

Excepciones al derecho de desistimiento en materia de contratación a distancia

Exceptions to right of withdrawal in subject of distance contracting

Henry Sosa Olán*

RDP

RESUMEN

Con la transposición de la Directiva de los Derechos de los Consumidores de 2011 al ordenamiento jurídico español, se armonizaron plenamente las excepciones al derecho de desistimiento en materia de contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles así como de contratación a distancia. El artículo 93 del Texto Refundido de la Ley de Consumidores y Usuarios de 2007 prevé excepciones totales. Asimismo, el artículo 103 de la normativa mencionada prevé excepciones parciales, las cuales se justifican debido a la naturaleza de los productos o servicios, según sea el caso, tal y como veremos en el presente trabajo.

PALABRAS CLAVE: consumidor, derecho de desistimiento, Ley de Consumidores, excepciones.

ABSTRACT

The transposition of the Consumer Rights Directive of 2011 to the spanish legal system fully harmonized the exceptions to the right of withdrawal in respect of contracts concluded outside commercial establishments and of distance contract. The article 93 to the General Law for the Protection of Consumers and Users and other complementary laws on 2007 prewise total exceptions. Likewise, the article 103 to the normative aforementioned, prewise biased exceptions,

* Henry Sosa Olán, doctor en derecho por la Universidad de Salamanca, España. Profesor-investigador de la Universidad Juárez Autónoma de Tabasco. Correo electrónico: henrrypleyares@hotmail.com.

HENRRY SOSA OLÁN

which justified due to the nature of the products, as the case may be
and as we shall see in this paper.

KEYWORDS: Consumer, right of withdrawal, Consumer Law, exceptions.

Sumario

1. Cuestiones previas
2. La contratación a distancia: ámbito objetivo y subjetivo
 - A. Que la contratación se realice en el marco de un “sistema organizado de venta o prestación de servicios a distancia”
 - B. Sin la “presencia física simultánea” del empresario, del consumidor y usuario.
 - C. La utilización de una o más “técnicas de comunicación” a distancia hasta el momento de la celebración del contrato y en la propia celebración del mismo.
3. Concepto y características del derecho de desistimiento
 - A. Se trata de un derecho discrecional
 - B. Es irrenunciable para el consumidor
 - C. Su ejercicio tiene carácter temporal
 - D. Impera la libertad de forma para su ejercicio
 - E. Es una declaración de voluntad recepticia
 - F. Sin penalización alguna para el consumidor
 - G. Su ejercicio determina la extinción del contrato de consumo concertado
 - H. Puede tener su origen tanto legal como contractualmente
4. Excepciones al derecho de desistimiento en materia de contratación a distancia
 - A. Excepciones totales
 - B. Excepciones parciales
5. Conclusión
6. Bibliografía

1. Cuestiones previas

Con la entrada en vigor de la Ley 3/2014 del 27 de marzo (en adelante Ley de Consumidores de 2014¹), por la que se modifica el Texto Refun-

¹ *Boletín Oficial del Estado* (en adelante *BOE*), núm. 76, del 28 de marzo de 2014.

dido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (en adelante TRLGDCU²) y otras leyes complementarias, aprobada por el Real Decreto Legislativo 1/2007 del 16 de noviembre, y por la que se transpone la Directiva de los Derechos de los Consumidores de 2011 (en adelante DDC³), se unifica y armoniza el régimen jurídico del derecho de desistimiento, tanto en materia de contratos celebrados fuera del establecimiento mercantil como en materia de contratos a distancia, razón por la cual se modifica el título II del Texto Refundido y se elimina el título IV, en cuyo capítulo III se regula el derecho de desistimiento en materia de contratos a distancia y contratos celebrados fuera del establecimiento mercantil (artículos 102-108). De esta manera se unifican los plazos para desistir, las sanciones civiles, las obligaciones del consumidor y del vendedor, los efectos del derecho de desistimiento en los contratos vinculados, así como también se unifican las excepciones totales y parciales del derecho de desistimiento contemplados en los artículos 93 y 103 del TRLGDCU. Sobre este último punto centraremos nuestra atención en el presente trabajo.

2. La contratación a distancia: ámbito objetivo y subjetivo

El artículo 92.1 del TRLGDCU aclara lo siguiente:

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

De lo anterior surgen tres características que trataremos a continuación.

² BOE, núm. 287, del 30 de noviembre de 2007.

³ *Diario Oficial de las Comunidades Europeas (DOCE)*, núm. L 304/64, del 22 de noviembre de 2011.

