



Àmbit Administració de justícia

CENTRE D'ESTUDIS JURÍDICS
I FORMACIÓ ESPECIALITZADA

Ausiàs March, 40
08010 Barcelona
TEL. 93 207 31 14
FAX: 93 207 67 47



Generalitat de Catalunya
Departament de Justícia

DOCUMENTS DE TREBALL
INVESTIGACIÓ
(Ajuts a la investigació, 2007)

**El desistiment del contracte al futur
Llibre VI del Codi civil de Catalunya**

Autor
Lídia Arnau

Any 2007

El Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada ha editat aquesta recerca respectant el text original dels autors, que en són responsables de la correcció lingüística.

Les idees i opinions expressades en la recerca són de responsabilitat exclusiva dels autors, i no s'identifiquen necessàriament amb les del Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada.

Avis legal

Els continguts d'aquesta investigació estan subjectes a una llicència de Reconeixement-NoComercial-SenseObraDerivada 2.5 Espanya de Creative Commons, el text complet de la qual es troba disponible a <http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.5/es/legalcode.ca>. Així, doncs, se'n permet còpia, distribució i comunicació pública sempre que se citi l'autor del text i la font (Generalitat de Catalunya. Departament de Justícia. Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada), tal com consta en la citació recomanada inclosa a cada article. No se'n poden fer usos comercials ni obres derivades.

Resum en català:

<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.5/es/deed.ca>

Índex

1.- Introducció 1

2.- El dret de desistiment al dret comunitari de consum 1

2.1. El *per què* de la referència. La competència per a transposar o incorporar dret comunitari..... 3

2.2.- L'*Acquis communautaire*, el Marc Comú de Referència i el Llibre Verd sobre la revisió de l'*acquis* en matèria de consum..... 5

2.3.- Algunes propostes : en concret, el Capítol 5 dels Principis del Dret Contractual comunitari (“ *Acquis Principles*”)..... 17

2.4.- Un model de dret comparat: l’art. 355 del BGB. En concret, el dret a desistir en cas d’infracció del deure professional d’informació: la durada temporalment il.limitada del dret 24

3.- La facultat de desistiment com a facultat del “consumidor”

3.1.- El titular de la facultat dita de “desistiment”: només del “consumidor”? Qui ho és? 27

3.1.1.- El concepte de “consumidor” al dret civil català. El concepte comunitari: hi ha correspondència?..... 27

3.1.2.- El titular de la facultat de desistiment 27

3.1.2.1.- “*En les vendes a domicili i a distància i en aquells casos en què la legislació especial així ho estableix.....*” 34

3.1.2.2.- L’adquirent de drets d’aprofitament per torns de béns immobles. 39

3.2.- El desistiment com a facultat de la part contractant *no experta* o *no professional* en la contractació de determinats serveis o béns o en determinades modalitats de contractació 40

4.- El contracte: mecanismes per incidir-hi 41

4.1.- El criteri rector: la protecció del consentiment contractual del consumidor: la voluntat i la decisió de contractar	41
4.2.- Els mecanismes pre-contractuals	43
4.2.1.- L'oferta vinculant irrevocable	44
4.2.2.- El termini preceptiu previ per a acceptar l'oferta.....	45
4.2.3.- La ineficàcia de la declaració	47
4.2.4.- La perfecció posposada del contracte.....	48
4.2.5.- El lliurament de la cosa en fase pre-contractual.....	49
4.3.- El desistiment i el contracte.....	51
4.3.1.- El desistiment com a opció impròpia	53
4.3.2.- El desistiment com a causa extintiva del contracte	55
4.3.2.1.- Els nivells d'efectivitat del contracte durant el període per a desistir.....	56
4.3.2.2.- Facultat de "desistir"?	59
4.3.2.3.- L'exercici del dret a desistir.....	61
4.3.3.- El desistiment com a facultat de retro-venda	65
5.- El document informatiu de la facultat de desistir: la manca de lliurament i la nul.litat del contracte	65
6.- Conclusions	70
7.- Bibliografia	72

1.- Introducció.

Tal i com es va exposar al Projecte d'Investigació, la finalitat de la recerca és l'anàlisi de la facultat comúnament anomenada de "desistiment" que s'atorga al consumidor en determinats àmbits de la contractació. Al Projecte ja es varen relacionar les Directives Comunitàries que inclouen la mesura i les corresponents lleis estatals i disposicions autonòmiques catalanes que la incorporen o transposen a l'ordenament intern. Aquell estudi, però, es va proposar amb una finalitat concreta: no es volia fer, simplement, un anàlisi del règim d'aquella facultat d'acord amb el dret avui vigent, sinó de fer-ho amb la mirada posada al futur *Llibre VI del Codi civil de Catalunya*. I, donat que sobre el particular ens consten uns *Treballs preparatoris* (realitzats per la Secció de Dret Patrimonial de l'Observatori de Dret Privat de Catalunya, i tancats en data de 23 d'abril de 2004), la nostra recerca s'ha centrat en el règim que allà s'hi proposa de cara a reflexionar si, i en quina mesura, podria millorar-se¹.

2.- El dret de desistiment al dret comunitari de consum.

Són nombroses les disposicions comunitàries que atorguen al consumidor el dret a desistir del contracte, i a fer-ho en unes determinades condicions i amb uns requisits específics². El legislador català no pot ser indiferent al què

¹ A fi d'elaborar aquest treball ha estat imprescindible consultar tots els treballs preparatoris de les diferents Directives comunitàries que atorguen un dret de desistiment al consumidor. Les bases de dades (EUR-lex) que proporciona el portal de la Unió Europea (www.europa.eu/index_es.htm) només permet obtenir per la xarxa els documents posteriors a 1998; dels anteriors, només de seleccionats (quasi mai, per exemple, Propostes de Directives). A més, no totes les Biblioteques disposen del DOCE en format paper (accessible, a més, només a partir de 1986). A efectes de disposar de tota la informació possible, i tenint en compte que la primera Directiva que es fa ressò de la figura és la 577/85 *sobre contractes celebrats fora d'establiments mercantils*, he comptat amb l'ajut desinteressat del Centre de Documentació Europea de la Universitat ESADE (www.esade.edu/cde) i del Centre de Documentació Europea de la Universitat Autònoma de Barcelona, que m'han facilitat tots documents sol·licitats.

² Al Projecte ja es van relacionar, així com les lleis estatals i catalanes d'incorporació o transposició. Ara actualitzem aquell llistat. Es relacionen, tot seguit, les dites Directives i les lleis estatals d'incorporació:

- Directiva 85/577, de 20 de desembre, del Consell de les Comunitats europees, *relativa a la protecció dels consumidors en cas de contractes celebrats fora d'establiments*

succeeix a Europa. El nivell de protecció que ofereixen les Directives és, avui per avui, un nivell de mínims, de tal manera que el legislador intern –així, el català- pot intensificar aquelles mesures (per exemple, ampliant la noció de consumidor, fent més llarg el termini per a desistir, permetent desistir en el marc de contractes on la norma comunitària no ho permet...), però en cap cas pot quedar per sota. Succeeix, però, que actualment, en el procés de revisió del dret comunitari en matèria de consum, s'està plantejant la possibilitat d'alterar aquella regla de protecció mínima que permet que, respectant-la, la regulació sobre una mateixa matèria a dos països diferents no coincideixin i que, per tant, el nivell de protecció que reb efectivament un consumidor a un país o altre de la UE també sigui notablement diferent. Res de tot plegat, deia, pot ser indiferent al legislador català.

mercantils, i Llei 26/1991, de 21 de novembre, de *Protecció dels consumidors en cas de contractes celebrats fora d'establiments mercantils*.

- Directiva 87/102, de 22 de desembre de 1986, *relativa a l'aproximació de les disposicions legals, reglamentàries i administratives dels Estats membres en matèria de crèdit al consum*, i Llei 7/1995, de 23 de març, de *Crèdit al consum*. Ni una ni l'altra atorguen el dret a desistir per bé que si ho fa la llei 28/1998, de 13 de juliol, de *Vendes a terminis de béns mobles*, dictada a l'empara de la DF3^a de la Llei 7/1995, per la que s'ordena modificar la Llei 50/1965, de 1 de juliol, de *Vendes a terminis de béns mobles*).

- Directiva 90/314, de 13 de juny de 1990 *relativa als viatges combinats, vacances combinades i circuits combinats* i Llei 21/1995, de 6 de juliol, de *Regulació dels viatges combinats*.

- Directiva 94/47, de 24 d'octubre de 1994, *relativa a la protecció dels adquirents en determinats aspectes dels contractes d'adquisició d'un dret d'utilització d'immobles en règim de temps compartit* i Llei 42/1998, de 15 de desembre, de *Regulació dels drets d'aprofitament per torns de béns immobles d'ús turístic i normes tributàries*.

- Directiva 97/7, de 20 de maig de 1997, *relativa a la protecció dels consumidors en matèria de contractes a distància* i Llei 47/2002, de 19 de desembre, de *reforma de la Llei 7/1996*, de 15 de gener, d'*Ordenació del comerç minorista*. També s'ha de considerar el RD 1906/1999, de 7 de desembre, *pel que es regula la contractació telefònica o electrònica amb condicions generals desenvolupant l'article 5.3 de la Llei 7/1998, de 13 d'abril, de Condicions Generals de la Contractació*.

- Directiva 2002/65, de 23 de setembre de 2002, *relativa a la comercialització a distància de serveis financers destinats a consumidors i per la que es modifiquen les Directives 90/619, 97/7 i 98/27*, i Llei 22/2007, de 11 de juliol, *sobre comercialització a distància de serveis financers destinats als consumidors*.

Pel que fa a les normes integrades a l'ordenament jurídic català que preveien o preveuen la dita facultat, interessa fer esment de les següents:

- article 10 de la Llei 23/1991, de 29 de novembre, del Parlament de Catalunya, de *Comerç Interior*, i article 23 del Decret-Legislatiu 1/1993, de 9 de març, *sobre comerç interior, pel que s'aprova el text únic dels preceptes de la Llei 1/1983, de 18 de febrer, i la Llei 23/1991, de 29 de novembre*.

- Decret 168/1994, de 30 de maig, de *reglamentació de les Agències de Viatge*.

2.1 El per què de la referència. La competència per a transposar o incorporar dret comunitari.

La referència al dret contractual comunitari en matèria de consum interessa en la mesura en què la legislació en matèria de contractació amb consumidors és legislació civil i en la mesura en què el Parlament de Catalunya té competència legislativa en matèria civil.

a.- La primera constatació es fa a l'empara de l'art. 3.f de la Llei 29/2002, de 30 de desembre, *Primera llei del Codi civil de Catalunya*, que estableix que el Llibre VI del Codi civil de Catalunya serà el relatiu "*a les obligacions i els contractes, que inclou la regulació d'aquestes matèries, comprenent-hi els contractes especials i la contractació que afecta als consumidors, aprovada pel Parlament*"³. D'aquesta manera el legislador català reafirma la qualificació de la "matèria" com a civil, descartant així una possible qualificació com a mercantil, sobre la que no seria possible legislar (art. 149.1.6 CE⁴).

b.- La segona constatació reposa sobre els arts. 149.1.8 CE i 129 EAC; aquest darrer, que prescindeix de l'incís constitucional de la "*conservación, modificación y desarrollo*", complementa els arts. 121⁵, 123⁶, i 137⁷, que només contempen la vessant administrativa de la matèria. No és que que no es pugui

³ A propòsit, però, de la posició mantinguda pel TC entorn la naturalesa, civil o mercantil, de la regulació contractual en matèria de consum, vegeu MARCO MOLINA, Juana, "La incorporació de directives en materia de Derecho Patrimonial por el legislador catalán (la relación entre las directives comunitarias y la actividad legislativa de las Comunidades Autónomas)", *LNot*, núm. 11-12, novembre-desembre, 2001, pàg. 15; CARRASCO PERERA, Angel (dir), *El derecho de consumo en España: PRESENTE Y FUTURO*, Ministerio de Sanidad y Consumo, Madrid, 2002, pàgs. 64 i ss.

⁴ Vegeu, per exemple, art. 157 *in fine* EAC.

⁵ "Comerç i fires 1. Correspon a la Generalitat la competència exclusivament en matèria de comerç i fires, que inclou la regulació de l'activitat firal no internacional i l'ordenació administrativa de l'activitat comercial, la qual inclou alhora en tot cas: b) la regulació administrativa de totes les modalitats de venda i totes les formes de prestació de l'activitat comercial, també de les vendes promocionals i de la venda a pèrdua".

⁶ "Correspon a la Generalitat la competència exclusiva en matèria de consum, que inclou en tot cas: a) la defensa dels drets dels consumidors i els usuaris, proclamats per l'article 28 i l'establiment i l'aplicació dels procediments administratius de queixa i reclamació. b) la regulació i el foment de les associacions dels consumidors i els usuaris o llur participació en els procediments i afers que els afectin; c) la regulació dels òrgans i els procediments de mediació en matèria de consum; d) la formació i l'educació en el consum.; e) la regulació de la informació en matèria de consumidors i usuaris".

⁷ "Correspon a la Generalitat la competència exclusiva en matèria d'habitatge, que inclou en tot cas: d) la regulació administrativa de comerç, referit a habitatges i l'establiment de mesures de protecció i disciplinàries en aquest àmbit".

legislar sobre la vessant civil de les modalitats de venda. Es pot fer a l'empara de la naturalesa civil de la matèria i de l'art. 129 EAC⁸.

Així, doncs, acreditada així la competència legislativa del Parlament en en matèria de contractació amb consumidors, la darrera conclusió és que aquesta competència pot ésser exercida a fi d'incorporar o transposar dret comunitari⁹ ¹⁰. D'aquí el per què de la referència. Hi hauria un segon motiu: en el context de la revisió del dret contractual comunitari, s'estan presentant, en els termes que es diran, propostes de regulació uniforme que poden esdevenir models pel legislador català.

2.2.- L'Acquis communautaire, el MCF i el Llibre Verd sobre la revisió de l'acquis en matèria de consum.

⁸ Vegeu el comentari que es fa de la qüestió a EGEA FERNÁNDEZ, Joan; FERRER RIBA, Josep, *Pròleg a Codi civil de Catalunya i legislació complementària amb notes de concordança i jurisprudència*, EUB, Barcelona, 2006, pàg. 23 (“Val a dir, però, que probablement per una manca de visió de conjunt, la formulació emprada per l'Estatut per a la delimitació competencial d'algunes matèries que tenen també vessant civil no resulta del tot coherent amb la nova redacció de l'art. 129. L'article 121, per exemple, sembla excloure que la Generalitat pugui legislar sobre els aspectes civils de les diferents modalitats de venda de consum, en la mesura en que la lletra b) de l'apartat 1 d'aquest precepte només al·ludeix a la regulació administrativa. Això, unit al silenci que l'article 123 del mateix Estatut reformat manté en relació amb els contractes de consum, no s'adiu amb l'especial previsió que fa la lletra f) de l'article 3 de la primera llei, quan disposa que el Llibre sisè del Codi civil de Catalunya, relatiu a les obligacions i els contractes, comprèn també “la contractació que afecta els consumidors”. El mateix es pot dir de l'article 137 quan circumscriu la competència exclusiva de la Generalitat a la regulació administrativa del comerç referit als habitatges. En canvi, en relació amb el turisme, l'article 171 d) té una redacció més completa i acurada, ja que a banda d'atribuir a la Generalitat la competència exclusiva sobre la regulació dels drets i deures específics dels usuaris i els prestadors de serveis turístics, ho fa també amb els mitjans alternatius de resolució de conflictes”).

⁹ Sobre la diferència entre “incorporar” o “transposar” vegeu MARCO MOLINA, Juana, ob. cit, pàg. 23.

¹⁰ Ho avalen els arts. 113 EAC (Correspon a la Generalitat el desplegament, l'aplicació i l'execució de la normativa de la Unió Europea quan afecti l'àmbit de les seves competències, en els termes que estableix el títol V); i 189.1 EAC (“La Generalitat aplica i executa el dret de la Unió Europea en l'àmbit de les seves competències. L'existència d'una regulació europea no modifica la distribució interna de competències que s'estableixen la Constitució i aquest Estatut”).

Tracten de la competència de les CCAA per incorporar o transposar Directives Comunitàries, MARCO MOLINA, Juana, ob. cit; ESPIAU ESPIAU, Santiago, “La codificació del derecho civil catalán en el proceso de unificación del derecho europeo”, *Derecho Privado y Constitución*, 14, 2000, pàg. 69; “Unification of European Law of Obligations and Codification of Catalan civil law”, a MACQUEEN, Hector; VAQUER ALOY, Antoni; ESPIAU ESPIAU, Santiago (eds.), *Regional Private Laws and Codification in Europe*, Cambridge, 2003, pàgs. 172 i ss; DIEZ PICAZO, Luis, M^a, “La transposición de Directivas en materia de derecho patrimonial por parte de las Comunidades Autónomas”, a AREA DE DRET CIVIL DE LA UNIVERSITAT DE GIRONA (coords.), *El futur del Dret Patrimonial de Catalunya (Materials per les Desenes Jornades de Dret català a Tossa)*, Tirant lo Blanc, Valencia, 2001, pàg. 15.

En aquests moments, la situació del dret contractual comunitari en matèria de contractació amb consumidors es troba en procés de revisió. Succeeix que, per revisar-lo, actualment estan obertes, de forma paral·lela, més d'una via. Totes elles tenen o poden tenir, en major o menor grau, incidència en la regulació del dret de desistiment, ja sigui directament a propòsit de les condicions d'exercici de la facultat, ja sigui més indirectament modificant el seu àmbit subjectiu d'atribució.

1.- El 2003, la Comisió va presentar el seu Pla d'Acció a fi de donar coherència al dret contractual comunitari¹¹. Entre altres mesures, es va plantejar la necessitat de millorar la qualitat de l'*acquis* i un dels mecanismes proposats per fer-ho fou l'elaboració d'un *Common Frame of Reference* (previst pel 2009), entès com a conjunt de principis o regles generals, dels que se'n pogués extreure una terminologia harmonitzada (així, una definició única de la noció de consumidor, una mateixa paraula per designar el dret de desistiment^{12...})¹³.

¹¹ Comunicació de la Comisión al Parlamento europeo y al Consejo. Un derecho contractual europeo más coherente. Plan de Acción (*DOUE*, C63, de 15 de març de 2003). Aquest document fa una detallada relació dels seus antecedents i del context en el que es planteja la necessitat de millor l'*acquis communautaire*.

¹² Avui per avui, es barregen les de *revocation, withdrawal, cancellation, rescision...*

¹³ A fi d'aclarir les finalitats i contingut del MCF, reproduïm en aquest punt el document de la Comisió :

« 56.- *El objetivo perseguido es obtener un acervo en materia de Derecho contractual europeo que presente un alto grado de coherencia tanto con respecto a su formulación como a su puesta en práctica y aplicación. No obstante, si las diferencias entre las disposiciones de las Directivas se explican por diferencias relativas a los problemas que las Directivas en cuestión intentan resolver, no es necesario intervenir. Conviene suprimir las diferencias de términos y conceptos que no puedan explicarse por diferencias referentes a los problemas que se intentan resolver.*

57. *Un acervo comunitario mejorado promovería la aplicación uniforme del Derecho comunitario y facilitaría el buen funcionamiento de las transacciones transfronterizas y, por tanto, la realización del mercado interior. Así, por ejemplo, no deberían tratarse de manera diferente situaciones semejantes a no ser que estuviera justificado. También deben evitarse los resultados contradictorios y es necesario definir los términos jurídicos abstractos de manera coherente para permitir que un mismo término abstracto pueda utilizarse con el mismo significado en distintas directivas. De este modo se resolvería indirectamente el problema de la fragmentación de los Derechos contractuales nacionales y la aplicación de estos ganaría coherencia. Un acervo de esta índole respondería a la necesidad de aplicar uniformemente el Derecho comunitario de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.*

58.- *La Comisión intentará, dentro de lo posible, conseguir un alto grado de coherencia en el ámbito del Derecho contractual. Cuando el marco común de referencia esté disponible, la Comisión lo utilizará cuando sea posible y adecuado e incluirá las disposiciones pertinentes en sus propuestas legislativas.*

4.1.1.- *Un marco común de referencia.*

2.- El 2004, la Comisió va endegar, paral·lelament, la revisió de l'acquis en matèria de consum¹⁴. Es tractava de revisar 8 de les Directives en matèria de

59. La Comisión considera que un marco común de referencia que establezca principios y una terminología comunes en el ámbito del Derecho contractual europeo constituye un paso importante para mejorar el acervo en materia de Derecho contractual. Este marco común de referencia será un documento accesible al público que ayudará a las instituciones comunitarias a garantizar una mayor coherencia del acervo actual y futuro en el ámbito del derecho contractual europeo. Este marco común de referencia debería responder a las necesidades y expectativas de los operadores económicos de un mercado interior que aspira a convertirse en la economía más dinámica del mundo.

60.- Si el marco común de referencia se acepta como modelo de Derecho contractual europeo que mejor respone a las necesidades de los operadores económicos, es muy posible que sea aceptado también como criterio de referencia por los poderes legislativos nacionales de la UE y, en su caso, por terceros países que deseen establecer nuevas normas en materia de derecho contractual o revisar las existentes. Por lo tanto, el marco de referencia podría reducir las divergencias entre los Derechos contractuales de la UE.

61. Las siguientes consideraciones tienen por objeto precisar sus objetivos, los campos que deberían cubrir y los aspectos organizativos.

62 a) Como se indicó anteriormente, con el marco común de referencia se perseguirían tres objetivos. En primer lugar, la Comisión podría utilizar este marco común de referencia en el ámbito del Derecho contractual cuando se revise el acervo existente y se propongan nuevas medidas. Debería ofrecer las mejores soluciones posibles con respecto a la terminología y las normas comunes, es decir, en relación con la definición de conceptos fundamentales y términos abstractos como "contrato" o "daño" y de las normas aplicables, por ejemplo, en caso de incumplimiento del contrato. En este contexto, la libertad contractual debería ser el principio rector; sólo deberían preverse restricciones cuando hubiera buenas razones para ello. El objetivo es disponer, en la medida de lo posible, de un acervo coherente en el ámbito del Derecho contractual europeo basado en normas básicas comunes y una terminología armonizada. El segundo objetivo, es que pueda llegar a ser un instrumento para la consecución de un mayor grado de convergencia entre los Derechos contractuales de los Estados Miembros y, en su caso, de terceros países. En tercer lugar, la Comisión basará sus reflexiones en si son necesarias medidas no específicamente sectoriales, por ejemplo, un instrumento facultativo, para resolver problemas relativos al derecho contractual europeo en el marco común de referencia.

63. b) (...) Aunque el contenido detallado del Marco Común de Referencia se establecerá sobre la base de las investigaciones y las contribuciones de los operadores económicos, podría contener los siguientes elementos: - debería regular esencialmente el derecho contractual, sobre todo los contratos transfronterizos afectados, como los contratos de compraventa y los contratos de servicios; **-debería abarcar las normas generales en materia de conclusión, validez e interpretación de los contratos, así como las relativas a la ejecución, el incumplimiento y las vías de recurso, y las normas en materia de garantía de crédito relativas a los bienes muebles y el Derecho sobre el enriquecimiento indebido. Deberían considerarse varias fuentes básicas: -debería recurrirse a los ordenamientos jurídicos nacionales existentes para encontrar denominadores comunes y, en su caso, identificar las mejores soluciones; - es especialmente importante tener en cuenta la jurisprudencia de los tribunales nacionales, sobre todo la de los tribunales supremos, y las prácticas contractuales establecidas,- debería analizarse el acervo comunitario existente y los instrumentos internacionales vinculantes aplicables a la materia, sobre todo la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa Internacional de Mercaderías (CISG).**"

¹⁴ Comunicació de la Comisió al Parlament Europeu i al Consell. Derecho contractual europeo y revisió del acervo: perspectives de futuro, COM (2004) 651 final. Aquest document es presenta a mode de seguiment del Pla d'Acció de 2003 i inclou un apartat 3.1.3 relatiu a la possible estructura i contingut del MCR ("El objetivo de los estudios preparatorios del MCF es identificar las mejores soluciones tomando en consideración el Derecho contractual de los Estados miembros (jurisprudencia y prácticas establecidas), el acervo comunitario y los instrumentos internacionales pertinentes, en particular la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías de 1980. También serán

consum, en concret, les Directives 85/577/CEE, 90/314/CEE, 93/13/CEE, 94/47/CE, 97/7/CEE, 98/6/CE, 98/27/CE i 99/44/CE. La mateixa Comisió preveu que, si escau, en aquest procés es pot fer ús del MCF¹⁵. La finalitat

pertinentes y se tendrán en cuenta otros materiales existentes, aunque garantizando al mismo tiempo que el MCR se adapte a los requisitos específicos de la UE.

