



**DEPARTAMENTO DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO**

**ANÁLISIS DEL “*RIGHT TO WITHDRAW*” DE LA LEGISLACIÓN DE LA
UNIÓN EUROPEA Y SU POSIBILIDAD DE IMPLEMENTACIÓN EN EL
DERECHO PERUANO**

Tesis presentada por el Bachiller en Derecho:
**MIGUEL ANGEL VASQUEZ DE LA BORDA
OBREGON**

Para optar el título profesional de Abogado

Asesor: Mg. Eduardo Misael Villamar Pinto

AREQUIPA, 2020

DEDICATORIA

Dedico esta tesis a Dios por que sin él nada sería posible.

A mis padres por el gran amor que me brindan y por su apoyo incondicional.

A mis profesores que me guiaron en mi vida universitaria.

Y a todas las personas que me quieren, ya que de una forma u otra contribuyeron en la realización de este trabajo.

Muchas Gracias.

ÍNDICE

RESUMEN	7
INTRODUCCIÓN.....	8
CAPÍTULO I	10
FUNCIONAMIENTO Y APLICACIÓN DE LA FIGURA JURÍDICA DEL “RIGHT TO WITHDRAW” EN LA LEGISLACIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA 10	
1.1. Antecedentes históricos del <i>Right to Withdraw</i>	10
1.2. Marco jurídico de la legislación comunitaria de la Unión Europea que regula el <i>Right to Withdraw</i>	14
1.2.1. La Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo - Contratos entre consumidores y comerciantes	15
1.2.2. La Directiva 2008/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo – Contratos de Crédito.....	16
1.2.3. La Directiva 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo – Comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores	17
1.3. Funcionamiento actual de la figura del <i>Right to Withdraw</i> , en la Unión Europea...	18
1.3.1. Aspectos generales del <i>Right to Withdraw</i>	18
1.3.2. Funcionamiento de acuerdo a las pautas de la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo – Contratos entre consumidores y comerciantes.....	20
1.3.3. Funcionamiento de acuerdo a las pautas de la Directiva 2008/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo – Contratos de Crédito.....	29

1.3.4. Funcionamiento de acuerdo a las pautas de la Directiva 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo – Comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores	33
1.4. Aplicación casuística del <i>Right to Withdraw</i> en la Unión Europea.....	35
1.4.1. Contratos celebrados fuera del establecimiento.....	35
1.4.2. Contratos a distancia	36
1.4.3. Contratos de crédito al consumo	37
1.4.4. Comercialización a distancia de servicios financieros.....	37
1.4.5. Contratos de servicios financieros: el caso de transacciones basadas en BITCOIN	38
CAPÍTULO II.....	40
ASPECTOS DEL “RIGHT TO WITHDRAW” QUE SE APLICAN EN EL DERECHO PERUANO	40
2.1. Estado actual del tratamiento del <i>Right to Withdraw</i> en la doctrina peruana.....	40
2.2. Estado actual del tratamiento del <i>Right to Withdraw</i> en la legislación peruana	42
2.2.1. “Presencia” del <i>Right to Withdraw</i> en el Código de Protección y Defensa del Consumidor.....	42
2.2.2. Relación entre la rescisión contractual del artículo 1371° del Código Civil y el <i>Right to Withdraw</i>	45
2.2.3. Relación entre la resolución contractual del artículo 1371° del Código Civil y el <i>Right to Withdraw</i>	47
CAPÍTULO III	48
NORMAS PERUANAS QUE ENTRAN EN CONFLICTO CON LA IMPLEMENTACIÓN DEL “RIGHT TO WITHDRAW” SEGÚN EL MODELO DE LA UNIÓN EUROPEA	48
3.1. Ley N° 29571, “Código de Protección y Defensa del Consumidor”	48
3.1.1. Ámbito de aplicación	48
3.1.2. Noción de “consumidor” en la normativa y jurisprudencia	49

3.1.3. Restricciones de los consumidores en la devolución de bienes y salida de contratos	51
3.2. Normatividad sobre los contratos de crédito en el sector financiero.....	52
3.2.1. Noción de consumidor financiero	52
3.2.2. Complejidad de los contratos frente al desconocimiento de los consumidores	53
3.2.3. Restricciones para salir de contratos con entidades del sistema financiero ...	55
3.3. Decreto Legislativo N° 295, “Código Civil Peruano”	55
CAPÍTULO IV.....	57
RETOS CONTRACTUALES E IMPACTO A NIVEL EMPRESARIAL QUE GENERARÍA UNA POSIBLE APLICACIÓN DEL “RIGHT TO WITHDRAW” SEGÚN EL MODELO DE LA UNIÓN EUROPEA.....	57
4.1. Adecuación contractual de las empresas al modelo del “ <i>Right to Withdraw</i> ”	57
4.1.1. El sector retail	57
4.1.2. Sector Financiero	61
4.1.3. Sector Comercio en General	64
4.2. Impactos económicos potenciales que asumiría el sector empresarial en caso se aplique la figura jurídica del “ <i>Right to Withdraw</i> ”	66
4.3. Beneficios a nivel empresarial de la aplicación de la figura jurídica del “ <i>Right to Withdraw</i> ”	67
CAPÍTULO V	69
LA POSIBILIDAD DE IMPLEMENTACIÓN DEL “RIGHT TO WITHDRAW” EN EL DERECHO PERUANO DE ACUERDO AL ENFOQUE DE LA LEGISLACIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA.....	69
5.1. Retos pendientes para la implementación del <i>Right to Withdraw</i> en la realidad jurídica peruana	69
5.2. Pertinencia económica y jurídica de la implementación del <i>Right to Withdraw</i> en la realidad jurídica peruana	72

5.2.1. Pertinencia económica	72
5.2.2. Pertinencia jurídica	74
CONCLUSIONES	77
BIBLIOGRAFÍA	80

RESUMEN

En el presente trabajo de investigación se ha estudiado la figura jurídica del *Right to Withdraw* según está concebida en la normatividad de la Unión Europea, ello con el fin de analizar si es posible su implementación en el Perú, de modo tal, que los estándares de protección a los consumidores en determinados contratos, sean similares al modelo europeo. Para dicho fin, este trabajo ha abordado el tema a través de los siguientes capítulos.

En el capítulo I, se ha descrito cómo es el funcionamiento y aplicación de la figura jurídica del *Right to Withdraw* en la legislación de la Unión Europea, en el capítulo II, se han estudiado aspectos del *Right to Withdraw* que se aplican en el derecho peruano; en el capítulo III, se identificaron las normas peruanas que entran en conflicto con la implementación del *Right to Withdraw* según el modelo de la Unión Europea; en el capítulo IV se analizaron los retos contractuales e impacto a nivel empresarial que generaría una posible aplicación del *Right to Withdraw* según el modelo de la Unión Europea y finalmente; en el capítulo V, se abordó en análisis de las verdaderas posibilidad de la implementación de esta figura dentro del derecho peruano.

Palabras claves; right to withdraw, derecho al retiro, derecho al desistimiento contractual.

INTRODUCCIÓN

El *Right to Withdraw*, es una figura jurídica cuyo origen radica en la tradición jurídica del *Common Law* y ha sido asimilada para el actual modelo que se maneja en la Unión Europea. A través de esta figura, se permite a los consumidores y a algunos tipos especiales de sujetos, retirarse de cualquier tipo de contrato de bienes o servicios, siempre que se observen algunas reglas, como la asimetría de información, la alta complejidad de los contratos, o se presenten situación como los denominados “factores sorpresa” al momento de entrar en una relación contractual (un clásico ejemplo son las ventas “puerta a puerta”).

Esta figura jurídica se aplica de manera muy limitada en el Perú y solo en industrias específicas, como en las empresas del sector *retail*¹, debido a que existen políticas que obligan a este tipo de empresas a aceptar devoluciones de los productos adquiridos en periodos estipulados, en buenas condiciones y por razones que ya se encuentran predeterminadas. No obstante ello, la figura del *Right to Withdraw*, desde la concepción que se maneja en la Unión Europea, extiende su alcance a muchos otros sectores y situaciones contractuales que actualmente no tienen una regulación clara respecto al tema en el derecho peruano, como las ya mencionadas “ventas puerta a puerta”, en las cuales la venta tiene lugar cuando un vendedor ofrece sus productos o servicios a potenciales compradores en la puerta de su casa; a los contratos de créditos y finanzas complejos² e incluso a los contratos de participantes como sujetos de prueba en experimentos.

¹ Este tipo de empresas cuentan con políticas de cambios y devoluciones, debido a que, según el Código de Protección y Defensa del Consumidor, estos últimos tienen el derecho “a la reparación o reposición del producto, a una nueva ejecución del servicio, o en los casos previstos en el presente Código, a la devolución de la cantidad pagada, según las circunstancias”.

² Pese a que el Código de Protección y Defensa del Consumidor, así como la Ley General del Sistema financiero y otras regulaciones específicas, prevén un marco de protección al consumidor de servicios financieros, no existe una figura similar al *Right to Withdraw* que brinde un plazo de desistimiento en este tipo de contratos, así como el aseguramiento del entendimiento del consumidor de los altos niveles de información que exigen estas formas contractuales. En referencia a contratos de finanzas complejos, como por ejemplo los de fondos mutuos, el contrato modelo del Banco de Crédito del Perú (http://ww3.viabcp.com/Connect/VIABCP_2015/FF/Documentos%20Referetes%20al%20Fondo/Contrato%20de%20Administraci%C3%B3n.pdf) no contempla forma alguna de desistimiento y solo se puede salir de la posición contractual a través de los canales regulares y asumiendo los costos administrativos del caso.

El *Right to Whithdrawal* puede ser utilizado en una amplitud de circunstancias de acuerdo a la legislación del país que adopta esta figura. En Inglaterra, los deudores pueden, dentro de los 14 días y sin ningún tipo de explicación, retirarse de los acuerdos o contratos regulados por la *Consumer Credit Act 1974* (CCA 1974)³; por su parte, para el caso concreto de los contratos de crédito, la legislación europea ha regulado los casos de desistimiento de manera específica en la Directiva 2008/48/CE⁴ del Parlamento Europeo y del Consejo, señalando que esta es aplicable para todos los tipos de contratos de crédito, salvo algunas excepciones⁵ contempladas en el artículo 16° de la *Consumer Credit Act 1974* (CCA 1974). Por ejemplo, esta protección alcanza desde contratos de crédito simple a personas naturales o jurídicas, a contratos más complejos de apertura de crédito de habilitación o avío⁵ o apertura de crédito refaccionario⁶. En el tema financiero, incluso el *Right of Withdrawal* puede ser aplicable a los contratos vinculados a pagos con bitcoins, como señala Rizos⁷, siempre y cuando este sea un medio de pago y no el bien objeto de la transacción. En un alcance más amplio, pero bajo el mismo modelo temporal de 14 días para el libre ejercicio del *Right to Withdraw*, la Unión Europea, a través de la Directiva 2011/83/EU de derechos del consumidor, en su capítulo III, artículo 9, regula al *Right of Withdraw* para el caso de contratos a distancia o celebrado fuera del establecimiento.

A través de esta investigación se analizará si hay posibilidad de la aplicación de esta figura jurídica en nuestra realidad nacional de manera similar al enfoque que tiene la Unión Europea, si sería conveniente su aplicación en busca de relaciones contractuales más justas y cuáles serían los impactos jurídicos, tanto para los proveedores, para los consumidores así como general para el sector empresarial, que vería regulados ciertos aspectos contractuales que anteriormente no tenían un tratamiento específico.

³ Right of withdrawal from a credit agreement. Disponible en: <<https://www.lexisnexis.co.uk/legal/guidance/right-of-withdrawal-from-a-credit-agreement>>. Consultado: 27/02/2020.

⁴ Parlamento de la Unión Europea, «DIRECTIVA 2008/48/CE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO» (Bruselas: Diario Oficial de la Unión Europea, 2008), 17-24.

⁵ Cómo los contratos por montos muy onerosos que exigen la debida diligencia del deudor.

⁵ Destinado exclusivamente a la adquisición de materias primas, pago de nóminas y demás costos directos vinculados a la explotación o actividad que realiza la empresa.

⁶ Destinado exclusivamente a la inversión del importe objeto de crédito en adquisición de instrumentos, maquinaria, instalaciones, pago de deudas fiscales u otros similares, con el fin de fomentar la empresa del acreditado.

⁷ E. RIZOS, “The Consumer’s Right of Withdrawall in case of Payment with Bitcoins”, *Oslo Law Review*, Nº 1, pp. 1-23. Disponible en < <http://dx.doi.org/10.5617/oslaw3945> >.

CAPÍTULO I

FUNCIONAMIENTO Y APLICACIÓN DE LA FIGURA JURÍDICA DEL “RIGHT TO WITHDRAW” EN LA LEGISLACIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA

1.1. Antecedentes históricos del *Right to Withdraw*

Jurídicamente existen diversas acepciones de *Right to Withdraw*, que se han usado a lo largo del tiempo; por ejemplo, la referida al derecho que asiste a las personas que participan en investigaciones como sujetos de prueba o en grupos de controles para, pese a haber firmado un contrato, poder negarse a participar⁸; la que se refiere al derecho, según las leyes y tratados internacionales, que pueden ejercer países conformantes de grupos económicos como la Unión Europea, Mercosur, etc., para retirarse de dichos grupos⁹, y la que será objeto de esta investigación, también conocida como los *Withdrawal Rights*, que se encuentra constituida por una serie de derechos que permiten

⁸ S. EDWARDS, «Research participation and the right to withdraw», *Bioethics*, Vol. 2, N° 19, 2005, pp. 112-30. Disponible en <<https://doi.org/10.1111/j.1467-8519.2005.00429.x>>. Consulta el 15 de marzo de 2020.

⁹ S. ESTREICHER, «A Post-Formation Right of Withdrawal from Customary International Law?: Some Cautionary Notes», *Duke Journal of Comparative & International Law*, Public Law & Legal Theory Research Paper Series, 21.57, 2010, pp. 57-64. Disponible en <<http://ssrn.com/abstract=1549116>>. Consulta: 23 de abril de 2020.

“a los consumidores cancelar un contrato celebrado por cualquier motivo, sin penalización, dentro de un cierto período de tiempo”¹⁰.

Este derecho se encuentra íntimamente ligado a derecho del consumidor, debido a que es justamente en protección a este, que nace esta figura jurídica y se desarrolla a lo largo de la historia, pues incluso “el viejo testamento menciona formas de protección al consumidor y también lo hace el Código de Hammurabi, pero solo desde una perspectiva mercantil”¹¹. Es así, que las legislaciones de diversos países la han adoptado, en especial en Europa, donde su alcance es más amplio que en otras legislaciones como la de Estados Unidos.

De acuerdo a Iris Benöhr y Hans-W. Micklits, "la conciencia inicial de los derechos del consumidor apareció en respuesta a los escándalos de salud y se desarrolló en la década de 1960 con el discurso del presidente John F. Kennedy que describe cuatro derechos básicos a favor de la protección del consumidor. Posteriormente, durante los últimos cuarenta años, la protección del consumidor ha sido cada vez más reconocida a nivel internacional y nacional y ahora se discute como una nueva generación de derechos humanos. Esto plantea la pregunta de si la protección del consumidor debería convertirse en un tema de derecho de los derechos humanos y cuál sería el beneficio de tal reconocimiento internacional para el consumidor"¹².

¹⁰ J. A. LUZAK, «To Withdraw Or Not To Withdraw? Evaluation of the Mandatory Right of Withdrawal in Consumer Distance Selling Contracts Taking Into Account Its Behavioural Effects on Consumers», *Journal of Consumer Policy*, Vol. 1, N° 37, 2014, p. 91. Disponible en <<https://doi.org/10.1007/s10603-013-9249-6>>. Consulta: 13 de febrero de 2020. Traducción original del siguiente texto: “*the right of withdrawal enables consumers to cancel a concluded contract for any reason, without any penalty, within a certain period of time*”

¹¹ A. CORRADI, «International Law and Consumer Protection: The history of consumer protection». Disponible en <https://www.nyulawglobal.org/globalex/International_Law_Consumer_Protection.html> Consultado: 15/05/2020. Traducción libre del texto: “*The Old Testament mentions a form of consumer protection, and so does the Code of Hammurabi, but only in a mercantile perspective*”

¹² I. BENÖHR Y H.W. MICKLITS, «Consumer protection and human rights», en *Handbook of Research on International Consumer Law*, Edward Elgar Publishing , Cheltenham, 2018, 2ª ed., p. 17. Disponible en <<https://books.google.com.pe/books?id=uthjDwAAQBAJ&pg=PA506&lpg=PA506&dq=origins+of+the+right+to+withdraw+consumer+law&source=bl&ots=nWCV8k7ri9&sig=ACfU3U3Gtpc8vlyombnrN-phjmuX2dkmnw&hl=es&sa=X&ved=2ahUKEwjJrTaoPfpAhXYG7kGHWg8C1cQ6AEwAHoECAgQAQ#v=onepage&>>. Consulta: 05 de marzo de 2020.

Con la base de los derechos del consumidor establecidos en la doctrina jurídica internacional, inclusive postulada por gran parte de la doctrina como derechos humanos, lo que eleva y prioriza su protección, nace el *Right to Withdraw*, en la legislación de diversos países de Europa, pues “la formación de un derecho privado europeo es uno de los desarrollos jurídicos más importantes (...) se trata de un proceso en el que actúan conjuntamente la ciencia del derecho, el legislador y la jurisprudencia”¹³. Es así, que “el *Right to Withdraw*, tiene su origen en los sistemas jurídicos nacionales de varios países europeos, pero en los últimos años se ha convertido en una característica destacada del derecho contractual europeo”¹⁴.

Legislativamente, sus antecedentes están compuestos por diversas directivas que se emitieron en el territorio europeo de manera independiente por cada país, desde el año 1985 hasta el año 2008. Dichas directivas trataban temas amplios y de formas diversas respecto al *Right to Withdraw*, como por ejemplo lo relativo a seguros de vida, a las multipropiedades o llamadas también “propiedades a tiempo compartido”, venta de bienes y servicios de carácter financiero de manera telemática o a distancia y los contratos crediticios.

Es recién en el año 2008 que la Unión Europea empieza a regular asuntos referidos a este derecho de los consumidores, empezando por la Directiva de los Derechos del Consumidor (Directive on Consumer Rights o DCR), la cual regula como un derecho general de todos los consumidores al *Right to Withdraw*. Al año siguiente, el Grupo de Estudio del Código Civil Europeo (Study Group on a European Civil Code) y el Grupo de Investigación en Derecho Privado de la Comunidad Europea (Research Group on EC Private Law o Acquis Group), fijan un marco común de referencia respecto a todo el

¹³ H. EIDENMÜLLER ET AL., «El marco común de referencia para el Derecho privado europeo: cuestiones valorativas y problemas legislativos», *Anuario de derecho civil*, Vol. 4, N° 62, 2009, p. 1462.

¹⁴ M. LOOS, *Modernising and Harmonising Consumer Contract Law*, ed. Geraint Howells y Reiner Schulze, Sellier European Law Publishers, Munich, 2009, p. 239. Disponible en <https://books.google.com.pe/books?id=qaAzw9_C67wC&lpq=PA250&ots=GsxPZJkaTw&dq=Rights of Withdrawal%2C in Modernizing and Harmonizing Consumer Contract Law marco loos&hl=es&pg=PA253#v=onepage&q=Rights of Withdrawal, in Modernizing and Harmonizing Consumer>. Consulta: 07 de mayor de 2020. Traducción original del siguiente texto: “*Right to Withdraw, has its origin in the national legal systems of several European countries, but in recent years it has become a prominent feature of European contract law*”

derecho privado en la legislación europea, en donde definen al *Right to Withdraw*, de la siguiente manera:

“El derecho a "retirarse" de un contrato u otro acto jurídico es un derecho, ejercitable solo dentro de un período limitado, a rescindir la relación legal que surge del contrato u otro acto jurídico, sin tener que dar cualquier razón para hacerlo y sin incurrir en ninguna responsabilidad por incumplimiento de las obligaciones derivadas de ese contrato o acto jurídico”¹⁵.

