituir el precio, donde el consumidor tiene el derecho a que se le restituya “el monto equivalente al *precio actual* del bien u objeto del servicio” (LEDEPABIS, artículo 85).

el contrato de adhesión, los gastos en que haya incurrido el proveedor en la entrega e instalación del bien o servicio, siempre y cuando dichos gastos se hayan hecho constar en el respectivo presupuesto o factura.

Por último, la restitución debe hacerse en dinero líquido en la misma forma (efectivo o tarjeta de crédito) como lo pagó el consumidor. Por consiguiente, no podría el proveedor imponerle al consumidor recibir la devolución del precio pagado en “vales” a canjear o gastar en la misma tienda, establecimiento o cadena comercial, ni bajo la modalidad de “cambio por otros productos”¹¹². Ello implicaría una vulneración de los derechos de los consumidores quienes tienen el derecho cuando desisten del contrato de adhesión celebrado a obtener del proveedor el reintegro de las cantidades entregadas en concepto de precio, exactamente como fueron pagadas.

3) Efectos del desistimiento sobre los contratos de crédito al consumo

Con frecuencia los consumidores adquieren financiamiento para comprar o adquirir un bien o servicio. Se plantea el problema de la incidencia que tiene el ejercicio del derecho de desistimiento del contrato de adquisición por el consumidor, sobre el contrato suscrito para financiar la respectiva compra o adquisición. Cuando el consumidor que desiste hubiere obtenido un crédito para hacer frente al pago del precio *¿qué suerte corre el contrato de crédito obtenido para el pago del precio?*

En algunas Directivas de la Comunidad Europea (hoy Unión Europea), se establece que en caso de ejercicio del derecho de desistimiento con relación al contrato principal, quedan igualmente resueltos los contratos de préstamo concedidos por el propio proveedor o por un tercero concertado con el proveedor¹¹³. En tal caso, cuando el prestamista sea el

112 *Cfr.* GALLEGO DOMÍNGUEZ, Ignacio: *op. cit.* p. 1295.

113 Al respecto, véase: Directiva 94/47/CE del 26 de octubre de 1994 (hoy derogada) del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la protección de los adquirentes en lo referente a determinados aspectos de los contratos de adquisición de un derecho de utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido (artículo 7); Directiva 97/7/CE del 20 de mayo de 1997 del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia (artículo 6.4); Directiva 2008/122/CE del 14 de enero de 2008 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre protección de los consumidores con respecto a determinados aspectos de los

propio proveedor o un tercero que actúa concertado con él, el ejercicio del derecho de desistimiento lleva implícita la resolución automática de ese crédito vinculado al contrato sin que el consumidor haya de soportar ninguna pena o gravamen.

La finalidad es clara. Se persigue evitarle al consumidor que se retracte del contrato los daños y perjuicios derivados de la subsistencia de un contrato de préstamo celebrado para financiar la respectiva adquisición del bien o servicio que, finalmente, queda sin efecto¹¹⁴. De esta forma el contrato de financiamiento puramente instrumental de la operación principal queda igualmente desprovisto de eficacia, de un modo automático, como consecuencia del ejercicio del desistimiento respecto de la operación principal.

A nuestro modo de ver a la misma solución puede llegarse en el Derecho venezolano.

La doctrina nacional admite que cuando el contrato que se da por terminado por voluntad de una de las partes está enlazado causalmente con otro contrato, de modo que ambos constituyan una indivisibilidad jurídica, la terminación se extiende al otro contrato¹¹⁵.

Ahora bien, es evidente que existe una conexión causal entre la adquisición de un bien de consumo y el contrato de préstamo celebrado para financiar dicha adquisición, tanto más cuanto que el destino de los fondos provenientes del préstamo está atado a la respectiva adquisición al punto que esta situación determina un enlace funcional del contrato

contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio (artículo 11.2). En la misma dirección, de acuerdo con el artículo 77 Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios española “cuando en el contrato para el que se ejercite el derecho de desistimiento el precio a abonar por el consumidor o usuario haya sido total o parcialmente financiado mediante un crédito concedido por el empresario contratante o por parte de un tercero, previo acuerdo de éste con el empresario contratante, el ejercicio del derecho de desistimiento implicará al mismo tiempo la resolución del crédito sin penalización alguna para el consumidor o usuario”.

114 Cfr. AGUILAR RUIZ, Leonor: *La protección legal del consumidor de crédito*. Valencia, 2001. p. 175.

115 RODNER, James Otis: *Los contratos enlazados. El subcontrato*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Asociación Venezolana de Derecho Privado. Serie Estudios. N° 77. Caracas, 2008. p.p. 44 y 106.

de financiamiento con el contrato de compra-venta. En efecto, si del contrato de préstamo resulta que el motivo determinante del consentimiento del consumidor prestatario es adquirir con los fondos prestados un bien determinado estando, por supuesto, consciente de ello el prestamista; ese motivo entra a formar parte de la causa del contrato. No hay duda pues que estamos ante una conexión funcional de contratos, es decir, ante dos contratos vinculados por la causa: el contrato de adquisición de un bien o servicio y el contrato para financiar dicha operación.