La estructura prevista para el MCF es la siguiente: en primer lugar, se enunciarán los principios fundamentales comunes de Derecho contractual, incluyendo directrices para las eventuales excepciones a dichos principios. En segundo lugar, dichos principios fundamentales estarán apoyados mediante definiciones de conceptos clave. En tercer lugar, los principios y las definiciones se completarán mediante normas tipo, que constituirían el núcleo del MCR. Podría realizarse una distinción entre normas tipo aplicables a los contratos celebrados entre empresas o particulares y normas tipo aplicables a los contratos celebrados entre una empresa y un consumidor.

Algunas respuestas sugerían ámbitos que podrían incluirse en el MCR. Muchos de ellos se referían a conceptos generales que no son específicos de tipos particulares de contratos o partes contratantes. El principal criterio para definir los ámbitos cubiertos debería ser su contribución a la coherencia del acervo.

No obstante, se mencionaron específicamente dos tipos de contratos, el contrato celebrado con consumidores y el contrato de seguros, a los que la Comisión espera que se dedique especial atención en los trabajos preparatorios del MCR. Otros ámbitos específicamente mencionados que podría abarcar el MCR son los contratos de venta y servicios, las cláusulas relativas a la reserva de dominio y las de transmisión de la propiedad de las mercancías.

La Comisión también ha tenido en cuenta un estudio, elaborado a solicitud del Parlamento Europeo y del Consejo, que analizaba los eventuales problemas suscitados por las diferencias en la interacción entre el Derecho contractual y el Derecho de responsabilidad civil, así como entre el Derecho contractual y el Derecho de la Propiedad. A partir de dicho estudio, la Comisión considera que las diferencias en la interacción entre el Derecho contractual y el Derecho de la responsabilidad civil de los diferentes estados miembros no suscitan problemas significativos. Más problemas parecen plantear las diferentes interacciones entre el Derecho contractual y el Derecho de propiedad de los Estados miembros. Durante la preparación del MCR, será necesario analizar cómo resolver dichos problemas en la medida en que resulte necesario para mejorar el acervo actual y futuro”.

¹⁵ “2.1.1 Papel principal del MCR

En el plan de acción se identificaron diferentes tipos de problemas relacionados con el acervo, los principales son:

-la utilización en directivas de términos jurídicos abstractos no definidos o definidos de manera muy vaga

-la existencia de ámbitos en los que la aplicación de las directivas no permite, en la práctica, resolver los problemas.

-diferencias entre los Derechos nacionales de aplicación debidas al uso del principio de armonización mínima en las directivas relativas a la protección de los consumidores.

- incoherencias en el derecho contractual europeo.

En primer lugar, es necesario adoptar una decisión política sobre la necesidad de modificar las directivas vigentes a fin de resolver dichos problemas. De adoptarse dicha decisión, la Comisión utilizará el MCR, cuando proceda, como herramienta para presentar propuestas de mejora de la calidad y coherencia del acervo actual y de los futuros instrumentos jurídicos en el ámbito del Derecho contractual. Además, permitirá simplificar el acervo. El MCR definirá con precisión los términos jurídicos, enunciará los principios fundamentales y presentará modelos coherentes de normas de Derecho contractual inspiradas en el acervo comunitario y en las mejores soluciones recogidas en el ordenamiento jurídico de los Estados miembros.

Ejemplo: revisión del acervo en materia de consumo

El objetivo principal de la Comisión sigue siendo aumentar la confianza de los consumidores y de las empresas en el mercado interior, mediante un elevado nivel común de protección de los consumidores, la eliminación de los obstáculos existentes en el mercado interior y la simplificación de la legislación. Se revisarán ocho Directivas relativas a los consumidores, a fin de identificar si se alcanzan dichos objetivos, teniendo en cuenta, en particular, las cláusulas de armonización mínima que contienen.

d'aquesta tasca de revisió es descriu en aquests termes per la Comisió: “Lo ideal sería que, al término del ejercicio, fuera posible decir a los consumidores de la UE: “Esté donde esté o compre donde compre en la UE, sus derechos básicos son los mismos”¹⁶. D'aquesta iniciativa n'ha derivat:

- Dues propostes de Directives: així, la Proposta modificada de Directiva del Parlament europeu i del Consell relativa a l'harmonització de les disposicions legals, reglamentàries i administratives dels Estats Membres en matèria de contractes de crèdit al consum als consumidors i per la que es modifica la Directiva 93/13/CE (COM (2005) 483 final) i la Proposta de Directiva del Parlament Europeu i del Consell relativa a la protecció dels consumidors respecte a determinats aspectes de l'aprofitament per torns de béns d'ús turístic, els productes de vacances de llarga durada, la revenda i l'intercanvi (COM (2007) 303 final).

- El *Llibre Verd sobre la revisió de l'acquis en matèria de consum* (DO UE, C61, de 15 de març de 2007). En aquest document es relacionen els principals problemes detectats a propòsit de les Directives sotmeses a revisió¹⁷ i es fan propostes relatives a com plantejar el procés.

A.- De fet, la Comisió ja es va fer ressò de les diferents estratègies possibles al Primer Informe anual sobre els progressos realitzats en matèria de dret

¹⁶ Apart. 2.1, par. 2.. També es tractar d'aconseguir que “las empresas, en particular las PYME, puedan beneficiarse de un entorno regulador más predecible y unas normas europeas simplificadas, al objeto de disminuir sus gastos derivados de la puesta en conformidad y, de manera más general, facilitar sus intercambios comerciales en la UE, independientemente de donde estén establecidas”.

¹⁷ “3.2 Fragmentación de las normas.

Las normas de la UE sobre protección de los consumidores se encuentran fragmentadas, básicamente, en dos sentidos. En primer lugar, las directivas vigentes permiten a los Estados miembros adoptar normas más estrictas en sus legislaciones nacionales (armonización mínima) y muchos Estados miembros han optado por esta posibilidad, a fin de garantizar un mayor nivel de protección de los consumidores. En segundo lugar, muchas cuestiones se encuentran reguladas de manera incoherente en distintas directivas o se han dejado abiertas (...) 3.3.(...) Las diferentes normas resultantes de la armonización mínima pueden tener un efecto negativo en el mercado interior. Una de las razones por las que los consumidores son reacios a realizar compras transfronterizas es que no pueden estar seguros de que, cuando compren más allá de sus fronteras, se les aplique el mismo nivel de protección del que gozan cuando compran en un país. Por ejemplo, la duración del período de reflexión para las compras transfronterizas a distancia varía de un Estado a otro (...).”

contractual europeu i revisió de l'acquis (COM (2005), 0456 final) (apart. 3.3). Així, la revisió es podria dur a terme des de dues perspectives diferents,

a) una perspectiva vertical: consistiria en la revisió individual de cadascuna de les directives existents (p.e la relativa als drets d'aprofitament per torns de béns immobles d'ús turístic) o regulació de sectors específics (p.e, una Directiva en matèria de turisme que podria incloure disposicions de les Directives sobre viatges combinats i règims d'aprofitament per torns).

b) una perspectiva horitzontal: consistiria en un o més instruments marc per a regular característiques comunes de l'acquis¹⁸.

Al Llibre Verd s'exposen alguns dels principals inconvenients de la perspectiva vertical¹⁹. Es fa especial menció dels problemes que es generen a propòsit de la regulació diferent d'una mateixa institució a Directives distintes, essent així que a la pràctica es pot plantejar un problema de concurrència de normes. Precisament, l'exemple al que es fa referència és la regulació del dret de desistiment²⁰. Pel demés, al Llibre Verd l'opció horitzontal deixa de plantejar-se com a tal i apareix com a "opció mixte" i es proposa una tercera alternativa: l'absència d'acció legislativa. Així,

¹⁸ "Con arreglo al enfoque horizontal, la Comisión, por ejemplo, podría elaborar una directiva sobre contratos de venta de bienes entre empresas y consumidores, que regularía de forma coherente los aspectos contractuales de la venta, que en la actualidad de encuentran distribuidos entre varias directivas (como por ejemplo las Directivas sobre la venta de los bienes de consumo, las cláusulas abusivas, la venta a distancia y la venta a domicilio)" (COM (2005) 456 final, apart. 3.3 (3er paràgraf)).

¹⁹ "4.1.- Opción I: el enfoque vertical (...) Sin embargo, este proceso podría ser mucho más largo y no se capaz de lograr el efecto simplificado del enfoque horizontal. La UE tendría que abordar las mismas cuestiones en el transcurso de los diferentes procedimientos legislativos. Asimismo, la Comisión tendría de asegurarse de que los Estados Miembros transponen de manera coherente la misma cuestión en relación con cada una de las directivas. El volumen de los actos legislativos no disminuiría y los mismos conceptos comunes seguirían figurando y regulándose en las distintas directivas. Sin embargo, de este modo, podría respetarse la especificidad de cada ámbito, a través de la mejora de la legislación existente y de su revisión cuando fuera necesario".

²⁰ "4.2 (...) La relación entre los diferentes instrumentos a veces no está clara y la terminología jurídica, así como las disposiciones pertinentes, no están suficientemente coordinadas. Por ejemplo, si la venta de bienes en régimen de tiempo compartido la realiza un vendedor a domicilio, no está claro si son de aplicación las disposiciones en materia de información o de retractación de la Directiva sobre venta a domicilio o de la Directiva sobre régimen de tiempo compartido".

a) La que apareix al document com a “Opción II: el enfoque mixto (el instrumento horizontal combinado, en su caso, con el vertical”, consisteix en proposar l’elaboració d’un instrument horitzontal on caldria incorporar qüestions comunes a diferents Directives que, per això mateix, es simplificarien i només regularien aspectes específics del seu objecte²¹. Un exemple d’instrument horitzontal és la Directiva 2005/29, del Parlament Europeu i del Consell, de 11 de maig de 2005, *relativa a les pràctiques comercials deslleials de les empreses en les seves relacions amb els consumidors en el mercat interior*²². La Comisió, però, no té clar encara quin hauria de ser l’àmbit d’aplicació d’aquest instrument horitzontal-mixte²³.

²¹ “4.2 (...) Varias cuestiones son comunes a todas las Directivas que forman parte del acervo en materia de consumo. La definición de conceptos básicos como “consumidor” y “profesional”, la duración del período de reflexión y las modalidades para ejercer el derecho de retractación constituyen ejemplos de cuestiones que son importantes en el contexto de varias directivas. Estas cuestiones comunes podrían extraerse de las directivas vigentes y regularse de manera sistemática en un instrumento horizontal. Junto con las disposiciones de la Directiva sobre prácticas comerciales desleales, dado su carácter horizontal, podrían constituir la parte general del instrumento, puesto que se aplicarían a todos los contratos en materia de consumo. En la segunda parte del instrumento horizontal podría regularse el contrato de compraventa, que es el contrato en materia de consumo más común y extenso. Por este motivo, la Directiva sobre bienes de consumo se incluiría en el instrumento horizontal. Este enfoque simplificaría y racionalizaría el acervo en materia de consumo, en consonancia con los principios de la iniciativa “Legislar mejor”. A través de una ejercicio de refundición, se derogarían, en todo o en parte, las directivas vigentes en materia de consumo y, de este modo, se reduciría el volumen del acervo. El instrumento horizontal deberá completarse con diversas acciones verticales (por ejemplo, la revisión de la Directiva sobre régimen de tiempo compartido, al objeto de abordar los problemas específicos que plantea, como la definición de tiempo compartido), siempre que sea necesario (enfoque mixto)” (a propòsit del terme “refundició”, vegeu la Comunicació de la Comisió al Parlament Europeu i al Consell. Un derecho contractual europeo más coherente. Plan de Acción (DOUE, C 63, de 15 de març de 2003, pàr. 77).

²² Incorporada parcialment per mitjà de la Llei 44/2006, de 29 de desembre, de millora de la protecció dels consumidors i usuaris.

²³ “ 4.4 Si se sigue la Opción II, una cuestión importante que habrá de plantearse será el ámbito de aplicación del instrumento horizontal. En el marco del enfoque mixto, una posible opción sería adoptar un instrumento marco con amplia cobertura, aplicable tanto a las transacciones nacionales como a las transfronterizas. La Creación de un instrumento para todos los contratos en materia de consumo simplificaría considerablemente el entorno regulador, tanto para los consumidores como para las empresas. Sin embargo, cuando existan normas sectoriales específicas (por ejemplo, en el ámbito de los servicios financieros o los seguros), estas seguirían prevaleciendo, a menos que se establezca lo contrario. Ejemplos de estas normas son las disposiciones que regulan el plazo de renuncia y la definición de “consumidor” en el ámbito de los servicios financieros.

Una alternativa podría ser la introducción de un instrumento horizontal que se aplique exclusivamente a los contratos transfronterizos. En tal caso, habría que definir el concepto de contrato transfronterizo (por ejemplo, todo contrato a distancia firmado entre un consumidor y un profesional procedentes de dos Estados miembros diferentes). El resultado sería que los consumidores que trataran con un profesional extranjero gozarían de protección uniforme en toda la UE. Esta alternativa podría, por un lado, aumentar la confianza de los consumidores en el comercio transfronterizo, pero, por otro, incrementar la fragmentación normativa, al someter a los consumidores y a los profesionales a diferentes conjuntos de normas, en función del

b. La darrera de les opcions que es consideren es la “*ausencia de acción legislativa*”. Es mostra com la menys aconsellable tal vegada que suposa preservar l’actual situació de fragmentació normativa²⁴.

B. Al Llibre Verd es planteja una altra qüestió: la de quin grau d’harmonització de les legislacions nacionals es pretén assolir. La necessitat de considerar-ho existeix amb independència de quina sigui la tria entre la perspectiva vertical o l’horitzontal, ja vistes. La Comisió proposa també alternatives distintes, que van des de l’harmonització mínima fins a l’harmonització plena, passant per solucions intermèdies.

a. El *grau mínim d’harmonització* és l’imposat per les Directives actualment vigents. Només preveuen el nivell mínim de protecció que s’ha de dispensar als consumidors, però els Estats poden intensificar aquelles mesures, afavorint-los. Aquesta estratègia té inconvenients sobretot en l’àmbit de les transaccions transfrontereres: per una banda, els consumidors no poden estar del tot segurs que el grau de protecció que els atorga la seva legislació nacional sigui el mateix que el que preveu la d’un altre Estat; per l’altra, les empreses poden desincentivar-se de comercialitzar els productes arreu la UE tal vegada que és probable que no compleixin amb tots els requisits previstos a totes les legislacions nacionals.

b. El *grau màxim d’harmonització* o harmonització plena implicaria que el grau de protecció previst a les Directives seria el mateix que haurien de preveure les legislacions nacionals no essent possible, per tant, que el nivell de protecció

carácter nacional o transfronterizo de la transacción. Además, disminuiría el valor de mejora legislativa del instrumento horizontal.

Otra alternativa podría ser un instrumento horizontal limitado a las compras a distancia, independientemente de su carácter nacional o transfronterizo, lo que sustituiría a la Directiva sobre venta a distancia. Esto podría dar lugar a un conjunto de normas uniformes para los contratos a distancia. De nuevo, la principal desventaja sería que se aplicarían condiciones diferentes a las transacciones a distancia y a las que se realicen en persona, aumentando, de este modo, la fragmentación normativa y disminuyendo el valor de mejora legislativa”.

²⁴ “4.3.- Tanto el enfoque horizontal como el vertical requieren acción legislativa. La ausencia de acción legislativa supondría la persistencia de la fragmentación normativa o su incremento a través del recurso, por parte de los Estados miembros, a las cláusulas de armonización mínima. Las incoherencias entre las diferentes directivas seguirían existiendo”.

pugui variar d'un Estat a un altre. Els Estats no podrien intensificar les mesures previstes al dret comunitari²⁵.

c. Una primera solució intermèdia seria combinar l'harmonització mínima amb una clàusula de reconeixement mutu. Els Estats podrien intensificar el nivell de protecció previst a les Directives, però en cap cas imposar-lo a les empreses establertes a un altre Estat membre.

d. Una segona seria combinar el grau mínim d'harmonització amb l'opció escollida per l'Estat d'origen. Aquest mecanisme implicaria que els Estats també podrien preveure mesures més favorables al consumidor que les establertes al dret comunitari, però que a les empreses establertes en un altre país només se'ls podria exigir els requisits establerts a la seva legislació nacional.

Cap d'ambdues solucions semblen convèncer²⁶.

²⁵ "4.5 (...) Esto significaría que ningún Estado miembro podría aplicar normas más estrictas que las establecidas a nivel comunitario. La plena armonización no sólo implicaría la derogación de las cláusulas de armonización mínima, sino también la eliminación de las opciones reguladoras sobre aspectos específicos que ofrecen a los Estados Miembros algunas disposiciones de las directivas, lo que en algunos Estados miembros podría resultar en la modificación del nivel de protección de los consumidores.

Por ejemplo, a la hora de regular los plazos de la garantía legal impuesta al vendedor, el art. 5 de la Directiva sobre venta de bienes de consumo permite a los Estados miembros disponer que el consumidor, para poder hacer valer sus derechos, deberá informar al vendedor de la falta de conformidad en el plazo de dos meses desde la fecha en que se percató de dicha falta de conformidad. Estas posibilidades que se ofrecen a los Estados miembros desaparecerían. Los controles de transposición han confirmado que un número significativo de Estados miembros ha recurrido a tales posibilidades reguladoras. Sobre la base del enfoque de plena armonización, deberá elegirse entre diferentes soluciones; por ejemplo, eliminando o generalizando el deber de notificación al vendedor de la falta de conformidad en un plazo especificado".

²⁶ "4.5 (...) Sin embargo, estas opciones no simplificarían ni racionalizarían el entorno regulador, persistiría la fragmentación normativa y no desaparecerían los efectos negativos que esta tiene en la confianza de los consumidores en el mercado interior. Ante la ausencia de una norma en la que se estableciera como Derecho aplicable la legislación del país del comerciante, el juez que tiene la competencia en un litigio transfronterizo (normalmente el juez del país de destino) tendría que comparar, sistemáticamente, la legislación del país del consumidor con la del país de origen y, a continuación, determinar en qué medida el nivel de protección que proporciona la legislación del país de destino es superior al que proporciona la del país del comerciante y, cuando la divergencia suponga una restricción injustificada, dejar de aplicar los requisitos más estrictos. Este engorroso procedimiento no incrementaría la seguridad jurídica. Estas dos opciones tampoco aportarían una solución que garantizara el elevado nivel común de protección de los consumidores que exige el Tratado".

C.- Al *Llibre Verd*, a més, es relacionen les principals qüestions que es sometran a consulta a fi revisar l'*acquis* de consum. Entre altres, ens n'interessen especialment les que fan referència a les nocions de "consumidor" i "professional", i les relatives al "dret a desistir". I ens interessen especialment perquè permet intuir sobre quins aspectes pensa la Comissió que cal que incideixi la revisió.

a.- Pel que fa al concepte de "consumidor" es planteja, sobretot, la necessitat d'ampliar-lo. I de fer-ho en un doble sentit: a fi de donar cabuda al petit professional o empresari, i a les adquisicions per ús mixte²⁷. La Comissió contextualitza en els següents termes la revisió del concepte.

"Currently the directives do not have coherent definitions of the concepts of consumer and professional, although these are fundamental concepts for the application of the consumer acquis. There is not serious justification in terms of the specific purposes of the relevant directives. The uncertainty this causes is aggravated by the fact that the Member States use the minimum clause to extend the vague definitions in different ways. Several stakeholders advocate strongly in favour of consistent definitions of consumer and professional to avoid confusion. In this respect it is also important to ensure coherence with definitions used in other areas of Community legislation.

For instance, in the Directive on Doorstep Selling defines consumer as a natural person who is acting for purposes "which can be regarded as outside his trade or profession". The Directive on Price Indications refers to any natural person "who buys a product for purposes that do not fall within the sphere of his commercial or professional activity" and the Unfair Contract Terms Directive refers to "purposes which are outside his trade, business or profession".

Differences between Member States can be noted for example when it comes to individuals buying a product to be used both privately and professionally, eg. when a doctor buys a car and occasionally uses it to visit his patient. Several Member States have granted natural persons acting for purposes which fall primarily outside their trade, business or profession the same protection as consumers. In addition

²⁷ Hi trovem a faltar la conveniència d'ampliar el concepte a les persones jurídiques.

some businesses, such as individual entrepreneurs or small businesses any sometimes be in a similar situation as consumers when they buy certain goods or services which raises the questions whether they should benefit to a certain extent from the same protection provided for to consumers. During the review the widening of the definitions to cover transactions for mixed purposes should be considered²⁸.

Similarly the professional is referred to variously as “trade”, “seller”, “supplier” etc, depending on the directive. The definitions vary as well: The Distance Selling Directive, for instance, defines the “supplier” as “any natural or legal person who is acting in his commercial or professional capacity”, whereas the Unfair Contract Terms Directive refers to a “seller or supplier” as a natural or legal person who “is acting for purposes relating to his trade, business or profession, whether publicly or privately owned”. To overcome the current inconsistencies the notion of “professional” could replace the variety of terms in the existing Directives and apply to all persons who are not deemed to be consumers.

Pregunta B1: ¿Cómo deberían definirse los conceptos de “profesional” y “consumidor”?

Opción 1: Se pondrían en consonancia las definiciones que figuran en el acervo, sin modificar su alcance. Se entenderá por consumidor la persona física que actúa con fines ajenos a su negocio, empresa o profesión, y por profesional, la persona (física o jurídica) que actúa con fines relacionados con su negocio, empresa o profesión.

Opción 2: Se ampliarían los conceptos de consumidor y profesional de modo que abarcasen a las personas físicas que actúan con fines *básicamente* ajenos (consumidor) o *básicamente* relacionados (profesional) con su negocio, empresa o profesión”.

b. Pel que fa al dret de desistiment, l’atenció se centra, essencialment, en la unificació de terminis, en les modalitats d’exercici del dret a desistir del contracte i en les despeses que, si escau, hagi d’assumir el consumidor que desisteix. Així descriu la situació la Comisió:

“4.8. Right of withdrawal

²⁸ La cursiva és nostra.

4.8.1. The cooling-off periods.

The Directives on Timeshare, Doorstep Selling and Distance Selling give consumers the right to withdraw the contract within a certain period. There are significant divergences in relation to the length of these periods, and as to the beginning and calculation of the periods (in calendar or working days). Such differences may be confusing for consumers and can create legal uncertainty in case of overlaps between Directives.

The horizontal instrument could provide for common rules on the time frames for all types of contracts for which a right of withdrawal exists, so as to increase legal certainty.

An alternative could be to group the directives into two categories to each of them a specific withdrawal period. The reason for this would be that different directives grant consumers a right to withdrawal for different reasons, e.g. to allow consumers to compare the price and quality of the products ordered in a door step situation with alternative offers or to allow consumers to see the product ordered at a distance.

Whichever of the two alternatives is chosen, the Commission is of the view that all periods should be uniformly counted in calendar days rather than working days to increase legal certainty. The concept of working days is differently interpreted by the Member States and varying national holidays may cause uncertainties for consumers and businesses.

Pregunta F1: ¿Debería armonizarse la duración de los períodos de reflexión en el acervo en materia de consumo?

Opción 1: Habría un período de reflexión para todos los casos en los que las directivas sobre consumo otorgan a los consumidores el derecho a retractarse del contrato, por ejemplo, catorce días naturales.

Opción 2: Se establecerán dos categorías de directivas y se asignaría a cada una de ellas un período de reflexión específico (por ejemplo, diez días naturales para los contratos de venta a domicilio y venta a distancia, frente a los catorce días del régimen de tiempo compartido).

Opción 3: Statu quo: No se armonizarían los períodos de reflexión en el acervo en materia de consumo; se regularían en la legislación sectorial.

4.8.2 The modalities of exercising the right of withdrawal.

The modalities of exercising the right of withdrawal are currently regulated differently across the consumer acquis. There are also significant differences in the Member States transposition of the directives. In some countries consumers may choose how to notify the seller (e.g. by sending an email or simply by returning the good to the seller), whereas in others the consumer is obliged to use a certain procedure such as registered mail. Clarifying the rules on how to return products could increase consumer confidence in cross-border transactions. A recent Eurobarometer survey shows that, in relation to distance selling, 65% of consumers consider that there are more problems with returning goods during the cooling-off period when they were bought cross-border.