Otro territorio en el que el *Right to Withdraw*, cobró relevancia y pretendió ser desarrollado, fue en Estados Unidos. Pese a que tal cual el legislador de este país lo impuso, abarcaba un ámbito de protección menor al europeo, supuso en un avance en el entendimiento de esta figura y su aplicación en nacies formas de contratación, teniendo un antecedente importante en el *Truth in Lending Act* que data del año 1968, en el cual se señala que:

“Salvo que se indique lo contrario en esta sección, en el caso de cualquier transacción de crédito de consumo (incluida la apertura o el aumento del límite de crédito para un plan de crédito abierto) en el que un interés de seguridad, incluido cualquier interés que surja por cumplimiento de la ley, en el que pueda ser retenida o adquirida cualquier propiedad que se utilice como vivienda principal de la persona a quien se le extiende el crédito, el deudor tendrá derecho a rescindir la transacción hasta la medianoche del tercer día hábil siguiente a la consumación de la transacción o la entrega de la información y los formularios de rescisión requeridos en esta sección junto con una declaración que contenga las revelaciones materiales requeridas en este subcapítulo, lo que ocurra más tarde, notificando al acreedor, de acuerdo con las regulaciones de la Oficina, su intención de hacerlo. El acreedor deberá revelar clara y conspicuamente, de acuerdo con las regulaciones de la Oficina, a cualquier obligado en una transacción sujeta a esta sección los derechos del

¹⁵ Study Group on a European Civil Code y Research Group on EC Private Law (Acquis Group), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, European Law Publishers, Munich, 2009, pp. 569-570.

obligado bajo esta sección. El acreedor también deberá proporcionar, de conformidad con las reglamentaciones de la Oficina, los formularios apropiados para que el deudor ejerza su derecho de rescindir cualquier transacción sujeta a esta sección”¹⁶.

En este desarrollo inicial del *Right to Withdraw*, en la legislación de Estados Unidos, se puede observar cómo se regula este derecho de una manera muy específica, pero manteniendo sus características esenciales, como son la obligación del acreedor de informar el derecho a el consumidor y el plazo específico que este último tiene para poder desistirse del contrato.

Otro importante antecedente en este país es el contenido en la *Rule Concerning Cooling-Off Period for Sales Made at Homes or at Certain Other Locations, 16 CFR Part 429*¹⁷ que data del año 1984, la cual “establece que es injusto y engañoso para los vendedores que participan en ventas "puerta a puerta" valoradas en más de \$ 25 no proporcionar a los consumidores revelaciones sobre su derecho a cancelar el contrato de venta dentro de los tres días hábiles de la transacción”¹⁸. Para ello, este tipo de vendedores deben informar sobre estos derechos a los consumidores de sus productos, y, es más, deben proveerlos de formularios con los cuales puedan ejercerlo.

1.2. Marco jurídico de la legislación comunitaria de la Unión Europea que regula el *Right to Withdraw*

Esta figura jurídica se encuentra regulada de manera específica en todos los países de la Unión Europea, no obstante, todas estas regulaciones diversas no pueden tener un

¹⁶ Congress of the United States of America, «Act of Truth in Lending», en vigencia desde 1968. Disponible en <<https://uscode.house.gov/view.xhtml?req=granuleid%3AUSC-prelim-title15-chapter41-subchapter1&edition=prelim>>. Consulta: 9 mayo 2020.

¹⁷ Federal Trade Commission, «16 CFR Part 429: Trade Regulation Rule Concerning Cooling-Off Period for Sales Made at Homes or at Certain Other Locations; Final Rule Increasing the Exclusionary Limit for Certain Door-to-Door Sales», entrada en vigencia en 2015. Disponible en <<https://www.ftc.gov/policy/federal-register-notices/16-cfr-part-429-trade-regulation-rule-concerning-cooling-period>>. Consulta: 25 marzo 2020].

¹⁸ Federal Trade Commission, «16 CFR Part 429 Cooling-off Period for Sales Made at Home or Other Locations», entrada en vigencia en 2019. Disponible en <<https://www.ftc.gov/enforcement/rules/rulemaking-regulatory-reform-proceedings/cooling-period-sales-made-home-or-other>>. Consulta: 10 mayo 2020.

menor nivel de protección o elementos contrarios al Marco Común de Referencia en cuanto a Derecho Privado, que la Unión Europea tiene en la legislación del bloque. “Además de los temas cubiertos por la legislación europea (sobre la cual Francia, como varios otros países europeos, a menudo tenía reglas antes de que fueran adoptados por el legislador europeo), la ley francesa permite a los consumidores retirarse (por ejemplo) de los asentamientos suscritos por las víctimas de accidentes de tráfico y contratos con agencias matrimoniales”¹⁹.

Respecto al *Right to Withdraw*, son tres directivas del Parlamento y del Consejo las que profundizan en la regulación de sus aspectos específicos: i) Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, ii) Directiva 2008/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y iii) Directiva 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo.

1.2.1. La Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo - Contratos entre consumidores y comerciantes²⁰

La Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo surgió con motivo de fomentar el comercio entre los Estados miembros de la Unión Europea a través de la uniformización de las normas de comercio y protección a los consumidores, es así que dentro de su ámbito de aplicación “establece normas relativas a la información que es preciso facilitar en los contratos a distancia y en los contratos celebrados fuera del establecimiento, así como en los contratos distintos de estos. La presente Directiva regula también el derecho de desistimiento en los contratos a distancia y los contratos celebrados fuera del establecimiento y armoniza determinadas disposiciones que tratan de la ejecución y otros aspectos de

¹⁹ J. SMITS, «The Right to Change Your Mind? Rethinking the Usefulness of Mandatory Rights of Withdrawal in Consumer Contract Law», *Penn State International Law Review*, Vol. 29, 2010, p. 5. Disponible en <<http://ssrn.com/abstract=1719104>>. Consulta: 18 de abril de 2020. Traducción original del siguiente texto original: “*Apart from the topics covered by European legislation (on which France, as various other European countries, often had rules before they were adopted by the European legislator), French law allows consumers to withdraw from (for example) settlements entered into by victims of traffic accidents and from contracts with marriage agencies*”.

²⁰ Parlamento de la Unión Europea, *Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo*, Diario Oficial de la Unión Europea, Bruselas, 2011, pp. 64-88.

los contratos celebrados entre empresas y consumidores”²¹. En esa misma línea, su objeto es, “a través del logro de un nivel elevado de protección de los consumidores, contribuir al buen funcionamiento del mercado interior mediante la aproximación de determinados aspectos de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros sobre contratos celebrados entre consumidores y comerciantes”.

1.2.2. La Directiva 2008/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo – Contratos de Crédito²²

En cuanto a la Directiva 2008/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, esta, al igual que las demás normativas de la Unión Europea, sigue un ánimo de uniformización normativa para todos los países de la Comunidad, pero en este caso en los asuntos relativos a los contratos crediticios, los cuales, por su complejidad y riesgo de afectación a los derechos del consumidor, han merecido una regulación especial a través de esta directiva.

Esta norma tiene como objeto “armonizar determinados aspectos de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de contratos de crédito al consumo”²³, de modo tal que se aplica a una amplia variedad de contratos de crédito, salvo las excepciones señaladas en el numeral 2 del artículo 2º de esta norma, entre las cuales están los contratos de crédito que se encuentra respaldados por garantías hipotecarias o similares garantías sobre inmuebles, los contratos de crédito por importes menores a 200 euros o mayores a 75,000 euros, los contratos de arrendamiento o de leasing financiero que carezcan de la obligatoriedad a ejercer la opción de compra contenida textualmente en el contrato, los contratos de crédito sin contenido oneroso (libres de intereses), entre otros regulados de manera extensa en el articulado señalado.

²¹ Parlamento de la Unión Europea, *Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo...*, cit., p. 65.

²² Parlamento de la Unión Europea, *Directiva 2008/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo* Diario Oficial de la Unión Europea, Bruselas, 2008, pp. 66-92.

²³ Parlamento de la Unión Europea, *Directiva 2008/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo...*, cit., p. 71.

Cabe señalar, que en los contratos de crédito regulados por la Directiva 2008/48/CE, se introduce la figura del prestamista, el cual es definido por la misma norma como la “persona físico o jurídica que concede o se compromete a conceder un crédito en el ejercicio de su actividad comercial o profesional”, a diferencia de los contratos regulados por la Directiva 2011/83/UE, que hacen mención solo a un comerciante, que un término mucho más general y aplicable a cualquier rubro o actividad profesional o empresarial.

1.2.3. La Directiva 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo – Comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores²⁴

Esta directiva surge en un contexto en el cual, por el auge del Internet como nuevo medio de comunicación a nivel mundial, así como por la masificación de teléfonos celulares al alcance de cualquier persona, se empezaron a comercializar diversos bienes y servicios de manera telemática o a distancia, entre ellos los servicios financieros (que pueden ser servicios de crédito, de inversión, de jubilación o bancarios en general), los cuales por su propia naturaleza tienen un contenido complejo que no siempre puede ser comprendido por el consumidor mediante una comunicación a distancia. Es así, que la Directiva 2002/65/CE señala que “es importante, a fin de garantizar la mayor protección posible del consumidor, que éste reciba suficiente información sobre las disposiciones de la presente Directiva y, en su caso, sobre los códigos de conducta existentes en este ámbito y que disponga de un derecho de rescisión”.

Cabe resaltar que, en esta norma, a la posibilidad de desistirse de un contrato o más conocido como *Right to Withdraw*, se le da el tratamiento de la rescisión contractual, lo cual es diferente a las otras dos normas que regulan este derecho en

²⁴ Parlamento de la Unión Europea, «Directiva 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo» Diario Oficial de la Unión Europea , Bruselas, 2002, pp. 16-24. Disponible en <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=celex:32002L0065>>. Consulta: 08 de febrero de 2020.

diferentes contextos (Directiva 2008/48/CE y Directiva 2011/83/UE); las cuales establecen la resolución contractual como su tratamiento.

Al revisar la versión en inglés de la norma, se puede comprobar que esta se refiere al *Right to Withdraw* o *Right to Withdrawal* (se usan como sinónimos, pero en una traducción literal sería “derecho de desistirse” y “derecho de desistimiento” respectivamente). No obstante, ya que, por su naturaleza el *Right to Withdraw* como lo regula la Unión Europea no exige que se dé explicación alguna por el motivo que generó el ejercicio de este derecho, no se podría calificar este desistimiento del contrato como resolución o rescisión de manera general, pues para ello se tendría que saber si la causal o motivación que impulsó al consumidor a ejercer su *Right to Withdraw*, existía o no al momento de la contratación.

1.3. Funcionamiento actual de la figura del *Right to Withdraw*, en la Unión Europea

1.3.1. Aspectos generales del *Right to Withdraw*

Toda normatividad que regula alguna materia, debe establecer la justificación de su existencia y su forma operar o funcionar de acuerdo a la realidad social en la que se pretende aplicarla (ello a razón que normalmente el derecho tiene una actitud reactiva a los cambios sociales). “Es cierto para el derecho positivo en general, como lo es para campos tan particulares como el derecho de los contratos, que, para facilitar la vida social humana, dicho derecho debe ser sensible, coherente y consistente. Este es un atributo necesario, pero no suficiente de un sistema legal sólido. La ley también debe ordenar adecuadamente la vida social del mundo real de una manera acorde con la naturaleza humana. En ambos esfuerzos, la razón y la lógica deben funcionar como pautas para el descubrimiento”²⁵.

²⁵ W.M. EVERS, «Toward a Reformulation of the Law of Contracts», *The Journal of Libertarian Studies*, Vol. 1, N° 1, 1977, p. 3. Disponible en <<https://mises.org/library/toward-reformulation-law-contracts>>. Consulta: 05 de mayo de 2020. Traducción original del siguiente texto: “*It is true for positive law in general, as it is for such particular fields as the law of contracts, that, to facilitate human social life, such law must be sensitive, coherent and consistent. This is a necessary, but not a sufficient attribute of a strong legal system. The law must also properly order social life in the real world in a manner commensurate with human nature. In both endeavors, reason and logic must function as guidelines for discovery.*”

Se debe precisar que el *Right to Withdraw*, tiene su razón de ser en el brindar protección a cierto tipo de consumidores, especialmente en situaciones donde se puede generar una asimetría informativa, la cual es definida como la situación en que “una de las partes carece de información sobre la calidad de la otra parte o cuando una de las partes está preocupada por la tendencia de comportamiento de la otra parte”²⁶. “El escrutinio de los motivos detrás de la legislación tanto en Europa como en los Estados Unidos revela que generalmente existen dos motivos diferentes para permitir al consumidor un tiempo para la reconsideración. Ambos motivos se basan en la idea de que el consumidor necesita protección”²⁷. Es así, que la doctrina internacional y la misma esencia de las normas de la Unión Europea que regulan el *Right to Withdraw*, coinciden en que, “el primer tipo de protección es contra la falta de fuerza psicológica y el segundo es contra la falta de fuerza informativa”²⁸.

En cuanto a la utilidad de su regulación, las principales funciones del *Right to Withdraw*, de acuerdo a Loos son “proteger a los consumidores de tácticas agresivas de ventas; alentar a los consumidores a realizar compras a larga distancia; alentar a los consumidores a usar Internet para realizar compras; y permitir al consumidor comprender contratos complejos”²⁹, de modo tal que “también podría disuadir a los consumidores de tratar de encontrar información suficiente sobre los productos

²⁶ C. COURTNEY, S. Dutta y Y. Li, «Resolving Information Asymmetry: Signaling, Endorsement, and Crowdfunding Success», *Entrepreneurship: Theory and Practice*, Vol. 2, N° 41, 2017, p. 5. Disponible en <<https://doi.org/10.1111/etap.12267>>. Consulta: 04 de enero de 2020. Traducción original del siguiente texto: “one party lacks information about the quality of the other party or when one party is concerned about the behavior trend of the other party”.

²⁷ K. CSERES, *Competition Law and Consumer Protection*, Kluwer Law International, Washington D.C., 2005, p. 15. Disponible en <https://books.google.com.pe/books/about/Competition_Law_and_Consumer_Protection.html?id=y3IOROCcVacC&redir_esc=y>. Consulta: 09 de marzo de 2020.

²⁸ G. REINER, «Der verbraucherschützende Widerruf im Recht der Willenserklärungen», *Archiv für die civilistische Praxis*, N° 203, 2003, p. 9. Disponible en <https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwjwqM_q_ILqAhX5IbkGHbqTCNEQFjAAegQIARAB&url=http%3A%2F%2Fwww.gunterreiner.de%2Ffreiner_2003_verbraucherschuetzender-widerruf-im-recht-der-willenserklaerungen.pdf&usg=AO>. Consulta: 02 de abril de 2020. Traducción original del siguiente texto: “the first type of protection is against the lack of psychological strength and the second is against the lack of informational strength”.

²⁹ M. LOOS, *Modernising and Harmonising Consumer Contract Law... cit.*, p. 245. Traducción original del siguiente texto: “protect consumers from aggressive sales tactics; encourage consumers to make long-distance purchases; encourage consumers to use the Internet to make purchases; and enable the consumer to understand complex contracts”.

que estaban comprando, ya que podría corregir cualquier error en su evaluación preliminar después del hecho”³⁰. En esa línea de ideas, es que este derecho sería aplicable solo en ocasiones en que el consumidor se encuentre frente a operaciones que revisten un nivel de complejidad que evidencia la posibilidad de perjudicarlo, como, por ejemplo, complejos contratos de crédito bancario ofrecidos u otro tipo de transacciones que tengan los llamados “factores sorpresa”, como las ya mencionadas ventas “puerta a puerta”.

1.3.2. Funcionamiento de acuerdo a las pautas de la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo – Contratos entre consumidores y comerciantes

El alcance de esta directiva se encuentra limitado a dos tipos de contratos: i) los contratos a distancia y ii) los contratos celebrados fuera del establecimiento. El legislador europeo solo ha regulado la aplicación del *Right to Withdraw*, en estos tipos contractuales (y en los contratos de crédito y servicios financieros a distancia que se mencionarán más adelante) debido a la misma naturaleza de ellos, que de manera inherente generan diversas situaciones de riesgo de abuso en contra del consumidor. En el caso de las ventas a distancia, por ejemplo, el consumidor no puede ver el bien que está adquiriendo y por lo tanto es razonable que se le otorgue un tiempo prudente para poder tener contacto con el bien que adquirió, inspeccionarlo y determinar si satisface o no su expectativa. Por su parte, en el caso de contratos que han sido celebrados fuera del establecimiento, es muy posible que, por una gran insistencia del vendedor, el consumidor termine aceptado comprar un bien o servicio que no quiere solo con el fin de detener la presión psicológica o elementos sorpresa que se usan para de alguna forma coaccionar “por cansancio” una compra que no es beneficiosa para el consumidor.

³⁰ H. EIDENMÜELLER, «Why Withdrawal Rights?», *European Review of Contract Law*, N° 1, 2012, p. 16. Disponible en <<https://doi.org/10.2139/ssrn.1660535>>. Consulta: 15 de mayo de 2020. Traducción original del siguiente texto “It could also discourage consumers from trying to find sufficient information about the products they were buying, as it could correct any errors in their preliminary assessment after the fact.”

Esta normativa, también aporta en aspectos de eficiencia macroeconómica de los países miembros de la Unión Europea, ya que uniformiza el plazo de ejercicio del *Right to Withdraw* en estos, evitando que surjan incompatibilidades y controversias respecto a este plazo en las contrataciones entre particulares de distintos países, lo cual es muy común en los contratos a distancia. “Cabe señalar que la mayoría de las directivas europeas solo proporcionan normas mínimas, los estados miembros pueden otorgar al consumidor más protección en su legislación nacional. Por lo tanto, cuando se trata del período de retiro de 7 días hábiles en caso de venta a distancia (anterior al actual de 14 días como norma general), los estados miembros europeos individuales han implementado esta regla de una manera diferente. Países como Austria, Bélgica, Francia y los Países Bajos siguen la directiva, pero Italia permite 10 días para la retirada, mientras que Alemania, Suecia, Dinamarca, Finlandia y Portugal tienen un período aún más largo de 14 días”³¹. Es importante señalar, que las disposiciones relativas al *Right to Withdraw*, no sustituyen las regulaciones de derecho civil privado contractual que cada país miembro de la Unión Europea tiene en su legislación interna.

Siguiendo esta línea de pensamiento jurídico de la Unión Europea en que se emiten las directivas bajo un proceso previo de análisis económico del derecho que evidencie la generación de eficiencia entre las relaciones de la población de sus países miembros, en el párrafo 18 de la Directiva 2011/83/EU se señala que “para evitar imponer una carga administrativa excesiva a los comerciantes, los Estados miembros pueden decidir no aplicar la presente Directiva cuando se trate de la venta de bienes o servicios de menor cuantía fuera del establecimiento. El umbral monetario debe fijarse en un nivel lo suficientemente bajo como para que solo queden excluidas compras de poca importancia. Los Estados miembros deben poder determinar este valor mediante disposiciones nacionales, siempre que no sea

³¹ J. SMITS, *The Right to Change Your Mind? Rethinking the Usefulness of Mandatory Rights of Withdrawal in Consumer Contract Law... cit.*, p.4. Traducción original del siguiente texto: “It should be noted that most European directives only provide minimum standards, member states can grant the consumer more protection in their national legislation. Therefore, when it comes to the withdrawal period of 7 business days in case of distance selling (earlier than the current 14 days as a general rule), individual European member states have implemented this rule in a different way. Countries like Austria, Belgium, France and the Netherlands follow the directive, but Italy allows 10 days for withdrawal, while Germany, Sweden, Denmark, Finland and Portugal have an even longer period of 14 days.”

superior a 50 EUR. Cuando se celebren simultáneamente con el consumidor varios contratos con objetos similares, el coste total de los mismos debe tenerse en cuenta para la aplicación del umbral monetario”

a) Obligaciones de información

De acuerdo a lo señalado en el párrafo 43 de esta norma respecto a la obligación del comerciante de informar al consumidor su derecho a ejercer el *Right to Withdraw*, “si el comerciante no ha informado adecuadamente al consumidor antes de la celebración de un contrato a distancia o fuera del establecimiento, debe ampliarse el plazo de desistimiento. Sin embargo, para garantizar la seguridad jurídica en lo que respecta a la duración del período de desistimiento, conviene introducir un plazo de prescripción de 12 meses”. Complementando lo anterior, según el inciso h) del artículo 6º de la Directiva 2011/83/EU, el comerciante deberá informar al consumidor como hacer el ejercicio de su *Right to Withdraw*, para ello poniéndole a disposición un formulario que le permita ejercer este derecho de acuerdo a la norma, así como conocer fehacientemente las condiciones, el plazo y el procedimiento.

Las obligaciones de información que tiene un comerciante o vendedor van más allá de indicar al consumidor que posee este derecho y cómo lo puede ejercer, ya que también existe la obligación de informar otros temas, como el contenido en el inciso i) del artículo 6º, que expresamente señala que el comerciante deberá informar al consumidor respecto a los gastos de la devolución de los bienes que “cuando proceda, la indicación de que el consumidor tendrá que asumir el coste de la devolución de los bienes en caso de desistimiento y, para los contratos a distancia, cuando los bienes, por su naturaleza, no puedan devolverse normalmente por correo, el coste de la devolución de los mismos”. En complemento a ello, el inciso j) del artículo 6º establece que también deberá informársele al consumidor si tendrá que reembolsar algún tipo de gasto por los servicios de suministro de electricidad, gas, calefacción o agua, cuando estos se presten antes del periodo para ejercer el *Right to Withdraw*, y según señalen demás partes específicas de la directiva.