HENRRY SOSA OLÁN

A. Que la contratación se realice en el marco de un “sistema organizado de venta o prestación de servicios a distancia”

Un “sistema organizado de contratación” es una práctica pensada y creada por un operador económico con la finalidad de distribuir bienes y servicios en el mercado por medio de técnicas de comunicación a distancia de cualquier tipo,⁴ incluyendo los medios electrónicos (por ejemplo, correo electrónico, videoconferencias, chat, etcétera).⁵

Asimismo, la expresión “sistema” significa que el empresario se dedica a esa actividad; quedan fuera las transacciones a distancia *ocasionales*,⁶ por ejemplo, las reservas que el consumidor pueda realizar a través de una técnica de comunicación a distancia para solicitar a un profesional la prestación de un servicio, como en caso de que el consumidor llame por teléfono para pedir una cita en una peluquería.⁷ No obstante, habrá que valorar la ocasionalidad, la cual, en sentido estricto, no significa excepcionalidad.⁸ En esta línea, no disponen de un sistema organizado las empresas que únicamente se anuncian en un medio de comunicación, como serían las páginas amarillas, prensa, radio, o incluso una página *web*, si sólo es a efectos publicitarios o informativos, pero que no invitan a la conclusión de contratos.⁹

⁴ Ejemplos del sistema organizado de venta lo encontramos en las siguientes páginas de empresas que se dedican al comercio electrónico: http://www.elcorteingles.es/informacion/comercio_electronico/devolver.asp#Anchor-49575 [fecha de consulta: 3 de junio de 2016]; www.zara.com/webapp/wcs/stores/servlet/product/es/es/zaraS2013/386001/1249013 [fecha de consulta: 3 de junio de 2016]; http://www.demartina.com/tienda-playmobil-c73_21.html?gclid=CNut55f7_LYCFSXLtAodBA4Ahw [fecha de consulta: 3 de junio de 2016].

⁵ Miranda Serrano, Luis María, “Título III. Contratos celebrados a distancia”, en Rebollo Puig, Manuel e Izquierdo Carrasco, Manuel (dirs.), *La defensa de los consumidores y usuarios. Comentario sistemático del Texto Refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007*, Madrid, 2011, p. 1477.

⁶ Arroyo Aparicio, Alicia, *Los contratos a distancia en la Ley de Ordenación del Comercio Minorista*, Navarra, Aranzadi, 2003, pp. 162 y 163.

⁷ Ejemplo tomado del considerando núm. 20 de la exposición de motivos de la DDC.

⁸ *Ibidem*, p. 163. Para esta autora, aunque el vendedor no cuente con un sistema organizado de venta, si el contrato se perfecciona utilizando técnicas de comunicación a distancia, es decir, sin la presencia física simultánea de las partes, el consumidor gozará de las normas protectoras que la ley le ofrece.

⁹ Sánchez Gómez, Amelia, “Comentarios a los artículos 92-106 del TRLGDCU”, en

Por otro lado, debemos destacar una novedad importante que introduce la Ley de Consumidores de 2014, pues con anterioridad a ello se requería, expresamente, la puesta a disposición de un sistema de contratación organizado por el mismo empresario.¹⁰ Esto último planteaba un problema en los supuestos en los que el empresario no organizaba su propio sistema de contratación, sino que recurría a otro organizado y diseñado por un tercero. Así pues, la Ley de Consumidores de 2014 reforma la definición del contrato a distancia para exigir, únicamente un sistema organizado de contratación a distancia, ya sea por el propio empresario o por un tercero.

B. Sin la “presencia física simultánea” del empresario, del consumidor y usuario

Para la doctrina, la “distancia” como espacio físico que separa a las partes contratantes es la distancia espacial o distanciamiento geográfico.¹¹ Por el contrario, la “presencia” comprende dos modalidades: 1) en sentido físico: al estar los participantes situados en un mismo lugar, y 2) en sentido figurado: es decir, cuando las partes, ubicadas en distintos puntos en el espacio, realizan el intercambio de la oferta y de la aceptación, de idéntico modo al de la presencia física, gracias al empleo de un medio de comunicación adecuado.¹² No obstante, cabe

Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo (coord.), *Comentario al Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007)*, Navarra, Aranzadi, 2009, p. 1196.

¹⁰ Redacción del artículo 92.1 del TRLGDCU hasta antes de la entrada en vigor de la Ley de Consumidores de año 2014, la cual señalaba: “Se registrarán por lo dispuesto en este título los contratos celebrados con los consumidores y usuarios en el marco de una actividad empresarial, sin la presencia física simultánea de los contratantes, siempre que la oferta y aceptación se realicen de forma exclusiva a través de una técnica cualquiera de comunicación a distancia y dentro de un sistema de contratación a distancia organizado por el empresario”.