To clarify and simplify matters, the provisions on the modalities of exercising the right of withdrawal could be harmonised in the horizontal instrument.

Pregunta F2: ¿Cómo debería ejercitarse el derecho de retractación?

Opción 1: Statu quo: Los Estados miembros podrían determinar libremente la forma de notificación de la retractación.

Opción 2: Se establecería un procedimiento uniforme de notificación de la retractación en el acervo en materia de consumo.

Opción 3: Se excluiría cualquier requisito formal para la notificación de la retractación. Por tanto, los consumidores podrían retractarse del contrato de cualquier modo (incluida la devolución de la mercancía).

4.8.3.- The contractual effects of withdrawal

The effect on the contract when the consumer exercises his or her right of withdrawal is regulated differently for different types of contract in the acquis. The Doorstep Selling Directive provides only that withdrawal releases consumers from any obligations under the cancelled contract. Other legal effects are to be determined by national law. The Directive on Distance Selling provides instead that when the right of cancellation is exercised, the seller is obliged to reimburse the sums paid by the consumer free of charge as soon as possible and in any case within 30 days. The only charge that may be made to the consumer is the direct cost of returning the goods.

The horizontal instrument could harmonise the provisions on the effects of withdrawal. The rule that consumers should not bear any costs when exercising their right of cancellation could be spelled out more clearly and made general whereby the option for Member States to impose charges on consumers in the event of cancellation could be removed. In addition, the horizontal instrument could provide for a general time limit by which the professional would have to reimburse consumers who exercise their right to withdrawal as it is currently the case in respect of contracts concluded at a distance.

Pregunta F3 ¿Qué costes deberían soportar los consumidores en caso de retractación?

Opción 1: Se suprimirían las opciones reguladoras vigentes, de manera que los consumidores no tendrían que soportar coste alguno al ejercer su derecho de retractación.

Opción 2: Se generalizarían las opciones vigentes, de manera que los consumidores tendrían que soportar los mismos costes al ejercer su derecho de retractación.

Opción 3: Statu quo: Se mantendrán las opciones reguladoras vigentes.

2.3.- Algunas propuestas: en concreto, el Cap. 5 dels Principis del Dret Contractual comunitari (“Acquis Principles”).

En el contexto d'elaboració del MCF, destaquen els treballs de dos grups: el *Study Group on European Civil Code*²⁹ i l'*Acquis Group*. Aquesta darrer acaba d'enllestir els seus *Acquis Principles* o “Principios del Derecho contractual comunitario”. El Cap 5 s'esmerça a la regulació del “dret de desistiment”, que reproduïm pel seu interès^{30 31 32}

²⁹ www.sgecc.net

³⁰ Els Principis consten a l'Anexe de SCHULZE, Reiner, « El *acquis communautaire* y el marco común de referencia para el derecho contractual europeo », Ponència defensada al I Congrés de Dret Contractual Europeu i Principis UNIDROIT, celebrat a Palma de Mallorca els dies 26 i 27 d'abril de 2007 (pendent de publicació). Per la resta de treballs del grup, pot consultar-se www.acquis-group.org

³¹ Per a més informació a propòsit de la xarxa d'investigadors que treballa en el MCF (*Joint Network on European Private Law*), es pot consultar LEIBLE, Stefan, “Vías para la unificación del Derecho privado europeo”, *ADC*, octubre-desembre, 2006, págs. 1589 i ss.

³² Té el mateix grau d'interès veure en quins termes es planteja, als *Acquis Principles*, el seu propi àmbit d'aplicació. Se n'ocupa l'art. 1:101, segons el qual “*Ámbito de aplicación y*

Capítulo 5: Derecho de desistimiento.

Sección 1: Ejercicio y eficacia.

Artículo 5:101: Carácter imperativo

Cuando una parte tiene un derecho legal de desistimiento, las normas de esta sección se aplican con carácter imperativo.

Artículo 5: 102 Ejercicio del derecho de desistimiento

Para su eficacia, el desistimiento debe ser comunicado a la otra parte por la parte que tiene el derecho. No es necesario alegar razón alguna. La devolución del objeto del contrato es considerado como un desistimiento tácito.

Artículo 5:103. Plazo para desistir.

- (1) Salvo que otra cosa se determine, el derecho de desistimiento debe ser ejercido en un plazo de 14 días tras la conclusión del contrato, siempre que se haya comunicado la existencia del derecho según el art. 5:104 y no más tarde de un año tras la conclusión del contrato. Si se trata de un contrato de suministro de mercancías, el plazo no se agota antes de 14 días desde su recepción.
- (2) El ejercicio del derecho de desistimiento es tempestivo si la declaración se envía dentro de plazo.

Artículo 5:104: Comunicación del derecho de desistimiento

La parte a quien corresponde el derecho de desistimiento debe ser adecuadamente advertida de la existencia de tal derecho por la otra parte. Se le debe resaltar adecuadamente tal derecho, y proporcionar información en la forma de texto en un soporte duradero, en un lenguaje sencillo e inteligible, sobre el derecho de desistimiento, el periodo de ejercicio y el nombre y la dirección de la persona frente a la que debe ejercerse el desistimiento.

Artículo 5:105 Eficacia del desistimiento.

- (1) El desistimiento de un contrato pone fin a las obligaciones contractuales. Cada parte debe devolver a la otra lo que ha recibido en virtud del contrato y asumir los costes que ello conlleve, salvo que el contrato disponga otra cosa en favor de la parte que tiene derecho a desistir. La parte que puede desistir no responde del pago de ningún otro coste y no incurre en ninguna otra responsabilidad al ejercer el derecho de desistimiento. La otra parte debe devolver

propósito de estos Principios, (1) Los siguientes principios y normas se formulan sobre la base del Derecho de la Comunidad Europea ya existente en el ámbito del Derecho de contratos.

(2) Estos principios y normas sirven como fuente para la redacción de normas, la transposición y la interpretación del Derecho comunitario europeo.

(3) No son formulados para ser aplicados en el ámbito del derecho laboral, el derecho de sociedades, el derecho de familia o el derecho de sucesiones”.

libre de cargas cualquier pago recibido de la parte que ha desistido y tan pronto como sea posible y, en todo caso, no más tarde de treinta días tras haber sido ejercido eficazmente el derecho.

- (2) La parte que desiste del contrato no es responsable de los daños en los bienes recibidos, supuesto que haya procedido con el debido cuidado. Tampoco responde de la pérdida de valor de los bienes recibidos que sea consecuencia de su examen y prueba. Es responsable de la pérdida de valor que resulta de su uso normal, salvo que la parte no haya sido adecuadamente advertida sobre su derecho de desistimiento.

Artículo 5:106: Contratos vinculados.

- (1) Si un consumidor ejerce un derecho de desistimiento de un contrato de suministro de bienes y servicios con un profesional, la eficacia del desistimiento se extiende a cualquier otro contrato vinculado.
- (2) Los contratos son vinculados si objetivamente forman una unidad económica.
- (3) Si un contrato está financiado total o parcialmente por un contrato de crédito, ambos forman una unidad económica, en particular:
- 1.- Si el profesional que suministra bienes o servicios financia la prestación del consumidor, o
 - 2.- Si el concedente de crédito se sirve del suministrador de bienes o servicios para la conclusión del contrato de crédito, o
 - 3.- Si el contrato de crédito se refiere a determinados bienes o servicios que deben financiarse con este crédito, y si la vinculación entre ambos contratos ha sido propuesta por el suministrador de bienes o servicios o por el concedente de crédito, salvo que otras circunstancias indiquen que ambos contratantes no forman una unidad económica.
- (4) El art. 5: 105 se aplica por analogía al contrato vinculado.
- (5) El párrafo (1) no extiende la eficacia del desistimiento de un contrato de crédito a un contrato de bienes o servicios cuyo precio dependa de las fluctuaciones del mercado financiero que estén fuera de control del profesional y que puedan acaecer durante el plazo de ejercicio del desistimiento.

Sección 2: Derechos de desistimiento especiales.

Artículo 5:201: Contratos negociados fuera de establecimientos comerciales.

- (1) Un consumidor tiene derecho a desistir del contrato de suministro de bienes o servicios, incluidos los financieros, si la oferta o la aceptación del consumidor se emitió fuera de un establecimiento comercial.

- (2) Salvo que en la conclusión del contrato el profesional haya utilizado exclusivamente medios de comunicación a distancia, el párrafo 1 sólo se aplica a contratos en los que la cantidad a pagar por el consumidor alcance un mínimo determinado legalmente.
- (3) El párrafo (2) no se aplica a:
- (a) contratos concluidos mediante distribuidores automáticos o locales comerciales automatizados,
 - (b) contratos concluidos mediante operadores de telecomunicaciones a través del uso de teléfonos públicos,
 - (c) contratos concluidos para la construcción y venta de bienes inmuebles o que se refieran a otros derechos relativos a bienes inmuebles, con excepción del arrendamiento,
 - (d) contratos sobre alimentos, bebidas o cualquier otro bien de consumo diario que habitualmente sea suministrado en el hogar, el domicilio o lugar de trabajo del consumidor, por distribuidores que realicen viajes frecuentes y regulares.
 - (e) Contratos concluidos a través de medios de comunicación a distancia, pero al margen de un sistema organizado de venta o suministro de servicios del profesional,
 - (f) Contratos de bienes y servicios cuyo precio dependa de las fluctuaciones del mercado financiero que puedan tener lugar durante el plazo de desistimiento y que estén fuera del control del profesional.
 - (g) Contratos concluidos a través de subasta pública,
 - (h) Pólizas de seguro de viaje y equipaje o contratos similares de corta duración, de vigencia inferior a un mes.
- (4) Si para la conclusión del contrato del profesional ha utilizado exclusivamente medios de comunicación a distancia, el párrafo (1) no se aplica a los contratos:
- (a) de alojamiento, transporte, catering, o de ocio, cuando en el momento de la conclusión del contrato el profesional se obliga a suministrar tales servicios en una fecha concreta o en un período determinado.
 - (b) De suministro de servicios distintos a los financieros, si se ha iniciado la ejecución de la prestación a petición expresa e informada del consumidor, antes de la finalización del período de desistimiento referido en el art. 5:103 párrafo (1).
 - (c) De bienes elaborados siguiendo las instrucciones del consumidor, o que están claramente personalizados o que, por razón de su naturaleza, no

pueden ser objeto de devolución o son susceptibles de rápido deterioro o perecimiento.

- (d) De grabaciones sonoras o en vídeo o software informático
- (1) que hayan sido desprecintados por el consumidor, o
- (2) que puedan ser descargados o reproducidos para ser usados repetidas veces, en caso de suministro por vía electrónica.
- (e) de diarios, periódicos o revistas
- (f) de servicios de apuestas y loterías.
- (5) el párrafo (1) no se aplica a los contratos de servicios financieros que ya hayan sido completamente ejecutados por ambos contratantes, a petición expresa e informada del consumidor, antes de que el consumidor pretenda ejercer el derecho de desistimiento.

Artículo 5:202: Contratos de utilización de bienes inmuebles en régimen de tiempo compartido.

- (1) El consumidor que en un contrato concluido con un profesional adquiera un derecho de utilización de un inmueble en régimen de tiempo compartido tiene derecho a desistir de este contrato.
- (2) Cuando el consumidor ejerza su derecho a desistir según el párrafo (1), el contrato puede establecer que el consumidor reembolse los gastos:
 - (a) derivados de la conclusión y desistimiento del contrato, y
 - (b) que corresponden a las formalidades legales que deben cumplirse antes de la expiración del plazo referido en el art. 5:103 (1), y
 - (c) sean razonables y apropiados, y
 - (d) estén expresamente mencionados en el contrato, y
 - (e) sean conformes con las normas que sean de aplicación a tales gastos.

El consumidor no está obligado a reembolsar gasto alguno cuando ejerza su derecho de desistimiento según el art. 2:207 (1)³³

- (3) El profesional no puede exigir o aceptar pagos avanzados del consumidor durante el período en que éste pueda ejercer el derecho de desistimiento³⁴.

³³ Artículo 2:207: Medios de reparación en caso de infracción de los deberes de información
(1) Si según los precedentes arts. 2:203-2:205 el profesional debe proporcionar información a un consumidor antes de la conclusión de un contrato del que el consumidor tiene derecho a desistir, el plazo de desistimiento comienza cuando toda la información ha sido proporcionada. Sin embargo, esta norma no prolonga el período de desistimiento más allá de un año, contado a partir del momento de finalización del contrato.

³⁴ También es pot considerar un altre text: l'art 159 (*Desistimiento efectuado por el consumidor*) de l'Avant-projecte del *Código Europeo de Contratos* elaborat per l'Acadèmia de lusprivatistes europeus. El precepte es referiex només als contractes celebrats per consumidors fora d'establiment mercantil (vegeu art. 9): "1.- En el caso previsto por el artículo 9, el consumidor

Pel que fa als conceptes de “consumidor” i “professional”, ambdós grups han preparat les seves propostes.

a. En el marc dels *Acquis Principles*, s’hi refereixen els arts. 1:201 (*Es consumidor cualquier persona física que principalmente actúe con un propósito*

insatisfecho o que ha cambiado de idea tiene el derecho de desistir del contrato o de su oferta contractual, enviando a la contraparte, o con el mismo efecto a la persona que ha concluido la negociación, la declaración escrita en la que se puede limitar a expresar su intención de desistir del contrato o de su oferta. 2.- La citada declaración, a la que se aplica el artículo 21, debe ser enviada según las modalidades y, además, en los plazos previstos por las disposiciones comunitarias, en relación con el hecho de que el consumidor haya sido o no haya sido plenamente informado de su derecho a desistir. Estos plazos corren a partir de las fechas indicadas por las disposiciones en cuestión. 3.- En el momento en que la declaración que figura en el párrafo primero de este artículo es conocida o es reputada conocida por su destinatario, las partes quedan liberadas de sus obligaciones respectivas, con excepción de lo que se prevé en el párrafo 4º del presente artículo, quedando a salvo el derecho del consumidor a ser indemnizado del perjuicio que la cosa entregada le ha procurado sobre la base de lo que se dispone en el artículo 162. Esta disposición no impide ninguna otra de las disposiciones comunitarias, ni de las que se hallan en vigor, en los Estados Miembros de la Unión Europea, que infligen sanciones específicas a cargo del comerciante que no haya, plena y exactamente, informado al consumidor de su derecho de desistimiento. 4.- El consumidor debe restituir a la contraparte las cosas que le hayan sido entregadas, en cumplimiento del contrato del que ha desistido, como lo disponen las citadas disposiciones comunitarias. Asimismo, la contraparte, en los plazos y en las modalidades previstas por aquellas últimas, debe restituir al consumidor las sumas que hayan sido pagadas por éste. 5.- El consumidor no puede renunciar a su derecho a desistir del contrato o de su oferta contractual, y a todo pacto contrario a las disposiciones que figuran en el presente artículo y en el artículo 9 es nulo, conforme al art. 140, párrafo 1, letra a).)(pot consultar-se el text a GANDOLFI, G., (coord.), *Code Europeen des Contrats*, Avant-project, Livre Premier 1, Dott.A. Giuffrè, Milano, 2002, pág. 895 y 896). Una altra és la proposta que fa SCHULZE a “Deberes precontractuales y conclusión del contrato en el Derecho Contractual Europeo”, *ADC*, enero-marzo de 2006, pàgs. 29 y ss. Proposa uniformitzar les condicions d’exercici del dret per tots els supòsits en què el seu reconeixement legal té un mateix fonament. Entén que aquell fonament és el mateix (així, la menor preparació i informació del consumidor) als anomenats “out of shop contracts” (contractes celebrats fora d’establiments mercantils, contracte a distància i contractació de serveis financers a distància. Proposa la següent regla: “El consumidor está legitimado para resolver el contrato de suministro de bienes o servicios, incluyendo los servicios financieros, siempre que la aceptación del contrato fuera realizada fuera del establecimiento comercial del profesional” (ob. cit, pág. 48); “Es requisito de eficacia del desistimiento que su ejercicio sea comunicado a la parte contractual contra la que éste se dirige. No debe alegarse causa o razón”(ob. cit, pág. 48 in fine i 49); “ La parte beneficiada con un derecho de desistimiento debe ser informada adecuadamente por la contraparte de su existencia. La información es adecuada si advierte por escrito, en un lenguaje claro y comprensible, sobre el derecho de desistimiento, el período de ejercicio y el nombre y dirección de la persona contra quien aquél puede ser ejercido” (ob. cit, pág. 50); “A no ser que se establezca lo contrario, el beneficiado con el derecho de desistimiento puede ejercerlo durante un plazo de 14 días tras la conclusión del contrato y una vez haya sido notificado de la existencia de tal derecho. Adicionalmente, si el contrato tiene por objeto el suministro de bienes, el plazo de 14 días no comienza a contar hasta que las mercancías han sido enviadas” (ob. cit, pág. 52); “La declaración de desistir del contrato es eficaz desde el mismo momento en que se emite” (ob. cit, pág. 53); “Cuando se ejerce eficazmente el derecho de desistimiento antes de la celebración del contrato, queda sin efecto la previa declaración del titular dirigida a concluirlo. Si la declaración de desistimiento se ejerce tras la conclusión del contrato, cesan las obligaciones derivadas del mismo. Cualquier prestación cumplida debe ser restituida. Tienen en este caso aplicación las normas sobre resolución del contrato”.

ajeno a su actividad comercial) i 1:202 (Es profesional cualquier persona física o jurídica, de titularidad pública o privada, que actúe autónomamente con finalidad comercial, laboral o profesional, incluso cuando no pretenda obtener lucro con tal actividad).

b. En el marc del SGECC, destaca el plantejament que fan HERRE, Johnny; HONDIUS, Ewoud; ALPA, Guido, a *From the task Force on Consumers and Professionals*³⁵. A propòsit del concepte de “consumidor”, es planteja:

1.- La necessitat de donar cabuda a les *persones jurídiques*.

2.- La qüestió de les adquisicions per doble ús o *ús mixte*, que es tradueix en la necessitat de plantejar-se la conveniència o no d'ampliar el concepte de consumidor a aquells que contracten *principalment* per fins o propòsits aliens a la seva activitat professional.

3.- Les diferències entre una definició *positiva* o *negativa* de consumidor, i la conveniència d'optar per una o altra. En una definició positiva es relaciona el ús o *destí que es vol donar* al producte (p.e, personal, familiar..), mentre que en una definició negativa no importa tant l'ús al què es vol aplicar el producte, com el destí que *no se li vol donar*. L'exemple que posen els autors és relevador:

“An example is when the natural person concludes a contract of sale on his own name and where the purpose is that the good should be used by a non-profit organization of which the person is a member. In this case the purpose is outside the buyer's trade, business or profession, but the transaction has not been made for personal, family or household use. The person would therefore be protected when applying the negative description, but not when applying the positive description”.

4.- El paper que ha de jugar en la consideració d'un client com a consumidor el coneixement que el professional ha de tenir o pot tenir sobre el propòsit o ús que l'adquirent vol donar al producte.

“Example: Arthur wishes to buy a birthday present for Laura, his girlfriend. He goes to a shop for professionals without indicating to the sales attendant that neither Laura nor he is a professional. Do the rules on consumer sales apply?”

³⁵ www.sgecc.net

5. L'ampliació de la noció de "consumidor" o de la protecció que legalment li és atorgada als petits empresaris quan es trovin en una situació equiparable a la del consumidor. El principal problema que planteja la qüestió és la de delimitar l'àmbit d'aquestes noves necessitats de protecció. Fins on arriba o què cal entendre per "petit empresari"?

2.4.- Un model de dret comparat: l'art. 355 del BGB. En concret, el dret a desistir en cas d'incompliment del deure professional d'informació: la seva durada temporalment il.limitada.

Aquest article també pot servir de referència al legislador català, tal vegada que es tracta d'una disposició incorporada al Codi civil, como podria ser la que tractés del desistiment a Catalunya (així, incorporada al CCCat).

La disposició està integrada per tres apartats: el primer estableix l'efecte de no-vinculació o desvinculació que genera l'exercici tempestiu de la facultat de desistir, la naturalesa *ad nutum* o no necessitada de motivació del desistiment, la naturalesa receptícia de la declaració de voluntat per mitjà de la que s'exterioritza la voluntat de desistir i la forma d'exercici. El segon tracta de l'inici del còmput i el darrer sobre la durada màxima del període per a desistir. Aquesta disposició fou incorporada per mitjà de la *Llei de modernització del Dret d'Obligacions*, de 26 de novembre de 2001, per la que es va reformar el BGB. El seu text és el que segueix:

"355 Derecho de revocación en contratos de consumo.

- (1) Si por ley se concede a un consumidor un derecho de revocación, de acuerdo con esta disposición, no queda vinculado a su declaración de voluntad dirigida a la celebración del contrato si la ha revocado tempestivamente. La revocación no debe contener ninguna motivación y debe declararse frente al empresario en forma escrita o mediante la devolución de la cosa dentro de dos semanas; para el cumplimiento del plazo basta el envío tempestivo.

El plazo comienza con el momento en que el consumidor recibe en forma escrita información claramente redactada sobre su derecho de revocación que, de acuerdo con las exigencias del medio de comunicación empleado, sea clara sobre

su derecho y contenga el nombre y la dirección de frente a quién debe declararse la revocación y una advertencia sobre el inicio del plazo y la regla del apartado 1, frase 2. A diferencia de lo establecido en el párrafo 1, frase 2, si la información ha sido proporcionada tras la conclusión del contrato, el plazo es de un mes. Si el contrato se debe celebrar por escrito el plazo no comienza a transcurrir antes de que se ponga a disposición del consumidor una escritura del contrato o de la propuesta. Si el inicio del plazo es litigioso la carga de la prueba incumbe al empresario.

El derecho de revocación se extingue, como muy tarde, a los seis meses de la celebración del contrato. Para el caso de entrega de mercancías el plazo no comienza antes del día de su recepción por el destinatario. Como excepción a lo establecido en la frase 1, el derecho de revocación no se extingue si el consumidor no ha sido informado debidamente sobre su derecho de revocación³⁶

Estrictament, però, la redacció de l'art. 355 avui vigent no es correspon amb el text aprovat el 2001. La darrera disposició prevista a l'apartat 3er -i que converteix la facultat de desistir en una facultat temporalment il·limitada en cas d'infracció dels deures professionals d'informació i documentació contractual- és fruit de l'"OLG- *Vertretungsänderungsgesetz*", que va entrar en vigor l'1 d'agost de 2002. Aquesta darrera previsió és conseqüència de la STJCEE, de 13 de desembre 2001 (*Cas Heininger*; assumpte C-481/99), que va declarar que era contrària la dret comunitari i, en concret, a l'art. 5 de la Dir. 577/85, tota disposició estatal que fixés una durada màxima al dret a desistir que regís, fins i tot, en cas que el professional no hagués informat al consumidor de l'existència, condicions d'exercici i efectes d'aquesta facultat. Aquesta manca de conformitat obeeix al fet que la Dir. 577/85 no fixa cap durada màxima en aquest supòsit convertint-la, de fet, en una facultat de durada temporalment il·limitada³⁷. Amb la reforma, el legislador alemà no s'ha limitat a preveure

³⁶ Aquest és el text que conta com Anexe al treball d'EBERS, Martin, "La reforma y europeización del Derecho alemán de obligaciones", a BADOSA COLL, Ferran; ARROYO AMAYUELAS, Esther (coords.), *La armonización del derecho de obligaciones en Europa*, Tirant lo Blanc, Valencia, 2006, pàg. 77. En general, sobre la reforma, també pot consultar-se LAMARCA MARQUÈS, Albert, "La modernización del derecho alemán de obligaciones: la reforma del BGB", 2 (2001), *InDret*, www.indret.com

³⁷ Vegeu, sobre la qüestió, EBERS, Martin; ARROYO AMAYUELAS, Esther, ""Heininger" y las sanciones a la infracción del deber de información sobre el derecho de desistimiento *ad nutum* (Sentencia TJCE de 13 de diciembre de 2001, Asunto C481/99), *RFDUG*, 9, 2006, pàgs. 407-442.

aquesta indeterminació temporal en cas de contractes celebrats fora d'establiment mercantils. Atés que l'article 355 BGB s'aplica *en tot cas*, regirà fins i tot en aquells supòsits en els que el legislador comunitari sí que permet limitar temporalment l'exercici del dret a desistir, àdhuc en cas d'infracció del deure d'informar (així, per exemple, a la Dir. 7/97, en matèria de contractació a distància, i a la Dir 94/47, en matèria de drets d'aprofitament per torns de béns immobles). Es tracta d'una opció conforme amb el dret comunitari donat que, com s'ha explicat, avui per avui permet que els legisladors interns intensifiquin el grau o nivell de protecció previst a les Directives. Una manera de fer-ho és fixant una durada temporalment il·limitada al dret en cas de vulneració dels deures d'informació.