Finalmente, esta directiva señala en el inciso k) del artículo 6º, la obligación del comerciante o vendedor de informar al consumidor si su compra de bien o servicio está sujeta a excepciones en la aplicación del *Right to Withdraw*, o en qué casos podría perder este derecho.

b) Plazo para ejercitar el *Right to Withdraw*

Como regla general, la Directiva 2011/83/EU señala el plazo de 14 días que tiene el consumidor para poder ejercitar su derecho a desistirse de los contratos cuyo alcance contempla esta directiva (contratos a distancia y celebrados fuera del establecimiento), ello sin tener obligación de expresar el motivo de su desistimiento o tener que asumir costos distintos a los que la norma señala de manera específica. Es pertinente señalar que este plazo, pese a aplicarse en la mayoría de casos, está sujeto a algunas excepciones, como en el supuesto en que el vendedor o comerciante no informe al consumidor su derecho a ejercer el *Right to Withdraw*, el que de acuerdo a esta directiva inclusive podría extenderse a un año, ya que es pasado este límite temporal que prescribiría.

c) Efectos contractuales del *Right to Withdraw*

“El ejercicio del derecho de desistimiento extinguirá las obligaciones de las partes de: a) ejecutar el contrato a distancia o celebrado fuera del establecimiento, o b) celebrar el contrato a distancia o celebrado fuera del establecimiento, cuando el consumidor haya realizado una oferta”. Es necesario señalar que los contratos se resuelven y por lo tanto ya no desplegarán sus efectos jurídicos de ninguna forma.

d) Obligaciones del comerciante producto del *Right to Withdraw*

De acuerdo al párrafo 46 de la Directiva 2011/83/EU “en caso de desistimiento del contrato por el consumidor, el comerciante debe reembolsar todos los pagos recibidos del consumidor, incluidos los correspondientes a los gastos en que ha incurrido el comerciante para entregar los bienes al consumidor. El reembolso no

debe efectuarse mediante un bono³², a menos que el consumidor haya utilizado bonos para la transacción inicial o los haya aceptado expresamente. Si el consumidor opta expresamente por un determinado tipo de entrega (por ejemplo, entrega urgente en 24 horas), aunque el comerciante haya ofrecido un tipo común generalmente aceptable de entrega cuyo coste sería menor, el consumidor deberá abonar la diferencia de costes entre los dos tipos de entrega³³.

Como se puede apreciar, el comerciante se encuentra obligado a un reembolso total, incluso a cuenta de su propia pérdida si gastó un monto por la entrega del bien al consumidor, siempre y cuando esta modalidad de entrega sea aceptable y razonable para satisfacer el interés del consumidor, pues si este último elige una modalidad más onerosa, el será quien cubra la diferencia.

Complementando a lo anterior, el artículo 13° de la Directiva 2011/83/EU señala textualmente lo siguiente:

“1. El comerciante reembolsará todo pago recibido del consumidor, incluidos, en su caso, los costes de entrega, sin demoras indebidas y, en cualquier caso, antes de que hayan transcurrido 14 días desde la fecha en que haya sido informado de la decisión de desistimiento del contrato del consumidor de conformidad con el artículo 11.

El comerciante deberá efectuar el reembolso a que se refiere el primer párrafo utilizando el mismo medio de pago empleado por el consumidor para la transacción inicial, a no ser que el consumidor haya

³² En la traducción oficial al español de La Directiva 2011/83/EU, el término “bono” no hace referencia al instrumento financiero representativo de deuda, por el contrario, hace referencia a un vale o voucher (este último siendo el término utilizado en la versión oficial en inglés), el cual es un documento que representa un valor canjeable bajo condiciones específicas, es por ello la proscripción de su uso para este tipo de reembolsos. La nota de crédito, que es un documento que otorga un crédito a favor del poseedor, o una transferencia bancaria, serían medios adecuados para esta devolución ya que no contemplan ninguna restricción para su realización.

³³ Parlamento de la Unión Europea, *Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo... cit.*, p. 70.

dispuesto expresamente lo contrario y siempre y cuando el consumidor no incurra en ningún gasto como consecuencia del reembolso.

2. No obstante lo dispuesto en el apartado 1, en caso de que el consumidor haya seleccionado expresamente una modalidad de entrega diferente a la modalidad menos costosa de entrega ordinaria, el comerciante no estará obligado a reembolsar los costes adicionales que de ello se deriven.

3. Salvo en caso de que el comerciante se haya ofrecido a recoger él mismo los bienes, en los contratos de venta, el comerciante podrá retener el reembolso hasta haber recibido los bienes, o hasta que el consumidor haya presentado una prueba de la devolución de los bienes, según qué condición se cumpla primero.”

e) Obligaciones del consumidor producto del *Right to Withdraw*

Al momento de ejercer el *Right to Withdraw*, el consumidor al igual que el comerciante, tiene ciertas obligaciones que debe cumplir para el efectivo ejercicio de su derecho, tal es así que “por un lado, el consumidor debe poder disfrutar del derecho de desistimiento aun cuando haya solicitado la prestación de los servicios antes de que finalice el período de desistimiento. Por otro lado, si el consumidor ejerce su derecho de desistimiento, el comerciante debe tener garantías de que se le va a pagar convenientemente el servicio que ha prestado”.

Una primera obligación que recae en el consumidor, de acuerdo al numeral 4° del artículo 9° de esta norma, es tener la carga de la prueba del ejercicio de su *Right to Withdraw*, lo cual sugiere que este, por estar en una mejor posición de probar, deberá ser diligente y guardar todo elemento que pueda servirle como prueba ante posibles controversias producto de su ejercicio de este derecho.

Respecto a las obligaciones que tiene el consumidor al momento de ejercer su derecho de desistimiento, el inciso 1 del artículo 14° de la Directiva 2011/83/EU señala que:

“Salvo si el propio comerciante se ofrece a recoger los bienes, el consumidor deberá devolver o entregar los bienes al comerciante, o a una persona autorizada por el comerciante a recibirlos, sin ninguna demora indebida y, en cualquier caso, a más tardar en el plazo de 14 días a partir de la fecha en que comunique su decisión de desistimiento del contrato al comerciante de conformidad con el artículo 11. Se considerará cumplido el plazo si el consumidor efectúa la devolución de los bienes antes de que haya concluido el plazo de 14 días.

El consumidor solo soportará los costes directos de devolución de los bienes, salvo si el comerciante ha aceptado asumirlos o no ha informado al consumidor de que le corresponde asumir esos costes.

En el caso de contratos celebrados fuera del establecimiento en los que los bienes se hayan entregado ya en el domicilio del consumidor en el momento de celebrarse el contrato, el comerciante recogerá a su propio cargo los bienes cuando, por la naturaleza de los mismos, no puedan devolverse por correo”.

En cuanto a la posible afectación del valor de los bienes producto del previo uso que el consumidor les pueda haber dado antes de ejercer su derecho desistimiento, el inciso 2 del mismo artículo señala que:

“El consumidor solo será responsable de la disminución de valor de los bienes resultante de una manipulación de los mismos distinta a la necesaria para establecer la naturaleza, las características o el funcionamiento de los bienes. El consumidor no será en ningún caso responsable de la disminución de valor de los bienes si el comerciante no le ha informado de su derecho de desistimiento con arreglo al artículo 6, apartado 1, letra h)”.

Por su parte, en el caso de servicios, los que por su propia naturaleza intangible no pueden ser devueltos como si se puede con los bienes, el inciso 3) de este artículo, establece el siguiente tratamiento:

“...el consumidor abonará al comerciante un importe proporcional a la parte ya prestada del servicio en el momento en que el consumidor haya informado al comerciante del ejercicio del derecho de desistimiento, en relación con el objeto total del contrato. El importe proporcional que habrá de abonar el consumidor al comerciante se calculará sobre la base del precio total acordado en el contrato. En caso de que el precio total sea excesivo, el importe proporcional se calculará sobre la base del valor de mercado de la parte ya prestada del servicio”.

Asimismo, el legislador, en el inciso 4) de este artículo, ha planteado escenarios en los cuales el consumidor será exonerado de pagar cualquier tipo de costos. Por ejemplo, si el comerciante no ha informado al consumidor su derecho de desistimiento o si se le ha prestado el servicio pese a que este último no ha realizado una solicitud expresa para que el servicio contratado tenga como inicio un periodo dentro del plazo para ejercer el *Right to Withdraw*, los servicios de suministro de gas, calefacción, electricidad y agua (siempre que no sean envasado o vendido en unidades o volumen) no serán asumidos por el consumidor. En esa misma línea de ideas, respecto al contenido digital, la norma ha señalado que el contenido digital suministrado, de manera parcial o total, y que no ha sido dado en soporte material, no tendrá la obligación de ser asumido por el consumidor cuando este no haya dado su consentimiento expreso para que dicho suministro se ejecute dentro del periodo de 14 días para ejercer el *Right to Withdraw*, cuando el consumidor no tiene consciencia que al dar su conocimiento a lo anterior renuncia a su derecho de ejercer el *Right to Withdraw*, (si no es consciente, es porque no fue informado o puesta la información de ello a su alcance) y también cuando el comerciante no le haya confirmado el inicio del suministro al consumidor.

Es así, que salvo lo mencionado en estas líneas, el ejercicio del *Right to Withdraw*, no genera responsabilidades para el consumidor, ello en atención a la misma naturaleza de esta prerrogativa de acuerdo al bien o servicio brindado, pues se configura una resolución de contrato (de acuerdo al artículo 15° de la Directiva 2011/83/EU) lo que genera que el contrato de derecho privado celebrado por las partes deje de tener efecto por causas específicas que existieron al momento de la contratación, como las mencionadas en líneas anteriores.

f) Forma y plazo de devolución producto del ejercicio del *Right to Withdraw*

El párrafo 18 de la Directiva 2011/83/EU señala expresamente que “el consumidor debe estar obligado a devolver los bienes a más tardar 14 días después de haber notificado al comerciante su decisión de desistir del contrato. En aquellos casos en que el comerciante o el consumidor no cumplan las obligaciones que se derivan del ejercicio del derecho de desistimiento, deben aplicarse las sanciones previstas en la legislación nacional conforme a lo dispuesto en la presente Directiva, así como las disposiciones del Derecho de los contratos”.

g) Excepciones en el ejercicio de *Right to Withdraw*

No obstante la gran protección que abarca este derecho, existen diversas excepciones, como el caso de servicios que por su propia naturaleza, el legislador consideró pertinente excluir del ámbito de aplicación de esta norma respecto al *Right to Withdraw*, como el caso de los servicios de transporte de mercancías y el alquiler de servicios. Otro ejemplo, es que si bien la norma permite que el consumidor utilice el bien adquirido y luego pueda ejercer su derecho a desistirse de esa compra, solo podrá utilizarlo en la medida que sea necesario para “determinar su naturaleza, sus características o su funcionamiento”; de lo contrario, pese a no perder su derecho, deberá rembolsar al vendedor en la parte que el bien se haya depreciado. En cuanto a este tema, en el párrafo 49 de la directiva explícitamente se profundiza en él, señalando lo siguiente:

“El derecho de desistimiento podría resultar inadecuado, por ejemplo, por la naturaleza especial de los bienes o servicios. Es el caso, por ejemplo, del vino suministrado mucho tiempo después de la celebración de un contrato de naturaleza especulativa, en el que el valor depende de las fluctuaciones del mercado (*vin en primeur*). El derecho de desistimiento no debe aplicarse en el caso de los bienes confeccionados conforme a las especificaciones del consumidor o claramente personalizados, como pueden ser unas cortinas hechas a medida ni en el del suministro de combustible, por ejemplo, al tratarse de un bien que, por su propia naturaleza, se mezcla de manera inseparable con otros artículos una vez entregado. El reconocimiento del derecho de desistimiento también podría ser inadecuado en el caso de determinados servicios en los que la celebración del contrato implica reservas que el comerciante puede tener dificultad para cubrir si se ejerce el derecho de desistimiento. Tal sería el caso, por ejemplo, de las reservas hoteleras y de casas de vacaciones o de las reservas para espectáculos culturales o deportivos”.

Pese a que el *Right to Withdraw* representa un amplio alcance en su protección al consumidor, también está sujeto a que en determinados supuestos y de manera excepcional, no pueda ser aplicable, ello en atención a factores como la naturaleza de los bienes y servicios adquiridos, la razonabilidad y un criterio de justicia. Respecto a ello y bajo un tratamiento más específico que lo ya señalado, el artículo 16° de la Directiva 2011/83/EU ha establecido una lista amplia y taxativa en que, por excepción, el *Right to Withdraw*, se ve restringido en su aplicación.

1.3.3. Funcionamiento de acuerdo a las pautas de la Directiva 2008/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo – Contratos de Crédito

En esta directiva, la figura del *Right to Withdraw* también se establece como un derecho que se ejercita por parte del consumidor sin representar ningún tipo de penalización u obligación de dar justificación de los motivos por los cuales se hizo

ejercicio de este derecho. A continuación, se detallan las principales particularidades que esta norma establece para el tratamiento del *Right to Withdraw* en los contratos de crédito.

a) Obligaciones de información

En el artículo 5º de la Directiva 2008/48/CE, se señala expresamente que “Con la debida antelación, y antes de que el consumidor asuma cualquier obligación en virtud de un contrato u oferta de crédito, el prestamista y, en su caso, el intermediario de crédito deberán facilitar al consumidor, sobre la base de las condiciones del crédito ofrecidas por el prestamista y, en su caso, de las preferencias manifestadas y de la información facilitada por el consumidor, la información que sea precisa para comparar las diversas ofertas y adoptar una decisión informada sobre la suscripción de un contrato de crédito”. Dentro de esta información que debe necesariamente ser comunicada al consumidor, el inciso o) de este artículo incluye la obligación de informar al consumidor si en virtud del contrato crediticio le asiste o no el *Right to Withdraw*.

Asimismo, respecto a las obligaciones de información que tienen los prestamistas, el artículo 10º de la Directiva 2008/48/CE, en su numeral 2, inciso o), señala que se deberá informar al consumidor “la existencia o ausencia de derecho de desistimiento y el plazo y demás condiciones para ejercerlo, incluida la información relativa a la obligación del consumidor de pagar el capital utilizado y los intereses de conformidad con el artículo 14, apartado 3, letra b), y el importe del interés diario”. Adicional a lo anterior, el inciso h) establece que también es necesario que el prestamista le informe al consumidor “el procedimiento que deberá seguirse para ejercer el derecho de desistimiento del contrato de crédito” y en el inciso i) se exige que se informe “sobre los gastos aplicables desde el momento de la celebración de dichos contratos de crédito y, en su caso, las condiciones en que dichos gastos podrán modificarse”.

b) Plazo para el ejercicio del *Right to Withdraw*

De conformidad a lo establecido en el artículo 14° de la Directiva 2008/48/CE, los consumidores bajo el ámbito de aplicación de esta norma tiene, 14 días civiles o calendario para poder hacer ejercicio de su *Right to Withdraw*, ello sin tener ningún tipo de obligación de señalar lo que motiva su decisión.

c) Obligaciones del consumidor

Para hacer ejercicio de su *Right to Withdraw*, el consumidor está sujeto de diversas obligaciones de acuerdo a la Directiva 2008/48/CE. La primera obligación que recae en el consumidor, es informar al prestamista que está ejerciendo su *Right to Withdraw* dentro del plazo de 14 días calendario establecido por la norma, siendo necesario para ello utilizar un medio que pueda ser considerado una prueba (como en soporte físico en papel o en otro que tenga un soporte duradero y pueda encontrarse disponible y accesible para el prestamista), ante cualquier asunto litigioso que pueda surgir.

Otra de las obligaciones esenciales que tiene el consumidor es pagar al prestamista la suma correspondiente al capital (lo que sería una devolución) y el interés que surja producto del contrato de crédito. Respecto a las condiciones específicas de esta devolución, el inciso b) del numeral 3 del artículo 14° de Directiva 2008/48/CE, profundiza señalando expresamente que será obligación del consumidor:

“Pagar al prestamista el capital y el interés acumulado sobre dicho capital entre la fecha de disposición del crédito y la fecha de reembolso del capital, sin ningún retraso indebido a más tardar a los 30 días de haber enviado la notificación de desistimiento al prestamista. Los intereses adeudados se calcularán sobre la base del tipo deudor acordado. El prestamista no tendrá derecho a reclamar al consumidor ninguna otra compensación en caso de desistimiento, excepto la

compensación de los gastos no reembolsables abonados por el prestamista a la administración pública”.

d) Efectos del ejercicio del *Right to Withdraw*

El principal efecto que despliega el ejercicio del *Right to Withdraw* por parte del consumidor es que este deja de estar obligado por el contrato de crédito. No obstante, generalmente los contratos de crédito son medios para acceder a otros contratos de adquisición de bienes o servicios. Ante esta situación, el artículo 15° de la Directiva 2008/48/CE, establece que “si el consumidor ha ejercido su derecho de desistimiento conforme al Derecho comunitario respecto a un contrato de suministro de bienes o servicios, dejará de estar obligado por un contrato de crédito vinculado”. En la misma línea de lo anterior, el artículo 13° de esta directiva, en su numeral 4, señala que “en caso de que un prestamista o un tercero proporcione un servicio accesorio relacionado con el contrato de crédito sobre la base de un acuerdo entre ese tercero y el prestamista, el consumidor dejará de estar vinculado por dicho servicio accesorio si ejerce su derecho de desistimiento respecto del contrato de crédito conforme a lo dispuesto en el presente artículo”.

De este modo se produce un resolución del contrato de crédito complementario a la adquisición de bienes o servicios respecto a los cuales se ejerce el *Right to Withdraw*, lo cual también es mencionado en el artículo 15 de la Directiva 2011/93/UE, que textualmente señala como efecto del ejercicio del *Right to Withdraw* o desistimiento “en relación con un contrato a distancia o celebrado fuera del establecimiento (...) tendrá por efecto la resolución automática y sin gastos para el consumidor”, salvo las excepciones expresas que plantea la norma.

1.3.4. Funcionamiento de acuerdo a las pautas de la Directiva 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo – Comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores

a) Obligaciones de información

Esta norma, en su párrafo 24, indica textualmente que “cuando el derecho de rescisión no se aplique porque el consumidor solicita expresamente que se ejecute el contrato, el proveedor debe informar de ello al consumidor”. Complementando a lo anterior, el artículo 3º, numeral 3, inciso a), señala que es deber del proveedor brindar información al consumidor sobre “la existencia o no de derecho de rescisión ... y de existir tal derecho, su duración y las condiciones para ejercerlo, incluida información relativa al importe que el consumidor pueda tener que abonar ... así como las consecuencias de la falta de ejercicio de ese derecho”. Asimismo, en el inciso d) se establece que también deberá informársele al consumidor “las instrucciones para ejercer el derecho de rescisión, indicando, por ejemplo, a dónde debe dirigirse la notificación de la rescisión”.

b) Plazo para ejercer el *Right to Withdraw*

De acuerdo al numeral 1 del artículo 6º de la Directiva 2002/65/CE, es misión de los Estados miembros de la Unión Europea velar “porque el consumidor disponga de un plazo de 14 días naturales para rescindir el contrato a distancia, sin indicación de los motivos y sin penalización alguna. Sin embargo, dicho plazo deberá ampliarse hasta 30 días naturales en el caso de contratos relacionados con seguros de vida ... y jubilaciones personales.

c) Excepciones en el ejercicio de *Right to Withdraw*

Existen contratos financieros que por sus propias características no se encuentran sujetos al *Right to Withdraw*, como por ejemplo los servicios financieros que tengan fijado un precio basado en el comportamiento de los mercados de

valores; y, por lo tanto, no sean controlables durante el periodo que es posible ejercer el *Right to Withdraw*. El numeral 2 del artículo 6° de la Directiva 2002/65/CE señala una lista taxativa de estas excepciones, entre las que adicionalmente se encuentran los contratos de pólizas de seguros de viaje o de equipaje u otros similares cuyo plazo de duración sea menor a un mes y aquellos contratos cuya ejecución se haya producido de manera total, tanto por parte del proveedor como del consumidor, ello por solicitud expresa de este previamente a su ejercicio del *Right to Withdraw*. El mismo artículo, en su numeral 3, da la alternativa a que los Estados miembro de la Unión Europea puedan prohibir la aplicación del *Right to Withdraw* a una variedad de contratos, como créditos cuyo fin es adquirir o conservar activos fijos como terrenos e inmuebles, contratos de crédito con garantía hipotecaria, etc.

d) Obligaciones del consumidor

Ya que la esta directiva está referida los contratos de servicios financieros, los cuales por su propia naturaleza tienen formas particulares y de variada ejecución según el objeto del contrato (por ejemplo, un contrato de crédito genera como ganancia para la entidad financiera intereses de acuerdo al tiempo del préstamo y a la tasa de interés; y un seguro de vida genera ganancias a la entidad financiera con una prima fija por el periodo de tiempo que dura el seguro), la Directiva 2002/65/CE ha previsto conveniente señalar que el consumidor deberá pagar el monto correspondiente a los servicios financieros que se le hayan prestado efectivamente según los términos del contrato.

e) Obligaciones del proveedor

La principal obligación que tiene el proveedor del servicio financiero comercializado a distancia ante el ejercicio del *Right to Withdraw* por parte del consumidor, es efectuar el reembolso en el menor tiempo posible y en un plazo no mayor de 30 días calendario, del monto o montos que haya recibido del consumidor

en virtud al contrato a distancia, con excepción de los honorarios por el servicio efectivamente prestado.