¹¹ Paniza Fullana, Antonia, *Contratación a distancia y defensa de los consumidores: su regulación tras la reforma de la Ley de Ordenación de Comercio Minorista y la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico*, Granada, Comares, 2003, p. 30.

¹² Menéndez Mato, Juan Carlos, *La oferta contractual*, Pamplona, Aranzadi, 1998, p. 227.

HENRRY SOSA OLÁN

aclarar que este último criterio de falta de presencia física se encuentra hoy superado, puesto que la normativa de protección de consumidores califica como contratos a distancia los celebrados por teléfono, e incluso por Internet, a través de videoconferencias o chat.

C. La utilización de una o más “técnicas de comunicación” a distancia hasta el momento de la celebración del contrato y en la propia celebración del mismo

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

De igual manera, tendrá la consideración de contrato a distancia aquel en donde el consumidor visite el establecimiento mercantil, con el propósito de recabar información sobre los bienes o servicios, y la negociación y celebración subsiguiente del contrato tenga lugar a distancia. En cambio, no se considera contrato a distancia el que se inicie utilizando un medio de comunicación a distancia pero acabe celebrándose en el establecimiento mercantil del empresario. Asimismo, el concepto de contrato a distancia no debe incluir las reservas que el consumidor pueda realizar a través de una técnica de comunicación a distancia para solicitar a un profesional la prestación de un servicio, como puede ser el caso de un consumidor que llame por teléfono para pedir una cita en una peluquería.¹³

Por otra parte, existen ciertos contratos que, por razón de la materia o su objeto, se excluyen de la contratación a distancia, tal y como veremos más adelante.

Una vez visto el concepto de contrato a distancia y sus características, debemos distinguirlo del concepto de contrato celebrado fuera del

¹³ Exposición de motivos de la DDC, punto 20.

establecimiento mercantil, el cual queda definido en el considerando número 21 de la DDC:

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. La definición de contrato celebrado fuera del establecimiento no debe cubrir las situaciones en las que los comerciantes acudan al domicilio del consumidor con el propósito estricto de tomar medidas o presentar un presupuesto sin compromiso por parte del consumidor y el contrato se celebre en un momento posterior en el establecimiento mercantil del comerciante o a través de un medio de comunicación a distancia sobre la base del presupuesto presentado por el comerciante. En tales casos, el contrato no debe considerarse celebrado inmediatamente después de que el comerciante se haya dirigido al consumidor si este último ha tenido tiempo de reflexionar sobre el presupuesto del comerciante antes de celebrar el contrato. Las compras realizadas en el curso de una excursión organizada por el comerciante durante la cual éste promociona y vende los productos que se adquieren deben considerarse contratos celebrados fuera del establecimiento.

La definición comentada se encuentra transpuesta en el artículo 92.2 del TRLGDCU. Asimismo, la norma comentada define al establecimiento mercantil como “toda instalación inmueble de venta al por menor en la que el comerciante ejerce su actividad de forma permanente, o toda instalación móvil de venta al por menor en la que el comerciante ejerce su actividad de forma habitual” (artículo 59.1 *bis* d).

HENRRY SOSA OLÁN

Como podemos observar, el ámbito objetivo de los contratos a distancia y contratos celebrados fuera del establecimiento mercantil se encuentra perfectamente delimitado.

Una vez visto el ámbito objetivo de la contratación a distancia, pasaremos a ver el ámbito subjetivo. El régimen jurídico de la contratación a distancia sólo es aplicable cuando una parte considera al consumidor, y la otra, al empresario, razón por la cual quedan excluidos los contratos celebrados entre empresarios y los contratos celebrados entre particulares (artículo 2o., del TRLGDCU).

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

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

Cabe señalar que el concepto comentado contiene una peculiaridad respecto de la DDC, pues esta última sólo admite que la persona física sea consumidor.¹⁴ Sin embargo, a pesar de que el artículo 3o., del TRLGDCU, incluye a las personas jurídicas, en nada contraviene a la normativa comunitaria, debido a que hace la aclaración de que serán consideradas consumidores siempre y cuando actúen sin fines de lucro, tal y como lo ha dejado claro el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en sus diversas sentencias, donde ha excluido a las personas jurídicas del régimen jurídico de protección al consumidor que realizan actividades con fines de lucro.¹⁵

¹⁴ Artículo 2.1 de la DDC: “toda persona física que, en contratos regulados por la presente Directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresa, oficio o profesión”.