Aquesta qüestió interessa destacar-la especialment perquè s'entén que és una mesura molt encertada. I per dues raons: una de directa i una altra d'indirecta. En primer terme, és la que protegeix més efectivament al consumidor. El deure d'informar de la facultat de desistir i de les seves condicions s'explica com a mesura que permet al consumidor tenir-ne coneixement i fer-ne ús. Ara bé, si es permet que caduqui el dret abans que el consumidor n'hagi estat informat, la protecció que se li atorga no deixa de ser, en aquest punt, poc rigurosa. En segon terme, i indirectament, amb aquella durada indefinida s'estimula al mateix temps l'interès del professional a informar acuradament del dret a desistir. El risc que pot córrer en cas de no fer-ho (així, que el consumidor pugui desistir *en qualsevol moment*), és raó suficient per fomentar el compliment d'aquells deures professionals.

3.- La facultat de desistiment com a facultat del “consumidor”

3.1.- El titular de la facultat dita de “desistiment”: només el “consumidor”? Qui ho és?

L'article 622-4 (Període de reflexió) dels *Treballs preparatoris del llibre sisè del Codi civil de Catalunya (CCCat)* s'ubica al Capítol I (*El consumidor o consumidora com a part contractual*) (vegeu art. 3 f. de la Llei 29/2002, de 30 de desembre, *Primera Llei del Codi civil de Catalunya*), al temps que reconeix aquell període i facultat de desistir del contracte al "consumidor". Tot plegat aconsella analitzar: primer, quin és el concepte de "consumidor" al dret civil català; segon, si, efectivament, només és a aquest consumidor que es reconeix la facultat de desistir i, en fi, si el seu fonament aconsellaria estendre el seu reconeixement a tot supòsit de contractació realitzada en determinades circumstàncies o de determinats béns i serveis (element objectiu) i amb independència de les circumstàncies dels contractants (element subjectiu).

3.1.1.- El concepte de "consumidor" al dret civil català. El concepte comunitari: hi ha correspondència?

La definició genèrica de "consumidor" al dret civil català la proporciona l'art. 1.2 de la Llei 3/1993, de 5 de març, de *l'Estatut del Consumidor*. Diem definició "genèrica" perquè es realitza amb independència d'una determinada modalitat de contractació (així, a distància, electrònicament...) i amb independència del tipus de béns o serveis contractats (per exemple, viatges, béns de consum...); però no seria definició "general" en tant que el precepte expressament disposa que la definició ho és als "seus efectes"³⁸. Disposava que: "*A efectes de la present llei, es consideren consumidors a les persones físiques o jurídiques de qualsevol nacionalitat o residència que, com a destinataris finals, adquireixen, utilitzen o disfruten, dins del territori de Catalunya, béns i serveis pel seu*

³⁸ El mateix passa amb l'art. 1.2 de la Llei 26/1984, de 19 de juliol, *General per a la defensa de consumidors i Usuaris* ("2. A efectos de esta ley, son consumidoras o usuarios las personas físicas o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales, bienes muebles o inmuebles, productos, servicios o actividades o funciones, cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva de quienes los producen, facilitan, suministran o expiden. 3.- No tendrán la consideración de consumidoras o usuarios quienes sin constituirse en destinatarios finales, adquieran, almacenen, utilicen o consuman bienes o servicios, con el fin de integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros"). A la pràctica, però, a l'empara del caràcter "general" de la pròpia llei, el cert és que tant doctrina o jurisprudència interpreten la noció de "consumidor" que apareix a altres textos a la llum del art. 1.2. LGDCU (excepte, evidentment, quan aquests darrers incorporen una definició *ad hoc* del terme).

Pel que fa a l'aplicació del concepte de consumidor més enllà de *l'Estatut del Consumidor*, vegeu BARRAL VIÑALS, Immaculada, "Del consumidor destinatari final al consumidor no expert en la contractació en massa", *Revista Catalana de Dret Privat*, núm. 7, 2007, pàg. 82.

consum o ús particular, familiar o col·lectiu, sempre que el proveïdor tingui caràcter empresarial o professional o sigui la mateixa Administració Pública”.

De la definició reproduïda hom destacaria:

a.- primer, la inclusió tant de les persones naturals com de les persones jurídiques;

b.-segon, la naturalesa empresarial o professional de l'altre contractant (s'exclou la noció de consumidor entre “particulars”, encara que un d'ells realitzi habitualment determinades transaccions però ho faci al marge de la seva activitat professional; així, doncs, no seria “consumidor” qui celebra, com a arrendatari, un contracte d'arrendament d'un pis, essent així que el propietari sempre el lloga però sense dedicar-se professionalment a aquesta activitat).

c.-en tercer lloc, aquella definició inclou tant l'anomenat “consumidor jurídic” com el dit “consumidor material”; així, no sols a qui contracta béns o serveis sino, també, a qui els utilitza, sense haver-los contractat (per això, és també consumidor aquell a qui han regalat un electrodomèstic). En qualsevol cas, s'ha de tenir en compte que la legislació sectorial, relativa a la contractació *en determinades circumstàncies* o a la contractació *de determinats productes o serveis*, acostuma a reduir el seu àmbit subjectiu d'aplicació al consumidor “jurídic” o contractant (així, comprador, arrendatari...).

d.-Per últim, hom podria destacar la naturalesa de l'art. 1.2 EC com a norma d'aplicació territorial, és a dir, com a norma que proporciona el concepte de consumidor vigent i aplicable a Catalunya, amb independència de la nacionalitat o residència del consumidor³⁹

Aquella definició planteja, però, alguns dubtes.

La primera deriva de la necessitat de concretar què s'entén per “destinatari final”. En aquest punt, l'art. 1.2 EC difereix de l'art. 1.2 i 3 LGDCU (que també identifica el consumidor o usuari amb el « destinatari final ») en un doble sentit: per una banda, no incorpora un aclariment com el que es preveu a l'art. 1.3 LGDCU que, com se sap, exclou de la noció tots aquells adquirents que,

³⁹ Vegeu, de nou, BARRAL VIÑALS, Imma, op.cit, pàg. 82.

directament o indirecta, reintrodueixen al mercat el producte adquirit⁴⁰. Aquesta concreció ha portat a excloure de la noció de “consumidor” a l’anomenat *destinatari medial*, és a dir, a aquell que adquireix però reintrodueix el producte al mercat, encara que ho faci al marge de la seva activitat professional (així, per exemple, no seria consumidor qui adquireix mobiliari pel pis que vol llogar)⁴¹. Aquella concreció deixa també clar que no és consumidor, *a fortiori*, qui adquireix a propòsit de la seva activitat professional o empresarial atés que, en aquest cas, hi ha sempre reintroducció al mercat, ja sigui directa (així, es manipula el producte o s’empra en la fabricació d’un producte nou, que es comercialitza), ja sigui indirecta (així, es compra un vehicle per a distribuir els productes o un ordinador per portar els comptes i rebre i fer comandes...).

Aquests darrers exemples també fan palès que el concepte de “destinatari final” no coincideix necessàriament amb el d’“adquirent final” del producte (així, l’empresa propietària de l’ordinador, tot i ser-ne l’adquirent final –perque no n’està prevista la revenda- no seria consumidor per raó d’haver adquirit a propòsit de la seva activitat empresarial. Aquesta precisió no apareix a l’art. 1.2 EC. Aquesta circumstància, però, sembla del tot compensada per una referència que, contràriament, sí incorpora l’art. 1.2 EC i que no apareix a l’art. 1.2 LGDCU, Aquell precepte demana que els béns i serveis ho siguin pel “consum o ús particular, familiar o col.lectiu”. Al nostre entendre, amb aquesta indicació s’exclou de la noció de “consumidor” a tot aquell que reintrodueix al mercat; fent-ho, queda clar que l’adquisició no era per consum propi o familiar.

En aquest sentit, la noció catalana també deixaria fora del seu àmbit als abans anomenats destinataris medials i a tots els adquirents professionals amb independència, pel que fa a aquests últims, de la relació del producte adquirit

⁴⁰ Quant a la tramitació parlamentària i relacions entre ambdós apartats de l’art. 1, és fonamental BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, Alberto, “Ámbito de aplicación y derechos de los consumidores en la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios”, a BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, Rodrigo; BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, Alberto, *Estudios Jurídicos sobre protección de los consumidores*. Madrid: Tecnos, 1987, pàg. 120 a 129. També pot consultar-se ALFARO AGUILA-REAL, Jesús, *Las condiciones generales de la contratación. Estudio de las disposiciones generales*, Madrid: Civitas, 1991, pàg. 158 i ss.

⁴¹ L’expressió és de BADOSA COLL, Ferran, “La relación obligatoria, el plazo de pago y la mora en la transposición de la Directiva 2000/35/CE al derecho español”, a BADOSA COLL, Ferran; ARROYO I AMAYUELAS, Esther (coords.), *La armonización del derecho de obligaciones en Europa*. Valencia: Tirant lo Blanc, 2006, pàg. 310.

amb l'objecte de la seva activitat professional (així, pot tractar-se tant d'un professional *expert* –p.e, l'empresari tèxtil que compra fil-, com d'un professional *no especialista* –p.e, l'empresari tèxtil que adquireix un ordinador)⁴².

Més enllà de tota valoració personal que pugui suggerir la delimitació del concepte de consumidor ex art. 1.2 EC, amb la que podem estar-hi d'acord o no, té especial interès analitzar fins a quin punt d'adiu o no amb la noció que proporciona el dret comunitari. La qüestió té especial rellevància atés el caràcter imperatiu i de "mínims" de les Directives comunitàries. Els drets interns poden anar més enllà del que preveu el dret comunitari; així, intensificant les mesures de protecció que s'hi estableixen o ampliant el concepte comunitari de

⁴² La doctrina, però, emparant-se en el fet que a l'EC no hi apareix, quant al "destinatari final", un aclariment com el previst a l'art.1.3 LGDCU i en el fet que inclou la contractació per "*ús col.lectiu*", ha proposat lectures correctores del concepte de "consumidor" amb les que es preten donar cabuda a supòsits clarament exclosos de l'art. 1 LGDCU. Així, i a tall d'exemple, MARCO MOLINA defensa que aquell "*ús col.lectiu*" permet incloure a l'anomenat destinatari medial ("*Es más amplia* –es refereix a la definició de l'art.1.2 EC- *porque prescinde de la restricción contenida en el art. 1.3 de la LGDCU, que excluye de la noción a quienes "sin constituirse en destinatarios finales, adquieren, almacenen, utilizan o consuman bienes o servicios, con el fin de...prestación a terceros". Pese a haberse inspirado en la ley estatal, la definición de la noción en el art. 1.2 EC, además de omitir la expuesta restricción, incluye en el concepto a quienes adquieran o utilicen los bienes, no sólo para su consumo o uso particular o familiar, sino a quienes lo hacen para un uso "colectivo" (...). Esta inclusión permite que (...) sea considerado también consumidor quien, aún poniendo el bien a disposición de terceros, lo hace sin ánimo de lucro o bien lucrativamente, pero con carácter ocasional, en ejecución de una actividad diversa de la que habitualmente le sirve de medio de vida*" (vegeu a "La incorporació de directives en materia de Derecho patrimonial por el legislador catalán (La relación entre las directives comunitarias y la actividad legislativa de las Comunidades Autónomas)", Primer Congrés de Dret civil Català: El Dret Patrimonial en el futur Codi civil de Catalunya", Tarragona, 6, 7 i 8 de novembre de 2001, *LNot*, núm. 11-12, novembre-desembre, 2001, pàg. 138, nota 106). Per la seva banda, LLÀCER MATAÇAS defensa la inclusió d'adquisicions realitzades a propòsit d'una activitat professional però per a satisfer necessitats vitals o finalitats que no tenen relació amb l'activitat principal ("*Com que manca tota referència al seu caràcter de "destinatari final", sobre una via interpretativa que, en el cas que ens ocupa, permetria ampliar l'àmbit d'aplicació de la garantia de béns de consum al consum col.lectiu quan els productes "s'integren" en un procés empresarial sense transformació o explotació i esgoten la seva vida útil. En efecte, una cosa és destinar els béns als empleats o clients d'una empresa per a cobrir necessitats vitals o finalitats que no tenen a veure amb l'objecte principal (per exemple, la compra o instal.lació d'ascensors, calefacció o aire acondicionat), i una altra és la seva integració empresarial rellevant (incorporació), que no n'esgota la vida útil (per exemple, la compra d'una impressora per una empresa de publicació o un herbicida per una SAT de productes agrícoles*" (vegeu a "La garantia en les vendes de béns de consum: anàlisi de la Llei 23/2003, de 10 de juliol", *Revista Catalana de Dret Privat*, núm. 4, 2004, pàg. 59. Aquesta autora cita dues Sentències que consideren "consumidor" a dues empreses pel fet que els productes adquirits (productes higiènic i de neteja pels serveis d'un despatx d'advocats) o serveis contractats (els de manteniment de l'ascensor per una empresa dedicada a elaborar i comercialitzar farines i derivats), no s'integren al "procés productiu". Són la SAP de Barcelona de 22 de març de 2000 (JUR 2000/ 189171) i la SAP de Jaén de 22 de març de 1999 (AC 1999/4248).

consumidor. El que en cap cas seria admissible fóra restringir aquell concepte i negar protecció a qui és consumidor al dret comunitari.

A diferència del dret estatal (art.1.2 i 3 LGDCU) i dret català (art.1.2 EC), el dret comunitari no proporciona una definició genèrica i general de “consumidor”. Podem, però, proposar-ne una fent abstracció de les diferents Directives comunitàries que, totes elles en matèria de contractació, estableixen qui és consumidor “*als seus efectes*”. Diríem que és la persona física que contracta amb finalitats alienes a la seva activitat professional⁴³. Es copsen de seguida les principals diferències entre aquest concepte i l’intern (ja sigui l’estatal, ja sigui el català).

a.-La primera seria que no inclou les persones jurídiques. El concepte intern seria, en aquest punt, més ampli; aquesta major extensió, atés el ja esmentat caràcter de mínims del dret comunitari, no planteja cap problema.

b.-La segona seria que aquella noció no es fixa, prescindeix, de la reintroducció del producte al mercat; només demana que l’adquisició obeeixi a fins o propòsits aliens a l’activitat professional.

Les conseqüències que es deriven d’aquesta segona circumstància són evidents: l’anomenat *destinatari medial* és consumidor segons el dret comunitari. Adquireix amb fins aliens a la seva activitat professional i que torni a reoferir el producte adquirit a tercers, és fet que no importa al dret comunitari. És per aquest motiu que la definició de “consumidor” continguda a l’art. 1.2

⁴³ Vegeu art. 2 Directiva 1985/577 *sobre contractes celebrats fora d’establiments mercantils*; art. 2 b) Directiva 1993/13, del Consell, de 5 d’abril de 1993, *sobre les clàusules abusives en els contractes celebrats amb consumidors*; art. 2.2 de la Directiva 1997/7, del Parlament i del Consell, de 20 de maig de 1997, *relativa a la protecció dels consumidors en matèria de contractes a distància*; art. 2.e) Directiva 2000/31, del Parlament Europeu i del Consell, de 8 de juny de 2000, *relativa a determinats aspectes jurídics dels serveis de la societat de la informació, en particular, el comerç electrònic en el mercat interior*; art. 2.d) de la Directiva 2002/65/CE, del Parlament Europeu i del Consell, *relativa a la comercialització a distància de serveis financers destinats als consumidors*; art. 2 a) de la Directiva 1987/102, del Consell, de 22 de desembre de 1986, *relativa a l’aproximació de les disposicions legals i administratives dels Estats membres en matèria de crèdit al consum*; art. 1.2.a de la Directiva 1999/44, del Parlament Europeu i del Consell, de 25 de maig de 1999, *sobre determinats aspectes de la venda i les garanties dels béns de consum*; art. 2 de la Directiva 1994/47, del Parlament i del Consell, de 26 d’octubre de 1994, *relativa a la protecció dels adquirents en determinats aspectes dels contractes d’adquisició d’un dret d’utilització d’immobles en règim de temps compartit*.

LGDCU s'ha titllat de contrària al dret comunitari i s'ha proposat considerar el precepte tàcitament derogat⁴⁴. La qüestió interessa perquè, com s'acaba de veure, el destinatari medial també quedava exclòs de la definició continguda a l'art. 1.2 EC.

En aquestes circumstàncies, *el Llibre VI CCCat es presenta com una immillorable oportunitat per revisar la definició de consumidor. A fi d'ajustar-la a la noció comunitària, hauria d'incloure, en tot cas, el destinatari medial i oferir la possibilitat d'encabir-hi al professional no especialista.*

Per la seva banda, l'art 622-1, malgrat intitular-se *Relació de Consum*, el que inclou és, de fet, una definició de consumidor. S'hi diu que: “*Es considera consumidor la persona física o jurídica de qualsevol nacionalitat o residència que celebra un contracte fora de l'àmbit de la seva activitat professional o empresarial amb un proveïdor que sí actua dins d'aquest àmbit o amb l'Administració Pública*”.

El precepte ens mereix les següents observacions: primera, que es tracta d'una definició de consumidor en “sentit jurídic”, és a dir, en tant que part contractant.

⁴⁴ Vegeu, en aquest sentit, MARCO MOLINA, Juana, “La garantía legal sobre bienes de consumo en la Directiva 1999/44, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo”, *RCDI*, núm. 671, 2002, pàg.2289. Aquesta autora adverteix que el legislador comunitari s'està plantejant la possibilitat d'estendre la noció de consumidor al *professional no especialista*. De fer-ho, la distància amb l'art. 1.2 LGDCU encara seria molt més gran. La protecció del professional no expert es justificaria, sobretot en cas de petit o mitjà empresari, per la quasi equiparació que hom pot fer entre la situació en què es trobaria al contractar amb un altre empresari i la situació en què es troba un adquirent per ús personal. Té sentit distingir segons si el botiguer compra un ordinador per casa seva o si ho fa per la botiga? Per què considerar-lo consumidor en el primer cas i no fer-ho en el segon? No és més lògic entendre que la seva situació respecte del proveïdor serà la mateixa en ambdós casos? A més, dispensar el mateix grau de protecció en ambdós casos ens estalviaria el problema pràctic que es planteja avui dia de qualificar a una de les parts com a consumidor en funció de l'ús que es farà de la cosa; ús que, probablement, no s'explicitarà en el moment de contractar i del que el venedor no en tindrà coneixement (així, quan el botiguer compra l'ordinador, com podem saber si el deixarà a casa o se l'emportarà a la botiga?). Sobre aquesta qüestió, vegeu EBERS, Martin, ¿Quién es consumidor?, a *Crónica de Derecho Privado Europeo, Anuario de Derecho civil*, Tom, LIX, fascicle I, gener-març, 2006, pàgs. 229 i ss; M. SMITS, Jan, “Dret privat europeu: per un ordre jurídic espontani”, *Revista Catalana de Dret Privat*, núm. 7, 2007, pàg. 190. Fa notar que no és el mateix que l'empresari contracti béns relacionats amb la seva activitat professional que ho faci, a propòsit d'aquella activitat, però de béns dels que no n'és expert, BARRAL VIÑALS, Imma, op. cit, pàg. 81.

La qüestió sembla en tot punt supèrflua: si el Llibre VIè és el relatiu a les obligacions i els contractes, i l'art. 622-1 s'ubica al Capítol II del Títol 2, relatiu al *Contracte*, a quin altre "consumidor" es podia referir que no fós aquell que intervé en una relació contractual? L'observació s'ha fet només amb la voluntat de constatar:

- Que en cas d'arribar la proposta a text definitiu, només implicaria una derogació parcial de l'art. 1.2 EC que, a més del consumidor en sentit jurídic, fa referència també al consumidor en "sentit material". L'art. 1.2 EC s'hauria de reformular.

-Que una alternativa passaria per portar *tota* la definició de consumidor (amb les dues vessants: jurídica i material) al Llibre VIè. Això es diu pensant amb una possible incorporació al text de normes en matèria de responsabilitat extracontractual per danys causats a consumidors. El consumidor perjudicat i legitimat per accionar sempre seria un consumidor "en sentit material".

En segon lloc, la proposta fa palesa la voluntat de respectar els "mínims" imposats pel legislador comunitari⁴⁵. D'ací que s'hagi suprimit la referència a l'adquirent, "*destinatari final*", que contracta béns o serveis "*pel seu consum o ús particular, familiar o colectiu*" i que, a semblança de les definicions contingudes a les ja ressenyades Directives en matèria de contractació amb consumidors⁴⁶, el pes de la noció es faci recaure sobre la contractació "*fora de l'àmbit de la seva activitat professional o empresarial*". La definició inclou al destinatari medial. Seria molt difícil, però, forçar una interpretació del precepte a fi d'encabir-hi el professional no expert.

3.1.2.- El titular de la facultat de desistiment: només el consumidor?

L'art. 622-4 fa referència al període de reflexió que en determinats àmbits *la legislació especial* reconeix al *consumidor*. L'art. 663-4 dels *Treballs*, intitulat

⁴⁵ Es manté la referència a les persones jurídiques.

⁴⁶ Per bé que al comentari que segueix al text de l'art. 622-1 (*Treballs...*, cit, pág. 29) només se cita el concepte de "consumidor" que facilita la Directiva 1999/44, de 25 de maig de 1999, *sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo*.

“Desistiment”, reconeix aquesta facultat a l’“adquirent” de drets d’aprofitament per torns. Convindria analitzar: si, efectivament, aquella legislació especial atribueix només al “consumidor” aquell dret i, en el seu cas, què cal entendre per “consumidor” en aquells àmbits; si l’adquirent de l’art. 663-4 és també un “consumidor” o si pot no ser-ho.

3.1.2.1.- “En les vendes a domicili i a distància i en aquells casos en què la legislació especial així ho estableixi....”

L’art. 23 del *Decret Legislatiu 1/1993, de 9 de març, sobre comerç interior, pel que s’aprova la refosa en un text únic dels preceptes de la Llei 1/1983, de 18 de febrer, i la Llei 23/1991, de 29 de novembre*, atorga al “consumidor” el dret a decidir la devolució del producte i la restitució de les quantitats satisfetes. L’art 27.e) fa exactament el mateix en seu de vendes a distància.

Qui és aquest consumidor? La seva identificació passa per atendre a les següents dades.

a.-El DL 1/1993 no incorpora cap definició “ad hoc” de consumidor. Atés que la noció genèrica l’ofereix l’art. 1.2 EC, podria pensar-se en l’aplicació d’aquest precepte a fi interpretar la norma. Això ens portaria a concloure que d’acord amb el dret avui vigent només el destinatari final que adquireix per fer un ús personal o familiar del producte podria desistir. No podrien ni el destinatari medial ni el professional. A l’empara del projectat art. 622-1, l’àmbit subjectiu de la facultat arribaria fins qui adquireix amb fins aliens la seva professió o empresa, encara que reincorpori el producte al mercat. En cap cas beneficiaria al professional.

b.- El DL 1/1993 fa referència al “consumidor final” a l’art. 2.2 B) (“*Als efectes d’aquesta llei, s’entén: (...) per activitat comercial al por menor l’adquisició de mercaderies i la seva venda al consumidor final, i també la prestació al públic de determinats serveis*”). El precepte suggereix preguntar-se què afegeix a “consumidor” l’adjectiu “final” i quina diferència hi ha entre el “consumidor final”

i el “públic” (com a destinatari de l’oferta de “serveis”). Se’ns ocorren diferents possibilitats:

-la primera seria la de pensar que “consumidor final” equival a “destinatari final” de l’art. 1.2 EC. Amb aquella expressió no es voldria donar a entendre que hi ha diferents tipus de consumidors: finals i no finals, sino que es remarcaria una de les notes de tot consumidor: que és destinatari “final” en el sentit que utilitza el bé pel seu ús familiar, personal o col·lectiu, i que, per això mateix, no el reintrodueix al mercat. Des d’aquesta darrera perspectiva, l’ús de “final” seria redundant. Ara bé, cal tenir en compte que el DL 1/1993 es limita a refundre dos textos: la Llei 23/1991, de 29 de desembre, *de comerç interior*, i la Llei 1/1983, de 18 de febrer, *de regulació administrativa de determinades estructures comercials i vendes especials*. És a l’art. 2.2.B) on creiem trobar l’antecedent de l’avui vigent art.2.2.B DL 1/1993. S’hi entenia per “activitat comercial al detall “: *“l’adquisició de mercaderies i la seva venda al consumidor final, així com també la prestació al públic de determinats serveis (...)”*. El concepte de “consumidor final”, doncs, té el seu origen en aquesta disposició que, dictada l’any 1991, no podia pas inspirar-se en l’art 1.2 EC, que no es dictaria fins l’any 1993⁴⁷. A més, la identificació del consumidor final amb el destinatari final o consumidor de l’art. 1.2 EC tindria altres problemes afegits: primer, implicaria un (greu) contrasentit definir la naturalesa de l’activitat comercial (així, minorista o al detall) a partir de l’ús que el comprador faci de la cosa, aspecte que el venedor pot no saber i no té per què saber⁴⁸. En segon terme, es tractaria d’una identificació parcial: l’art.1.2 EC considera “consumidors”, també, als qui contracten serveis per ús personal, familiar o col·lectiu. El DL 1/1993, en matèria de serveis, en fa destinatari al “públic” i qualifica l’activitat comercial adreçada a oferir-los com a “comerç minorista” (per tant, prescindeix de si qui els contracta és un professional o no, de l’ús que

⁴⁷ El que sí que és possible és que s’hagués inspirat en l’art.1.2 de la LGDCU. Aquesta, però, ens sembla una possibilitat un xic inversemblant atés que les finalitats primeres d’ambdues regulats eren molt diferents: de la protecció del consumidor a la LGDCU a la regulació administrativa de l’activitat comercial a la Llei 23/1991.