1.4. Aplicación casuística del *Right to Withdraw* en la Unión Europea

1.4.1. Contratos celebrados fuera del establecimiento

“La noción de contrato celebrado fuera del establecimiento debe definirse como un contrato celebrado con la presencia física simultánea del comerciante y el consumidor, en un lugar distinto del establecimiento mercantil del comerciante, por ejemplo, en el domicilio del consumidor o en su lugar de trabajo. Fuera del establecimiento, el consumidor podría estar bajo posible presión psicológica o verse enfrentado a un elemento de sorpresa, independientemente de que haya solicitado o no la visita del comerciante. La definición de contrato celebrado fuera del establecimiento debe incluir también aquellas situaciones en que se establece contacto personal e individual con el consumidor fuera del establecimiento, aunque luego el contrato se celebre inmediatamente después en el establecimiento mercantil del comerciante o a través de un medio de comunicación a distancia”³⁴.

El caso más común de contratos celebrados fuera del establecimiento es el de los contratos firmados producto de ventas puerta a puerta, las cuales son ventas realizadas por un vendedor o agente de ventas que ofrece productos (como electrodomésticos, consumibles, menajería, etc.) o servicios (suscripción a revistas, planes de seguros, paquetes vacacionales, etc.) a los potenciales consumidores en sus domicilios o en sus oficinas. En diversos casos, los agentes de venta encargados de esta tarea son muy insistentes (ejercen presión) o usan argucias o tácticas engañosas (elementos sorpresa) para convencer a los potenciales consumidores. En este caso, es que la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo prevé que el consumidor puede ejercer dentro de los 14 días su *Right to Withdraw*

³⁴ Parlamento de la Unión Europea, *Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo...* cit., pp. 66-67.

o derecho a desistirse del contrato que hubiera firmado producto de esta venta puerta a puerta.

1.4.2. Contratos a distancia

“La definición de contrato a distancia debe abarcar todos los casos en que los contratos se celebran entre el comerciante y el consumidor en el marco de un sistema organizado de venta o prestación de servicios a distancia, exclusivamente mediante el uso de uno o varios medios de telecomunicación (venta por correo, Internet, teléfono o fax), hasta el momento en que se celebra el contrato, con inclusión de ese momento. Dicha definición debe cubrir también las situaciones en las que el consumidor únicamente visita el establecimiento mercantil de la empresa con el propósito de recabar información sobre los bienes o los servicios y la negociación y celebración subsiguiente del contrato tienen lugar a distancia”³⁵.

“Como tal, el derecho de desistimiento se aplica solo a ciertas transacciones específicas del consumidor, que son particularmente propensas a permitir que los comerciantes exploten las vulnerabilidades de los consumidores. Una de ellas es una transacción de venta a distancia, en la que un comerciante y un consumidor no tienen la oportunidad de conocerse y discutir en persona los términos contractuales o las cualidades de los bienes o servicios ofrecidos”³⁶. Por ejemplo, se podría dar el caso típico de la venta de cursos o diplomados por Internet o por vía telefónica, en los cuales es probable que el potencial consumidor no conozca todo lo que implican estos servicios educativos y aun así los adquiera por la buena primera impresión generada; ante ello, el derecho comunitario Europeo, a través de la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo prevé que el consumidor puede ejercer dentro de

³⁵ Parlamento de la Unión Europea, *Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo...* cit., p. 66.

³⁶ J. A. LUZAK, *To Withdraw Or Not To Withdraw? Evaluation of the Mandatory Right of Withdrawal in Consumer Distance Selling Contracts Taking Into Account Its Behavioural Effects on Consumers...* cit., pp. 91-92. Traducción original del siguiente texto: “*As such, the right of withdrawal applies only to certain specific consumer transactions, which are particularly prone to allowing merchants to exploit consumer vulnerabilities. One of them is a distance selling transaction, in which a merchant and a consumer do not have the opportunity to meet and discuss in person the contractual terms or the qualities of the goods or services offered.*”

los 14 días su *Right to Withdraw* o derecho a desistirse del contrato que hubiera firmado, para ello teniendo que notificar al comerciante a través de un medio perdurable y que sirva como prueba, de su intención de ejercer el *Right to Withdraw*, devolver el bien y finalmente liquidar cualquier costo pendiente.

1.4.3. Contratos de crédito al consumo

En el inciso c) del artículo 3 de la Directiva 2008/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, se define al contrato de crédito como “contrato mediante el cual un prestamista concede o se compromete a conceder a un consumidor un crédito en forma de pago aplazado, préstamo u otra facilidad de pago similar, exceptuados los contratos para la prestación continuada de servicios o para el suministro de bienes de un mismo tipo en el marco de los cuales el consumidor paga por tales bienes o servicios de manera escalonada mientras dure la prestación”.

Por ejemplo, en el caso que un consumidor obtenga un préstamo de una entidad financiera para poder asumir los costos de un viaje vacacional y luego decida que no es conveniente sacar un préstamo para un fin que nos es indispensable, tal es el grado de la protección que ofrece el *Right to Withdraw*, que sin ningún problema y sin tener que expresar el motivo de su decisión, puede acercarse a la entidad financiera, presentar su solicitud de acogimiento al *Right to Withdraw*, devolver el capital entregado por el contrato de crédito de consumo, pagar el interés correspondiente al tiempo que paso entre el momento de la entrega del préstamo y la fecha de su reembolso, cuando mucho, luego de 30 días de notificada la intención de desistimiento, y así quedará liberado de este contrato.

1.4.4. Comercialización a distancia de servicios financieros

En el artículo 2° de la Directiva 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, se define al contrato a distancia como “todo contrato relativo a servicios financieros celebrado entre un proveedor y un consumidor en el marco de un sistema de venta o prestación de servicios a distancia organizado por el proveedor

que, para este contrato, utilice exclusivamente una o varias técnicas de comunicación a distancia hasta la celebración del contrato, incluida la propia celebración del contrato” y al servicio financiero como “todo servicio bancario, de crédito, de seguros, de jubilación personal, de inversión o de pago”.

Un caso de servicio financiero prestado a distancia es la adquisición vía Internet de un seguro de viajero directamente por la página web de la entidad aseguradora. Bajo los parámetros de la Directiva 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, el consumidor que haya adquirido este servicio, puede, dentro de un plazo de 14 días, ejercer su *Right to Withdraw* y dejar sin efecto el contrato sin ningún tipo de penalización o justificación, por lo que, ya sea por la cancelación del viaje, decisión de ya no viajar o elección de otra compañía de seguros para que le brinde el servicio, el consumidor podrá salir de dicha posición contractual sin mayor problema.

1.4.5. Contratos de servicios financieros: el caso de transacciones basadas en BITCOIN

El BITCOIN es una de las tantas criptomonedas que hoy en día existen, cuyo objetivo es servir principalmente como medio de pago y como instrumento especulativo de inversión. En teoría, el BITCOIN no es considerado como una moneda de forma oficial, debido a que no tienen ningún tipo de respaldo por una entidad nacional (como los bancos de reserva), no obstante, la doctrina internacional “tiende mayoritariamente a clasificarlos como bienes muebles, cuya negociación genera los efectos de una permuta; y su obtención mediante el minado, es considerado como un servicio remunerado en especie (los Bitcoins emitidos)”³⁷

“El hecho de que el consumidor y el *trader* elijan realizar un pago por medio de una moneda digital que sirva como medio de intercambio no debe considerarse como una razón potencial para excluir este contrato en particular

³⁷ L., Miranda «Bitcoin: ¿Tenerla o ignorarla? Una aproximación hacia el tratamiento tributario peruano de la criptomoneda más famosa del mundo», *Ius Et Veritas*, 58, 2019, 140-53 <<https://doi.org/https://doi.org/10.18800/iusetveritas.201901.008>>.

de las disposiciones de la CRD (*Commission Rights Directive*), particularmente aquellas destinadas a proporcionar a los consumidores un *Right to Withdraw*. La forma específica y el monto del reembolso pueden ser parte del contrato, siempre que este plazo contractual no sea desventajoso para el consumidor. Sin embargo, si no se llega a un acuerdo, la forma y el monto del reembolso dependen principalmente de la moneda en que se denominó el precio. En la mayoría de los casos de pagos con bitcoins, el valor nominal a reembolsar es el del precio denominado en una moneda estatal en el momento del pago. Esto se debe al hecho de que Bitcoin no se percibe como una moneda, sino como un medio de pago alternativo. En los casos bastante raros cuando los precios están denominados en bitcoins, el comerciante debe reembolsar la cantidad exacta de bitcoins recibidos”³⁸.

Como se ha mencionado, el vendedor debe informar al consumidor su derecho a ejercer el *Right to Withdraw*, de lo contrario, en aplicación del artículo II de la Directiva 2011/83/EU, el consumidor tendrá hasta doce meses más para ejercer su derecho, los cuales se computan desde el día siguiente después del fin del primer periodo, lo cual es un aumento significativo, considerando que el periodo inicial es de catorce días.

³⁸ E. RIZOS, «The Consumer’s Right of Withdrawal in case of Payment with Bitcoins», *Oslo Law Review*, Vol. 1, N° 3, 2016, pp. 1-26. Disponible en <<https://doi.org/10.5617/oslaw3945>>. Consulta: 15 de febrero de 2020.

CAPÍTULO II

ASPECTOS DEL “*RIGHT TO WITHDRAW*” QUE SE APLICAN EN EL DERECHO PERUANO

2.1. Estado actual del tratamiento del *Right to Withdraw* en la doctrina peruana

A diferencia del derecho al desistimiento que se suele utilizar en América Latina, la figura del *Right to Withdraw* utilizada en Europa es mucho más amplia, pues engloba la facultad de poder retirarse de una posición contractual en general, desde una compraventa, hasta inclusive de un tratado internacional, regulándose de forma específica según el alcance (para efectos de este trabajo solo se estudia el *Right to Withdraw* y su alcance e impacto para los consumidores y proveedores). En el Perú, el acercamiento doctrinario al *Right to Withdraw* ha sido muy incipiente y no se han podido establecer las bases ni presupuestos, tanto económicos como legislativos, para que esta figure opere en nuestro sistema jurídico nacional.

Dentro de los pocos trabajos que existen sobre este tema, Morales, desde un enfoque civil del derecho de desistimiento a los contratos, señala que “la doctrina del desistimiento demuestra que la legislación debe adecuarse a los conceptos y no a la inversa para una mejor administración de justicia. El desistimiento es la expresión de la libertad de

desvincularse justificadamente de un contrato”³⁹. En el aspecto civil, contractualmente es permitido consignar en un contrato una cláusula de desistimiento unilateral y esta figura también se aplica en casos concretos, en los que, por el cambio de circunstancias de las inicialmente pactadas, una de las partes podría desistirse del contrato; no obstante, el tratamiento civil es excepcional y ante casos muy particulares, diferente al *Right to Withdraw* bajo el enfoque europeo, que ofrece una protección amplia.

Por su parte, Juan Espinoza-Espinoza, en épocas recientes a la entrada en vigencia del actual Código de Protección y Defensa del Consumidor, abordó el contenido de esta nueva regulación, identificando que el modelo peruano desarrolla la figura del derecho de restitución y no la del derecho al desistimiento, reflexionando en torno a este tema de la siguiente forma:

“Aunque parezca paradójico, si bien el Código de Protección y Defensa del Consumidor (formalmente) prohíbe los denominados métodos comerciales agresivos o engañosos, en el fondo los permite, por el simple hecho que el derecho a la restitución tiene que ser ejercido por el consumidor: si no lo hace (dentro de un plazo de reflexión de 7 días), la venta será válida y producirá todos sus efectos. Hubiera sido deseable asimilar el modelo que permite las ventas agresivas; pero obliga a los proveedores a informar del derecho que tienen los consumidores a un período de reflexión y a apartarse del contrato. En el fondo, sí se admite el “apartamiento” del contrato, por cuanto la restitución es una consecuencia del mismo”⁴⁰.

De la misma forma, Tello, en su trabajo titulado “El derecho a la restitución en el marco de la protección al consumidor y su vulneración por métodos comerciales agresivos”⁴¹, comparte la posición de que la regulación de esta figura en nuestra

³⁹ R. MORALES, «¿Existe el derecho de desistimiento o la terminación unilateral del contrato?», *Actualidad Jurídica*, 2009, p. 58. Disponible en <https://works.bepress.com/romulo_moraleshervias/10/>. Consulta: 13 de marzo de 2020.

⁴⁰ J. ESPINOZA-ESPINOZA, «Reflexiones a propósito del Código de protección y defensa del consumidor», *Ius Et Veritas*, 2010, p. 168. Disponible en <<http://repositorio.up.edu.pe/handle/11354/247>>. Consulta: 13 de marzo de 2020.

⁴¹ S. TELLO, «El derecho a la restitución en el marco de la protección al consumidor y su vulneración por métodos comerciales agresivos», *LEX*, Vol. 16, N° 8, 2015, pp. 337-354. Disponible en

legislación es insuficiente y sería mejor alternativa mantener las características del modelo europeo. Finalmente, abordando aspectos específicos, Vásquez señala que “el derecho de desistimiento a favor del consumidor en los financiamientos trilaterales”⁴² debe ser desarrollado legislativamente y no dejar en manos de los tribunales su resolución en cada caso concreto; y Carrasco se centra en “la necesidad de regular el derecho de desistimiento en los contratos electrónicos en el código de protección y defensa del consumidor”⁴³, debido a que “en un contrato electrónico siempre existe o está presente el derecho contractual, en ese sentido los proveedores están siempre un paso más adelante en capacidad de negociación con el consumidor o cliente, esto puede provocar la vulneración de algún derecho del comprador. Por tanto, es relevante que se implemente el derecho de desistimiento para que la parte contractual entre ambas partes sea equitativa, proporcional y justa”⁴⁴.

2.2. Estado actual del tratamiento del *Right to Withdraw* en la legislación peruana

2.2.1. “Presencia” del *Right to Withdraw* en el Código de Protección y Defensa del Consumidor

La figura jurídica del *Right to Withdraw*, tal cual señala Juan Espinoza-Espinoza, no se encuentra presente en el modelo jurídico de protección del consumidor peruano, no obstante, una figura muy similar denominada Derecho a la Restitución, se encuentra regulada en el artículo 59° del “Código de Protección y Defensa del Consumidor, Ley N° 29571, donde se desarrolla de la siguiente manera:

<[⁴² W. VÁSQUEZ, «El derecho de desistimiento a favor del consumidor en los financiamientos trilaterales», *IUS 360*, 2012. Disponible en <<https://ius360.com/privado/civil/el-derecho-de-desistimiento-a-favor-del-consumidor-en-los-financiamientos-trilaterales/>> Consulta: 3 abril de 2020.](https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwjUhcCMg7HqAhXqI7kGHTAYB6cQFjAAegQIBhAB&url=http%3A%2F%2Frevistas.uap.edu.pe%2Ffojs%2Findex.php%2FLEX%2Farticle%2Fview%2F873&usg=AOvVaw3srVrEYoeoTRg0YLR7jE0_>. Consulta: 18 de febrero de 2020.</p></div><div data-bbox=)

⁴³ J. CARRASCO, «La necesidad de regular el derecho de desistimiento en los contratos electrónicos en el código de protección y defensa del consumidor», *Universidad de San Martín de Porres*, 2019. Disponible en <<http://repositorio.usmp.edu.pe/handle/usmp/5103>>. Consulta: 17 de enero de 2020.

⁴⁴ *Ibidem*.

“Artículo 59.- Derecho a la restitución

El consumidor tiene derecho a la restitución inmediata de las prestaciones materia del contrato de consumo en aquellos casos en que el proveedor haya incurrido en alguna de las prácticas indicadas en el artículo 58, cualquiera sea la modalidad de contratación empleada.

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

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

Corresponde al consumidor probar la causal que sustenta su derecho a la restitución y el ejercicio de este derecho conforme a lo dispuesto en el presente artículo”⁴⁵.

Como se puede observar, la primera diferencia entre el derecho de restitución y el *Right to Withdraw* es que el primero limita su alcance a los casos en que se configuren métodos comerciales agresivo o engañosos, los cuales se encuentran regulados en el artículo 58° del Código de Protección y Defensa del Consumidor de la siguiente forma:

⁴⁵ Dirección General de Desarrollo Normativo y Calidad Regulatoria y Hecho del MINJUS, *Código de Protección y Defensa del Consumidor, Ley N° 29571 y Normas Complementarias*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Lima, 2018, 2ª ed. p. 61. Disponible en <<https://www.indecopi.gob.pe/publicaciones-digitales>>. Consulta: 28 de marzo de 2020.

“58.1. El derecho de todo consumidor a la protección contra los métodos comerciales agresivos o engañosos implica que los proveedores no pueden llevar a cabo prácticas que mermen de forma significativa la libertad de elección del consumidor a través de figuras como el acoso, la coacción, la influencia indebida o el dolo.

En tal sentido, están prohibidas todas aquellas prácticas comerciales que importen:

a. Crear la impresión de que el consumidor ya ha ganado, que ganará o conseguirá, si realiza un acto determinado, un premio o cualquier otra ventaja equivalente cuando, en realidad: (i) tal beneficio no existe, o (ii) la realización de una acción relacionada con la obtención del premio o ventaja equivalente está sujeta a efectuar un pago o incurrir en un gasto.

b. El cambio de la información originalmente proporcionada al consumidor al momento de celebrarse la contratación, sin el consentimiento expreso e informado del consumidor.

c. El cambio de las condiciones del producto o servicio antes de la celebración del contrato, sin el consentimiento expreso e informado del consumidor.

d. Realizar visitas en persona al domicilio del consumidor o realizar proposiciones no solicitadas, por teléfono, fax, correo electrónico u otro medio, de manera persistente e impertinente, o ignorando la petición del consumidor para que cese este tipo de actividades.

e. Emplear centros de llamada (call centers), sistemas de llamado telefónico, envío de mensajes de texto a celular o de mensajes electrónicos masivos para promover productos y servicios, así como prestar el servicio de telemarketing, a todos aquellos números telefónicos y direcciones electrónicas que hayan sido incorporados en el registro implementado por el Indecopi para registrar a los consumidores que no deseen ser sujetos de las modalidades de promoción antes indicadas.

f. En general, toda práctica que implique dolo, violencia o intimidación que haya sido determinante en la voluntad de contratar o en el consentimiento

58.2. La presente disposición comprende todo tipo de contratación de productos o servicios, sea efectuada mediante contratos dentro o fuera del establecimiento del proveedor, ventas telefónicas, a domicilio, por catálogo, mediante agentes, contratos a distancia, y comercio electrónico o modalidades similares”.

En el modelo europeo, bajo un criterio de eficiencia y análisis económico del derecho, no se prohíben este tipo de prácticas, sino que para desincentivarlas se obliga a los vendedores o proveedores a dar información muy precisa y amplia, bajo sanción de que el consumidor puede ejercer derechos como *Right to Withdraw* y otras acciones punitivas. En el Perú, pese a la prohibición expresa de estas prácticas engañosas, siguiendo lo mencionado por Juan Espinoza-Espinoza, de manera fáctica no se prohíbe, pues si no se ejerce el derecho de restitución estos actos de todas formas quedan consentidos y por lo tanto despliegan sus efectos.

En otro punto, a través de la aprobación del “Proyecto de ley que modifica el artículo 47° del Código de Protección y Defensa del Consumidor incorporando norma que regula los contratos celebrados por vía telefónica”⁴⁶ se pretendía aplicar el derecho de desistimiento dentro de los 5 días para la contratación telefónica; no obstante, hasta la fecha, esta iniciativa no ha llegado a concretarse.

2.2.2. Relación entre la rescisión contractual del artículo 1371° del Código Civil y el *Right to Withdraw*

La rescisión, de acuerdo al artículo 1370° del Código Civil, “deja sin efecto un contrato por causal existente al momento de celebrarlo”. Esta figura jurídica, si bien

⁴⁶ Y. LESCANO, «Proyecto de ley que modifica el artículo 47° del Código de Protección y Defensa del Consumidor incorporando norma que regula los contratos celebrados por vía telefónica» (Lima: Congreso de la República del Perú, 2017), pp. 1-7. Disponible en <https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwjR_bzgw7HqAhUFGLkGHaNnB9QQFjAAegQIBhAB&url=http%3A%2F%2Fwww.leyes.congreso.gob.pe%2FDocumentos%2F2016_2021%2FProyectos_de_Ley_y_de_Resoluciones_Legislativas%2FP115520170405.D.pdf&usq=AOvVaw2-cStoUGnxXzOqswRjL9FB>. Consulta: 14 de abril de 2020.

claramente tiene impacto en el aspecto contractual, se enfoca en un aspecto muy general del derecho como es el tema civil. Por su parte, el *Right to Withdraw* es una figura jurídica perteneciente al derecho del consumidor, que es una rama jurídica muy específica, en contraste al derecho civil.