¹⁵ Al respecto, las siguientes sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (en adelante STJCE): del 20 de enero de 2005, asunto C-464/01, Johann Gruber contra Bay Wa AG; STJCE del 20 de enero de 2005, asunto C-27/02, Petra

Lo opuesto a consumidor sería un empresario, el cual es definido en el artículo 4o. del TRLGDCU en los siguientes términos:

A efectos de lo dispuesto en esta norma, se considera empresario a toda persona física o jurídica, ya sea privada o pública, que actúe directamente o a través de otra persona en su nombre o siguiendo sus instrucciones, con un propósito relacionado con su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión.

3. Concepto y características del derecho de desistimiento

El artículo 68.1 del TRLGDCU define al derecho de desistimiento:

El derecho de desistimiento de un contrato es la facultad del consumidor y usuario de dejar sin efecto el contrato celebrado, notificándolo así a la otra parte contratante en el plazo establecido para el ejercicio de ese derecho, sin necesidad de justificar su decisión y sin penalización de ninguna clase.

Asimismo, existen distintas normas que prevén la figura objeto de nuestro estudio, entre las que encontramos: la Ley 22/2007, de servicios financieros a distancia (artículo 10); la Ley 16/2011, de crédito al consumo (artículo 28) y el Real Decreto-Ley 8/2012, de contratos de aprovechamiento por turno (artículo 12).

No obstante, por lo que ahora nos interesa, cabe señalar que el derecho de desistimiento en materia de contratos a distancia cuenta con un régimen jurídico propio, que se encuentra armonizado (artículos 102-108 del TRLGDCU). Y su fundamento reside en que

...en las ventas a distancia el consumidor no puede ver los bienes antes de celebrar el contrato, debe disponer de un derecho de desistimiento. Por el mismo motivo, el consumidor debe estar autorizado a probar e inspeccionar los bienes que ha comprado en la medida suficiente que le permita determinar la naturaleza, las características

Engler contra Janus Versand GmbH; STJCE del 19 de enero de 1993, Shearson Lehman Hutton, asunto C-89/91; STJCE Benincasa, asunto C-269/95, entre otras.

HENRRY SOSA OLÁN

y el buen funcionamiento de los bienes. En cuanto a los contratos celebrados fuera del establecimiento, debe permitirse al consumidor que ejerza un derecho de desistimiento, ya que puede haber un elemento sorpresa o presión psicológica...¹⁶

A continuación hablaremos, de manera general, de las características del derecho del desistimiento del consumidor.

A. Se trata de un derecho discrecional

En materia de contratación a distancia, el consumidor puede ejercer su derecho de desistimiento sin alegar motivo alguno, es decir, por su propia voluntad (artículo 68.1 del TRLGDCU).¹⁷ Sin embargo, algunos consumidores ejercen su derecho de desistimiento después de haber utilizado los bienes más de lo que sería necesario para determinar su naturaleza, sus características o su funcionamiento; en este caso, el consumidor no debe perder el derecho de desistimiento, pero debe ser responsable de cualquier depreciación de los bienes.

B. Es irrenunciable para el consumidor

Es importante señalar que las normas en materia de protección al consumidor en contratos a distancia son imperativas, es decir, irrenunciables. Lo anterior se refleja en las siguientes normas, cuando aclaran:

...“los consumidores no podrán renunciar a los derechos que se les reconozca en virtud de la transposición al Derecho nacional de la presente Directiva” (art. 12.1 de la Dir. 97/7CE, de contratos a distancia); “cuando el comprador sea un consumidor, entendiendo por tal el definido en los apartados 2 y 3 del artículo 1 de la Ley 26/1984, de

¹⁶ Considerando 37, DDC.

¹⁷ Al igual que el artículo 68.1 del TRLGDCU, en el sentido de que se trata de un derecho discrecional, se manifiestan las siguientes normas: artículo 6.1 de la Directiva 97/7/CE del 20 de mayo de 1997, relativa a la contratación a distancia con consumidores; artículo 44.1 de la LOCM; artículo 14.1 de la Directiva 2008/48/CE del 23 de abril de 2008, de contratos de crédito al consumo y el artículo 9.1 de la DDC.

19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (LGDCU), los derechos que el presente capítulo le reconoce serán irrenunciables y podrán ser ejercidos por los mismos aunque la legislación aplicable al contrato sea otra distinta de la española, si el contrato presenta un vínculo estrecho con el territorio de cualquier Estado miembro de la Unión Europea” (art. 48.1 de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista, en adelante LOCM¹⁸); “la renuncia previa a los derechos que esta norma reconoce a los consumidores y usuarios es nula, siendo, asimismo, nulos los actos realizados en fraude de ley de conformidad con lo previsto en el artículo 6 del Código Civil” (artículo 10 del TRLGDCU); “si la legislación aplicable al contrato es la de un Estado miembro, el consumidor no podrá renunciar a los derechos que le confieran las disposiciones nacionales de transposición de la presente Directiva. Toda disposición contractual que excluya o limite directa o indirectamente los derechos conferidos por la presente Directiva no vinculará al consumidor” (artículo 25 de la DDC).¹⁹

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

C. Su ejercicio tiene carácter temporal

El TRLGDCU establece el plazo de catorce días naturales para que el consumidor emita su declaración de desistir (artículos 71.1 y 104),²⁰

¹⁸ BOE, núm. 15, del 17 de enero de 1996.