⁴⁸ Pensem que segons sigui aquella activitat majorista o minorista el permisos i altres tràmits poden ser diferents.

se'n vulgui fer o motiu de la contractació)⁴⁹. En fi, aquella identificació faria dependre la definició del comerç minorista de la definició (i les seves reformes) del concepte de consumidor, essent així que aquella regulació pretén ser-ho, en primer terme, de l'activitat comercial (que no té per què canviar en funció de qui entri per la porta de l'establiment o de l'ús que vulgui fer de l'adquisició).

- una segona possibilitat, més reeixida, passa per proposar interpretar el concepte de "consumidor final" com a concepte autònom en el marc del DL 1/1993 i, en conseqüència, independentment de la noció de consumidor de l'EC (o norma corresponent –p.e art. 622-1). I fent-ho, se'ns plantegen també dues possibilitats: a) com a contraposat a consumidor no final. Aquest darrer concepte, alhora, podria identificar-se amb el client del comerç majorista (art.2.2.A): empreses, industrials, comerciants, entitats o institucions, és dir, aquells que compren béns de consum o ús empresarial. Aquest concepte podria mantenir-se amb independència de la relació entre l'adquisició i l'objecte social (i, així, seria comerç majorista tant la venda de fil a qui es dedica als teixits com la venda de productes de neteja pels serveis d'aquesta fàbrica de teixits). No se'ns escapa, però, que fa de mal dir "consumidor no final" quan no hi ha reincorporació al procés productiu (cóm podem dir que la fàbrica no és consumidor final del sabó que hi ha als vestuaris, o del cafè que es serveix a la cafeteria de l'empresa?); b) una segona possibilitat, encara més abstracte, seria la de identificar "consumidor final" amb el *públic en general*; la clientela del comerç minorista seria tot aquell que entra a l'establiment o, en fi, tot aquell que contracta. La diferència amb el comerç majorista rauria en què, en aquest, *només* es contracta amb altres comerciants o industrials. La identificació del client del comerç minorista amb el públic *en general* tindria una operativitat especial en aquest punt: inclouria no només al particular que compra per ús familiar o personal, sinó també al professional que compra per ús professional. La dada significativa per qualificar l'activitat d'activitat comercial majorista o minorista seria atendre a si en aquell establiment la clientela queda restringida

⁴⁹ Un altre problema que planteja el DL 1/1993 és, a efectes del seu art.2.2, la naturalesa de l'activitat comercial que realitzen aquells que ofereixen serveis *només* a altres comerciants, industrials o empreses. Com que no es tractaria d'una activitat adreçada al *públic*, no encaxaria a l'art. 2.2.B), però com que tampoc es tractaria d'un supòsit de "*venda majorista*" no li seria aplicable l'art.2.2.A).

a altres empreses: si es dóna el cas, serà activitat majorista; si no hi ha restricció i, per tant, pot accedir-hi *qualsevol*, serà activitat minorista (això permetrà tractar per igual al particular que compra a la ferreteria una clau anglesa per arreglar l'aixeta de casa seva, com al particular que ho fa per arreglar l'aixeta d'un pis que vol llogar, com al lampista que entra a la mateixa ferreteria a comprar una clau com la que s'ha deixat al taller i que necessita per dur a terme una reparació al domicili d'un client...)⁵⁰. Aquesta darrera proposta, és a dir, la d'identificar el consumidor final amb el públic permetria, a més, no distingir entre oferta de venda i oferta de prestació de serveis. Aquesta darrera proposta és la que ens sembla més raonable⁵¹.

⁵⁰ Pel demés, l'art. 2.2 a) DL 1/1993 ens planteja un altre dubte interpretatiu irresoluble: es qualifica d'activitat comercial majorista la d'"*adquisició de mercaderies i la seva venda al por major a altres comerciants, industrials, empreses, entitats i institucions*". No aconseguim esbrinar què significa el "*al por major*" que s'inclou a la definició: que l'adquisició ho ha de ser de *un nombre determinat* de productes, quedant exclosa la venda de només 1 de sol?

⁵¹ I és, a més, la interpretació que més s'adiu amb l'àmbit subjectiu d'aplicació d'un ampli ventall de reglamentacions catalanes comúment denominades "de consum". Així, per exemple, el Decret 168/1994, de 30 de maig, *de reglamentació de les Agències de Viatge* (modificat per Decret 212/1995, de 11 de juliol i per Decret 300/1998, de 17 de novembre) no distingeix segons si el client és un professional o no i, en cas de ser-ho, si contracta o no per raó de la seva activitat professional (s'hi parla, senzillament, de "client", per exemple, a l'art. 2.1.c); "client" que s'identifica amb el "consumidor o usuari" de les agències detallistes a l'art. 3.b)). El Decret 290/1995, de 28 de setembre, *de prestació als consumidors i usuaris de serveis a domicili* sí que limita el seu àmbit subjectiu d'aplicació al consumidor de l'art. 1.2 EC (art. 1.1 "*La present disposició s'aplicarà a totes les persones físiques o jurídiques que es dediquin a la prestació de serveis a domicili al consumidor, d'acord amb la definició que d'aquests fa l'apartat segon de l'art.1 de la Llei 171993, de 5 de març, de l'Estatut del Consumidor*"). Es interessa cridar l'atenció sobre el que se'ns diu al Preàmbul d'aquest Decret: "(...) *En aquest sentit, s'han anat regulant, reglamentàriament, activitats de prestació de serveis que, per la seva transcendència, han requerit l'establiment d'unes normes mínimes d'informació i de garanties que han influït positivament en la protecció dels usuaris d'aquests serveis. Així, podem ressaltar la regulació de l'activitat de neteja tèxtil, de reparació de vehicles automòbils i de transport de vehicles automòbils avariats (...)*" (Preàmbul, paràgraf 2º). Ens interessa la referència perquè aquesta reglamentació es presenta com a mostra de la política endegada en defensa del consumidor (Preàmbul, paràgraf 1er). Passa, però, que a diferència del Decret 290/1995, les disposicions reglamentàries esmentades s'apliquen amb independència de la condició del client o usuari del servei; altrament dit, no incorporen cap limitació al seu àmbit subjectiu d'aplicació com la que preveu l'art. 1 del Decret 290/1995 (es pot consultar el Decret 298/1993, de 8 d'octubre, *pel que es regula l'activitat industrial i de prestació de serveis en tallers de reparació de vehicles i dels seus equips i components*, que fa un ús indistint dels termes "usuari", "públic" i "consumidor" (vegeu, art. 12); el Decret 166/1990, de 20 de juny, *pel que es regula la prestació del servei de transport de vehicles automòbils avariats*, parla, senzillament, d'"usuari" i de "públic" (art 3,4,7,8) i, com a equipable, de "consumidor i usuari" a l'art. 9); també es fa referència al "públic", "usuari" o "client" a l'Ordre de 16 de desembre de 1999, *per la que es regula el funcionament dels establiments dedicats a la neteja tèxtil* (parlava també de "client" l'Ordre de 17 de desembre de 1986 (art. 4), derogada per la de 1999). I perquè no inclou una restricció com la prevista a l'art. 1.1 del Decret 290/1995, és que creiem que també cal defensar una interpretació àmplia de l'àmbit subjectiu d'aplicació del Decret 213/2001, de 24 de juliol, *de protecció dels drets del consumidor i usuari en la prestació de serveis sobre els béns de naturalesa duradora*.

c. Ens cal fer una darrera reflexió. Acabem de concloure que el “consumidor final” de l’art. 2.2.B) és el client dels establiments oberts al públic en general. Aquesta utilització àmplia, o no estricta, del terme “consumidor”, ens podria fer plantejar si també en un sentit ampli hom podria parlar del “consumidor” del comerç majorista, entès com el “públic” o “client” del comerç majorista (que, com s’ha dit, es limita a altres professionals o industrials”). La qüestió es planteja de cara a analitzar si el consumidor al que fan referència les modalitats de venda del Capítol III del DL 1/1993 és només el client del comerç minorista o si, pel contrari, hi té cabuda també el del majorista. La rellevància de la qüestió és evident: una identificació amb el públic de *qualsevol* d’ambdues modalitats d’activitat comercial ens permetria àmpliar moltíssim l’àmbit subjectiu de la facultat de desistiment prevista, per exemple, a l’art. 27.e), en seu de vendes a distància.

Hi hauria, però, un argument per defensar que la venda a domicili és modalitat de venda al detall. Ens el proporciona la Llei 1/1983, de 18 de febrer, *de regulació administrativa de determinades estructures comercials i vendes especials*, refosa pel DL 1/1993 amb la Llei de 23/1991. Del seu Preàmbul es segueix que el legislador considera modalitat de venda al detall la venda a domicili (així com la venda no sedentaria, Preàmbul, paràgraf. 3er i 4rt). A *contrario*, hom podria concloure a la Llei del 1983 no tenien la consideració de vendes al detall (o no es creia que *necessàriament* havien de ser vendes al detall) les altres vendes especials que s’hi preveïen (venda a pèrdua, venda en rebaixes i liquidacions).

I la venda a distància? En aquest cas, l’argument ens el proporciona la Llei 23/1991⁵², que al seu art. 11 definia la venda a distància com una forma de distribució comercial “*detallista*”. Aquesta mateixa referència la trobem a l’avui vigent art. 26 DL 1/1993. En conseqüència, el consumidor beneficiat pel dret de desistiment dels arts. 23 i 27.e) DL 1/1993 és del consumidor del comerç minorista.

⁵² La Llei 1/1983 no preveïa aquesta modalitat contractual.

d.- Aquesta darrera constatació, però, ja és prou important. **Implica reconèixer que el “consumidor” titular del dret de desistir en el marc d’una venda a domicili o d’una venda a distància és el client del comerç minorista. Com s’ha justificat, aquest “client” és el *públic en general*, un concepte molt més ampli que el previst a l’art. 1.2 EC i molt més ampli que el que es descriu a l’art. 622-1 dels *Treballs preparatoris*. Així, podria arribar a incloure a aquell que contracta en el marc de la seva activitat professional o empresarial en un establiment obert al públic i no restringit a professionals.** Aquesta és, creiem, una dada que no s’hauria de passar per alt. No sabem quina serà la finalitat del legislador català quant a la legislació especial; no sabem si, vist el contingut de l’art. 622-4, mantindrà o derogarà els articles 23 i 27 e). Si els deroga, passarà que *només determinats clients o compradors* (els que siguin consumidors segons l’art. 622-1) podran desistir, afeblint l’àmbit de protecció que fins ara dispensava el DL 1/1993. Si els manté, l’art 622-4 serà una norma sense sentit o sobrera: el consumidor de l’article 622-4, així com altres compradors (els *altres* clients del comerç minorista), podran recórrer als articles 23 i 27 e) per justificar el seu dret.

3.1.2.2.- L’“adquirent” de drets d’aprofitament per torns de béns immobles.

Encara més evident sembla que l’adquirent de l’art. 663-1 dels *Treballs* no és, necessàriament, un consumidor (ni el de l’art.1.2 EC ni el del proposat art. 622-1). En aquest sentit, la regulació proposada ens permet constatar que:

- 1) El “cedent” de l’art 663-1.1 no té per què dedicar-se a l’explotació professional dels torns. Sí, en canvi el “venedor”, que pot ser algú a qui el cedent o propietari ha encomenat la transmissió (art. 663-2, b)).
- 2) L’“adquirent” de l’art. 663-2-1.a) pot ser algú que adquireixi en el marc de la seva activitat professional (així, per exemple, l’empresari adquireix torns per premiar als seus treballadors o per fer-ne un sorteig entre els clients a títol de campanya publicitària). Es més: pot ser un inversor privat que adquireixi per retransmetre després el dret (hi hauria, doncs, reincorporació al mercat exclosa per l’us personal, familiar o col·lectiu” de l’art.1.2 EC) o fins i tot, un

professional que adquireix per retransmetre, essent així que és aquesta la seva activitat professional (no seria consumidor d'acord amb la definició de l'art. 622-1). No hi ha res als *Treballs* que ho impedeixi⁵³.

- 3) En qualsevol cas, aquesta regulació no entraria en contradicció ni amb l'art. 622-1 i amb l'art. 622-4. **Demostraria, senzillament, que el desistiment no és un dret exclusiu del consumidor, sino una facultat contractual que el legislador pot decidir atribuir per raó, només, de l'objecte contractat, prescindint de les circumstàncies dels subjectes que intervenen al contracte.** En el marc del contracte d'adquisició de drets d'aprofitament per torns, el legislador podria creure convenient, atesa la particularitat i complexitat de l'objecte⁵⁴, atorgar el dret de desistir a *tot* adquirent.

3.2.- El desistiment com a facultat de la part contractant *no experta o no professional* en la contractació de determinats serveis o béns o en determinades modalitats de contractació?

Els comentaris fets a propòsit de la regulació del desistiment en el marc del contracte de drets d'aprofitament per torns ens facilita la introducció d'una altra manera de plantejar la possible regulació del dret de desistiment. Seria la de generalitzar la mesura, fent-la extensiva a tot supòsit de contractació *en determinades circumstàncies* (així, en tot cas de venda a distància o en tot cas de venda a domicili) o *de determinats serveis o béns* (així, de viatges, de drets d'aprofitament per torns...). Ens podríem fixar només en aquestes circumstàncies prescindint de la situació personal o subjectiva de qui adquireix o contracta.

La proposta no hauria sorprendre: als *Treballs* hi ha clares mostres de la tendència a generalitzar mesures inicialment previstes només pels supòsits de

⁵³ A la pàg. 119 dels *Treballs* s'incorpora la proposta del Dr. Bosch, sobre la que va treballar la Secció de Dret Patrimonial. En aquella proposta, la noció d'"adquirent" i, en conseqüència, l'àmbit dels subjectes als qui es reconeixeria el dret a desistir del contracte sí que apareixia limitat a la "*persona física o jurídica a la que, actuant fora del marc de la seva activitat professional, se li transfereix el dret objecte del contracte*". La noció coincidiria amb la que de "consumidor" preveu l'art. 622-4.

⁵⁴ Diem que l'objecte del contracte seria complex perquè no només inclou el dret a utilitzar un bé durant un determinat període de temps a l'any, sinó també una prestació de serveis.(art. 663-7 dels *Treballs*).

contractació amb consumidors (vegeu, per exemple, l'art. 621-14 sobre publicitat comercial i l'art. 621-10 sobre clàusula abusiva)

4.- El contracte: mecanismes per incidir-hi.

4.1.- El criteri rector: la protecció del consentiment contractual del consumidor: la voluntat i la decisió de contractar.

La facultat de desistiment s'otorga a fi i efecte que el consumidor pugui replantejar-se l'oportunitat i conveniència del contracte. Avui per avui, però, el dret comunitari no imposa un específic mecanisme jurídic per aconseguir-ho. Correspon a cada Estat transposar o incorporar el dret comunitari, tot permetent la desvinculació del consumidor a l'emparedament de les tècniques de dret intern que s'escaiguin (així, a un Estat pot ser causa de "resolució", a altres de "rescisió", d'"anul.lació"...). Avui per avui, això no pot ser de cap altra manera precisament perquè encara no es disposa d'un cos normatiu comunitari (o simplement, uns principis, unes regles, unes definicions...), al que es pugui recórrer per identificar, també, tècniques de desvinculació⁵⁵. Això es feia palès, sobretot, a la Proposta de Directiva *sobre la protecció dels consumidors en cas de contractes celebrats fora d'establiments mercantils*⁵⁶. El Consell, a l'hora de comentar l'art. 6 d'aquell text (que atorgava al consumidor la facultat de "renoncer" al contracte), explícitament va reconèixer que no es pretenia posicionar sobre l'existència o no de contracte abans de l'expiració del termini per a desistir. La qüestió quedava en mans dels Estats que, d'acord amb el seu dret nacional haurien de fer tècnicament possible aquell *penediment* del consumidor, fos com fos: així, posposant la perfecció del contracte fins el transcurs d'aquell termini o, sense alterar les regles generals, configurant aquella possibilitat com una causa extintiva del contracte. La conformitat del dret nacional amb el dret comunitari només passa per respectar la possibilitat de separació del consumidor del procés negociador (en l'estat que es trovi) i de permetre-la en les condicions de protecció mínima que preveuen les Directives:

⁵⁵ Com s'ha exposat a la primera part d'aquest treball, restem a l'espera del MCF.

⁵⁶ COM (76) 544.

així, i sobretot, *ad nutum* o sense necessitat de provar ni tan sols al·legar-ne el motiu, i sense que el seu exercici comporti un cost econòmic pel consumidor.

Mentre no es “tecnifiqui” més el dret comunitari, el ventall de possibilitats que té davant seu el legislador intern es prou ampli. El que aquí es proposa és que el legislador català consideri també mesures *preventives*. El fet és que a les diferents Directives comunitàries (i, també, a la legislació estatal de transposició o incorporació), la facultat de desistir recau sempre o pren com a referència una conducta ja realitzada. La reflexió que facilita el dret a desistir es planteja com una facilitat *que segueix* a una decisió *ja manifestada*. Doncs bé, es creu també d’interès plantejar la possibilitat de recórrer a altres mecanismes que permeten la reflexió *prèvia* a tota decisió. Des d’un molt elemental criteri de lògica jurídica, es creu més idoni facilitar, o fins i tot forçar, la reflexió prèvia al contracte que no pas permete’n l’extinció, poc després d’atorgar-lo. Es considerarà també, però, això últim. Ens convé distingir, doncs, entre mecanismes pre-contractuals i mecanismes post-contractuals.

Abans, però, d’exposar-los caldria una darrera indicació. La simplicitat normativa, i la claretat exigida a la legislació en matèria de contractació amb consumidors, també aconsella ***fer ús de tècniques a les que sigui indiferent que el consumidor hagi pres o no la iniciativa en la contractació (així, que formalment aparegui com a oferent o com a destinatari de l’oferta), i la naturalesa del bé contractat: així, ja siguin béns o serveis. En tot cas, serà també necessari avaluar fins a quin punt incideix en el mecanisme triat el fet que el professional no n’hagi informat al consumidor.*** Certament, la protecció efectiva del consumidor exigeix que el professional l’informi degudament de la facultat i condicions d’exercici del desistiment. És també, aquesta darrera, una exigència comunitària⁵⁷.

⁵⁷ Vegeu una detallada exposició de com vincula el dret comunitari (i, per extensió, la legislació estatal d’incorporació o transposició) el deure professional d’informació i documentació contractuals amb l’eficàcia i validesa del mateix contracte LLACER MATAÇAS, M^a Rosa, “Obligaciones vinculadas a la formación del contrato y codificación del derecho de consumo: información y documentación”, a LLAMAS POMBO, Eugenio (coord.), *Estudios de Derecho de Obligaciones. Libro Homenaje al Profesor Mariano Alonso Pérez*, Tomo II, La Ley, ed., Madrid, 2006, pàgs. 167 i ss; ALVAREZ LATA, Natàlia, *Invalidez e ineficacia en el derecho contractual de consumo español (Análisis de los supuestos típicos de ineficacia en los contratos con consumidores)*, Aranzadi, 2004.

4.2.- Els mecanismes pre-contractuals.

Estrictes consideracions de lògica jurídica fan que aquestes tècniques es consideren com les més adients. La protecció del consumidor s'anticipa al contracte: li faciliten la reflexió abans d'atorgar-lo. Si no li convé, simplement li caldrà *no contractar*.

Pel demés, atés que encara no s'haurà perfeccionat el contracte, necessàriament la negociació es trovarà en fase prèvia, *pre-contractual* o corresponent als *tractes preliminars*. La qüestió és especialment rellevant atés que en aquest període les parts (ambdues) poden trencar el procés sense necessitat d'al·legar-ne el motiu i sense que a la part que imposa el trencament li pugui ésser exigida cap penalització *per raó* del dit trencament⁵⁸. No caldrà que el text legal expliciti cap d'ambdues condicions. Són tant inherents a la posició jurídica d'aquells que intervenen en la fase prèvia a l'atorgament del contracte que qualsevol menció legal en aquest sentit es podria interpretar, fins i tot, com a quelcom redundant o sobrer.

Serien mesures poc apropiades per l'agilitat que demana el mercat? Creiem que, si efectivament són mesures que afecten i perjudiquen la seguretat, rapidesa i agilitat del mercat, no ho fan en més grau que el desistiment entés com a facultat encaminada a extingir el contracte ja atorgat.

Serien mesures que anirien en contra de les Directives comunitàries? Creiem que no. El dret comunitari pretén, en darrer terme, preservar la voluntat contractual del consumidor. Ho fa establint la necessitat que els drets interns facilitin la separació o desvinculació del consumidor del procés negocial. Aquesta protecció revesteix un caràcter mínim: els drets interns poden intensificar-la, però no disminuir-la. Doncs bé, des d'aquesta perspectiva, es creu que implica *major protecció* pel consumidor articular aquella possibilitat de

⁵⁸ Altra qüestió serà que concorren els requisits jurisprudencialment exigibles per demanar responsabilitat per *culpa in contrahendo* (vegeu art. 621-3 Treballs).

separació *abans* de que arribi a contraure cap obligació, abans de que el contracte s'entengui perfeccionat.

4.2.1.- L'oferta vinculant irrevocable.

L'opció legal pot limitar-se a establir que l'oferta del professional el vinculi durant un determinat període de temps (així, l'inicialment previst per a desistir), durant el qual la dita oferta serà irrevocable⁵⁹. Durant tot aquest temps, el consumidor pot *reflexionar* si li convé o no el que se li ofereix, i pot fer-ho amb la tranquil·litat que l'oferent ni la pot modificar ni la pot revocar⁶⁰. Si al consumidor no li interessien les condicions que se li ofereixen, *no caldrà que desisteixi de res*; simplement, *no acceptarà l'oferta*.

L'incompliment, per part del professional, del deure d'informar al consumidor de la naturalesa irrevocable de l'oferta hauria de permetre, al dit consumidor i pel cas d'haver acceptat abans del període d'irrevocabilitat previst, desdir-se de la pròpia acceptació. L'incompliment d'aquell deure no hauria de rebaixar l'àmbit – ni el temps- de reflexió inicialment previst.

Aquesta seria una tècnica idònia per fomentar la reflexió, però que en cap cas imposaria, per si mateixa i tal com ha estat descrita, la necessitat d'esgotar el termini d'irrevocabilitat. De fet, l'acceptació informada de l'oferta, feta just després d'ésser emesa aquesta, seria vàlida. Hauria quedat a criteri del consumidor *no fer ús* del benefici disposat a favor seu a fi de garantir que el seu consentiment ha estat prou *meditat*.

4.2.2.- El termini preceptiu previ a l'acceptació.