Tanto la rescisión como el derecho al desistimiento o *Right to Withdraw*, comparten un grado de similitud, pues ambas permiten que un acuerdo entre dos o más partes pierda eficacia, no obstante, la rescisión puede alegarse por cualquiera de las partes de la relación contractual e incluso por un tercero, a diferencia del *Right to Withdraw*, que protege solo al consumidor. Finalmente, es conveniente notar el *Right to Withdraw*, al ser un derecho del consumidor, se hace efectivo inicialmente en la vía administrativa, donde opera su protección; caso contrario sucede en la rescisión, que solamente puede efectivizarse a nivel contractual si ninguna de las partes se opone o se declarada a nivel judicial ante una controversia.

Un ejemplo sobre la relación entre ambas figuras se puede plantear en el caso que un vendedor o comerciante venda a un consumidor un bien ajeno a través de una página web. En este caso, si se pretende utilizar la figura de la rescisión, el contrato no sería eficaz, pues al momento de celebrarse el contrato de compraventa, este se hizo sobre un bien que no era del comerciante (bien ajeno), y por tanto perjudica al tercero dueño del bien, que podría plantear la rescisión del contrato por vía judicial, de modo tal que este no tenga efecto, lo cual en consecuencia afecta al comprador, que para conservar el bien tendría que demostrar indubitablemente su buena fe o simplemente esperar que el comerciante le restituya el precio pagado, todo en el marco de un proceso judicial que demanda tiempo y esfuerzo. Si se enfocara el caso desde los derechos del consumidor, el comprador, al tomar conocimiento de que le vendieron un bien ajeno, podría invocar el *Right to Withdrawal*, de manera tal que, de forma mucho más célere, el contrato perdería eficacia y este se desvincularía rápidamente, exigiendo la devolución del precio pagado por el bien y en consecuencia devolviendo este, dejando el asunto litigioso entre el vendedor y el tercero dueño del bien.

2.2.3. Relación entre la resolución contractual del artículo 1371° del Código Civil y el *Right to Withdraw*

La resolución, de acuerdo al artículo 1371° del Código Civil, “deja sin efecto un contrato válido por causal sobreviniente a su celebración”. Esta figura jurídica tiene un impacto en la esfera contractual y opera dentro del derecho civil; en cambio, el *Right to Withdraw*, como figura jurídica, está enmarcada dentro del ámbito de aplicación del derecho del consumidor, que es una rama jurídica muy específica, en contraste al derecho civil.

Tanto la resolución como el *Right to Withdraw* o derecho desistimiento se encuentran relacionados, ya que estas dos figuras permiten que un acuerdo entre dos o más partes pierda eficacia, no obstante, la resolución puede alegarse por cualquiera de la parte de la relación contractual, a diferencia del *Right to Withdraw*, que protege solo al consumidor. Siendo ello así, es importante señalar que el *Right to Withdraw*, al ser un derecho del consumidor, brinda una protección en sede administrativa; caso contrario sucede en la resolución, que puede efectivizarse a nivel contractual si ninguna de las partes se opone, de forma extrajudicial a través de medios alternativos de resolución de conflictos o por vía judicial.

CAPÍTULO III

NORMAS PERUANAS QUE ENTRAN EN CONFLICTO CON LA IMPLEMENTACIÓN DEL “RIGHT TO WITHDRAW” SEGÚN EL MODELO DE LA UNIÓN EUROPEA

3.1. Ley N° 29571, “Código de Protección y Defensa del Consumidor”

3.1.1. Ámbito de aplicación

De acuerdo al artículo III de la Ley N° 29571, “Código de Protección y Defensa del Consumidor”, el ámbito de aplicación de esta norma se extiende a los siguientes puntos: “1. El presente Código protege al consumidor, se encuentre directa o indirectamente expuesto o comprendido por una relación de consumo o en una etapa preliminar a ésta, 2. Las disposiciones del presente Código se aplican a las relaciones de consumo que se celebran en el territorio nacional o cuando sus efectos se producen en éste y 3. Están también comprendidas en el presente Código las operaciones a título gratuito cuando tengan un propósito comercial dirigido a motivar o fomentar el consumo”.

Respecto a este punto, es necesario notar que la competencia del INDECOPI se extiende claramente a los contratos celebrados y ejecutados en el Perú, a los contratos celebrados en el extranjero, pero ejecutados en el Perú, y; asimismo, a los contratos celebrados en territorio nacional pero cuya ejecución se configura en el extranjero. No obstante lo anterior, de acuerdo a Alfredo Maraví, “si el contrato se celebra en el extranjero y se ejecuta en Perú, pero todo el problema se debe a información incorrecta proporcionada en el extranjero, no serían competentes nuestras autoridades, sino las correspondientes al país donde se celebró el contrato”⁴⁷.

3.1.2. Noción de “consumidor” en la normativa y jurisprudencia

En el caso del consumidor final, el Código de Protección y Defensa del Consumidor vigente, señala textualmente en su artículo IV que son consumidores o usuarios:

“Las personas naturales **o jurídicas** que adquieren, utilizan o **disfrutan como destinatarios finales productos o servicios materiales e inmateriales, en beneficio propio** o de su grupo familiar o social, actuando así en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional. **No se considera consumidor** para efectos de este Código a quien adquiere, utiliza o disfruta de un producto o servicio **normalmente destinado para los fines de su actividad como proveedor**”.

También se hace mención que esta definición de consumidor alcanza a los “microempresarios que evidencien una situación de asimetría informativa con el proveedor respecto de aquellos productos o servicios que no formen parte del giro propio del negocio”.

⁴⁷ A. MARAVÍ, «Breves apuntes sobre el sistema de protección al consumidor en el Perú», *Equipo de Derecho Mercantil*, N° 11, 2013, pp. 31-41.

Esto está respaldado por jurisprudencia como la Resolución Final 664-2015/ILN-CPC, cuyo resumen es el siguiente:

*“Una persona natural dedicada a la venta de calzado denunció que el Banco emisor de su tarjeta de crédito incrementó la tasa de interés meses después de la contratación, sin comunicación previa. El Banco solicitó se evalúe la condición de consumidora de la denunciante por tratarse de una persona natural con negocio. La Comisión determinó que la denunciante podía acceder a la protección que dispensa el Código, al cumplir los requisitos para ser considerada microempresaria, y **en tanto el servicio financiero no formaba parte de su giro de negocio**”.*

Es así, que “el Código tutela de manera expresa, dentro del primer supuesto de su artículo IV, a las personas jurídicas que adquieren bienes o contratan servicios en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional. En estos casos no se requiere probar la existencia de asimetría informativa, pues esta se presume *iure et de iure*. Este supuesto se encuentra reflejado en el caso de las asociaciones y demás personas jurídicas de derecho privado sin fines de lucro, que en cumplimiento de su finalidad no lucrativa realizan actividades de carácter no empresarial y, en ese contexto, adquieren productos o contratan servicios. (Resolución N.º 3205-2011/SC2-INDECOPI, Resolución N.º 1387-2018/SPC-INDECOPI y Resolución N.º 1805-2019/SPC-INDECOPI)”⁴⁸.

Siendo lo anterior así, el conflicto que surgiría con el modelo europeo del *Right to Withdraw* es que este solamente protege a personas físicas (o personas naturales en nuestro ordenamiento jurídico) y en ninguna forma a personas jurídicas, aunque sean microempresas o entidades sin fines de lucro. Ante ello, dado que nuestra legislación amplía la protección a solo algunas personas jurídicas mientras estén

⁴⁸ L. CERRÓN ET AL., *Lineamientos sobre protección al consumidor*, Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección del Consumidor, Lima, 2019, p. 24. Disponible en <https://www.indecopi.gob.pe/documents/127561/4096468/Lineamientos_Protección_Consumidor_2019.pdf/9cd24063-5a91-dfbd-d97e-f38f61b86a40>. Consulta: 11 de enero de 2020.

alejadas de la actividad empresarial o profesional, así como a las microempresas en situación de asimetría informativa, ante una implementación de la figura del *Right to Withdrawal*, sería razonable mantener este alcance.

3.1.3. Restricciones de los consumidores en la devolución de bienes y salida de contratos

Si bien esta norma señala en el inciso e) de su artículo 1° que uno de los derechos del consumidor es la "reparación o reposición del producto, a una nueva ejecución del servicio, o en los casos previstos en el presente Código, a la devolución de la cantidad pagada, según las circunstancias", dicho derecho, de acuerdo a la misma norma en su artículo 59°, se puede ejercer por el consumidor solo en caso se configuren métodos comerciales agresivos o engañosos y en "un plazo de siete (7) días calendario, contados a partir del día en que se produjo la contratación del producto o servicio, o desde el día de su recepción o inicio de su ejecución, lo que ocurra con posterioridad, sin perjuicio de su derecho a ejercer las acciones administrativas pertinentes conforme a las disposiciones del presente Código o a solicitar la anulación del contrato en la vía jurisdiccional correspondiente".

Asimismo, este derecho, en atención al artículo 59° de esta norma, "se considera válidamente ejercido cuando el consumidor comunique fehacientemente al proveedor sobre ello y proceda a la devolución de los productos recibidos o solicite la interrupción del servicio contratado. Ejercido este derecho, el consumidor no asume reducción alguna del monto a ser devuelto en caso de que haya efectuado un uso normal del producto o disfrute del servicio, salvo que se haya generado un manifiesto deterioro o pérdida de su valor". Y finalmente la carga de la prueba que sustente la comisión de un método comercial agresivo o engañoso, y que sirve para que se configure el ejercicio del derecho de restitución, recae en el contribuyente.

Como se puede observar, existen diversas dificultades para el consumidor para devolver bienes adquiridos o dejar sin efecto contratos en el caso de servicios, lo

cual contrasta con la practicidad el *Right to Withdraw*, que no requiere ningún tipo de justificación ni prueba por parte del consumidor para retirarse del contrato y proceder a la devolución de bienes y dejar sin efecto contratos de servicios, dando así un plazo de 14 días para ejercer este derecho, aunado a que es requisito expreso para los comerciante informar al consumidor sobre la existencia del *Right to Withdraw*, bajo sanción de aumentarse considerablemente el plazo para su ejercicio por un año y multas administrativas, cosa que no ocurre para el caso del derecho de restitución.

3.2. Normatividad sobre los contratos de crédito en el sector financiero

3.2.1. Noción de consumidor financiero

De acuerdo al “Reglamento de Gestión de Conducta de Mercado del Sistema Financiero, aprobado por Resolución SBS N° 3274-2017”⁴⁹, un usuario o consumidor de un servicio financiero es aquella “persona que adquiere, utiliza o disfruta de los productos o servicios ofrecidos por la empresa, o que potencialmente podría utilizarlos, y que sea definido como tal, de conformidad con lo dispuesto por el Código (Código de Protección y Defensa del Consumidor, Ley N° 29571 y sus normas modificatorias)”. Como se aprecia, esta definición se encuentra elaborada de manera tal que no entra en ningún tipo de conflicto con el Código de Protección y Defensa del Consumidor vigente respecto a la definición de consumidor, por lo cual, ante una posible adopción de la figura del *Right to Withdrawal* (que solo es aplicable para personas naturales) sería razonable mantener el alcance a microempresas en situación de asimetría informativa y personas jurídicas ajenas a actividad empresarial y profesional.

⁴⁹ Superintendencia de Banca y Seguros del Perú, «Reglamento de Gestión de Conducta de Mercado del Sistema Financiero, aprobado por Resolución SBS N° 3274-2017» entrado en vigencia el 22 de agosto de 2017.

3.2.2. Complejidad de los contratos frente al desconocimiento de los consumidores

A lo largo de los años se han hecho muchos esfuerzos para que los contratos de servicios crediticios sean más accesibles y justos para la gran cantidad de sus usuarios, los cuales, no tiene por qué conocer términos técnicos que generen confusión o limiten su nivel de entendimiento de los documentos que firman. Uno de los mayores alcances en este aspecto se consiguió con la entrada en vigencia de la Resolución SBS N° 3274-2017 “Reglamento de la gestión de conducta de mercado del sistema financiero”, el cual, junto a otras mejoras como el perfeccionamiento de las cláusulas generales de contratación de las entidades del sistema financiero, propician un mejor ambiente de contratación en este sector. Dentro de su articulado, este reglamento ha buscado dar facilidades a los usuarios en la contratación de servicios financieros, así como mayor transparencia y claridad para este fin. Uno de los grandes ejemplos es su artículo 47°, que a la letra señala que:

“Artículo 47. Formalidades para la redacción de condiciones contractuales

47.1 Las empresas deben redactar las condiciones contractuales correspondientes a los productos y servicios financieros que ofrecen a los usuarios en un lenguaje sencillo y claro, que permita a estos una adecuada comprensión de las obligaciones y derechos que asumirían.

47.2 El contrato debe reflejar fielmente todas las estipulaciones necesarias para una correcta regulación de la relación entre los clientes y las empresas, sin hacer uso de tecnicismos y, cuando ello no sea posible, se debe explicar de forma precisa su significado”.

No obstante ello, la protección ofrecida por la norma peruana, a pesar de los esfuerzos en su mejora, no llega a ser lo amplia y eficiente que en el caso del *Right to Withdraw*, el cual tiene como uno de los principales pilares que justifican su existencia, la protección a las personas que no tienen un nivel adecuado de

entendimiento en temas contractuales o, a aquellas que pese a poder entender los términos de un contrato, no lo revisaron adecuadamente, teniendo o no teniendo la oportunidad. Respecto a las personas que no llegan a comprender los términos contractuales, esto se puede dar por muchos factores, como el analfabetismo, poco dominio del idioma en el que se encuentra el contrato, falta de comprensión lectora, etc.; es por ello, que es atendible brindarle a las personas que por el motivo que fuere no puedan llegar a un entendimiento pleno de los términos contractuales, la oportunidad de desistirse a lo que podrían haber firmado sin entender. En el caso de las personas que si llegan a entender los términos contractuales, también es atendible la amplia protección del *Right to Withdraw*, debido a que en gran cantidad de ocasiones las personas firman contratos sin leer todos los términos debido al gran esfuerzo que les resultaría leerlos, especialmente en el caso de las agencias bancarias, donde en ocasiones se dan largos tiempos de espera para ser atendido, lo cual genera la necesidad de acabar con la transacción lo más pronto posible, o simplemente se firma por cansancio o confianza en que no habrá mayor complicación a futuro.

Siendo ello así, la normativa de la Unión Europea, poniéndose en una gran cantidad de supuestos, prefirió proteger de manera amplia la facilidad a los consumidores para poderse retirar de contratos que a buena cuenta no llegaron a entender, por no poderlos comprender o por simplemente no leerlos de manera detallada para entenderlos. No es que se pretendiera justificar la falta de diligencia, solo que ante una gran infinidad de casos, que vistos de manera concreta podrían ser atendibles ante un tribunal, se consideró mejor garantizar una protección general, de 14 días (en la mayoría de casos), que permitiera retirarse a cualquiera que lo deseara, sin ningún tipo de justificación, de la gran mayoría de contratos de crédito, salvo excepciones como los créditos con garantía hipotecaria, arrendamiento financiero o similares, pues debido a la gran onerosidad que normalmente representan estas opciones de financiamiento, si es necesario convenir que la diligencia del consumidor deberá ser mayor a, por ejemplo, la obtención de un crédito de consumo o la apertura de una cuenta.

3.2.3. Restricciones para salir de contratos con entidades del sistema financiero

De acuerdo al inciso k), del numeral 1.1. del artículo 1° del Código de Protección y Defensa del Consumidor, los consumidores tienen “derecho al pago anticipado o prepago de los saldos en toda operación de crédito, en forma total o parcial, con la consiguiente reducción de los intereses compensatorios generados al día de pago y liquidación de comisiones y gastos derivados de las cláusulas contractuales pactadas entre las partes, sin que les sean aplicables penalidades de algún tipo o cobros de naturaleza o efecto similar”. Por lo tanto, no existen restricciones legales ni pecuniarias para retirarse de una posición contractual en un contrato de crédito, más allá de tener que cumplir las obligaciones generadas (por ejemplo, devolver el capital más intereses, pagar costos administrativos, etc.), no obstante, si es bastante común encontrarse con restricciones administrativas. Por ejemplo, en la gran mayoría de casos, para cancelar una cuenta corriente, es necesario que el representante legal presente una solicitud por escrito al banco, que entregue una vigencia de poderes y en caso tenga fondos, que cuente con otra cuenta abierta en otro banco para cobrar estos a través de un cheque, pues de lo contrario deberá pagar una tasa adicional para que se lo depositen por consignación o a otra cuenta.

3.3. Decreto Legislativo N° 295, “Código Civil Peruano”

En esta norma se regula la rescisión (artículo 1370°) y la resolución (artículo 1371°) de los contratos, lo cual posibilita, que, dadas ciertas circunstancias, se deje sin efecto un contrato. La rescisión “deja sin efecto un contrato por causal existente al momento de celebrarlo”, y en consecuencia, de acuerdo a la Casación N° 3889-2001-Lima, “se considera que el contrato se celebró válidamente, pero por razón de la rescisión queda sin efecto, o sea es ineficaz; en consecuencia, el contrato rescindido deja de dar lugar a la creación de la relación jurídica patrimonial, pero se reconoce su validez (...) en consecuencia, el efecto retroactivo obligacional de la rescisión da lugar a que las partes deban restituirse las respectivas prestaciones, o si ello no fuera posible, reembolsar el valor que tenía al tiempo de celebrarse el contrato”.

En cuanto a la resolución, esta “deja sin efecto un contrato válido por causal sobreviniente a su celebración”, como por ejemplo, el incumplimiento de las cláusulas del contrato o por un evento fortuito o de fuerza mayor. En cuanto a las consecuencias jurídicas de estas figuras, “la rescisión y la resolución son dos formas de ineficacia funcional del contrato. Se rescinde o se resuelve un contrato que existe válidamente”⁵⁰; es por lo anterior, que los efectos jurídicos de estas figuras son similares a los del *Right to Withdraw*, según el contrato del caso en concreto (en el punto 1.2.3. de este trabajo se aclara que en el caso de la Directiva 2002/65/CE, el tratamiento que corresponde es el de la rescisión, y en la Directiva 2008/48/CE y Directiva 2011/83/UE, el tratamiento correspondiente es el de la resolución; según el contenido de las mismas normas).

El principal conflicto de estas figuras con el *Right to Withdraw*, es que a diferencia de esta última, cuyo ejercicio jurídico es práctico y célere al encontrarse en la vía administrativa y dar de manera unilateral a los consumidores la posibilidad de desistirse de un contrato, en el caso de las figuras civiles, éstas, como es natural, recurren para su declaración a la vía judicial, la cual es demasiado lenta y onerosa en tiempo y dinero, o extrajudicial (medios alternativos de resolución de conflictos), la cual implica tener que gastar montos dinerarios contratando a un tercero (conciliador o mediador) con la expectativa que no se llegué a la vía judicial.

Claramente las figuras de la rescisión y resolución tienen un gran alcance debido a la amplitud de aplicación según el caso concreto, no obstante, las grandes dificultades que implica su ejercicio, especialmente en la vía judicial, en la cual debe probarse la causal de resolución o rescisión, la hacen inviable para una solución rápida, contrastando con la protección rápida, general y sin expresión de causa, que ofrece el *Right to Withdraw*.

⁵⁰ TORRES, A. (2012). *Teoría general del Contrato*. Tomo II, Lima: Instituto Pacífico, p. 1129.

CAPÍTULO IV

RETOS CONTRACTUALES E IMPACTO A NIVEL EMPRESARIAL QUE GENERARÍA UNA POSIBLE APLICACIÓN DEL “RIGHT TO WITHDRAW” SEGÚN EL MODELO DE LA UNIÓN EUROPEA

4.1. Adecuación contractual de las empresas al modelo del “*Right to Withdraw*”

Dadas las características del *Right to Withdraw*, los principales sectores empresariales que tendrían que adecuarse a este modelo son los siguientes: a) el sector retail, b) el sector financiero y c) el sector comercio en general. Es necesario volver a mencionar, que este derecho, de acuerdo al marco jurídico de la Unión Europea, solo es ejercitable en contratos a distancia, los contratos celebrados fuera del establecimiento, los contratos de crédito y los contratos de comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores; por lo cual, es sobre estas formas contractuales que cualquier adecuación en la realidad peruana debería plantearse.