¹⁹ Propuesta de Reglamento para una compraventa común a nivel comunitario, del 11 de octubre del 2011, mejor conocida por sus siglas en inglés como *Common European Sales Law* (en adelante CESL), en su artículo 22 señala: “las partes no podrá excluir la aplicación de la presente sección, ni introducir excepciones o modificar sus efectos en detrimento del consumidor”. En la práctica, la gran mayoría de las empresas que se dedican al comercio electrónico dentro de sus condiciones generales prevén el derecho de desistimiento, por ejemplo: http://www.amazon.es/gp/help/customer/display.html/ref=hp_200507640_pdd/?nodeId=200507640#devolucionesyrembolsos [fecha de consulta: 12 de agosto de 2016]; <https://shop.sony.es/catalog/4F/4F962A8C6DF/A0140E10080002BC29BDE.htm> [fecha de consulta: 12 de agosto de 2016]; <http://www.zara.com/webapp/wcs/stores/servlet/TermsAndConditionsView?catalogId=24052&langId=-5&storeId=10701> [fecha de consulta: 12 de agosto de 2016].

²⁰ Díaz Alabart, Silvia y Álvarez Moreno, María Teresa, “Comentario al artículo 9 de la

HENRRY SOSA OLÁN

los cuales se computan de acuerdo con lo previsto en el artículo 5o. del Código Civil.²¹ Es importante aclarar que los plazos otorgados por la normativa para el ejercicio del derecho de desistimiento son de caducidad.²²

Como se observa, el derecho de desistimiento como forma de ineficacia sobrevinida del contrato puede ejercerse en un periodo delimitado de tiempo, a diferencia de la nulidad del contrato, que no prescribe y puede declararse de oficio, o la anulabilidad, que prescribe en un periodo de cuatro años.

D. Impera la libertad de forma para su ejercicio

El TRLGDCU, y demás leyes que contemplan el derecho de desistimiento del consumidor, no exigen una determinada forma para que el consumidor ejerza su derecho de desistimiento.²³ Sin embargo, la mayoría de

DDC”, en Díaz Alabart, Silvia (dir.), *Contratos a distancia y contratos celebrados fuera del establecimiento mercantil, comentario a la Directiva 2011/83 (adaptado a la Ley 3/2014, de modificación del TRLCU)*, Madrid, Reus, 2014, p. 288.

²¹ Arnau Raventós, Lidia, “El plazo para desistir en los contratos con consumidores”, *Anuario de Derecho Civil*, vol. LXIV, 2011, pp. 157-196.

²² Véase Cañizares Laso, Ana, *La caducidad de los derechos y acciones*, Madrid, Civitas, 2001, p. 63.

²³ Las leyes que le conceden al consumidor un derecho de desistimiento no exigen formalidad alguna para que éste pueda ejercerlo. Por ejemplo, el artículo 14.3 a) de la Directiva 2008/48/CE de crédito al consumo, aclara: “para que el desistimiento surta efecto, antes de que expire el plazo previsto en el apartado 1, notificárselo al prestamista ...por medios que puedan ser probados de conformidad con la legislación nacional...”; artículo 28.2 a) de la Ley 16/2011 de 14 de junio, de contratos de crédito al consumo: “se considerará que se ha respetado el plazo si la notificación se ha enviado antes de la expiración del plazo, siempre que haya sido efectuada mediante documento en papel o cualquier otro soporte duradero a disposición del prestamista y accesible para él”; artículo 7.1 Directiva 122/2008 de 14 de enero de 2009, de contratos de tiempo compartido: “si el consumidor tiene intención de ejercer el derecho de desistimiento, notificará su decisión al comerciante, en papel o en cualquier otro soporte duradero, antes de que expire el plazo de desistimiento. El consumidor podrá utilizar el formulario normalizado de desistimiento recogido en el anexo V y facilitado por el comerciante de conformidad con el artículo 5, apartado 4...”; artículo 12.4, Real Decreto-ley 8/2012 de 16 de marzo, de contratos de aprovechamientos por turno: “el consumidor notificará de forma fehaciente al empresario el desistimiento por escrito en papel u otro soporte duradero, pudiendo utilizar el formulario en el anexo V. La expedición o envío de la notificación deberá hacerse dentro del plazo legal y será

la doctrina coincide en que el consumidor debería dejar constancia al momento de ejercitar el derecho de desistimiento, pues existen medios como el teléfono, donde es difícil dejar prueba de tal derecho.²⁴ Además, la carga de la prueba del ejercicio del derecho de desistimiento recaerá en el consumidor (artículo 72 del TRLGDCU).