La ausencia sobrevenida de causa produce la ineficacia del contrato (arg. *ex art.* 1.157 del Código Civil). Pues bien, la resolución del contrato de crédito tanto con el propio vendedor como con un tercero deriva de la ausencia sobrevenida de causa del mismo que es precisamente la compra del producto o la adquisición del servicio del que se desiste.

Por lo antes expuesto, el desistimiento del contrato de compra-venta o de prestación de servicios debe traer como consecuencia la terminación del respectivo contrato de crédito. Y ello debe hacerse sin cargo alguno para el consumidor. En efecto, el principio general según el cuál el desistimiento no debe acarrear penalidad alguna para el consumidor (*supra*, N°s VIII,7 y IX,6) rige incluso cuando el contrato de adhesión celebrado coexista con un contrato accesorio de crédito enlazado causalmente con aquél. Lo contrario comportaría una limitación al ejercicio del derecho de desistimiento que permitiría incluso eludir este mecanismo protector del consumidor. En fin, lo que se persigue es que el ejercicio del derecho de desistimiento por justa causa que corresponde al consumidor no encuentre obstáculos de ninguna especie.

La resolución del crédito dará lugar a la restitución por el consumidor de las cantidades prestadas. Si el crédito procede del proveedor, procederá la compensación con su obligación de devolver al consumidor o usuario el precio recibido. Tratándose de un tercero nada impide que el proveedor restituya directamente las sumas pagadas al financista en lugar de restituírselas al consumidor para que este se las devuelva a aquél¹¹⁶.

116 *Cfr.* CLEMENTE MEORO, Mario E.: *op. cit.* p. 183.

XI. DESISTIMIENTO Y ACCIONES QUE CORRESPONDEN AL CONSUMIDOR DE ACUERDO CON EL DERECHO COMÚN

La falta de ejercicio del derecho de desistimiento en el plazo fijado o su ejercicio incorrecto no impide el posterior ejercicio de las acciones que correspondan al consumidor conforme al Derecho común. El derecho a desistir del contrato de adhesión celebrado no es en modo alguno incompatible con las acciones de nulidad o resolución, o con la acción de saneamiento por evicción o vicios ocultos, o con otros recursos que pueda hacer valer el consumidor como, por ejemplo, la acción de cumplimiento, las acciones indemnizatorias por daños y perjuicios, etc.

El derecho de desistimiento no supone pues una restricción de los medios defensivos o de las acciones ordinarias con que cuenta el consumidor de acuerdo con el Derecho común. Antes por el contrario, las disposiciones de la LEDEPABIS que atribuyen al consumidor el derecho a desistir del contrato se integran, como el resto de las disposiciones protectoras del consumidor, en el régimen general del Derecho común (arg. *ex art.* 8 <numerales 4, 11, 13 y 18> de la LEDEPABIS). No debe olvidarse que los contratos con los consumidores en todo lo que no esté expresamente establecido en la LEDEPABIS o en leyes especiales se rigen por las disposiciones legales aplicables a los contratos en general¹¹⁷.

Desde luego, en atención a los gastos que implican, hay que suponer que el consumidor, como regla general, no ejercerá las acciones de nulidad o resolución, si dispone aún del derecho de desistimiento, pero esto no quiere decir que el consumidor no pueda – si así lo desea – desde la fecha de la celebración del contrato y todavía en vigor el derecho a desistir interponer cualquier otra acción, puesto que la ley no establece un orden de prelación entre los mecanismos de defensa del consumidor.

De la misma manera, la falta de ejercicio del derecho de desistimiento tampoco le impide al consumidor hacer exigibles las garantías del proveedor conforme a lo dispuesto en el artículo 82 de la LEDEPABIS y obtener la reparación del bien o, en su caso, su restitución o la devolución de la cantidad pagada a su valor actual de acuerdo con el artículo 80 *ejusdem*.

117 Para un detenido examen de las relaciones entre el Derecho del consumo y la teoría general del contrato, véase: RZEPECKI, Nathalie: *op. cit.* p.p. 409 a 582.

XII. INFRACCIÓN DEL DERECHO DE DESISTIMIENTO

El desconocimiento por parte del proveedor del derecho de desistimiento y de sus efectos constituye una infracción administrativa sancionable conforme a lo dispuesto en el artículo 126 de la LEDEPABIS, en concordancia con el artículo 8 (numeral 13) *ejusdem*.

Además, se consideran nulas las cláusulas o estipulaciones de los contratos de adhesión que impliquen la renuncia del derecho a desistir del contrato que la ley reconoce a los consumidores o que limiten su ejercicio (LEDEPABIS, artículo 74, numeral 2).

Sin perjuicio de lo antes expuesto, en aquellos casos en los cuales el consumidor tuviere derecho a desistir del contrato y hubiere ejercitado el derecho de desistimiento cumpliendo con todos los requisitos legales, si el proveedor se negare a admitir el desistimiento, el consumidor podrá acudir para resolver el fondo del asunto a los tribunales de justicia (arg. *ex art. 8 <numeral 11>* de la LEDEPABIS) (*supra*, N° IX-7).