4.1.1. El sector retail

Actualmente, las empresas de este sector manejan políticas de cambios y devoluciones de sus productos, las cuales, si bien es cierto respetan la Ley de Protección y Defensa del Consumidor, son en muchos términos establecidas de

acuerdo al propio criterio de la empresa, de manera poco uniforme y sin las altas exigencias de información que el *Right to Withdraw* requiere.

Un primer punto importante en este sector es el plazo de devolución o cambio. Por ejemplo, la empresa Supermercados Peruanos S.A.⁵¹ mediante su marca PlazaVea, fija en general un plazo para la solicitud de devolución y cambio de siete (07) días; Tiendas Peruanas S.A.⁵² a través de su marca Oechsle fija un plazo de ciento veinte (120) días y en Saga Falabella⁵³ el plazo es de ciento veinte (120) días, siendo que estos plazos están fijados tanto para productos adquiridos en tienda así como para productos adquiridos por a distancia (los que serían objeto del *Right to Withdraw*).

Como se puede apreciar en estos tres casos tomados como ejemplo, dos empresas fijan un plazo muy amplio, ello en mérito a una política de total satisfacción para los clientes (lo cual contribuye a su posicionamiento en el mercado) que es muy superior a lo exigido por el *Right to Withdraw*, no obstante, una de las empresas cuenta con un plazo inferior a los requerimientos del *Right to Withdraw*. Es claro que en cierta medida el mercado regula este aspecto, pues la empresa que quiera posicionar más su marca garantizando la satisfacción de sus clientes, tendrá políticas más laxas de devolución y cambio, no obstante, siempre es necesario un estándar mínimo legal, que garantice la protección a los consumidores, más allá de la autoregulación del mercado.

También es necesario aclarar que para efectivizar las devoluciones en el sector retail, normalmente se hace a través de notas de crédito entregadas al consumidor por la empresa, las cuales, debido justamente a la falta de adecuada información que brindan estas entidades, se asumen que son solo para consumir otros productos

⁵¹ Supermercados Peruanos S.A., «Política de cambios y/o devoluciones de Plaza Vea», Disponible en <<https://www.plazavea.com.pe/politicas-de-cambios-y-devoluciones>> Consulta: 4 mayo de 2020.

⁵² Tiendas Peruanas S.A., «Política de cambios y/o devoluciones de Oechsle», Disponible en <<https://www.oechsle.pe/garantia-y-devoluciones>> Consulta: 5 mayo de 2020.

⁵³ Saga Falabella S.A., «Política de cambios y/o devoluciones de Saga Falabella». Disponible en <<https://www.falabella.com.pe/falabella-pe/page/Cambios-y-Devoluciones?staticPageId=20100001>>. Consulta: 5 abril de 2020.

dentro de las tiendas (que es el caso de cambio del producto); no obstante, si se revisa adecuadamente los términos y condiciones, es claro que ello no es así debido a que estos documentos prevén también la devolución del producto, lo que conlleva la devolución total del dinero. En sus políticas de cambios y devoluciones, sobre las notas de crédito, Supermercados Peruanos S.A. menciona que “la devolución o cambio de mercadería implica la generación de un comprobante de pago vinculado a la transacción original, denominado “Nota de crédito”, así mismo implica la entrega física (devolución) de la mercadería por parte del cliente a la tienda”, Tiendas Peruanas S.A. señala que “en caso el cliente haya cancelado a través de una tarjeta de crédito y solicite la devolución a través de una Nota de Crédito para comprar en tiendas físicas, acepta y declara estar en conocimiento de que la venta original mantiene las condiciones de crédito pactadas previamente toda vez que no se ha efectuado el extorno correspondiente, debiendo cancelar los intereses bancarios generados por la compra original” y Saga Falabella S.A. indica que “la devolución se realizará según el medio de pago utilizado en la transacción de la compra original. La nota de crédito correspondiente se enviará por correo electrónico al cliente. No se devolverá el monto cancelado por el flete”. Por lo tanto, como se ha evidenciado, la nota de crédito no impone restricción alguna para tener que comprar obligatoriamente en la misma tienda en caso de devoluciones (es una opción en el caso de cambios), solo es un documento que acredita la disminución en las ventas para la empresa y el derecho de devolución o cambio para el cliente.

En el caso particular del sector retail, algunos autores, como Ben-Shahar y Posner, no están de acuerdo con la naturaleza obligatoria que el *Right to Withdraw* tiene en la Unión Europea, y en virtud a ello señalan lo siguiente:

“Si la razón por la cual las jurisdicciones europeas hacen obligatorio el derecho (*Right to Withdraw*) es la preocupación de que los proveedores de lo contrario se contraerían habitualmente, esta preocupación es errónea. Los proveedores generalmente optan por el régimen de retiro, como lo sugieren los ejemplos de Wal-Mart y Target. La política de devolución no es el tipo de término en letra pequeña que pasa desapercibido, oculto a la vista de los

consumidores. Los compradores buscan información sobre las políticas de devolución de los vendedores, porque la mayoría de los compradores anticipan las devoluciones como una contingencia no trivial. De hecho, las políticas de devolución se publican regularmente de manera visible. Los artículos de subasta de eBay, por ejemplo, muestran información sobre el artículo, el envío y la política de devolución. Existen circunstancias únicas, pocas y distantes, en las que la naturaleza obligatoria del derecho podría justificarse sobre la base de información asimétrica. Las ventas puerta a puerta son quizás uno de esos contextos. Pero más allá de estos casos, el contrato óptimo que contiene un derecho de desistimiento no necesita ser obligatorio. Las partes deben tener la libertad de renunciar a su derecho a retirarse para obtener un descuento, porque hay situaciones, por ejemplo, cuando los compradores pueden inspeccionar fácilmente el producto y los costos de depreciación son altos, en los que no es aconsejable el derecho de retiro”⁵⁴.

Al respecto, es necesario mencionar que otra de las problemáticas es justamente la oportunidad y lo adecuada que es la información brindada a los consumidores sobre sus cambios y devoluciones. Como se ha evidenciado, esta información está disponible para toda persona en la página web de las empresas del sector retail, no obstante, al momento de la compra no se suele informar de manera expresa estas condiciones, más allá de enlaces de referencia. El *Right to Withdraw* de acuerdo al marco europeo, exige al vendedor, comerciante o proveedor, poner a disposición

⁵⁴ O. BEN-SHAHAR Y E.A. POSNER, "The Right to Withdraw in contract law", *Journal of Legal Studies*, Vol. 2, N° 514, 2010, p. 20. Disponible en <<https://doi.org/10.1086/658403>>. Consulta: 08 de mayo de 2020. Traducción original del siguiente texto: “*If the reason why European jurisdictions make the right mandatory (Right to Withdraw) is the concern that providers would otherwise contract habitually, this concern is wrong. Vendors generally opt for the withdrawal regime, as the examples from Wal-Mart and Target suggest. The return policy is not the kind of small print term that goes unnoticed, hidden from the view of consumers. Buyers seek information on sellers' return policies, because most buyers anticipate returns as a non-trivial contingency. In fact, return policies are regularly posted in a conspicuous way. EBay auction items, for example, display information about the item, shipping, and return policy. There are unique, few and far between circumstances in which the mandatory nature of the right could be justified on the basis of asymmetric information. Door-to-door sales are perhaps one of those contexts. But beyond these cases, the optimal contract containing a right of withdrawal need not be binding. The parties should be free to waive their right to withdraw to obtain a discount, because there are situations, for example, when buyers can easily inspect the product and depreciation costs are high, in which the right to retirement*”.

del consumidor un formulario para que este pueda ejercer este derecho y conozca los pormenores del plazos y procedimiento, de modo tal que existe una absoluta seguridad que conocía que tenía este derecho, lo cual actualmente no está presente en el contexto peruano.

4.1.2. Sector Financiero

El sector financiero, en virtud al principio de especialidad, se encuentra regulado de manera general por la Superintendencia de Banca y Seguros y AFP y en temas específicos relativos a los consumidores, por INDECOPI. No obstante lo anterior, este sector no tiene dentro de su normativa todos los elementos esenciales del modelo europeo de *Right to Withdraw* o derecho al desistimiento, el cual se encuentra regulado por la Directiva 2008/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre contratos de crédito y por la Directiva 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre la Comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores.

Para que el modelo europeo del *Right to Withdraw* sea aplicable al sector financiero, debería contemplar mecanismos mediante los cuales los clientes puedan retirarse de manera celer, fácil y efectiva, de este tipo de contratos. En ese sentido, el gran reto para el sector financiero sería adecuar las cláusulas generales de contratación, las cuales son objeto de revisión previa con el principal fin de “delimitar cuándo una cláusula podía ser calificada de abusiva”⁵⁵, para acercarse a un esquema más proteccionista como el del *Right to Withdraw*, de modo tal, que dentro de su contenido, se estipule de manera taxativa la obligación de informar a los consumidores de manera clara, adecuada y de forma tal que pueda ser verificable (por ejemplo, con la entrega de un formulario que el cliente lea y llene con su conformidad, y necesariamente deba conocer su derecho al desistimiento para ello) sobre su derecho a desistir del contrato en el plazo de 14 días, sin ningún tipo de

⁵⁵ A. CAÑIZARES-LASO, «Control de incorporación y transparencia de las condiciones generales de la contratación. Las cláusulas suelo», *Revista de Derecho Civil*, Vol. 3, N° 2, 2015, p. 68. Disponible en <<https://nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/view/149/121>>. Consulta: 12 de abril de 2020.

justificación o penalización y solo asumiendo los gastos correspondientes a los intereses generados por el tiempo transcurrido.

En cuanto al citado formulario que garantice una estándar de protección adecuado a los usuarios de servicios financieros, el personal que guía al usuario del servicio financiero en el proceso de contratación, debe asegurarse que este lo lea y entienda, explicándole de manera clara las partes integrantes del formulario. De acuerdo al modelo planteado en la Directiva 2008/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, este formulario debería encontrarse estructurado de la siguiente forma:

- a) Una primera sección que contenga todos los datos de contacto de la entidad financiera que otorga el crédito, siendo mínimamente estos el nombre completo de la entidad, dirección o direcciones, números de teléfono, correo electrónico y dirección de página web, debiendo asegurarse la entidad de que todos estos canales de contacto sean útiles y de fácil acceso. Asimismo, si es que correspondiera, información similar del prestamista o sectorista que captó al cliente.
- b) Una descripción de las características principales del producto crediticio como el tipo de crédito, importe total del crédito, condiciones que rigen la disposición de fondos, duración del contrato de crédito, los plazos y orden o secuencia en que los pagos deben realizarse, condiciones aplicables para el desembolso o disposición de fondos, importe total que deberá pagar el usuario del servicio y otros relevantes, como garantías que requiere la entidad, condiciones para reembolsos de pagos mayores a los estipulados, si el crédito se concede en forma de pago diferido por un bien o servicio o está relacionado con el suministro de bienes específicos o con la prestación de un servicio, etc.
- c) Una sección donde se especifiquen los costes del crédito, como: i) el tipo deudor, o de corresponder, tipos deudores aplicables al contrato; como, por ejemplo, si la tasa es fija o es variable y ii) la TREA o tasa de rendimiento efectivo anual, de modo que facilite su comparación con otras opciones.

- d) Que se definan condiciones adicionales al contrato de crédito, como si se debe tomar algún tipo de póliza de seguro que garantice el crédito o si al contratar el servicio financiero se toma o se debe tomar algún servicio adicional. Si estos costes adicionales no se especifican, no podrán ser cargados al usuario.
- e) Sección donde se definan los costos relacionados al contrato, como por ejemplo: i) el mantenimiento de una o más cuentas en donde se registren las diversas transacciones para poner en disposición del cliente el crédito, ii) importe o costos por el uso de medios de pago para el servicio a la deuda, como tarjetas de crédito, iii) otros costos que se deriven del contrato, iv) las situaciones o condiciones que devienen en un cambio de los gastos relacionados al contrato, v) de corresponder, honorarios de la notaria o costos registrales y iv) costo por mora en el servicio de la deuda así como otras consecuencias posibles de manera expresa, como por ejemplo la venta forzosa del bien que funge de garantía, disminución de la calidad crediticia, etc.)
- f) Sección que señale otros aspectos jurídicos relevantes como: i) el derecho a desistimiento, en el caso que opere esta figura, ii) el derecho a reembolso anticipado, que consiste en poder devolver anticipadamente, total o parcialmente, el crédito en cualquier momento, iii) compensaciones que tendría la entidad financiera en casos de reembolso anticipado, cuando apliquen, iv) información inmediata y sin cargo del resultado de una consulta de una base de datos si se rechaza la solicitud de crédito sobre la base de una consulta de ese tipo. Esto no se aplica si la difusión de esa información está prohibida por el derecho interno del país o es contraria a los objetivos de orden público o de la seguridad pública, v) derecho a tener copia del precontrato previo a la firma, salvo que la entidad no desee celebrar el contrato y vi) tiempo de validez de la información precontractual, o sea, de que fecha a que fecha la información recogida en el precontrato es válida.
- g) Legislación aplicable a las partes, así como existencia y acceso a los procedimientos judiciales y extrajudiciales que hubiere.

- h) Información sobre la lengua en que se celebra el contrato, así como facilidades de traducción, tanto oral como escrita, si la persona no domina la lengua en que se celebra el contrato.
- i) Finalmente, deberá haber una sección donde se señale información adicional para el caso de servicios financieros a distancia, de corresponder.

4.1.3. Sector Comercio en General

Si bien es cierto que en general las empresas dedicadas al comercio respetan en sus políticas de cambios y devoluciones las disposiciones establecidas por el Código de Protección y Defensa del Consumidor, dichas disposiciones no se adecuan al modelo europeo del *Right to Withdraw*. Para tener un panorama más claro sobre los aspectos cuya adecuación sería necesaria, en esta investigación se revisó la política de cambios y devoluciones de cuatro empresas del sector comercio (Kawasaki Perú, Protuner, Manufacturas San Isidro S.A.C. y Hero Brands S.A.C.), que tienen como uno de sus canales de comercialización las llamadas “tiendas en línea”, las cuales son “páginas o perfiles en las redes sociales para alcanzar sus objetivos de ventas”⁵⁶.

Producto de esta revisión, se ha observado que las políticas de cambios y devoluciones no son uniformes en aspectos como el plazo, pues en el caso de la empresa Kawasaki Perú⁵⁷, se contempla como plazo para la devolución y cambio de los productos adquiridos en sus tiendas, tanto físicas como virtuales (estas últimas son las que se encuentran dentro de la aplicación del *Right to Withdraw*) solo cinco (05) días, la empresa Protuner⁵⁸ por su parte, tiene un plazo máximo de

⁵⁶ L. GORDILLO, M.FERNÁNDEZ Y M. HURTADO, «Análisis de la información comercial electrónica de tiendas en línea de flamenco: complementos, textiles y zapatos», *Revista del Centro de Investigación Flamenco Telethusa*, Vol. 13, N° 11, 2018, pp. 31-45. Disponible en <<https://doi.org/10.23754/telethusa.111305.2018>>. Consulta: 08 de mayo de 2020.

⁵⁷ Kawasaki Perú, «Política de cambios y/o devoluciones de Kawasaki Perú». Disponible en <<https://www.kawasaki.com.pe/terminos-condiciones>>. Consulta: 5 mayo de 2020.

⁵⁸ Empresa Protuner, «Política de cambios y/o devoluciones de Protuner». Disponible en <<https://www.protuner.pe/politica-de-cambios-y-devoluciones>> Consulta: 5 mayo de 2020.

siete (07) días, la empresa Manufacturas San Isidro S.A.C.⁵⁹ (Pioneer) da un plazo de siete (07) días y la empresa Hero Brands S.A.C.⁶⁰ fija como plazo quince (15) días. Al igual que en el caso específico de las empresas de retail, esta diversidad de plazos para efectuar la devolución o cambio de los productos responde a una estrategia de ventas y de fidelización de clientes, pues al darse un mayor plazo, se entiende que se da mayores garantías de satisfacción; no obstante, esto también genera una posibilidad de incertidumbre o confusión a los clientes, pues si una empresa da un plazo mayor, estos pueden asumir que en todas las empresas es igual.

Otro punto de necesaria adaptación es el referido a las circunstancias para hacer cambios o devoluciones. Salvo la empresa Manufacturas San Isidro S.A.C, las demás (Kawasaki Perú, Protuner y Hero Brands S.A.C.) establecen que deberá ser necesario que exista algún desperfecto, falla, falta, error en las características o incumplimiento en los plazos de entrega, para que proceda un cambio o devolución. En el caso concreto de la empresa Hero Brands S.A.C., incluso se señala dentro de sus políticas de cambios y devoluciones, que la devolución del dinero pagado solo se dará cuando no exista stock disponible del producto ordenado, por lo que se entiende, que, pese a que se solicite una devolución, no se obtendrá el dinero de vuelta, sino solo un saldo a favor para adquirir otro producto.

También quedaría el reto pendiente de adecuar los requisitos de información respecto a cambios y devoluciones, de modo tal que se implementen medidas más exigentes, no solo poniendo a disposición la información en una cartilla o por medio web, sino asegurándose que el consumidor realmente ha conocido dicha información, con medios similares al planteado en el modelo europeo del *Right to Withdraw*, que es a través de la entrega de un formulario adicional a una cartilla informativa, el cual debe ser explicado como un método para ejercer este derecho.

⁵⁹ Manufacturas San Isidro S.A.C., «Política de cambios y/o devoluciones de Manufacturas San Isidro S.A.C.». Disponible en <<https://www.pionier.pe/acerca/cambios-y-devoluciones>> Consulta: 5 mayo de 2020.

⁶⁰ Hero Brands S.A.C., «Política de cambios y/o devoluciones de Hero Brands S.A.C.». Disponible en <<https://www.superga.pe/pages/cambios-y-devoluciones>>. Consulta: 5 mayo de 2020.

4.2. Impactos económicos potenciales que asumiría el sector empresarial en caso se aplique la figura jurídica del “*Right to Withdraw*”

Todo cambio legislativo, de manera directa o indirecta, genera un impacto económico en aquellos cuya aplicación alcanza. Un ejemplo de impacto directo de una modificación legislativa sería en el escenario de un eventual aumento de la tasa impositiva del impuesto a la renta empresarial, lo cual claramente afectará directamente a las empresas, las cuales tendrán que asumir mayores desembolsos para cumplir con sus obligaciones con el fisco; por su parte, un impacto indirecto, se daría a los clientes de las empresa afectadas con el aumento del impuesto a la renta empresarial, debido a que las empresas, para mantener sus márgenes de ganancia, probablemente podrían decidir aumentar sus precios. Es más, también diversa actividad del Estado, sobre la cual incluso la población puede conocer muy poco, puede generar un impacto económico indirecto, como por ejemplo, una eventual subida de la tasa de interés de referencia por parte del BCR a través de una decisión de su directorio, lo cual generaría de manera indirecta, mayores tasas de interés para los consumidores de servicios financieros.

Al igual que en estos ejemplos, las modificaciones normativas e incluso legislativas necesarias para la adopción del *Right to Withdraw* en el sistema jurídico peruano, generarían impactos económicos, tanto directos como indirectos en el sector empresarial. El impacto directo inmediato sería que las empresas a las cuales les alcance la aplicación del *Right to Withdraw*, tendrían que adaptar sus mecanismos de información y contratos a este marco normativo, lo cual generaría gastos en capacitación a personal, adecuación de medios digitales a la nueva información y asesoría jurídica para implementar los cambios que deberían asumir. Otro impacto directo se configuraría en la misma gestión empresarial, pues la logística de las empresas, que se encuentra preparada para una proyección de cambios y devoluciones en base a la experiencia y marco normativo con el que venían operando, deberá ser adaptada para seguir operativa ante un probable aumento de las devoluciones de productos (lo que significa mayor inversión en logística), con un esquema como el del *Right to Withdraw*, que facilita ello.

En cuanto a los impactos económicos indirectos, las empresas asumirían un mayor costo en la operación de sus servicios de venta digital, y en el caso de contratos de crédito presencial, ya que es razonable suponer que los consumidores, al tener la oportunidad de desistirse de un contrato en el plazo de 14 días sin ningún tipo de justificación en ejercicio del *Right to Withdraw*, se volverían más propensos a contratar, incluso ya con la intención de desistirse, lo cual aumenta los costos operativos de las empresa al tener que atender mayor volumen de clientes pero mantener un mismo nivel de ventas; en otras palabras, aumentaría el costo de adquisición de clientes. Es así que “en general, la investigación empresarial ha demostrado que las políticas indulgentes de devolución han provocado un aumento de las compras de los consumidores. También han concluido que la clemencia monetaria y la clemencia al esfuerzo influyen positivamente en las compras, y que la clemencia del tiempo y la clemencia de cambio reducen las tasas de retorno, mientras que la clemencia del alcance, por otro lado, influye en las personas para devolver bienes”⁶¹.