E. Es una declaración de voluntad recepticia

Para que el desistimiento surta sus efectos, es necesario que el consumidor se lo haga saber a la otra parte, en este caso, al empresario (artículo 68.1 del TRLGDCU).²⁵ Aunque surge la duda de determinar el

eficaz cualquiera que sea la fecha de recepción por el empresario”. Aunque la Directiva 2002/65/CE del 23 de septiembre de 2002, de contratos servicios financieros a distancia, ni la Ley 22/2007 del 12 de julio, de contratos de servicios financieros a distancia, lo digan expresamente, también se extiende la libertad de forma para ejercer el ejercicio del derecho de desistimiento a este tipo de contratos. Ello lo entendemos debido a que el TRLGDCU se aplica supletoriamente a las leyes especiales que contemplan el derecho de desistimiento y quedaron fuera de su refundición.

²⁴ Beluche Rincón, Iris, “Algunas notas sobre el derecho del consumidor a desistir del contrato”, *Diario la Ley*, Sección Tribuna, núm. 7182, 26 de mayo de 2009, la Ley 11783/2009.

²⁵ Lo anterior se refleja en las siguientes normas: Ley 22/2007 de servicios financieros, artículo 10.3: “el consumidor que ejerza el derecho de desistimiento lo habrá de comunicar al proveedor en los términos previstos por el contrato...”; artículo 6.6 de la Directiva 2002/65/CE, de servicios financieros: “cuando el consumidor ejerza su derecho de rescisión, lo notificará, antes de expirar el plazo correspondiente...”; artículo 14.3 a) de la Directiva 2008/48/CE, de crédito al consumo: “para que el desistimiento surta efecto, antes de que expire el plazo previsto en el apartado 1 [el consumidor deberá] notificárselo al prestamista...”; artículo 28.2 a) de la Ley 16/2011 de crédito al consumo: “el consumidor que ejerza el derecho de desistimiento tendrá las obligaciones siguientes: ...comunicarlo al prestamista antes de que expire el plazo previsto en el apartado 1...”; artículo 7o. de la Directiva 122/2008, de tiempo compartido: “si el consumidor tiene intención de ejercer el derecho de desistimiento, notificará su decisión al comerciante, en papel o en cualquier otro soporte duradero...”; artículo 12.4 del Real Decreto-ley 8/2012, de tiempo compartido: “El consumidor notificará de forma fehaciente al empresario del desistimiento por escrito o en papel u otro soporte duradero...”. En el mismo sentido, se expresa en cuanto a su carácter recepticio a nivel comunitario el artículo 11.1 de la DDC: “Antes de que venza el plazo de desistimiento, el consumidor comunicará al comerciante su decisión de desistir del contrato”. De igual manera, el CESL, en su artículo 41.2, aclara: “El consumidor ejercerá el derecho de desistimiento mediante notificación al comerciante”. Asimismo, es importante aclarar que el artículo 44.1 de la LOCM, a diferencia del artículo 68.1

HENRRY SOSA OLÁN

momento en que se hace efectiva la declaración de voluntad: ¿cuándo se ejercita el derecho de desistimiento o cuando llega al conocimiento del empresario? En nuestra opinión, el ejercicio del derecho de desistimiento del consumidor surte efecto desde el momento en que este último desiste del contrato, siempre y cuando lo haga en tiempo y forma, es decir, de acuerdo con las condiciones establecidas en la ley o en el contrato.²⁶

F. Sin penalización alguna para el consumidor

El ejercicio del derecho de desistimiento no implicará gasto alguno para el consumidor cuando éste decida ejercitarlo (artículo 68.1 del TRLGDCU). En la misma línea que el actual TRLGDCU se ha expresado el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en alguna de sus sentencias.²⁷ Sin embargo, los gastos de devolución, por regla general, corresponden al consumidor en materia de contratación a distancia (artículo 108.1 del TRLGDCU y 14.2 de la DDC).

del TRLGDCU, no incluye la frase “notificándose así a la otra parte contratante”. Aunque se sobreentiende que el consumidor, al momento de ejercer su derecho de desistimiento, tiene la obligación de comunicárselo al empresario con quien contrató el bien o servicio.