Es recolza en la tècnica anterior, per bé que es perfecciona. El període per a desistir es correspondria amb el període de temps que *necessàriament* hauria de transcórrer entre l'oferta i l'acceptació a fi que aquesta fos vàlida. Entretant,

⁵⁹ Aquesta irrevocabilitat cal que s'estableixi legalment. En altra cas, i mentre el contracte no es perfeccioni, l'oferent sempre tindria la possibilitat de revocar.

⁶⁰ Davant de qualsevol pretesa revocació o modificació de l'oferta, el consumidor podrà exigir el contingut de l'oferta inicial.

l'oferta seria irrevocable. S'intensifica el grau de protecció tant *quantitativament com qualitativa*: abans d'acceptar, hauria de transcòrrer, de forma necessària, aquell període de temps; no fer-ho comportaria la *nul·litat* de l'acceptació i, per tant, la del contracte. Aquesta invalidesa s'hauria de produir amb independència del motiu de l'acceptació *anticipada*: ja fos per pròpia voluntat del consumidor⁶¹, ja fos per manca d'informació per part del professional.

Com succeïa a la tècnica anterior, tampoc aquí es *desisteix de res*; també aquí, si les condicions no acaben de convèncer, el consumidor es podrà limitar a *no acceptar*.

Aquest mecanisme, tèoricament idoni per protegir el consentiment contractual⁶², planteja també alguns inconvenients. El principal és el de fixar el moment de l'oferta⁶³. És clar que, ben mirat, el risc de falsificació de la data (i de que, a més, el professional la falsifiqui amb la convinença del consumidor, a qui hauria pogut convèncer), és un risc que també es corre a propòsit de la data de signatura dels contractes o moment de perfecció (que apareix com a *dies a quo* del termini per a desistir o provocar-ne l'extinció).

⁶¹ Podria arribar-se a plantejar la conveniència d'admetre la renúncia al termini previst per a acceptar. En cap cas, s'hauria d'admetre-la al temps de rebre l'oferta (com si en aquell mateix moment, el consumidor signa el contracte fent constar que renúncia al termini previst per a acceptar). Però, essent aquest de 7 dies (per exemple), es podria arribar a fixar un moment a partir del qual (per exemple a partir del 4rt dia) quedés a decisió del consumidor esgotar o no el termini. Entenc que, en aquest punt, és decisiva la voluntat legislativa d'intensificar més o menys la protecció del consumidor.

⁶² Pensem, per exemple, en el cas de venda fora d'establiment mercantil. Els elements que s'hi combinen són, principalment, la imprevisió del consumidor i la capacitat negociadora del venedor amb experiència. N'hi hauria prou per corregir la primera amb restar vàlida a l'acceptació que s'emetés en aquell moment.

⁶³ N'hi hauria un altre, que també tindria l'oferta vinculant irrevocable. Se'n fa ressò CARRASCO PERERA, Angel, "“Sellos, árboles u animales en todo caso” o sobre el dispendio de cortar bosques para hacer papel en el que escriben las leyes", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 731, de 28 de juny de 2007, pàg. 5. Segons aquest autor, no és equiparable la pressió psicològica que pot arribar a sentir el consumidor davant del que és només una oferta, que la que pot patir davant d'un contracte ja signat. Des d'aquesta perspectiva, els mecanismes pre-contractuals no poden protegir tant *intensament* o *efectivament* al consumidor com els contractuals o, com a mínim, com els que recauen sobre una declaració de voluntat ja emesa. Al meu entendre, darrera d'aquestes consideracions hi ha la voluntat de protegir en excés al consumidor. Fóra bo no caure tampoc en actituds massa paternalistes. Precisament perquè, acceptant, el contracte quedarà perfeccionat i d'ençà aleshores vincularà a ambdues parts, el consumidor hauria d'aprofitar diligentment el termini legal que li és atorgat per plantejar-se si li convé acceptar o no.

Aquesta tècnica podria trobar un nou obstacle en cas que fos el mateix consumidor qui prengués la iniciativa en la contractació i fos ell qui realitzés l'oferta. Certament, prendre la iniciativa en la contractació i fer l'oferta no són exactament el mateix (així, per exemple, en una venda telefònica sobre catàleg, en certa mesura qui pren la iniciativa, al despenjar el telèfon, és el consumidor, però, és ell qui fa l'oferta? L'ha fet prèviament el professional remetent el catàleg), però tampoc es pot desconèixer l'existència de tècniques comercials darrera de les quals s'amaga el ferm propòsit d'aconseguir que sigui el consumidor qui faci l'oferta⁶⁴. Com funcionaria aleshores el mecanisme ara descrit? Implicaria tant com dir que, feta l'oferta pel consumidor, el professional no podria acceptar-la fins el transcurs del termini previst a la llei. Ara bé, aquest termini hauria d'implicar, no sols aquest endarreriment pel professional, sinó també la possibilitat de revocar la declaració per part del consumidor. Per ell, l'oferta emesa no seria irrevocable, sinó tot el contrari. Altrament, no s'acabaria d'entendre l'establiment del sistema com a mecanisme per a protegir-lo. Ara bé, així explicat, la tècnica fa un gir radical: es passa de declarar la irrevocabilitat de l'oferta professional durant un període de temps fins a l'expiració del qual el consumidor no pot acceptar vàlidament, a permetre-li revocar la declaració emesa. Ben mirat, això és un altre mecanisme que es pot explicar tant si el consumidor ofereix com si accepta.

4.2.3.- La ineficàcia de la declaració.

La particularitat del supòsit rauria en permetre al consumidor provocar la ineficàcia de la seva declaració una vegada emesa. Podria plantejar-se, a més:

- com la facultat de *retirar* la declaració de voluntat emesa però encara no perfeccionada. La perfecció de la mateixa declaració de voluntat (fos oferta, fos acceptació) es faria dependre de l'expiració del termini previst per a la vàlida retirada. Aleshores, estrictament, la particularitat del supòsit no es trobaria en permetre fer ineficaç a allò que ni tans sols ha acabat de formar-se del tot, sinó en entendre no perfeccionada una declaració de voluntat malgrat

⁶⁴ A això mateix respon, per exemple, l'art. 1.4 Dir. 577/85 ("La presente Directiva se aplicará, igualmente, a las ofertas realizadas contractualmente por el consumidor en condiciones similares a las descritas en el apartado 1 o en el apartado 2 cuando el consumidor esté vinculado por su oferta").

haver arribat a coneixement del seu destinatari⁶⁵. Diem que preveure un supòsit de retirada no seria, per si mateix, una novetat perquè ja la recullen alguns textos (així, per exemple, de *soft law*; vegeu l'art. 2.1.3 (2) *Principis sobre els contractes comercials internacionals (Principis UNIDROIT)*).

Pel demés, l'alteració de les regles generals en matèria de perfecció de la declaració de voluntat (i, sobretot, posposant-la en el temps fins l'expiració del termini per a desistir) té una altra conseqüència: comportarà que també el contracte s'arribi a perfeccionar més tard.

- com a facultat de *revocar* la declaració de voluntat (ja fos oferta, ja fos acceptada) una vegada perfeccionada (vegeu *infra* apartat 4.2.4).

En el context dels mecanismes previstos fins ara, deiem, al consumidor *no li cal desistir de res, perquè encara no ha fet ni dit res*. D'acord amb la tècnica que ara es descriu, el consumidor ja hauria manifestat el seu interès en contractar però l'eficàcia de la seva declaració demana del requisit addicional del transcurs d'un determinat període de temps d'ençà la seva emissió. S'excepcionen les regles generals en matèria de perfecció de la declaració de voluntat. Si no la retira, es perfeccionarà la declaració i, en el seu cas, el contracte. Si la retira, és com si no hagués dit ni manifestat res. El que volíem fer notar, però, és que a diferència de les tècniques abans esmentades, en aquest cas si què cal incidir sobre el què ja s'ha fet: tècnicament, s'haurà de *retirar la declaració*.

Aquesta tècnica, si escaigués, podria combinar-se amb qualsevol de les anteriors: així, podria anar precedida d'una oferta vinculant irrevocable durant un determinat període de temps o, més enllà d'aquella irrevocabilitat, de la necessitat de deixar transcórrer el dit termini abans d'acceptar, com a requisit de validesa de la declaració. Succeiria, aleshores, que a l'exigència legal de respectar aquests requisits s'hi sumaria la possibilitat de desdir-se de la declaració vàlidament emesa.

⁶⁵ Seria la norma general en seu de declaracions de voluntat receptícies (vegeu, però, art. 1262 Cc *in fine*). Vegeu, a propòsit de la configuració de l'oferta i l'acceptació com a declaracions de voluntat receptícies, l'art. 621-7 Treballs (per la contractació a distància, 621-8).

4.2.4.- La perfecció posposada del contracte.

Ja ha estat anticipada una altra manera d'actuar sobre la declaració de voluntat. En aquest cas, no en caldria modificar les regles generals sobre perfecció. La declaració de voluntat del consumidor quedaria perfeccionada en un moment o altra segons el moment fixat per aquestes normes generals (així, l'expedició, la recepció, el coneixement pel destinatari...). El que es permetria seria *revocar-la*, és a dir, provocant-ne sobrevingudament la seva ineficàcia. No es tractaria d'un cas de retirada (de la declaració encara no perfeccionada) sino d'un de revocació de la declaració ja perfecta. Tampoc seria una novetat. També preveu aquesta possibilitat l'art. 2.1.4 (1) *Principis UNIDROIT*.

Com a la retirada, pot parlar-se també aquí de penediment del consumidor tal vegada que la seva reflexió el porta a desdir-se d'una decisió ja manifestada. Tot plegat suposarà *posposar la perfecció* del contracte al transcurs del període previst per a revocar. I això perquè el moment de la perfecció del contracte determina el moment en què les declaracions de voluntat que l'integren perden tota la seva autonomia. En tant es pugui revocar, no es podrà considerar que el contracte s'hagi perfeccionat. Seria tècnicament incorrecte parlar de la possible *revocació de la declaració de voluntat* en el marc d'un *contracte ja perfeccionat*. Només es pot revocar la declaració abans de la perfecció; després, ni es pot incidir *només* en la declaració (desistint-ne, revocant-la...), tal vegada que ja ha perdut tota la seva autonomia, ni es pot *revocar* el contracte. La revocació només es pot predicar de negocis jurídics unilaterals (per exemple, un testament) o d'atribucions patrimonials (per exemple, una donació). Seria incorrecte fer-ho d'un contracte. És des de la primera perspectiva, que no és suficientment acurada l'expressió de la fa ús l'art. 663-3.2 dels Treballs, relatiu al document que s'ha lliurar a l'adquirent de drets d'aprofitament per torns "en el que se l'adverteixi del *dret de desistir de la seva declaració de voluntat*". Tampoc ho són els apartats 8 ("*Una referència al dret de revocació de l'adquirent (...)*") i 8 lletra h ("La menció que el venedor no pot exigir pagaments anticipats durant el termini en què l'adquirent pot *revocar la seva declaració de*

voluntat) i les restants referències a la “revocació” que es fan a la DA 3^a Treballs.

Com a la retirada, la revocació de la declaració pot anar acompanyada de tècniques de reforç. Poden precedir-la una oferta vinculant irrevocable durant un determinat període de temps o, fins i tot, un període previ preceptiu abans de la vàlida acceptació revocable.

L'incumpliment del deure professional d'informar al consumidor de la seva facultat de *retirar* o, en el seu cas, *revocar* la seva declaració de voluntat hauria de comportar la possibilitat de fer-ho *sine die*⁶⁶.

Com en el cas de la retirada, el consumidor ha d'incidir sobre una conducta seva prèvia. Es podria dir que *en desisteix, tot revocant-la*.

4.2.5.- El lliurament de la cosa en fase pre-contractual.

Articular la facultat de desistir per mitjà de mecanismes previs a l'atorgament del contracte (és a dir, *quan encara no hi contracte*) planteja la dificultat tècnica de com explicar el lliurament de la cosa abans d'aquest moment. Per bé que el fonament de la facultat de desistir és la probable captació de la voluntat de desistir, el legislador comunitari opta, en ocasions, per fixar el moment inicial del còmput per a desistir en el moment del lliurament de la cosa. La qüestió és evident a la Dir. 97/7, a la LOCM (art. 44.3) i es dedueix dels arts 23 i 27.d) del Decret Legislatiu 1/1993, de 9 de març, *sobre comerç interior, pel que s'aprova la refundició en un Text únic dels preceptes de la Llei 1/1983, de 18 de febrer i la Llei 23/1991, de 29 de novembre*. Si durant el període de reflexió, hom pot decidir “*la devolució del producte*”, és que necessàriament hi ha hagut lliurament previ. La qüestió no es pot veure com a quelcom incidental. Si el termini comença a partir de la recepció del bé o, en qualsevol cas, sense aquesta recepció no pot iniciar-se el còmput i així es disposa pel dret

⁶⁶ Això, és clar, parteix d'una convicció personal: la de que la millor manera de protegir al consumidor i forçar al professional a complir amb els deus deures és sancionant el seu incompliment amb la durada temporalment il·limitada del dret (vegeu, sobre aquesta qüestió, el precedent apartat 2.4 d'aquest mateix treball).

comunitari, la legislació interna no pot prescindir de la dada. No seria conforme al dret comunitari una legislació que fixés abans el moment inicial del còmput. Per què? Perque encara que no es correspongui amb el seu fonament⁶⁷, el legislador comunitari vol que la decisió del consumidor es prengui prèvia percepció del producte.

Des d'aquesta perspectiva, el lliurament de la cosa caldria veure'l com un acte previ necessari per assolir, si el consumidor no retira o no revoca la seva declaració, la perfecció del contracte. Es podria configurar, però, com un acte *degut*? Trovant-nos com ens trovaríem en fase pre-contractual, no sembla poder-se configurar com a prestació exigible. Si no es lliurés, no podria iniciar-se el còmput del període de reflexió, però no sembla que, al marge d'això, se'n pogués exigir el lliurament. Si es lliurés i poc després, es fa ús del dret a desistir, la liquidació de la situació generada arran d'aquell lliurament exigiria, primer, aclarir la relació entre el consumidor i el bé. N'hauria estat posseïdor? Hauria estat, pel contrari, una situació de poder de fet o tenença mantinguda per la tolerància del venedor (art. 521-1.2 CCCat) i, per tant, només un cas de detenció? La situació seria plenament equiparable a la del venedor en els supòsits previstos als arts. 1587 Code o 1520 Codice. Aquests articles estableixen, pel cas de venda de productes que s'acostumen a provar abans de comprar i pel de venda "*con riserva di gradimento*", que el contracte no es perfecciona fins que el comprador prova i li agrada la cosa. També en aquests casos hi ha un lliurament necessari i previ, que cal realitzar en fase pre-contractual.

4.3.- El desistiment i el contracte.

S'han vist fins ara diferents mecanismes per mitjà dels quals seria possible facilitar al consumidor la possibilitat de reflexionar sobre el seu interès en el contracte *abans de la seva perfecció*. Les opcions difereixen segons s'ubiqui el període de reflexió: abans de l'acceptació o després d'emesa la declaració i,

⁶⁷ Hem dit que el fonament és la probable captació de voluntat del consumidor, no pas convertir-se en un mecanisme més de garantia de conformitat del producte.

en el primer cas, segons es presenti o no com un període que necessàriament ha de transcórrer abans d'acceptar.

En el context del dret comunitari, del dret estatal d'incorporació o transposició, i als mateixos *Treballs Preparatoris* sembla que el desistiment es perfila com un mecanisme que es projecte sobre un contracte ja perfecte o perfeccionat. Es tractaria una *facultat post-contractual*, en tant que demanaria de l'existència del contracte. Així, a l'art. 663-4 "(...) l'adquirent de drets d'aprofitament per torns *pot desistir del contracte (...)*" i també es desisteix *del contracte* a l'art. 622-4.1. D'aquests textos, però, no sols es dedueix l'existència de contracte. S'hi perfila també quin serà l'estat del contracte ja atorgat durant el període previst per a desistir. Hi ha dues indicacions:

- a l'art. 622-4.2 es descriu l'efecte del desistiment en els següents termes: "*L'exercici de la facultat de desistir obliga al consumidor a retornar el que ha rebut i li dona dret a recuperar les quantitats que ha lliurat*".

L'eficàcia del desistiment permet descriure l'estat del contracte previ al seu exercici. El contracte, a més de perfecte, seria eficaç: generaria obligacions que serien exigibles i susceptibles de pagament o compliment. Només així es pot entendre l'eficàcia restitutòria que genera l'exercici del dret a desistir: les parts s'hauran de *restituir* les prestacions satisfetes. Aquesta reciprocitat liquidatòria seria també indicativa d'un altre aspecte: així, de la naturalesa retroactiva del desistiment, que funcionaria com a causa extintiva *ex tunc* del contracte. La finalitat seria borrar tot rastre del negoci. S'adiu amb el fonament de la facultat.

D'aquest article es despren, doncs, la ***possible configuració de la facultat de desistir com una causa extintiva del contracte perfecte, eficaç i consumat, que actuaria retroactivament barrant tot efecte del negoci (ex tunc)***.

- a l'art. 663-5 s'hi diu que: "*El cedent no pot exigir a l'adquirent cap pagament a compte fins que transcorre el termini previst per al desistiment del contracte*". Concorda amb la Disposició Addicional Tercera, 2, lletra h. Disposa que al document informatiu del règim s'ha d'indicar "*la menció que el venedor no pot*

exigir pagaments anticipats durant el termini en què l'adquirent pot revocar la seva declaració de voluntat"). També amb l'art. 663-3.2 ("*També s'ha d'incorporar un document (...) (que) ha d'incloure (...) la referència a que el cedent no pot exigir pagaments anticipats*").

En aquest cas, **la facultat de desistir afecta al contracte durant el termini atorgat al consumidor per reflexionar. Incideix en el concret aspecte de l'exigibilitat de les obligacions: el professional no pot exigir cap pagament anticipat.** Literalment considerada, l'expressió:

- indicaria que el contracte és eficaç (les obligacions haurien nascut), però la seva exigibilitat es faria dependre de l'expiració del termini per a desistir. Ara bé, tota obligació a termini es pot satisfer anticipadament i vàlidament (és pagament degut) si el beneficiat pel termini hi renuncia. El legislador, però, hauria volgut excloure aquesta possibilitat, prohibint els pagaments anticipats.

- de fet, però, el que s'hi prohibeix és, literalment, només **l'exigència. S'hauria de corregir l'expressió, prohibint, no només l'exigència, sinó també la percepció o cobrament.** El que no es vol són els pagaments anticipats, amb independència de qui en tingui la iniciativa. Es correspon així amb l'art 6 de la Directiva 94/47, que prohibeix *pagaments* anticipats.

Aquests antecedents ens suggereixen les següents observacions:

- La primera seria que per raons de claretat i simplicitat convindria unificar en tots els casos el règim del contracte mentre transcorre el termini per a desistir. No s'acaba d'entendre per què en uns casos s'intensifica el nivell de protecció del consumidor impedint que pugui satisfer qualsevol contraprestació abans del transcurs d'aquell període, i en altres casos no. Aquella prohibició s'explica com una mesura preventiva: es vol impedir que per por a no recuperar les quantitats satisfetes, el consumidor mostri reticències a l'hora de desistir (vegeu Consideració 12 Dir. 94/47)⁶⁸. La mesura s'hauria de generalitzar.

⁶⁸ "*Considerando que la exigencia, por parte del vendedor, de pagos por anticipado antes de la expiración del plazo durante el que el adquirente puede resolver el contrato sin alegar motivo,*

- La segona seria que, atenent a aquesta mateixa idea (protegir de manera efectiva al consumidor), s'hauria de reduir a la mínima expressió l'eficàcia del contracte durant aquell període.

- I la tercera seria que, atés que en qualsevol cas ha hi ha un contracte atorgat, l'eficàcia del desistiment no pot explicar-se si no és en termes d'extinció.

Abans, però, de tractar del desistiment com a causa extintiva del contracte, podem plantejar una altra possible configuració: així, a mode d'opció impròpia de la que es faria dependre la **vigència** de la relació. Fins i tot, ens atrevim a plantejar-ne una altra a l'empara de la qual la facultat de penedir-se s'articulària per mitjà d'un mecanisme que incidiria, no tant en el contracte, sinó en l'adquisició: així, a mode d'opció de retro-venda

4.3.1.- El desistiment com a opció *impròpia*.

La idea la suggereix la facultat o dret d'opció entés com a mecanisme pel que es deixa a una de les parts contractants "descongelar" la vigència del contracte. És la configuració que de la figura va fer el Prof. DE CASTRO al seu citadíssim treball "La promesa de contrato" (*Anuario de Derecho civil*, 1950, pàg. 1133)⁶⁹. El contracte ja existeix, però amb una eficàcia suspesa. Només una de les parts té la possibilitat de "despertar-lo" optant.

Es podria plantejar la possibilitat d'acostar el penediment del consumidor a aquesta configuració. Hi hauria dues possibles aproximacions, amb importants matissos diferencials:

puede disminuir la protección del adquirente; que por lo tanto procede prohibir los anticipos antes de la expiración de dicho plazo".

⁶⁹ Per cert, que caldria plantejar-se la conveniència de regular al Llibre VI CCCat els drets d'adquisició preferent de caràcter personal que, amb aquesta naturalesa, podien constituir-se a l'empara de la Llei 22/2001, de 31 de desembre, *de regulació dels drets de superfície, de servitud i d'adquisició voluntària i preferent*, íntegrament derogada per la Disposició derogatòria de la Llei 5/2006, de 10 de maig, *del Llibre Cinquè del Codi civil de Catalunya, relatiu als Drets reals*.

a.- Mentre que en el cas de l'opció (pròpia), cal optar o emetre una declaració de voluntat que determina la vigència del contracte, la seva eficàcia i, per tant, fonamenta les respectives pretensions de les parts, ara es tractaria de dir que, per optar, *el que cal és no desistir, no fer res*. Amb el transcurs del període per a desistir, sense fer-ho, el contracte adquiriria automàticament vigència: el silenci o inactivitat del consumidor es podria interpretar com una declaració de voluntat implícita. D'aquí la *impropietat*, perquè no caldria estrictament optar. Desistint, s'impediria que el contracte arribés a tenir vigència; no fent res, aquesta vigència i l'eficàcia del contracte esdevindrien per sí soles amb la caducitat de la facultat de desistir.

b.- Ben mirat, però, tampoc seria impensable atorgar al consumidor una opció (pròpia). Una vegada acceptada l'oferta, el contracte restaria en suspens, sense vigència. Si al llarg del període de temps per a "desistir", el consumidor opta *o confirma el seu interès en la contractació*, el negoci, ja vigent, esdevé eficaç. Si caduca la facultat d'optar, també "caducaria" el mateix contracte, que ja no podria arribar a "descongelar-se".

Ambues possibilitats tindrien un element en comú: ***la manca de vigència immediata del contracte***. Aquesta vigència necessitaria d'alguna cosa més que el simple consentiment. La diferència radicaria en com articular aquesta exigència addicional:

com una opció pròpia, demanant una nova declaració de voluntat del consumidor a emetre durant un breu període de temps d'ençà la perfecció. No fent-la, el contracte quedaria per sempre inefectiu.

com una opció impròpia, exigint simplement l'expiració del termini per a desistir sense fer-ho. Desistint, s'exclouria aquella expectativa de vigència futura.

Escollir entre una o altra via depèn del major o menor ànim proteccionista que tingui el legislador. Entenc que el major grau de protecció ve donat per la primera alternativa tal vegada que la vigència del contracte s'assoleix exigint una nova declaració; així, a mode de confirmació o ratificació⁷⁰ de la decisió ja

⁷⁰ Emprem aquestes dues expressions en un sentit col.loquial, atècnic.

presa i ja manifestada. No hi hauria prou amb deixar passar el temps (opció impròpia) sinó que caldria una acció positiva.

4.3.2.- El desistiment com a causa extintiva del contracte.

Es la configuració que millor encaixa amb els textos de dret comunitari. També és majoritària la doctrina que atribueix naturalesa extintiva a les diferents facultats (així, de “desistiment”, “resolució”...) que apareixen, aquí i allà, a les corresponents normes de transposició o incorporació. També sembla que és la concepció que inspira els *Treballs Preparatoris*.

Més enllà de l’extinció del contracte i altres efectes que genera el desistiment, convé plantejar-se quins efectes produeix o pot produir el contracte entretant no es desisteix. Ja s’ha exposat en quins termes als *Treballs* sembla distingir-se entre una disposició general (a l’empara de la qual, l’atorgament de la facultat no excepciona ni l’eficàcia del contracte ni l’exigibilitat de les obligacions) i una norma especial, prevista en seu de drets d’aprofitament, que supedita l’exigibilitat, només, de l’obligació de pagar el preu de l’adquisició al transcurs del període per a desistir.