4.3. Beneficios a nivel empresarial de la aplicación de la figura jurídica del “*Right to Withdraw*”

Así como pueden surgir impactos negativos, especialmente en el aspecto económico, con la implementación del *Right to Withdraw* de acuerdo al enfoque europeo, también se pueden generar efectos positivos para las empresas producto de esta implementación. Un claro ejemplo de ello sería el posible aumento de compradores, ya que indirectamente, los catorce días de plazo para desistirse de los contratos pueden generar un mensaje de preocupación y búsqueda de la verdadera satisfacción de los clientes, lo cual generaría un mayor consumo y mejor valoración a la marca o empresa. Hay que aclarar, que también es posible lo contrario, pues autores como Georg von Wangenheim y Werner Güth señalan que “cuando la ley no otorga el derecho de desistimiento (*Right to Withdraw*), pero el vendedor lo ofrece voluntariamente, el comprador puede interpretar esto como un acto amistoso y corresponder al no utilizarlo indebidamente. Sin embargo, cuando la ley otorga el derecho, el vendedor no puede enviar dicha señal y el comprador puede estar

⁶¹ P. SANCHEZ, F. OLIVA, Y J. MARTÍNEZ, «The Right of withdrawal in consumer contracts : A comparative analysis of American and European Law», *InDret Revista para el Análisis del Derecho*, N° 3 2018, p. 44. Disponible en <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3260506>. Consulta: 02 de abril de 2020.

más inclinado a hacer un mal uso del derecho a su propio beneficio”⁶². En este escenario, tendría que entrar a jugar la competitividad que quiera dar la empresa, aumentando el plazo de catorce días para lograr el efecto deseado de apreciación hacia la empresa o marca.

⁶² G. VON WANGENHEIM Y W. GÜTH, «Fairness Crowded Out by Law: An Experimental Study on Withdrawal Rights», *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, Vol. 1, N° 163, 2007, p. 106. Disponible en <<https://www.jstor.org/stable/40752627?seq=1>>. Consulta: 09 de mayo de 2020. Traducción original del siguiente texto: “*When the law does not grant the right of withdrawal (Right to Withdraw), but the seller offers it voluntarily, the buyer can interpret this as a friendly act and correspond by not using it improperly. However, when the law grants the right, the seller cannot send such a signal and the buyer may be more inclined to misuse the right for their own benefit.*”

CAPÍTULO V

LA POSIBILIDAD DE IMPLEMENTACIÓN DEL “RIGHT TO WITHDRAW” EN EL DERECHO PERUANO DE ACUERDO AL ENFOQUE DE LA LEGISLACIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA

5.1. Retos pendientes para la implementación del *Right to Withdraw* en la realidad jurídica peruana

Implementar en el derecho peruano una figura jurídica propia del derecho común europeo como el *Right to Withdraw*, que incluso no está libre de detractores en los países donde se aplica, es una tarea compleja y que requiere que la legislación actual adapte figuras que ha desarrollado de manera incipiente, o de plano, no ha desarrollado.

En el caso de la venta a domicilio o también llamada “puerta a puerta”, en el Perú no existe una regulación clara sobre el tema (lo más cercano es lo contenido en el artículo 59° del Código de Protección y Defensa del Consumidor “derecho a la restitución” pero que exige que se pruebe el método comercial agresivo o engañoso empleado por el vendedor), pese a que, en su momento, el Proyecto de Ley N° 1944/2007-CR pretendía regular el derecho a retractarse, muy similar al *Right to Withdraw* europeo, donde se incluía esta figura. Es así que en un contexto de aplicación del *Right to Withdraw* es necesaria la regulación de este tipo de ventas, pues:

“El principal problema radica en que el consumidor es presionado para que celebre el contrato, solo para deshacerse del vendedor que invade su privacidad. Una posible solución a este problema sería diseñar el proceso de contratación de tal manera que los vendedores puerta a puerta estén obligados a vender sus productos en dos etapas. En la primera etapa, se les permitiría visitar clientes potenciales y mostrar los productos que desean vender. Un contrato celebrado en esta etapa del proceso de contratación no sería válido. Solo en una segunda etapa (después de que el vendedor salió de la casa), un contrato válido se puede concluir haciendo una llamada telefónica, enviando un formulario o solicitando el producto en un sitio web. Por supuesto, esto requeriría que el cliente conozca estas reglas de protección, pero se trata de informarle sobre estos derechos. En los contratos a distancia, podemos pensar en mecanismos similares para superar el problema de que el consumidor no tiene suficiente información sobre el producto. Por lo tanto, los legisladores que desempeñan el papel de arquitectos elegidos podrían ayudar a encontrar el diseño óptimo para los derechos de retiro”⁶³.

Como se puede apreciar, esta propuesta es completamente viable y mejoraría el nivel de protección al consumidor, lo que implicaría una adaptación contractual de los vendedores a estas exigencias.

Por su parte, en cuanto al “comercio electrónico y la venta a distancia se caracterizan generalmente por una relación comercial comprador-vendedor en la que no se encuentran

⁶³ J. SMITS, «The Right to Change Your Mind? Rethinking the Usefulness of Mandatory Rights of Withdrawal in Consumer Contract Law», *Penn State International Law Review*, N° 29, 2010 pp. 1-12. Disponible en <<http://ssrn.com/abstract=1719104>>. Consulta: 07 de mayo de 2020. Traducción original del siguiente texto: “*The main problem is that the consumer is pressured to enter into the contract, only to get rid of the seller who invades their privacy. A possible solution to this problem would be to design the contracting process in such a way that door-to-door salespeople are forced to sell their products in two stages. In the first stage, they would be allowed to visit potential customers and show the products they want to sell. A contract entered into at this stage of the recruitment process would not be valid. Only in a second stage (after the seller left the house), a valid contract can be concluded by making a phone call, submitting a form or ordering the product on a website. Of course, this would require the customer to be aware of these protection rules, but it is about informing them of these rights. In distance contracts, we can think of similar mechanisms to overcome the problem that the consumer does not have enough information about the product. Therefore, legislators playing the role of elected architects could help find the optimal design for withdrawal rights.*”

cara a cara. Existe una desventaja notable para el comprador electrónico o el consumidor electrónico que realiza una compra en línea, ya que solo está disponible una representación virtual del producto. Como tal, la desventaja más importante para el consumidor electrónico es la falta de familiaridad con el producto. Además de no poder verificarlo físicamente y en detalle, el consumidor electrónico tampoco tiene acceso directo a un vendedor para obtener más información sobre la forma adecuada y segura de instalar y usar el producto o incluso recibir asistencia instantánea”⁶⁴. Esta problemática, tampoco ha sido prevista a profundidad en nuestra legislación con un medio tan efectivo como lo sería el *Right to Withdraw*, el cual garantizaría mayor protección al consumidor, no dejando a la libre discrecionalidad de las políticas de cambios y devoluciones de las empresas, el asegurar la satisfacción del cliente al adquirir productos o servicios de manera remota.

También es probable que ante la implementación de una medida como el *Right to Withdraw*, el sector empresarial al que le alcance la aplicación esta figura, no esté de acuerdo con su aplicación, pues desde su perspectiva se pueden verificar impactos económicos negativos que superan los positivos. Dejar abierta la posibilidad al libre desistimiento de manera tan amplia como lo contempla el *Right to Withdraw*, también podría ser una forma de afectación a uno de los principios más importantes del derecho contractual, el “*Pacta sunt servanda*” o que lo pactado obliga.

“El *Pacta sunt servanda* es un principio fundamental para un sistema liberal de derecho privado. En resumen, la ley de contratos dicta que cada persona está obligada por los contratos en los que ha entrado voluntariamente. Este principio también es fundamental con respecto a la eficiencia de un sistema legal. Si no existiera, los acuerdos a largo plazo no podrían alcanzarse

⁶⁴ P. BAGHERI Y K. HALILI, «Access to information and rights of withdrawal in Internet contracts in Iran: The legal challenges», *Computer Law and Security Review*, Vol. 1, N° 31, 2015, pp. 90-98. Disponible en <<https://doi.org/10.1016/j.clsr.2014.11.006>>. Consulta: 08 de abril de 2020. Traducción original del siguiente texto: “*e-commerce and distance selling are generally characterized by a buyer-seller business relationship in which they are not face-to-face. There is a notable disadvantage for the electronic shopper or electronic consumer making an online purchase, as only a virtual representation of the product is available. As such, the most significant disadvantage for the electronic consumer is a lack of familiarity with the product. In addition to not being able to verify it physically and in detail, the electronic consumer also does not have direct access to a seller to obtain more information on the proper and safe way to install and use the product or even receive instant assistance*”.

fácilmente por temor a que la aplicación no sea práctica. El derecho contractual se limitaría más o menos a los acuerdos que rigen los contratos sobre el terreno, y el desempeño tendrá lugar inmediatamente después de la formación. Los intercambios a largo plazo tendrían que ser autoejecutables, por ejemplo, debido a derechos de seguridad bilaterales o multilaterales, o respaldados por otros mecanismos extralegales. Para una economía cambiaria altamente desarrollada, esto claramente sería un paso atrás”⁶⁵.

Es necesario establecer que el *Right to Withdraw* como está concebido en la legislación de la Unión Europea, ofrece un conjunto de garantías y protección mayor a los consumidores que la actual legislación peruana en la materia, no obstante ello, este derecho, en ningún sistema jurídico, puede ser manejado de una forma deliberada y general, pues constituye una excepción a quizá uno de los principios fundamentales en lo jurídico, el *pacta sunt servanda* o “lo pactado obliga”. Es así, que el *Right to Withdrawal*, de implementarse, tendría que tener un carácter extraordinario, pues de lo contrario, la contratación en el ámbito privado estaría sujeta a la volatilidad de los compradores de bienes y servicios, lo cual generaría graves distorsiones en el mercado, dinamitando la seguridad jurídica en una economía social de mercado como la peruana.

5.2. Pertinencia económica y jurídica de la implementación del *Right to Withdraw* en la realidad jurídica peruana

5.2.1. Pertinencia económica

Bajo un primer enfoque, es claro que la introducción del *Right to Withdraw* de acuerdo al marco europeo generaría un impacto económico negativo a los

⁶⁵ H. EIDENMÜELLER, *Why Withdrawal Rights?...* cit., p.2. Traducción original del siguiente texto: “*El Pacta sunt servanda es un principio fundamental para un sistema liberal de derecho privado. En resumen, la ley de contratos dicta que cada persona está obligada por los contratos en los que ha entrado voluntariamente. Este principio también es fundamental con respecto a la eficiencia de un sistema legal. Si no existiera, los acuerdos a largo plazo no podrían alcanzarse fácilmente por temor a que la aplicación no sea práctica. El derecho contractual se limitaría más o menos a los acuerdos que rigen los contratos sobre el terreno, y el desempeño tendrá lugar inmediatamente después de la formación. Los intercambios a largo plazo tendrían que ser autoejecutables, por ejemplo, debido a derechos de seguridad bilaterales o multilaterales, o respaldados por otros mecanismos extralegales. Para una economía cambiaria altamente desarrollada, esto claramente sería un paso atrás*”.

comerciantes o vendedores cuyas operaciones estén dentro de su ámbito de aplicación, ello por motivo de mayores costos de adquisición de clientes, mayores costos en capacitación y gasto en asesorías jurídicas para implementar este modelo; lo cual sería con el fin de generar una mayor satisfacción y mejor nivel de protección en los consumidores. No obstante, “desde la perspectiva de la ley y la economía, cualquier tipo de protección al consumidor en última instancia es pagado por ese mismo consumidor en forma de un aumento del precio”⁶⁶.

Una norma impuesta de manera taxativa puede generar efectos adversos en el comportamiento de los consumidores y de los vendedores, dejando, por ejemplo, la imposición de beneficios de devolución voluntaria obsoletos (las políticas de cambios y devoluciones, como se maneja ahora), ejemplos de ello se han registrado a lo largo del tiempo y con fundamentada evidencia producto de análisis económico del derecho, como el del famoso estudio realizado por Titmuss, el cual evidenció que “el sistema voluntario de donación de sangre en el Reino Unido condujo a un mayor suministro de sangre de alta calidad que el sistema remunerado en los Estados Unidos: pagar por donar sangre no condujo a un aumento eficiente en el número de donantes”⁶⁷ o el estudio realizado por Uri Gneezy y Aldo Rustichini en guarderías en Israel, en el cual se comprobó que “la introducción de una multa para los padres que demoraron en recoger a sus hijos condujo a una duplicación del número de padres que demoraban en recoger a sus hijos”⁶⁸. Es así que, pese a que se realice un análisis económico y jurídico adecuado, la percepción y reacción de los consumidores frente a un cambio normativo es solo previsible, pero nunca cierta.

⁶⁶ M. LOOS, «The case for a uniform and efficient right of withdrawal from consumer contracts in European Contract Law», *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, Vol. 1, N° 15, 2007, p. 10. Traducción original del siguiente texto: “*from the perspective of law and economics, any type of consumer protection is ultimately paid for by that same consumer in the form of a price increase*”.

⁶⁷ Richard Titmuss, *The Gift Relationship: From Human Blood to Social Policy*, George Allen and Unwin Ltd, Londres, 1970. Disponible en <https://books.google.com.pe/books?id=SJt2DwAAQBAJ&pg=PT6&source=gbs_toc_r&cad=3#v=onepage&q&f=false>. Consulta: 23 de mayo de 2020. Traducción original del siguiente texto: “*the voluntary blood donation system in the UK led to a greater supply of high-quality blood than the paid system in the US - paying to donate blood did not lead to an efficient increase in the number of donors*”.

⁶⁸ U. GNEEZY Y A. RUSTICHINI, «A fine is a price», *Journal of Legal Studies*, Vol. 1, N° 29, 2000, p. 1. Disponible en <<https://doi.org/10.1086/468061>>. Consulta: 21 de abril de 2020. Traducción original del siguiente texto: “*the introduction of a fine for parents who delayed picking up their children led to a doubling of the number of parents who delayed picking up their children*”.

También se podría esperar que se genere una dinamización del consumo en los sectores y actividades que se encuentren dentro del ámbito de aplicación del *Right to Withdraw* (contratos a distancia, fuera del establecimiento, contratos de crédito y servicios financieros a distancia), pues si bien es cierto muchos de los consumidores podrán desistirse de manera más eficiente de los contratos que firmen al no estar satisfechos, otros, que antes no consumían productos por el temor de no poder salir de su posición contractual, se animarán a hacerlo y podrían quedar satisfechos y no recurrir al *Right to Withdraw* o derecho de desistimiento. De esta forma, la presencia de este derecho en el sistema jurídico peruano puede vencer la barrera que separa a una gran parte de la población, especialmente los adultos de mediana y avanzada edad, del acceso a compras por medios digitales, así como a servicios financieros, ello como consecuencia de una mayor seguridad al contratar, ya que tendrían la opción de desistirse a voluntad.

5.2.2. Pertinencia jurídica

De acuerdo a Riefa, existen tres argumentos principales que se pueden utilizar para dar una justificación a la ausencia del *Right to Withdraw* en la legislación de un país: “i) la mejora de los requisitos de información, ii) la unicidad del método de venta y iii) la posibilidad de que los consumidores abusen del derecho a retirarse”⁶⁹. En cuanto a la mejora de los requisitos de información, no es estrictamente necesario que se implemente el *Right to Withdraw* en el sistema jurídico peruano para que se puedan plantear mayores exigencias respecto a la obligación de información de los comerciantes o vendedores hacia los consumidores sobre los bienes y servicios que adquieren.

Respecto a la unicidad del método de venta, esto significa que como efecto secundario de la implementación del *Right to Withdraw*, se estandarizan las

⁶⁹ C.RIEFA, «A Dangerous Erosion of Consumer Rights: The Absence of a Right to Withdraw from Online Auctions», en *Modernising and Harmonising Consumer Contract Law*, Sellier European Law Publishers, Groningen, 2009, p. 4. Disponible en <<https://doi.org/https://doi.org/10.1515/9783866538603>>. Consulta: 27 de abril de 2020.

condiciones y se quita la competitividad en el mercado; lo cual, no es del todo preciso, pues mientras la protección ofrecida por el comerciante o vendedor sea mayor (por ejemplo, ampliar de 14 a 20 días el plazo para ejercer el desistimiento), aún se puede generar competitividad, solo que bajo mayores estándares de protección a los consumidores, diferente al modelo actual en el cual existe una suerte de discrecionalidad en las políticas de cambios y devoluciones, siendo que algunos vendedores dan plazos de 5 días y otros de 15 días.

En cuanto a la posibilidad de que los consumidores abusen del derecho a retirarse, este es un gran riesgo que se asume al implementar el *Right to Withdraw*, y como ya se mencionó, puede generar efectos adversos en el plano económico para las empresas afectadas, pero también la posibilidad de que el consumo de sus bienes y servicios se dinamice por motivo de una mayor seguridad en los consumidores al momento de contratar, lo que los impulsara a adquirir bienes y servicios que de otra forma no habrían adquirido, ello bajo el panorama que podrán desistirse en el plazo 14 días. Además, la experiencia jurídica internacional ha enseñado que “en la práctica, parece que los contratos celebrados fuera de las instalaciones comerciales son objeto de desistimiento ocasionalmente y de los contratos de venta a distancia se retiran con bastante frecuencia, mientras que este no es el caso con los contratos de crédito. Para este último, otros instrumentos podrían resultar más útiles, en particular aquellos instrumentos que permiten al consumidor ajustar el contrato o rescindir el contrato, cuando se producen problemas durante la duración potencialmente larga del contrato”⁷⁰.

“Uno debería esperar que haya una diferencia considerable en el comportamiento de retiro dependiendo de si los vendedores los otorgan voluntariamente o si la ley los impone. Si el vendedor ofrece voluntariamente un

⁷⁰ P. ROTT, «Harmonising Different Rights of Withdrawal: Can German Law Serve as an Example for EC Consumer Law?», *German Law Journal*, Vol. 12 N° 7, 2006, p. 1113. Disponible en <<https://doi.org/10.1017/s2071832200005332>>. Consulta: 25 de marzo de 2020. Traducción original del siguiente texto: “*In practice, it appears that contracts concluded outside commercial premises are occasionally withdrawn and distance selling contracts are withdrawn quite frequently, whereas this is not the case with credit contracts. For the latter, other instruments could prove more useful, in particular those instruments that allow the consumer to adjust the contract or terminate the contract, when problems occur during the potentially long duration of the contract.*”

derecho de desistimiento a los compradores, esto podría ser percibido por ellos como un acto generoso y podrían sentirse inclinados a corresponder al no explotar demasiado al vendedor. Por otro lado, un derecho de desistimiento impuesto por ley otorgaría a los compradores el derecho a ejercer este derecho. Además, privaría al vendedor de mostrar intenciones "amistosas" y, por lo tanto, los compradores podrían no ver la necesidad de ser considerados con el vendedor"⁷¹.

Finalmente, es necesario precisar que el esfuerzo legislativo que se tendría que desplegar para la incorporación del *Right to Withdraw* al sistema jurídico peruano, podría catalogarse como moderado, pues si bien es cierto, no se harían reformas normativas sino solo la introducción de algunos artículos en el Código de Protección y Defensa del Consumidor, Ley General del Sistema Financiero y algunas otras normas regulatorias, esto seguramente estaría sujeto a un amplio debate, pues se evidencia la afectación económica inmediata que se generaría en el sector empresarial afectado, así como la incertidumbre de efectos positivos.

⁷¹ G. VON WANGENHEIM Y W. GÜTH, «Fairness Crowded Out by Law: An Experimental Study on Withdrawal Rights», *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, Vol. 1, N° 163, 2007, p. 84. Disponible en <<https://www.jstor.org/stable/40752627?seq=1>>. Consulta: 25 de marzo de 2020. Traducción original del siguiente texto: “Uno debería esperar que haya una diferencia considerable en el comportamiento de retiro dependiendo de si los vendedores los otorgan voluntariamente o si la ley los impone. Si el vendedor ofrece voluntariamente un derecho de desistimiento a los compradores, esto podría ser percibido por ellos como un acto generoso y podrían sentirse inclinados a corresponder al no explotar demasiado al vendedor. Por otro lado, un derecho de desistimiento impuesto por ley otorgaría a los compradores el derecho a ejercer este derecho. Además, privaría al vendedor de mostrar intenciones "amistosas" y, por lo tanto, los compradores podrían no ver la necesidad de ser considerados con el vendedor”.