²⁶ Miranda Serrano, Luis María, “Título III. Contratos celebrados a distancia”, *cit.*, pp. 1514 y 1515: “Al ser una declaración de voluntad, le son aplicables los principios generales que nuestro ordenamiento jurídico establece en relación con este tipo de declaraciones: podrá ser revocada y se someterá a las reglas relativas a la capacidad del declarante y a los vicios del consentimiento... Su carácter recepticio se explica por el hecho de que para que surta efectos habrá de ser conocida por la otra parte, con independencia de que ello suceda con anterioridad o posterioridad al plazo en el cual el consumidor tiene la facultad de ejercitar el derecho de desistimiento (plazo o periodo de reflexión). Así se desprende de los arts. 71.4 y 101.1 TRDCU, de los que cabe inferir que lo realmente relevante para la validez del ejercicio del derecho de desistimiento es que la declaración de voluntad en que se corporeiza dicho derecho se emita y expida dentro del periodo fijado legalmente y no en el momento en que el empresario o su representante conocen de ella”.

²⁷ STJCE “*Travel Vac*”, asunto C-423/97, del 22 de abril de 1999, punto 60: “...se opone a que un contrato contenga una cláusula por la que se impone al consumidor el pago de una indemnización a tanto alzado por daños causados al comerciante por el único motivo de que aquél haya ejercido su derecho de renuncia”.

G. Su ejercicio determina la extinción del contrato de consumo concertado

En el momento en que el consumidor ejerce su derecho de desistimiento el contrato se extingue, razón por la cual surgen obligaciones para cada una de las partes. En materia de contratación a distancia, es importante aclarar que los efectos del desistimiento son retroactivos (*ex tunc*) para el caso de los bienes. Sin embargo, para el caso de los servicios es *ex nunc* (artículos 6o. de la Directiva 97/7/CE, de contratos a distancia; 44 de la LOCM; 74 del TRLGDCU, y 12 de la DDC). En la misma línea que las normas mencionadas, se manifiesta el artículo 43 del CESL.

H. Puede tener su origen tanto legal como contractualmente

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

El legislador español, con la refundición de leyes que realizó en 2007, configuró un régimen general de derecho de desistimiento en los artículos 68 a 79 del TRLGDCU, y de paso creó un derecho *contractual* de desistimiento, por lo que se constituye como una novedad legislativa en el ordenamiento jurídico español.²⁸ Sin embargo, el desistimiento *contractual* podría darse siempre y cuando no exista una regulación que lo prevea en una ley especial (o más allá de lo previsto por ésta), para lo cual se aplicarán subsidiariamente las disposiciones del TRLGDCU en materia de desistimiento, tal y como expresa el artículo 79 del mencionado texto: “A falta de previsiones específicas en la oferta, promoción, publicidad o en el propio contrato del derecho de desistimiento reconocido contractualmente, éste se ajustará a lo previsto en este título”.

²⁸ Artículo 68 del TRLGDCU (Contenido y régimen del derecho de desistimiento), “2. El consumidor tendrá derecho a desistir del contrato en los supuestos previstos legal o reglamentariamente y cuando así se le reconozca en la oferta, promoción, publicidad o en el propio contrato”.

HENRRY SOSA OLÁN

Además, el desistimiento puede pactarse en cualquier tipo de contrato (incluso los presenciales) a iniciativa del empresario, con lo cual pasan a formar parte de éstos, e, inclusive en los casos en que esté legalmente previsto, siempre que se mejoren las condiciones establecidas en la normativa que prevé el derecho de desistimiento. No obstante, el legislador español ha impuesto dos límites en materia de derecho de desistimiento contractual (artículo 79 del TRLGDCU): el primero es la prohibición de indemnizar al empresario por el desgaste o deterioro del bien; y el segundo, la prohibición del pago de anticipos del consumidor al empresario. En este sentido, Cavanillas Múgica, refiriéndose al desistimiento no regulado por la ley, aclara que si el empresario otorga al consumidor el derecho a desistir del contrato en condiciones menos favorables, como sería la reducción del plazo de catorce días naturales o exigir anticipos durante el periodo de desistimiento, no deben considerarse cláusulas abusivas, siempre y cuando no afecten las limitaciones mencionadas.²⁹

Una vez visto el concepto y características del derecho de desistimiento, enseguida pasaremos al tema central de nuestro trabajo: las excepciones al derecho de desistimiento.