4.3.2.1.-Els nivells d’efectivitat del contracte durant el període per a desistir.

Ja s’ha anticipat que, al nostre entendre, el contracte hauria de quedar reduït a la mínima expressió en tant no caduqui el dret a desistir. L’exigibilitat de les obligacions i la mateixa eficàcia del contracte haurien de restar pendents d’aquella caducitat. En aquells supòsits en els que el *dies a quo* del còmput per a desistir demanés del lliurament o recepció de la cosa, aquesta conducta s’hauria de veure com un acte previ, no el compliment d’una obligació. D’aquí que tampoc pogués arribar a actuar com a *traditio*, ni a convertir al consumidor-adquirent en propietari del bé comprat. La titularitat encara la tindria el transmetent; en cas de desistir, s’hauria simplement de liquidar la situació possessòria entre el propietari-venedor i el comprador.

Els *Treballs* proporcionen dos models. A ambdós casos, **l'eficàcia o producció d'obligacions no coincideix amb el moment de la perfecció.**

- el primer model es trova a l'art. 621-12.1. Es pensa, sense designar-los, en els anomenats contractes reals. La configuració proposada ho és del lliurament de la cosa, no com a requisit de perfecció (concepció clàssica o tradicional), sinó com a requisit d'eficàcia. S'hi estableix que: "L'eficàcia del contracte es produeix en el moment de la perfecció, *excepte quan sigui necessari el lliurament de l'objecte per tal que pugui néixer l'obligació*". La proposta, però, no està exempta de problemes. Abans del lliurament, no hi ha, doncs, obligacions? Cóm podem aleshores exigir el lliurament de la cosa? Certament, la configuració proposada té un evident avantatge respecte de l'estructura tradicionalment vinculada al contracte real. Succeïa que, si no es perfeccionava el contracte fins el lliurament, no hi havia manera de forçar aquest mateix lliurament quan, per exemple, el prestamista, després d'haver arribat a un acord sobre les condicions del préstec, es negava a lliurar la quantitat convinguda. Encara no hi havia contracte del que se'n pugués demanar el compliment. A més, com que encara no hi havia contracte, aquell a qui corresponia lliurar podia perfectament desdir-se de l'operació⁷¹. La única solució (que, a més, era discrecional del jutge) era entendre que el negoci celebrat era un contracte atípic, consensual. Certament, amb la nova configuració que es proposa, part d'aquests inconvenients es resolen, *però només part*. Si el contracte ara es perfecciona amb el consentiment, sense necessitat de lliurar a més la cosa, el seu efecte vinculant impedirà que aquell a qui pertoca lliurar el bé pugui desdir-se de l'operació. Correspon a aquesta apreciació el comentari que acompanya a l'art. 621-12-1:

"(...) Es manté la categoria dels contractes reals però caracteritzada no d'acord amb el seu origen de Dret Romà (lliurament=causa civilis obligandi) sinó de conformitat a l'estructura consensual del contracte. L'existència de contractes reals no suposa que no hi hagi contracte fins al lliurament perquè des del moment de la perfecció existeix la vinculació i l'efecte d'irrevocabilitat".

⁷¹ I, si de cas, quedar només sotmés a una reclamació de danys per *culpa in contrahendo*.

Però, com deia, es deixa sense resoldre com forçar el lliurament de la cosa. Amb el consentiment es perfeccionarà el contracte i les parts quedaran vinculades però, estrictament, n'hi la una ni l'altra quedaran obligades. Les obligacions són conseqüència de l'eficàcia del contracte i aquesta es vincula al lliurament de la cosa. La qüestió, doncs, no queda ben resolta.

- el segon model el proporciona l'art. 631-5, relatiu a la *Venda a assaig*. Tampoc acabar de convèncer del tot. S'hi disposa que: "*Es presumeix que la venda a assaig es fa sota condició suspensiva*". S'ha de fer notar que: no es descriu la venda a assaig; només se'n presumeix una determinada configuració: com a contracte sotmès a condició suspensiva. Sobre això últim, convindria afegir: primer, que no exclou prova en contrari (i així, de que la compra-venda és pura o immediatament eficaç i exigible, o que resta sotmesa a condició resolutòria...). Segon: que d'acord amb el model ja previst a l'art. 1453 Cc, el que resta sotmès a condició suspensa no són les obligacions (així, per exemple, la de pagar el preu), sinó tot el contracte. Què passa amb l'obligació de lliurar la cosa pel venedor? Certament, a vegades no caldrà lliurar-la a efectes de fer l'assaig (que es podrà fer, per exemple, sense que el venedor se n'hagi de despossessionar). Però en altres ocasions aquell lliurament sí que serà necessari. Caldrà cercar-ne una configuració com a acte degut, previ, però no obligatori.

En qualsevol cas, als efectes que aquí interessin, no sembla adequat a una regulació naturalment protectora del consumidor, preveure l'eficàcia suspensa del contracte *només com una configuració presumpta*. Només caldria al venedor convèncer al comprador per pactar l'execució immediata del contracte i provar-lo. L'efecte dissuasiu que pot generar, de cara a desistir, el compliment previ de les prestacions quedaria, de fet, a mans del venedor.

L'alternativa a tot aquest plantejament és deixar que el contracte sigui eficaç i les obligacions exigibles durant el termini previst per a desistir. Aquest opció demanaria aleshores la necessitat de preveure quin és el règim d'ús que pot fer el consumidor del producte lliurat i les conseqüències d'una eventual pèrdua de la cosa entretant. Convindria aclarir, a més, si s'ha produït o no la transmissió

de la propietat amb el lliurament. Sobre tot plegat, el dret estatal proporciona dos models, probablement extrems:

1.- El primer és el previst a la Llei 26/1991, de 21 de novembre, *de protecció dels consumidors pel cas de contractes celebrats fora d'establiments mercantils*.. Amb el lliurament, el consumidor esdevé propietari. Com a tal, pot usar la cosa segons li convingui. Fins i tot la seva pèrdua, imputable al mateix consumidor, no determina la pèrdua de la facultat de desistir: podrà fer-ho, restituint-ne al venedor el seu valor al temps del desistiment. En cas de pèrdua fortuïta, no ha de tornar res (arts. 6 i 7).

2.- El segon és que el facilita la Llei 28/1998, de 13 de juliol, *de Venda a Terminis de Béns Mobles*. Sembla que no hi ha transmissió de la propietat fins a l'expiració del termini per a desistir. Així ho permet entendre l'art. 9.3 "*Una vez transcurrido el plazo para el ejercicio de la facultad de desistimiento surtirán los efectos derivados del contrato*". Pel demés, la possibilitat de desistir demana d'uns requisits addicionals: cal que no s'hagi fet ús de la cosa més enllà del necessari per provar-la. La literalitat de l'art. 9.1.a) fa pensar que l'ús extralimitat fa decaure el dret a desistir i no, sols, l'obligació d'indemnitzar al venedor per raó d'aquella extralimitació.

4.3.2.2.- Facultat de "desistir"?

L'epígraf obeeix a un aspecte estrictament terminològic. Ni les Directives, ni la legislació estatal d'incorporació o transposició, destaquen per la seva precisió terminològica. Als *Treballs*, l'art. 622-4 parla de "desistir" i en seu de contracte de drets d'aprofitament per torns es parla també de desistiment i, erròniament, de la facultat de "revocar" la declaració o el contracte. En aquest punt, convindria fer dos apunts:

- El Preàmbul de la Llei 42/1998 (I, par. 9) perfila el desistiment contractual com una causa extintiva del contracte que, a diferència de la *resolució*, es caracteritzaria perquè només es reconeix a una de les parts contractants, el consumidor, i perquè es pot exercitar *ad nutum*. La resolució, en canvi,

s'identifica amb la facultat que té el creditor en cas d'incompliment del deutor. Es tracta, simplement, d'una declaració programàtica que, pel demés, coincideix amb la configuració que en fa la doctrina majoritària. Com se sap, el Codi civil espanyol no disposa de cap precepte que relacioni les causes extintives del contracte (a semblança de l'art. 1156 Cc, en seu d'obligacions).

Només s'hauria de fer notar que al dret català la resolució, com a causa extintiva del contracte, s'ha desvinculat de la idea d'incompliment, encara que continua presentant-se com una extinció *causal*. Ho fa palès l'art. 3.4 de la Llei 23/2001, de 31 de desembre, de *cessió de finca o edificabilitat a canvi de construcció futura*. Permet al cedent instar la "resolució del contracte" "(...) *si les obres no s'han iniciat en el termini pactat per una causa que no li sigui imputable*". S'entén que és una causa no imputable al mateix cedent, però tampoc imputable al cessionari (per exemple, perquè és l'Ajuntament el que no compleix amb els terminis previstos a l'hora de concedir la llicència necessària per començar les obres); si ho fós, el precepte aplicable seria l'art. 6⁷². Aquella desvinculació la confirma el Preàmbul: "(...) *La persona cedent té, a més, una facultat de resolució del contracte de caràcter cautelar, independentment del règim normal de la resolució per incompliment en el termini estipulat. Aquesta facultat neix quan la persona cessionària no ha iniciat les obres de construcció en el termini pactat o quan la llicència no s'ajusta als pactes establerts, per una causa que no li és imputable*". Aquest règim apareix, idèntic, a l'art. 634-3 dels *Treballs*.

- Pel demés, la jurisprudència també fa ús del terme "desistiment" a propòsit de l'extinció de les relacions contractuals indefinides, provocada per la decisió unilateral d'una de les parts contractants, manifestada de bona fe (així, amb preavís). Certament, en aquests supòsits, també es tracta d'un desistiment *ad nutum* (no cal al·legar un motiu, ni molt menys provar-lo) i sense penalització, per bé que el supòsit de fet resta molt contextualitzat: així, les relacions de durada indefinida. El terme "desistir" apareix també a un article emblemàtic:

⁷² "1.- *En cas d'incompliment de les condicions, les característiques, el termini inicial o final estipulats, la persona cedent pot exigir el compliment del contracte o la resolució d'aquest, en ambdós casos, amb la indemnització de danys i perjudicis corresponents*".

l'art. 1594 Cc, relatiu al contracte d'arrendament d'obra. Allà, en canvi, el desistiment del contracte comporta l'obligació d'indemnitzar. Aquest darrer supòsit està previst a l'art. 651-14 dels *Treballs* que, tot i intitulat *Denúncia unilateral del contracte*, permet a la persona que reb el servei "rescindir". La rescissió, a semblança del que succeeix a l'art. 1594 Cc, comporta l'obligació d'indemnitzar⁷³. L'art. 18 del Decret 168/1994, de 30 de maig, de reglamentació de les Agències de Viatge (i modificat per Decret 212/1995, d'11 de juliol i per Decret 300/1998, de 17 de novembre), també fa ús del terme "desistir".

En aquest context, *l'elaboració del Llibre VI esdevé també una ocasió òptima per plantejar l'oportunitat de relacionar i caracteritzar les diferents causes extintives del contracte i de fer-ho a mode de disposició general (a semblança de l'art. 532-1 CCCat, pel que fa als drets reals) i sens perjudici dels preceptes que, si escau, s'ocupin de les causes extintives particulars del contractes en especial. En aquest context, seria oportú distingir clarament entre desistiment, resolució o rescissió o, en cas de no optar-se per totes elles, delimitar suficientment l'àmbit de les categories previstes.*

4.3.2.3.- L'exercici de la facultat de desistir.

Les condicions i requisits d'exercici del dret a desistir fora bo unificar-los i recollir-los al CCCat. La remisió a la legislació especial podria reduir-se així només a la designació dels supòsits en què s'atorga (com fa l'art. 622-4 dels *Treballs*). A l'uniformitzar-se el règim, es guanyaria en claretat i coherència.

⁷³ "Article 651-14. *Denúncia unilateral del contracte.*

1.- *La persona que rep el servei o la comitent pot, unilateralment, rescindir el contracte, encara que l'activitat objecte del servei o l'execució de l'obra ja s'hagi iniciat.*

2.- *La persona que rep el servei o la comitent està obligada, des de la rescissió del contracte, a pagar a la persona que presta el servei o a la persona que executa l'obra, en proporció al preu convingut, les despeses, el valor dels treballs executats i, si escau, el valor dels béns utilitzats fins el moment de la notificació de la rescissió.*

3.- *La persona que rep el servei o la comitent està obligada, a més, a rescabalar qualsevol perjudici que l'altra part hagi pogut patir".*

Més enllà de la no necessitat de provar ni al·legar motiu o causa, el CCCat s'hauria de fer ressò de la naturalesa caducable i irrenunciable del dret i de la naturalesa receptícia i no formal de la declaració de voluntat per mitjà de la que s'exerceix. És fins i tot sobrer dir-ho però, òbviament, la de desistir és una facultat d'exercici *extrajudicial*.

a. El desistiment com a declaració de voluntat *no formal* implica excloure tota limitació o condició relativa a la manera d'exterioritzar-se. La qüestió, però, s'ha de relacionar necessàriament amb la menció que es fa a l'art. 622-4 dels Treballs, relativa al document de revocació; amb l'art. 27 e) DL 1/1993 i amb l'art. 663-3 i DA 8, lletra c) dels *Treballs*. Així, el primer fa referència, literalment, a un document informatiu. No és un "document de revocació" com el previst a l'art. 3 de la LCFEM. El precepte empararia el desistiment *fet de qualsevol manera o exterioritzat de qualsevol mode*. L'art. 27 e) DL 1/1993 preveu que tota oferta de venda a distància ha d'incloure informació relativa al "període de reflexió, no inferior a set dies, durant el qual el consumidor *pot retornar el producte* i rebre la quantitat satisfeta". El precepte planteja: si la devolució del producte serveix com a desistiment, a mode de *declaració tàcita de voluntat*; si, de fet, és aquesta la única manera de desistir que preveu; si, en qualsevol cas i sobretot pel d'admetre's que es pot desistir d'altra manera, la devolució s'ha de produir necessàriament dins d'aquell període (i així, per exemple, no seria vàlid el desistiment fet per escrit o de paraula, en cas de mantenir el producte més enllà del període previst per a desistir). Per últim, en seu de contracte d'aprofitament per torns, només es preveu com a vàlid el desistiment fet per escrit (art. 663-3.2 "(...) Aquest document (...) ha d'incloure (...) *la referència a la forma escrita per l'emissió de la declaració de revocació* (...)"); DA 8, lletra c) (" (...) Una referència al dret de revocació de l'adquirent, expressant: (...) *una referència a la necessitat de forma escrita per a l'eficàcia de la revocació*").

Amb aquestes dades, es creu, n'hi ha prou per constatar la conveniència d'unificar també el règim en aquest punt. ***Convindria explicitar la necessitat o no d'observar una determinada forma a l'emetre la declaració de voluntat desistint del contracte, admetent, en qualsevol cas, com a***

desistiment tàcit, la devolució del producte. A propòsit d'això últim, caldria a més preveure els efectes de la no devolució en cas de desistiment exprés: així, primer, establint si cal que s'efectuï també dins del període previst per a desistir (almenys, expedir-lo) o, en cas contrari, fixant un termini ad hoc i, segon, assenyalant quines conseqüències es deriven de la no devolució en el temps previst: la nul·litat o ineficàcia del desistiment, un especial règim en matèria de responsabilitat dels danys que es puguin generar al producte entretant no es retorna, la possibilitat de demanar els danys i perjudicis que genera el retard...

b. El desistiment com a declaració de voluntat *receptícia*. Es tracta d'una declaració de voluntat adreçada al venedor o transmissor. La simple circumstància de tenir un destinatari la converteix en receptícia. Ho expliciten l'art. 663-3. 663-4.3 i la DA 8 lletra b) dels *Treballs*, que parlen del "destinatari" de la revocació. Tot plegat ens suggereix els següents comentaris:

- Si com a requisit de *validesa o eficàcia* del desistiment, n'hi ha prou amb l'expedició dins del període per a desistir o cal, a més, que dins del dit període arribi a coneixement del professional. Es creu més raonable la primera opció; la segona faria que el termini "per a desistir" fos, pràcticament, més curt que el previst a la llei (atés que, en part, potser caldria destinar-lo a l'enviament). A més, generaria al consumidor una gran incertesa.

- Si la perfecció de la mateixa declaració de voluntat en què consisteix el desistiment, es produeix amb l'expedició o amb el seu coneixement efectiu pel professional (o, atenent a criteris intermedis, amb la sola recepció, amb la "possibilitat" raonable de coneixement...). Segons sigui una o altra la configuració que es faci, es reconeixerà o no al consumidor la possibilitat de *retirar* la declaració de voluntat en què consisteix el desistiment, és a dir, de *penedir-se del seu propi penediment*. La perfecció amb la sola expedició exclouria aquesta possibilitat.

c. El dret a desistir com a dret caducable. La facultat de desistir és un poder de configuració jurídica o dret potestatiu que, d'acord amb l'art. 122-1.1 CCCat

caduca. En la línia de les Propostes de Directives que es troven en tràmit en aquests moments i de les propostes de MCF, es proposa la durada de 14 dies (que, inclou, en tot cas, 2 caps de setmana⁷⁴). La norma general hauria de ser que el dit termini comencés a comptar d'ençà ***l'atorgament del contracte***, per bé que en el cas de les vendes a distància i en tots aquells supòsits en què, al moment de la perfecció, el consumidor no disposi de la corresponent documentació o informació contractual, el còmput del termini s'hauria de preveure en altres termes: així, en aquests casos, ***el consumidor pot desistir d'ençà l'atorgament del contracte i fins passats 14 dies des del lliurament de la cosa o la recepció de la documentació contractual.***

Pel demés, ja han exposades les raons per les que es consideren que la ***facultat de desistir hauria d'esdevenir incaducable en cas de definitiva infracció del deure professional de facilitar la documentació del contracte al consumidor.***

En aquest contexte, ens sembla del tot inapropiada la regulació que es fa de la qüestió als *Treballs* i en seu de contracte d'aprofitament per torns de béns immobles. La qüestió es preveu a l'art. 663-4.1 en els següents termes:

- l'apartat a) disposa que es podrà desistir "*dins els 15 dies següents al del lliurament del document d'advertència del dret de desistir, sense que hagi d'abonar cap penalització*". Vol dir-se que abans d'aquest lliurament no es pot desistir?

- l'apartat b) amplia aquell terminis a 30 dies pel cas de "*divergències no advertides expressament en el contracte o, entre aquest i el document informatiu, o si aquest no ha estat lliurat a l'adquirent*".

- l'apartat 2 preveu el cas de manca de lliurament del document d'advertència, establint, *com a càrrega del consumidor*, el deure de sol·licitar la informació complementària no lliurada. No és ell qui s'ha de preocupar de fer aquest

⁷⁴ Moment *teòricament* idoni per a reflexió sobre el contracte atorgat.

requeriment quan és probable que ni tan sols tingui coneixement dels documents que li han de ser lliurats. ***S'hauria de preveure, com a deure del professional desvinculat de tota necessitat de previ requeriment del consumidor, el de proporcionar la documentació no facilitada al moment de l'atorgament.*** Però és que el precepte encara va més enllà: si fet el requeriment, el professional no el satisfà en un termini de 3 mesos, “*el contracte queda sense efecte*”. El que es proposa, doncs, és que no atendre al requeriment del consumidor actua *com a causa extintiva del contracte; ni tan sols cal que el consumidor desisteixi*. La situació, al nostre entendre, no està ben resolta: primer, per la manca de sentit de carregar al consumidor amb la iniciativa del requeriment; segon, perquè no es preveu què succeeix quan el consumidor (possiblement per desconeixement) no fa el dit requeriment; tercer, perquè la ineficàcia sobrevinguda del contracte per raó de la no subsanació de la informació prescindeix totalment de la voluntat del consumidor de posar fi al negoci.

La nostra proposta ja ha estat apuntada: *en cas de manca d'informació, el termini per a desistir (que hauria nascut amb l'atorgament del contracte) seria incaducable.*

d. El dret a desistir com a dret irrenunciable. *Es podria no desistir, però en cap cas renunciar-hi abans de l'expiració del termini previst per a fer-ho.*

4.3.3.- La facultat de desistir com a opció de retro-venda.

Seria *una altra manera* de configurar el desistiment. No incidiria sobre el contracte atorgat que, perfecte i eficaç, s'hauria pogut consumir. Actuarria sobre l'adquisició ja realitzada. Per raó de la seva especial configuració, aquest model només podria assajar-se en el marc de contractes sobre béns, no sobre els relatius a serveis. L'opció la tendria el consumidor, que al llarg del període previst, podria donar “vigència” a un segon contracte de re-adquisició: el consumidor s'obligaria a retornar la cosa i el professional el preu pagat per ella.

Aquesta opció situa el penediment al marge del contracte de consum. No s'afectaria ni la seva eficàcia, ni la seva exigibilitat.

5.- El document informatiu del dret a desistir: la manca de lliurament i la nul.litat del contracte.

Es el que es preveu a l'art. 622-4 dels *Treballs Preparatoris* (“(...) *el proveïdor està obligat a lliurar al consumidor un document en el que se l'informi del dret que té a un període de reflexió no inferior a set dies per tal de desistir del contracte. La manca de lliurament d'aquest document permet instar la nul.litat del contracte*”. Recorda en gran mesura el previst a l'indexable i criticatíssim art. 4 de la Llei 26/1991, de “*El contrato celebrado o la oferta realizada con infracción de los requisitos establecidos por el artículo anterior podrá ser anulado a instancia del consumidor*”. L'art. 3, relatiu a la documentació del contracte, estableix que caldrà adjuntar al contracte un document de revocació identificat, amb caràcters destacats, com a “document de revocació”. El consumidor l'haurà de signar; s'hi haurà de fer constar la data corresponent a l'atorgament del contracte; hi hauran de quedar perfectament identificats els contractants, el nom i adreça d'aquell a qui, si escau, s'hagi de remetre i explicitar- s'hi els requisits i efectes de l'exercici del dret a desistir.

Deia que l'art. 622-4 dels Treballs preparatoris recorda l'art. 4 de la Llei 26/1991, per bé que les diferències també hi són:

a.- Mentre que a l'art.4 Llei 26/1991 és motiu suficient per anul.lar la infracció dels requisits (qualsevol d'ells, doncs?) previstos a l'art.3, a l'art. 622-4 sembla que només en provoca la nul.litat del contracte el fet del “no lliurament”. S'hauria de corregir. És absurd contemplar només una conducta. Si al consumidor se li lliura el document, però no consta, per exemple, a qui s'ha d'adreçar o el termini de què disposa per fer-ho, pràcticament, la situació de desinformació en què es troba és equiparable a la de manca de lliurament del document. És per això mateix, que s'haurien de relacionar tots els aspectes que haurien de constar al document informatiu. En aquest sentit, per exemple els arts 663-2 i 3 dels Treballs, en seu de Contracte d'aprofitament per torns

sobre béns immobles d'ús turístic, concreta aquell contingut més acuradament. El primer es limita a establir que el contracte haurà d'incloure "*h) la referència al dret de desistir del contracte que té l'adquirent*" i el segon disposa que, com a annex al contracte, s'haurà d'incorporar "*un document en el que se l'adverteixi expressament del dret de desistir de la seva declaració de voluntat. Aquest document, que s'estén per duplicat i serà signat per ambdues parts, ha d'incloure el nom i el domicili del destinatari de la revocació, la referència a la forma escrita per l'emissió de la declaració de revocació, el termini, l'import de les despeses, la menció de que no dona lloc a cap penalització, la referència a que el cedent no pot exigir pagaments anticipats i les conseqüències amb relació als crèdits concedits per l'adquisició*". La qüestió és que, a propòsit del no-lliurament, l'art. 663-4 no preveu tant la nul.litat del contracte (que, en qualsevol cas, l'hauria de demanar el consumidor) sinó, sorprenentment, la seva *ineficàcia sobrevinguda ex lege*.

b.- Mentre que a l'art. 4 Llei 26/1991, l'anul.lació es preveu, només, pel cas d'infracció del deure de documentació i informació contractual en el context dels contractes celebrats fora d'establiment mercantil, l'art. 622-4 està previst per tots els supòsits en què es reconegui al consumidor un període de reflexió. Més enllà del que es dirà a propòsit de la categoria d'ineficàcia triada (la nul.litat), l'opció sembla encertada perquè permet oferir un mateix discurs i, en el seu cas, un mateix règim jurídic amb independència de la naturalesa del contracte, la modalitat de contractació o l'objecte contractat⁷⁵.