CONCLUSIONES

PRIMERA: El *Right to Withdraw*, de acuerdo al enfoque de la Unión Europea, tiene un funcionamiento que garantiza un gran nivel de protección al consumidor en contratos a distancia, en contratos fuera del establecimiento, en contratos de créditos y en contratos a distancia de servicios financieros, ello en atención a la complejidad de estos, a la incertidumbre al momento de contratar y a que, en ocasiones, por la naturaleza del contrato no se puede conocer lo que se adquiere. Ante ello, a través de una rescisión contractual, este derecho permite al consumidor desistirse de un contrato, en un plazo general de catorce días, sin ningún tipo de penalidad, sin siquiera tener que dar justificación alguna del motivo de su desistimiento y habiendo sido previamente informado por el vendedor sobre la el alcance y forma de ejercer su derecho, bajo sanción de un plazo de un año para ejercerlo. Es así, que esta figura opera bajo la intención de estimular el consumo en bienes y servicios específicos, garantizando la devolución de lo adquirido, bajo ciertos parámetros de diligencia del consumidor, de modo tal que se asegure la satisfacción de este y se evite cualquier atisbo de abuso por parte del vendedor.

SEGUNDA: Dentro del derecho peruano, la figura más parecida al *Right to Withdraw* es el derecho de restitución, contenido en el artículo 59° del Código de Protección y Defensa del Consumidor, no obstante, esta figura solo opera en casos muy puntuales en que el vendedor o comerciante aplica métodos comerciales agresivos o engañosos, los cuales están prohibidos en el país. Es así, que este derecho de restitución cuenta con un plazo de solo siete días para ejercerlo, lo cual evidencia una contradicción en la norma, pues si no se ejerce el derecho dentro del corto periodo de tiempo con el que se cuenta, el contrato será válido y por tanto se estaría indirectamente avalando el uso de métodos comerciales agresivos o engañosos, que se supone están prohibidos. Por otro lado, la rescisión contractual es la figura civil más parecida al *Right to Withdraw* que opera en la vía administrativa (de forma más eficiente), pues ambas tienen como fin dejar sin efecto un contrato por causal existente al momento de la contratación, siendo ello así, la gran diferencia entre ambas es la practicidad, pues en el plano civil todo debe probarse e incluso judicializarse (con la onerosidad en tiempo y dinero que eso significa), pero en la

figura administrativa, solo hace falta la expresión de voluntad, sin necesidad de justificación.

TERCERA: El Código de Protección y Defensa del Consumidor, Ley N° 29571, tiene ciertos puntos en conflicto con la figura del *Right to Withdraw* en los siguientes aspectos: i) tiene una noción de consumidor más amplia que la del *Right to Withdraw* al extender su protección a algunas personas jurídicas (microempresas y demás fuera del ámbito empresarial o profesional), no obstante, ya que esto ofrece un mayor nivel de protección, puede mantenerse y ser compatible y ii) El derecho de restitución del Código de Protección y Defensa del Consumidor ofrece una protección muy limitada a comparación de la ofrecida por el *Right to Withdraw*. Respecto a la normativa que rige el sector financiero, esta debería asumir un enfoque más amplio y proteccionistas (más de lo que ya es) para ser compatible con el *Right to Withdraw*, adaptando sus cláusulas generales de contratación para permitir un desistimiento eficiente de los consumidores. Finalmente, el Decreto Legislativo N° 295, Código Civil, mediante sus figuras de rescisión y resolución contractual, no puede ser comparable con el *Right to Withdraw*, por la gran ventaja en eficiencia que tiene esta última, y porque la primera se aplica en sede civil y la segunda es propia de una sede administrativa.

CUARTA: Los principales retos contractuales que las empresas peruanas deberían asumir ante una implementación del *Right to Withdraw* son, para el caso de empresas retail y comerciales, la adaptación de sus políticas de cambios y devoluciones a los requerimientos del *Right to Withdraw*, y para el sector financiero, la adecuación de sus cláusulas general de contratación a los requisitos más proteccionistas de esta figura, en ambos casos, aumentando el nivel de información y certeza sobre el entendimiento del consumidor sobre los contratos que firma, tentativamente, a través de un formulario. Por su parte, los impactos económicos para las empresas son en general negativos, por el aumento de gastos para adaptar los mecanismos de información de las empresas, capacitación de personal y asesoría jurídica para implementar los requerimientos del *Right to Withdraw*, los mismos que no justificarían un beneficio incierto como la dinamización del consumo de sus productos al haber mayor seguridad en la contratación para los consumidores por el respaldo del libre desistimiento de la compra.

QUINTA: Producto de todo el análisis realizado, se ha detectado que previo a la implementación del *Right to Withdraw* en el sistema jurídico peruano, quedan como retos pendientes la regulación o mejor tratamiento en la legislación local de figuras como las ventas a domicilio o puerta a puerta y los contratos a distancia, así como el examinar a profundidad el impacto en la seguridad jurídica para las empresas, ya que el principio de “*pacta sunt servanda* o lo pactado obliga” sería resquebrajado, lo que representaría un paso atrás o efecto negativo en la imagen del país para atraer la inversión extranjera. Por otro lado, bajo las condiciones actuales no se puede afirmar que la implementación del *Right of Withdraw* sea pertinente económicamente, pues una eventual dinamización del mercado producto de la percepción de los consumidores ante cambios normativos que alientan el consumo puede ser previsible, pero nunca cierta, como se ha demostrado en diversos estudios. En cuanto a su pertinencia jurídica, el esfuerzo legislativo necesario sería intermedio al no requerirse una completa reforma en el marco de la protección a los consumidores, sino solo la adaptación de determinadas normas.

BIBLIOGRAFÍA

A. CAÑIZARES-LASO, «Control de incorporación y transparencia de las condiciones generales de la contratación. Las cláusulas suelo», *Revista de Derecho Civil*, Vol. 3, N° 2, 2015, p. 68. Disponible en <<https://nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/view/149/121>>. Consulta: 12 de abril de 2020.

A. CORRADI, «International Law and Consumer Protection: The history of consumer protection». Disponible en <https://www.nyulawglobal.org/globalex/International_Law_Consumer_Protection.html> Consultado: 15/05/2020.

A. MARAVÍ, «Breves apuntes sobre el sistema de protección al consumidor en el Perú», *Equipo de Derecho Mercantil*, N° 11, 2013, pp. 31-41.

C. COURTNEY, S. DUTTA Y Y. LI, «Resolving Information Asymmetry: Signaling, Endorsement, and Crowdfunding Success», *Entrepreneurship: Theory and Practice*, Vol. 2, N° 41, 2017, p. 5. Disponible en <<https://doi.org/10.1111/etap.12267>>. Consulta: 04 de enero de 2020.

C.RIEFA, «A Dangerous Erosion of Consumer Rights: The Absence of a Right to Withdraw from Online Auctions», en *Modernising and Harmonising Consumer Contract Law*, Sellier European Law Publishers, Groningen, 2009, p. 4. Disponible en <<https://doi.org/https://doi.org/10.1515/9783866538603>>. Consulta: 27 de abril de 2020.

Congress of the United States of America, «Act of Truth in Lending», en vigencia desde 1968. Disponible en <<https://uscode.house.gov/view.xhtml?req=granuleid%3AUSC-prelim-title15-chapter41-subchapter1&edition=prelim>>. Consulta: 9 mayo 2020.

Dirección General de Desarrollo Normativo y Calidad Regulatoria y Hecho del MINJUS, *Código de Protección y Defensa del Consumidor, Ley N° 29571 y Normas Complementarias*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Lima, 2018, 2ª ed. p. 61. Disponible en <<https://www.indecopi.gob.pe/publicaciones-digitales>>. Consulta: 28 de marzo de 2020.

E. RIZOS, «The Consumer's Right of Withdrawal in case of Payment with Bitcoins», *Oslo Law Review*, Vol. 1, N° 3, 2016, pp. 1-26. Disponible en <<https://doi.org/10.5617/oslaw3945>>. Consulta: 15 de febrero de 2020.

Empresa Protuner, «Política de cambios y/o devoluciones de Protuner». Disponible en <<https://www.protuner.pe/politica-de-cambios-y-devoluciones>> Consulta: 5 mayo de 2020.

Federal Trade Commission, «16 CFR Part 429 Cooling-off Period for Sales Made at Home or Other Locations», entrada en vigencia en 2019. Disponible en <<https://www.ftc.gov/enforcement/rules/rulemaking-regulatory-reform-proceedings/cooling-period-sales-made-home-or-other>>. Consulta: 10 mayo 2020.

Federal Trade Commission, «16 CFR Part 429: Trade Regulation Rule Concerning Cooling-Off Period for Sales Made at Homes or at Certain Other Locations; Final Rule Increasing the Exclusionary Limit for Certain Door-to-Door Sales», entrada en vigencia en 2015. Disponible en <<https://www.ftc.gov/policy/federal-register-notices/16-cfr-part-429-trade-regulation-rule-concerning-cooling-period>>. Consulta: 25 marzo 2020].

G. REINER, «Der verbraucherschützende Widerruf im Recht der Willenserklärungen», *Archiv für die civilistische Praxis*, N° 203, 2003, p. 9. Disponible en <https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwjwqM_q_ILqAhX5IbkGHbqTCNEQFjAAegQIARAB&url=http%3A%2F%2Fwww.gunterreiner.de%2Freiner_2003_verbraucherschuetzender-widerruf-im-recht-der-willenserklaerungen.pdf&usg=AO>. Consulta: 02 de abril de 2020.

G. VON WANGENHEIM Y W. GÜTH, «Fairness Crowded Out by Law: An Experimental Study on Withdrawal Rights», *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, Vol. 1, N° 163, 2007, p. 106. Disponible en <<https://www.jstor.org/stable/40752627?seq=1>>. Consulta: 09 de mayo de 2020.

H. EIDENMÜELLER, «Why Withdrawal Rights?», *European Review of Contract Law*, N° 1, 2012, p. 16. Disponible en <<https://doi.org/10.2139/ssrn.1660535>>. Consulta: 15 de mayo de 2020.

H. EIDENMÜLLER ET AL., «El marco común de referencia para el Derecho privado europeo: cuestiones valorativas y problemas legislativos», *Anuario de derecho civil*, Vol. 4, N° 62, 2009, p. 1462.

Hero Brands S.A.C., «Política de cambios y/o devoluciones de Hero Brands S.A.C.». Disponible en <<https://www.superga.pe/pages/cambios-y-devoluciones>>. Consulta: 5 mayo de 2020.

I. BENÖHR Y H.W. MICKLITS, «Consumer protection and human rights», en *Handbook of Research on International Consumer Law*, Edward Elgar Publishing , Cheltenham, 2018, 2ª ed., p. 17. Disponible en <<https://books.google.com.pe/books?id=uthjDwAAQBAJ&pg=PA506&lpg=PA506&dq=origins+of+the+right+to+withdraw+consumer+law&source=bl&ots=nWCV8k7ri9&sig=ACfU3U3Gtpc8vlyombnrN-phjmuX2dkmnw&hl=es&sa=X&ved=2ahUKEwjJrJTaoPfpAhXYG7kGHWg8C1cQ6AEwAHoECAgQAQ#v=onepage&>>. Consulta: 05 de marzo de 2020.

J. A. LUZAK, «To Withdraw Or Not To Withdraw? Evaluation of the Mandatory Right of Withdrawal in Consumer Distance Selling Contracts Taking Into Account Its Behavioural Effects on Consumers», *Journal of Consumer Policy*, Vol. 1, N° 37, 2014, p. 91. Disponible en <<https://doi.org/10.1007/s10603-013-9249-6>>. Consulta: 13 de febrero de 2020.

J. CARRASCO, «La necesidad de regular el derecho de desistimiento en los contratos electrónicos en el código de protección y defensa del consumidor», *Universidad de San Martín de Porres*, 2019. Disponible en <<http://repositorio.usmp.edu.pe/handle/usmp/5103>>. Consulta: 17 de enero de 2020.

J. ESPINOZA-ESPINOZA, «Reflexiones a propósito del Código de protección y defensa del consumidor», *Ius Et Veritas*, 2010, p. 168. Disponible en <<http://repositorio.up.edu.pe/handle/11354/247>>. Consulta: 13 de marzo de 2020.

J. SMITS, «The Right to Change Your Mind? Rethinking the Usefulness of Mandatory Rights of Withdrawal in Consumer Contract Law», *Penn State International Law Review*, Vol. 29, 2010, p. 5. Disponible en <<http://ssrn.com/abstract=1719104>>. Consulta: 18 de abril de 2020.

K. CSERES, *Competition Law and Consumer Protection*, Kluwer Law International, Washington D.C., 2005, p. 15. Disponible en <https://books.google.com.pe/books/about/Competition_Law_and_Consumer_Protection.html?id=y3IOROCcVacC&redir_esc=y>. Consulta: 09 de marzo de 2020.

Kawasaki Perú, «Política de cambios y/o devoluciones de Kawasaki Perú». Disponible en <<https://www.kawasaki.com.pe/terminos-condiciones>>. Consulta: 5 mayo de 2020.

L. CERRÓN ET AL., *Lineamientos sobre protección al consumidor*, Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección del Consumidor, Lima, 2019, p. 24. Disponible en <https://www.indecopi.gob.pe/documents/127561/4096468/Lineamientos_Protección_Consumidor_2019.pdf/9cd24063-5a91-dfbd-d97e-f38f61b86a40>. Consulta: 11 de enero de 2020.

L. GORDILLO, M.FERNÁNDEZ Y M. HURTADO, «Análisis de la información comercial electrónica de tiendas en línea de flamenco: complementos, textiles y zapatos», *Revista del Centro de Investigación Flamenco Telethusa*, Vol. 13, N° 11, 2018, pp. 31-45. Disponible en <<https://doi.org/10.23754/telethusa.111305.2018>>. Consulta: 08 de mayo de 2020.

M. LOOS, «The case for a uniform and efficient right of withdrawal from consumer contracts in European Contract Law», *Zeitschrift fur Europaisches Privatrecht*, Vol. 1, N° 15, 2007, p. 10.

M. LOOS, *Modernising and Harmonising Consumer Contract Law*, ed. Geraint Howells y Reiner Schulze, Sellier European Law Publishers, Munich, 2009, p. 239. Disponible en <[https://books.google.com.pe/books?id=qaAzw9_C67wC&lpg=PA250&ots=GsxPZJkaTw&dq=Rights of Withdrawal%2C in Modernizing and Harmonizing Consumer](https://books.google.com.pe/books?id=qaAzw9_C67wC&lpg=PA250&ots=GsxPZJkaTw&dq=Rights%20of%20Withdrawal%20in%20Modernizing%20and%20Harmonizing%20Consumer%20Contract%20Law)>

Contract Law marco loos&hl=es&pg=PA253#v=onepage&q=Rights of Withdrawal, in Modernizing and Harmonizing Consumer>. Consulta: 07 de mayor de 2020.

Manufacturas San Isidro S.A.C., «Política de cambios y/o devoluciones de Manufacturas San Isidro S.A.C.». Disponible en <<https://www.pionier.pe/acerca/cambios-y-devoluciones>> Consulta: 5 mayo de 2020.

O. BEN-SHAHAR Y E.A. POSNER, "The Right to Withdraw in contract law", *Journal of Legal Studies*, Vol. 2, N° 514, 2010, p. 20. Disponible en <<https://doi.org/10.1086/658403>>. Consulta: 08 de mayo de 2020.

P. BAGHERI Y K. HALILI, «Access to information and rights of withdrawal in Internet contracts in Iran: The legal challenges», *Computer Law and Security Review*, Vol. 1, N° 31, 2015, pp. 90-98. Disponible en <<https://doi.org/10.1016/j.clsr.2014.11.006>>. Consulta: 08 de abril de 2020.

P. ROTT, «Harmonising Different Rights of Withdrawal: Can German Law Serve as an Example for EC Consumer Law?», *German Law Journal*, Vol. 12 N° 7, 2006, p. 1113. Disponible en <<https://doi.org/10.1017/s2071832200005332>>. Consulta: 25 de marzo de 2020.

P. SANCHEZ, F. OLIVA, Y J. MARTÍNEZ, «The Right of withdrawal in consumer contracts : A comparative analysis of American and European Law», *InDret Revista para el Análisis del Derecho*, N° 3 2018, p. 44. Disponible en <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3260506>. Consulta: 02 de abril de 2020.

Parlamento de la Unión Europea, «Directiva 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo» Diario Oficial de la Unión Europea , Bruselas, 2002, pp. 16-24. Disponible en <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=celex:32002L0065>>. Consulta: 08 de febrero de 2020.

Parlamento de la Unión Europea, *Directiva 2008/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo* Diario Oficial de la Unión Europea , Bruselas, 2008, pp. 66-92.

Parlamento de la Unión Europea, *Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo*, Diario Oficial de la Unión Europea , Bruselas, 2011, pp. 64-88.

R. MORALES, «¿Existe el derecho de desistimiento o la terminación unilateral del contrato?», *Actualidad Jurídica*, 2009, p. 58. Disponible en <https://works.bepress.com/romulo_moraleshervias/10/>. Consulta: 13 de marzo de 2020.

Richard Titmuss, *The Gift Relationship: From Human Blood to Social Policy*, George Allen and Unwin Ltd, Londres, 1970. Disponibl en <https://books.google.com.pe/books?id=SJt2DwAAQBAJ&pg=PT6&source=gbs_toc_r&cad=3#v=onepage&q&f=false>. Consulta: 23 de mayo de 2020.

S. EDWARDS, «Research participation and the right to withdraw», *Bioethics*, Vol. 2, N° 19, 2005, pp. 112-30. Disponible en <<https://doi.org/10.1111/j.1467-8519.2005.00429.x>>. Consulta el 15 de marzo de 2020.

S. ESTREICHER, «A Post-Formation Right of Withdrawal from Customary International Law?: Some Cautionary Notes», *Duke Journal of Comparative & International Law, Public Law & Legal Theory Research Paper Series*, 21.57, 2010, pp. 57-64. Disponible en <<http://ssrn.com/abstract=1549116>>. Consulta: 23 de abril de 2020.

S. TELLO, «El derecho a la restitución en el marco de la protección al consumidor y su vulneración por métodos comerciales agresivos», *LEX*, Vol. 16, N° 8, 2015, pp. 337-354. Disponible en <https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwjUhcCMg7HqAhXqI7kGHTAYB6cQFjAAegQIBhAB&url=http%3A%2F%2Frevistas.uap.edu.pe%2Fojs%2Findex.php%2FLEX%2Farticle%2Fview%2F873&usg=AOvVaw3srVrEYoeoTRg0YLR7jE0_>>. Consulta: 18 de febrero de 2020.

Saga Falabella S.A., «Política de cambios y/o devoluciones de Saga Falabella». Disponible en <<https://www.falabella.com.pe/falabella-pe/page/Cambios-y-Devoluciones?staticPageId=20100001>>. Consulta: 5 abril de 2020.

Study Group on a European Civil Code y Research Group on EC Private Law (Acquis Group), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft*

Common Frame of Reference (DCFR), European Law Publishers, Munich, 2009, pp. 569-570.

Superintendencia de Banca y Seguros del Perú, «Reglamento de Gestión de Conducta de Mercado del Sistema Financiero, aprobado por Resolución SBS N° 3274-2017» entrado en vigencia el 22 de agosto de 2017.

Supermercados Peruanos S.A., «Política de cambios y/o devoluciones de Plaza Vea», Disponible en <<https://www.plazavea.com.pe/politicas-de-cambios-y-devoluciones>> Consulta: 4 mayo de 2020.

Tiendas Peruanas S.A., «Política de cambios y/o devoluciones de Oechsle», Disponible en <<https://www.oechsle.pe/garantia-y-devoluciones>> Consulta: 5 mayo de 2020.

U. GNEEZY Y A. RUSTICHINI, «A fine is a price», *Journal of Legal Studies*, Vol. 1, N° 29, 2000, p. 1. Disponible en <<https://doi.org/10.1086/468061>>. Consulta: 21 de abril de 2020.

W. VÁSQUEZ, «El derecho de desistimiento a favor del consumidor en los financiamientos trilaterales», *IUS 360*, 2012. Disponible en <<https://ius360.com/privado/civil/el-derecho-de-desistimiento-a-favor-del-consumidor-en-los-financiamientos-trilaterales/>> Consulta: 3 abril de 2020.

W.M. EVERS, «Toward a Reformulation of the Law of Contracts», *The Journal of Libertarian Studies*, Vol. 1, N° 1, 1977, p. 3. Disponible en <<https://mises.org/library/toward-reformulation-law-contracts>>. Consulta: 05 de mayo de 2020.

Y. LESCANO, «Proyecto de ley que modifica el artículo 47° del Código de Protección y Defensa del Consumidor incorporando norma que regula los contratos celebrados por vía telefónica» (Lima: Congreso de la República del Perú, 2017), pp. 1-7. Disponible en <https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwjR_bzwwg7HqAhUFGLkGHaNnB9QQFjAAegQIBhAB&url=http%3A%2F%2Fwww.leyes.congreso.gob.pe%2FDocumentos%2F2016_2021%2FProyectos_de_Ley_y_de_Resoluciones_Legislativas%2FPL0115520170405.D.pdf&usg=AOvVaw2-cStoUGnxXzOqswRjL9FB>. Consulta: 14 de abril de 2020.