Cal fer esment en aquest punt, de nou, a la regulació prevista en seu de contracte de drets d'aprofitament. D'acord amb l'art. 622-4 també en aquest cas, el no-lliurament hauria de permetre al consumidor demanar la nul.litat del contracte. En canvi:

⁷⁵ Pel contrari, a l'àmbit del dret estatal, la manca d'uniformitat a l'hora de designar l'estat del contracte quan el professional ha incomplert aquells deures (així, és anul.lable a la LCFEM, és resoluble a l'art. 44 LOCM...), fa que el discurs es compliqui molt (vegeu, per exemple, la ja citada obra de ALVAREZ LATA, Natalia, *La invalidez y la ineficacia...*, cit).

- d'acord amb l'art. 663-4.2 *ni tant sols seria necessari demanar-la*: el contracte ja quedarà sense efecte pel simple fet de no atendre el requeriment del consumidor.

- la nul.litat es redueix a una acció a interposar "*d'acord amb les normes generals*" "*quan li falti algun dels seus elements essencials* (s'entén, al contracte), *quan la informació facilitada a l'adquirent no s'ajusta a la realitat i quan intervingui algun altre vici de la voluntat*". La disposició, en sí mateixa, seria totalment sobrerera i el que règim que disposa ja se seguiria de les regles generals (vegeu Cap. 4 dels Treballs).

c.- Pel que fa a la categoria, ambdós articles opten per una d'invalidesa. Mentre que l'art. 4, és l'anul.lació, l'art. 622-4 es limita a dir que es permet "*instar la nul.litat del contracte*". S'entén que qui pot fer-ho és el consumidor i aquesta legitimació activa reduïda seria suficient per pensar que la disposició pensa també en un supòsit d'anul.labilitat: en aquest cas, com en un cas de contracte amb vicis del consentiment, el legitimat "pot instar la nul.litat" (arg art.1302 Cc). Ara bé, aquesta constatació té les seves conseqüències sobretot a l'hora d'integrar el règim jurídic del supòsit. Així per exemple, en matèria de durada de l'acció que, si és d'anul.labilitat, són 4 anys. A comptar des de quan? Des de la celebració del contracte? Des de que desapareix el motiu d'impugnació (art. 1301, 2n par. Cc)⁷⁶? Des de la consumació (arg. art 1301, 3er par. Cc)? Des de que el consumidor té coneixement que el professional tenia l'obligació de lliurar-li el document (arg. art. 122-5 CCCat "*El termini de caducitat s'inicia, si no hi ha normes específiques, quan neix l'acció o quan la persona titular pot conèixer raonablement les circumstàncies que fonamenten l'acció i la persona contra la qual es pot exercir*)?

Arribats en aquest punt del plantejament, es creu d'interès fer dues reflexions:

1) La manca de lliurament del document de revocació determinarà, segons la proposta que aquí es fa, que el dret de desistiment sigui temporalment il.limitat.

⁷⁶ Vegeu les reflexions d'Esther ARROYO AMAYUELAS a EBERS, Martin; ARROYO AMAYUELAS, Esther, " "Heininger"...", cit, pàg. 431.

El lliurament del dit document obeeix a la finalitat d'informar al consumidor del benefici que se li reconeix i facilitar-ne l'exercici. Si no s'ha lliurat, és possible que el consumidor no n'arribi a tenir coneixement per altres medis i permetre que en aquestes circumstàncies pugui igualment caducar el dret de desistir no s'adiu, deiem, amb la voluntat de protegir d'una manera efectiva al consumidor. Això vol dir que, en cas de manca de lliurament del document, el fet que hagi caducat l'acció d'anul.lació no implica que el consumidor ja no pugui desistir. Podrà fer-ho, si s'assabenta després de l'existència del dret.

2) Es podria pensar que en la situació acabada de descriure, el consumidor que no impugna el contracte durant els 4 anys que suposadament té per fer-ho, i que després desisteix, actua *en contra dels actes propis* (art.111-8 CCCat). El fet de no impugnar podria fer pensar, raonablement, que el consumidor tampoc en desistirà perquè no se'n penedeix. El problema serà que molt probablement el consumidor no haurà impugnat el contracte, *perquè desconeixia de l'obligació que tenia l'empresari de lliurar-li el document de revocació*. Si n'estigués assabentat, el que faria, molt probablement, seria desistir, no pas impugnar. El desistiment apareix com un mecanisme extrajudicial, que no necessita provar res; l'anul.lació, en canvi, és d'exercici judicial i demanar provar les circumstàncies que la justifiquen.

Però és que, a més, com justificar que corri el termini per impugnar quan molt probablement el consumidor desconixerà "el vici", si a propòsit del desistiment s'ha dit que la manca d'informació el converteix en un dret incaducable? La conclusió seria que ***té poc sentit convertir en causa d'anul.lació del contracte la manca de lliurament del document informatiu del dret a desistir. Si no es lliura, el consumidor ni impugnarà ni desistirà, precisament perquè és probable que desconeixi que el professional tenia el deure d'informar-lo d'aquell dret i de lliurar-li el document. La situació es resolt admetent el caràcter incaducable del dret a desistir. Si en algun moment el consumidor arriba a tenir coneixement de la infracció comesa pel professional (així, no haver-li lliurat aquell document), el que molt probablement farà, no serà pas impugnar el contracte (judicialment), sinó desistir-ne (extrajudicialment). El que es proposa, doncs, és suprimir la***

disposició i, si de cas, preveure expressament que la manca de lliurament del document, o la manca d'indicacions preceptives o l'error en la seva indicació, converteix la facultat de desistir en una facultat incaducable⁷⁷.

6.- Conclusions

1.- En l'àmbit de determinats contractes, el Dret comunitari afavoreix al consumidor amb la facultat de desistir del contracte i de fer-ho *ad nutum* i sense penalització. D'acord amb el criteri d'harmonització mínima, avui vigent, els drets interns poden intensificar el nivell de protecció previst a les Directives, però no quedar-ne per sota.

Al legislador català no li pot ser indiferent el Dret comunitari: primer, perquè en el desenvolupament de la seva activitat legislativa en matèria civil (i, en especial, a propòsit de la contractació amb consumidors) ha de respectar, també, aquells mínims; segon, perquè a conseqüència de la revisió de *l'acquis* comunitari s'estan fent propostes de regulació uniforme del dret de desistiment que poden servir de model pel legislador català.

2.- La facultat de desistir s'ha de reconèixer, en tot cas, a aquell que és consumidor al dret comunitari. El concepte, avui dia, també s'està revisant. El legislador català hauria d'aprofitar el Llibre VI per, atenent als resultats d'aquesta revisió, incorporar un concepte de consumidor que superi la referència al destinatari final que avui apareix a l'art. 1.2 EC i que incorpori al destinatari medial no professional, al professional no especialista i resolgui el problema de les adquisicions per *ús mixte*.

⁷⁷ Si, pel contrari, es considera més encertat reforçar la protecció del consumidor tot atorgant-li, a més del dret a desistir, una *altra facultat per raó del simple incompliment del deure d'informar al consumidor*, sembla que l'opció més idònia seria permetre la *resolució del contracte per incompliment d'aquell deure*. El terme "resolució" s'adiu més que el de "nul.litat" a la idea d'incompliment per bé que, pensant en la resolució de l'art. 1124 CC, es tracta d'un mecanisme de reacció en cas d'incompliment *greu* d'obligacions *principals i recíproques*, essent així que el supòsit que ens ocupa ho seria, també *greu*, però d'una obligació accesorïa, instrumental.

En aquest context, s'hauria de reconfirmar o matisar el reconeixement de la facultat de desistir a *tot* client del comerç minorista.

3.- A l'hora d'articular la facultat de *penediment* del consumidor, s'hauria de considerar la possibilitat de forçar la *reflexió* de forma prèvia a l'atorgament del contracte. Els mecanismes contractuals que es podrien assajar anirien des d'una oferta irrevocable durant un període de temps fins a la facultat de revocar la pròpia declaració de voluntat, ja perfecta.

Aquests mecanismes situen el penediment en *fase pre-contractual*. En aquest context, la possibilitat de trencar els tractes sense necessitat de justificar-ne la causa i de fer-ho sense assumir cap penalització són inherents a la mateixa situació negociadora en la què es troven les parts.

4.- Hi hauria, però, altres alternatives: així, que el desistiment no alteri les normes generals en matèria de perfecció. *Incidiria sobre un contracte ja atorgat*. Però també són més d'un els mecanismes que ho permetrien fer: una opció (pròpia o impròpia) de la que es fés dependre la vigència del contracte; un dret potestatiu capaç de provocar-ne l'extinció o, en fi, una opció de retrovenda. En aquest darrer cas, no obstant, la facultat no actuaria sobre el contracte, sinó sobre l'adquisició.

5.- Segons còm es descrigui l'estat del contracte durant el termini per a desistir, seran unes o altres les qüestions que caldrà regular. Se'n podria suspendre l'eficàcia, regulant només el lliurament de la cosa com a *acte previ* en aquells supòsits en què el còmput del termini necessiti d'aquest lliurament. Ara bé, el desistiment no és en cap cas incompatible amb un contracte perfecte i consumat. Caldrà aleshores disposar l'efecte restitutori de les prestacions i les conseqüències de l'eventual pèrdua de la cosa.

6.- El dret a desistir s'exercita per mitjà d'una declaració de voluntat receptícia i no formal. Com a dret potestatiu, caldria declarar-se'n el seu caràcter irrenunciable i sotmés a caducitat. S'aconsella fixar un període uniforme de 14 dies a comptar, com a regla general, des de l'atorgament del contracte.

Excepcionalment, la durada del dret a desistir es perllongarà des de l'atorgament del contracte fins passats 14 dies d'ençà el lliurament de la cosa (vendes a distància) o d'ençà el lliurament de la documentació i informació contractuals (en tots aquells supòsits en què la dita documentació no es facilita al moment de l'atorgament). En cas de no lliurar-se, la facultat de desistir seria *temporalment il.limitada, incaducable*.

7.- Bibliografía.

A fi de realitzar aquest estudi, s'han fet les següents lectures:

AJANI, Gianmaria; EBERS, Martin, "Uniform Terminology for European Contract Law: Introduction", en AJANI, Gianmaria; EBERS, Martin, *Uniform Terminology for European Contract Law*, Nomos, Munich, 2005.

ALBALADEJO, Manuel, *Derecho civil I. Introducción y Parte General*, Edisofer, Madrid, 2004.

ALONSO ESPINOSA, Francisco *et al.*, (coords), *Régimen Jurídico general del Comercio Minorista*, McGraw-Hill, Madrid, 1999.

ALVAREZ LATA, Natalia, *Invalidez e ineficacia en el derecho contractual de consumo español. Análisis de los supuestos típicos de ineficacia en los contratos con consumidores*, Aranzadi, 2004.

ALVAREZ MORENO, M^aTeresa, *El desistimiento unilateral en los contratos con condiciones generales*, Edersa, Madrid, 2000.

ARIMANY, MANUBENS & ASOCIADOS, (coord.), *Ordenación del Comercio Minorista*. Praxis, Barcelona, 1996.

ARROYO AMAYUELAS, Esther, "¿Qué es forma en el derecho contractual comunitario de consumo?", (ponencia desarrollada en el I Congreso sobre Derecho Contractual Europeo, celebrado en Mallorca los días 26 y 27 de abril de 2007) (pendiente de publicación).

ARROYO AMAYUELAS, Esther; EBERS, Martin, " "Heininger" y las sanciones a la infracción del deber de información sobre el derecho de desistimiento *ad nutum*" (STJCE de 13 de diciembre de 2001, Asunto C-481-99), *RFDUG*, 9, 2006.

ARROYO APARICIO, Alicia, *Los contratos a distancia en la Ley de Ordenación del comercio minorista*, Aranzadi, Pamplona, 2003.

BADOSA COLL, Ferran, *Dret d'Obligacions*, Barcanova, Barcelona, 1990.

BADOSA COLL, Ferran; ARROYO AMAYUELAS, Esther (coords.), *La armonización del derecho de obligaciones en Europa*, Tirant lo Blanc, Valencia, 2006.

BAILLOD, Raymonde, "Le droit de repentir", *RTDC*, 1984.

BALDO DE CASTAÑO, V, *Régimen jurídico de las Ventas a Plazos*, Tecnos, Madrid, 1974

BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, Alberto, "Notas sobre aspectos jurídico-mercantiles de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista", en ALCOVER GARAU, Guillermo *et al.*, *Estudios de Derecho Mercantil, Homenaje al Prof. Justino F. Duque*, volumen II, Universidad de Valladolid, 1998.

BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, Rodrigo, *Comentarios a la Ley de Venta a Plazos de Bienes Muebles*, Montecorvo, Madrid, 1977.

BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, Alberto; BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, Rodrigo, *Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores*. Tecnos, Madrid, 1987.

BESSONE, Mario, "La tutela del consumatore nella recente evoluzione del diritto francese", *Foro Italiano*, vol. V, 1974.

BETTI, Emilio, *Teoría General del Negocio Jurídico*, Comares, Granada, 2000.

BLASCÓ GASCO, Francisco de P, *Las Ventas a Plazos de Bienes Muebles*, Tirant lo Blanc, Valencia, 2000.

BOTANA GARCIA, Gemma Alejandra, *Los contratos realizados fuera de los establecimientos mercantiles y la protección de los consumidores*, José M^a Bosch, editor, Barcelona.

CALAIS-AULOY, Jean, "L'influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats", *RTDC*, 1994.

CALVO ANTON, Manuela, *La venta a prueba*, Bosch, Barcelona, 1995.

CALVO VIDAL, Félix M^a, "La protección del consumidor en algunos tipos de ventas especiales" *Actualidad civil*, tomo 1993-1.

CÁMARA LAPUENTE, Sergio (coord.), *Derecho Privado Europeo*, Colex, Madrid, 2003.

CARRASCO PERERA, Angel, "Sellos, árboles y animales en todo caso o sobre el dispendio de cortar bosques para hacer el papel en el que se escriben las leyes", *Actualidad Jurídica*, Aranzadi, núm. 731, 28 de junio de 2007.

CARRASCO PERERA, Angel (dir.), *El derecho de consumo en España: presente y futuro*, Instituto Nacional de Consumo, Madrid, 2002.

CUENA CASAS, Matilde, "La pretendida protección del consumidor en la Ley de derechos de aprovechamiento por turnos de bienes inmuebles de uso turístico", ABRIL CAMPOY, Joan Manel; AMAT LLARI, Maria Eulàlia (coords.), *Homenaje al Prof. Lluís Ferriol*, volumen I, Tirant lo Blanc, Valencia, 2006.

CLEMENTE MEORO, Mario E., "El ejercicio del derecho de desistimiento en los contratos a distancia", *RdP*, núm. 1, 2006.

DE CASTRO Y BRAVO, Federico, “Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad”, *ADC*, 1982.

DE COSSÍO CORRAL, Francisco, “La ley de venta a plazos de bienes muebles”, *RCDI*, 1965.

DE LA HAZA DIAZ, Pilar, *El contrato de viaje combinado. La responsabilidad de las Agencias de viaje*, Marcial Pons, Madrid, 1997.

DERNBURG, Arrigo, *Diritto delle obbligazioni*, Torino, 1903.

DIEZ PICAZO, Luis M., “La transposición de Directivas en materia de derecho patrimonial por parte de las Comunidades Autónomas”, en AREA DE DRET CIVIL DE LA UNIVERSITAT DE GIRONA (coord.), *El futur dret patrimonial de Catalunya (Materials de les Desenes Jornades de Dret català a Tossa)*, Tirant lo Blanc, Valencia, 2001.

DIEZ PICAZO, Luis M.; GULLÓN BALLESTEROS, Antonio, *Sistema de Derecho civil*, volumen II, Tecnos, Madrid, 2005.

DIEZ PICAZO, Luis, *Fundamentos de Derecho civil Patrimonial*, Volumen I y II, Civitas, Madrid, 1996.

DIEZ PICAZO, Luis; ROCA TRIAS, Encarna; MORALES MORENO, A.M, *Los Principios del Derecho Europeo de los Contratos*, Civitas, Madrid, 2002.

DOMINGUEZ LUELMO, Andrés, “Contratación electrónica y protección de consumidores: régimen jurídico”, *RCDI*, núm. 600, 2000.

EBERS, Martin, “¿Quién es consumidor”, *ADC*, Crónica de Derecho Privado Europeo, enero-marzo, 2006.

EGEA FERNÁNDEZ, Joan; MIRALLES GONZÁLEZ, Isabel, “La protecció del consumidor i de l’usuari en la contractació civil catalana”, *RJC*, Barcelona, 1992.

ESPIAU ESPIAU, Santiago, “La codificación del derecho civil catalán en el proceso de unificación del derecho europeo”, *Derecho privado y Constitución*, núm. 14, 2000.

ESPIAU ESPIAU, Santiago, “La resolución unilateral del contrato: estudio jurisprudencial”, *Aranzadi civil*, mayo, núm. 4, 1998.

FERNÁNDEZ ALBOR-BALTAR, Angel, “El derecho de revocación del consumidor en los contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles: algunos problemas de la Ley 26/1991”, *Revista de Derecho Mercantil*, Abril-Junio, 1993.

FONTAINE, M. (dir), *Le processus de formation du contrat. Contributions comparatives et interdisciplinaires à l'harmonisation du droit européen*, Bruxelles, 2002.

GALLART CASES, Ricardo, "El problema de la fuerza vinculante de la oferta", *RJC*, septiembre-octubre, 1959.

GALLEGO DOMINGUEZ, Ignacio, "La facultad de desistimiento en la Ley sobre derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico de 1998", en HERRERA CAMPOS, Ramon (coord.), *Libro Homenaje al Prof. Bernardo Moreno Quesada*, volumen I, Universidad de Granada, Universidad de Jaen, 2000.

GAMBARO, Antonio, "The Plan d'Action of the European Commission- A comment", *European Review of Private Law*, 6, 2003.

GARCIA SOLE, Fernando, *Comentarios a la Ley de Venta a plazos de bienes muebles*, Civitas, Madrid, 1999.

GARCIA VICENTE, Juan Ramon, *Ley de Contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles. El derecho de revocación*. Aranzadi, Pamplona, 1997.

GÓMEZ CALERO, Juan, *El contrato de viaje combinado*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 1999.

GÓMEZ CALLE, Esther, *El contrato de viaje combinado*, Civitas, Madrid, 1998.

GÓMEZ LAPLAZA, M^a del Carmen, Comentario al art. 1262, en ALBALADEJO, Manuel, *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, tomo XVII, vol. 1-B, Madrid, 1993.

HERNÁNDEZ MORENO, Alfonso, " Nueva lectura del art. 1716 del Código civil", *RJC*, Barcelona, 1980.

JACOMETTI, Valentina, " The "terminological" Vicissitudes of the consumer *ius poenitendi* in Community Directives and the French Legal System", en AJANI, Gianmaria; EBERS, Martin, *Uniform Terminology for European Contract Law*, Nomos, Munich, 2005.

LETE ACHIRICA, Javier, *El contrato de multipropiedad y la protección de los consumidores*, Cedecs, Barcelona, 1997.

LLACER MATAICAS, M^a Rosa, "Obligaciones vinculadas a la formación del contrato y codificación del derecho de consumo: información y documentación", en LLAMAS POMBO, Eugenio (coord.) *Estudios de Derecho de Obligaciones. Libro Homenaje al Prof. Mariano Alonso Pérez*, tomo II, La Ley, 2006.

MANES, Paola, “Il diritto di pendimento nei contratti dei consumatori dalla legislazione francese alla normativa italiana in attuazione della direttiva 85/577”, *Contratto e Impresa*, Europa, 1996.

MANRESA Y NAVARRO, José M^a, *Comentarios al Código civil español*, tomo VIII, Madrid, 1901.

MARCO MOLINA, Juana, “La incorporación de directivas en materia de derecho patrimonial por el legislador catalán (la relación entre las directivas comunitarias y la actividad legislativa de las Comunidades Autónomas”, *LNot*, núm. 11-12, noviembre-diciembre, 2001.

MARIN LOPEZ, Juan José, “Prácticas comerciales y protección de los consumidores”, *Derecho Privado y Constitución*, 1995.

MARIN LOPEZ, Juan José, “ Los servicios financieros y las nuevas tecnologías de la información y la comunicación: la Directiva 2002/65, de 23 de septiembre de 2002, relativa a la comercialización a distancia de los servicios financieros destinados a los consumidores”, *Estudios sobre Consumo*, núm. 76, 2006.

MARTINEZ DE AGUIRRE, Carlos, “Trascendencia del principio de protección de los consumidores en el derecho de obligaciones”, *ADC*, 1994.

MESSINA, Giuseppe, Voz “Diritto potestativo”, *Novissimo Digesto Italiano*, UTET, 1960.

MUNAR BERNAT, Pedro, *La regulación española de la Multipropiedad*, Aranzadi, Pamplona, 1999.

ORIANA, “La legge francese sulla vendita à domicile e la protezione du consommateur”, *RTDC*, 1975.

PERALES VISCASILLAS, M^a Pilar, *El contrato de compraventa internacional de mercancías (Convención de Viena de 1980)*, www.cisg.law.pace

PIZZIO, Jean-Pierre, “Un apport législative en matière de protection du consentement. La loi du 22 décembre 1972 et la protection du consommateur sollicité à domicile”, *RTDC*, 1976.

POZZO, Barbara, “Harmonisation of European Contract Law and the Need of Creating a Common Terminology”, *European Review of Private Law*, 6, 2003

REYES LÓPEZ, M^a José, *Derecho de Consumo*, Tirant lo Blanc, Valencia, 2002.

RODRIGUEZ GUITIAN, Alma M^a, *La muerte del oferente como causa de extinción de la oferta contractual*, Civitas, Madrid, 2005.

RODRIGUEZ MARIN, Concepción, “Oferta, aceptación y perfección en los contratos celebrados mediante dispositivos automáticos”, en LLAMAS POMBO,

Eugenio (coord.), *Estudios de Derecho de Obligaciones. Libro Homenaje al Profesor Mariano Alonso Pérez*, Tomo II, La Ley, Madrid, 2006.

RODRIGUEZ MARIN, Concepción, Comentario a la STS de 15 de diciembre de 2005, *CCJC*, enero-abril, 2007.

ROSSI, Piercarlo, "The language of Law between the European Union and the Member States", en AJANI, Gianmaria; EBERS, Martin, *Uniform Terminology for European Contract Law*, Nomos, Munich, 2005.

ROTT, Peter, "Harmonising different rights of withdrawal: can german law serve as an exemple for EC Consumer Law", *German Law Journal*, vol. 7, 2007.

SALVADOR CODERCH, Pablo, Comentario al art. 1594, en PAZ-ARES RODRIGUEZ, Cándido (dir), *Comentario del Código civil*, Ministerio de Justicia, Tomo II, Madrid, 1991

SCHULZE, Reiner, "European Private Law and Existing EL Law", *European Review of Private Law*, 1, 2005.

SHELDON, J.; CARTER, C.L., *Unfair and deceptive acts and practices*. National Consumer Law Center, Boston, 2004.

SMITS, J.M, "Dret privat europeu: per un ordre jurídic espontani", *RCDP*, núm. 7, 2007.

TUR FAÚNDEZ, Nelida, "El contrato de viaje combinado: Notas sobre la Ley 21/1995, de 6 de julio, de regulación de los viajes combinados", *Aranzadi civil*, 1996-I.

UJVÁRI, Edit, "Uniform Terminology and Modalities for rights of withdrawal", en AJANI, Gianmaria; EBERS, Martin, *Uniform Terminology for European Contract Law*, Nomos, Munich, 2005.

VAQUERO PINTO, M^a José, "El desistimiento unilateral en los contratos de duración indefinida", en LLAMAS POMBO, Eugenio (coord.), *Estudios de Derecho de Obligaciones. Libro Homenaje al Profesor Mariano Alonso Pérez*, Tomo II, La Ley, Madrid, 2006.

VERGEZ SANCHEZ, Mercedes, "Régimen jurídico de los contratos celebrados fuera de establecimiento mercantil (Una aproximación al derecho europeo)", en ALONSO LEDESMA, Carmen *et al.*, (coords), *Derecho Mercantil de la CEE. Estudios en homenaje a José Girón Tena*, Civitas, Madrid, 1991.

WINDSCHEID, Bernando, *Diritto delle Pandette*, vol. II, Torino, 1930.