4. Excepciones al derecho de desistimiento en materia de contratación a distancia

A. Excepciones totales

Existen diversos contratos que por distintos motivos, tal y como veremos a continuación, se excluyen de la normativa de contratos a distan-

²⁹ Cavanillas Múgica, Santiago, “El Real Decreto Legislativo 1/2007, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias”, *Aranzadi Civil*, núm. 1, 2008, p. 2156; en la misma línea: Diéguez Oliva, Rocío, “El derecho de desistimiento en el marco común de referencia”, *Revista para el Análisis del Derecho: InDret*, núm. 9, 2009, disponible en: <http://www.indret.com/es/> [fecha de consulta: 17 de diciembre de 2014]; Evangelio Llorca, Raquel, “¿Es abusiva la entrega de vales en la compraventa de productos de consumo? (Reflexiones en relación con el desistimiento unilateral del consumidor y la resolución del contrato)”, *Revista de Derecho Privado*, núm. 95, julio-agosto de 2011, pp. 44 y 45.

cia y, por lo tanto, de la figura objeto de nuestro estudio (artículo 93 del TRLGDCU):

1. “De servicios sociales, incluidos la vivienda social, el cuidado de los niños y el apoyo, a familias y personas necesitadas temporal o permanentemente, incluida la atención a largo plazo”.

La exclusión de esta materia se debe principalmente al carácter personalísimo de los servicios, a sus particulares destinatarios y a su trascendencia social. Son servicios que, aunque de forma eventual puedan prestarse a distancia, exigen, generalmente, el carácter presencial.³⁰

2. “A los contratos de servicios relacionados con la salud, prestados por un profesional sanitario a pacientes para evaluar, mantener o restablecer su estado de salud, incluidos la receta, dispensación y provisión de medicamentos y productos sanitarios, con independencia de que estos servicios se presten en instalaciones sanitarias”.

La razón por la que se excluyen este tipo de contratos es similar al caso anterior, vinculada, en este supuesto, a razones de salud pública. Además, este tipo de contratos exigen una regulación especial debido a su complejidad técnica, su importancia como servicio de interés general, la existencia de trato personal y su importante financiación pública.³¹

³⁰ Exposición de Motivos de la DDC en su punto 29: “Los servicios sociales poseen fundamentalmente unas características bien diferenciadas que se reflejan en la legislación específica del sector, de la cual, una parte se decide a nivel de la Unión y otra, a nivel nacional. Los servicios sociales comprenden, por un lado, los servicios a personas particularmente desfavorecidas o con muy bajos ingresos, así como los servicios a las personas o familias que requieren asistencia para la realización de tareas habituales y cotidianas y, por otro, los servicios para todos aquellos que precisan de manera especial asistencia, apoyo, protección o ánimo en una etapa concreta de sus vidas... Las disposiciones de la presente Directiva no son adecuadas para los servicios sociales, por lo que deben excluirse de su ámbito de aplicación”.

³¹ En relación con la exclusión comentada, la Exposición de Motivos de la DDC en su punto 30 deja claro que “La asistencia sanitaria se define en la Directiva 2011/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2011, relativa a la aplicación de los derechos de los pacientes en la asistencia sanitaria transfronteriza (1), como «los servicios relacionados con la salud prestados por un profesional sanitario a pacientes para evaluar, mantener o restablecer su estado de salud, incluidos la receta, dispensación y provisión de medicamentos y productos sanitarios». Profesional sanitario se define en dicha Directiva como todo doctor en medicina, enfermero responsable de cuidados generales, odontólogo, matrona o farmacéutico a tenor de lo dispuesto en la

HENRRY SOSA OLÁN

3. “A los contratos de actividades de juego por dinero que impliquen apuestas de valor monetario en juegos de azar, incluidas las loterías, los juegos de casino y las apuestas”.

En esta materia se da libertad a los Estados miembros para adoptar medidas diferentes, incluso más estrictas, de protección de los consumidores. El fundamento de la exclusión de estos contratos coincide con el que está detrás del de la prensa diaria y publicaciones periódicas,³² pues se trata de prestaciones concertadas que son difíciles de reintroducir en el mercado. Por ejemplo, un sorteo que se ha celebrado. Hay, además, razones de orden público y las consideraciones especiales que al legislador siempre le han merecido los juegos y las apuestas. Asimismo, la excepción comentada se extiende a cualquier tipo de participación contratada a distancia en juegos de azar organizados empresarialmente.³³

A diferencia de la Directiva 97/7/CE que la excluía en el apartado previsto para el derecho de desistimiento (artículo 6.3), la DDC prevé tal exclusión, pero de manera general para los contratos a distancia (artículo 3.3), aclarando en su Exposición de Motivos, punto número 31, lo que debe entenderse por juego por dinero.³⁴

En relación con lo anterior, es importante tomar en cuenta la Ley 13/2011, de 27 de mayo, de regulación del juego,³⁵ que tiene por obje-

Directiva 2005/36/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de septiembre de 2005, relativa al reconocimiento de cualificaciones profesionales (2), u otro profesional que ejerza actividades en el sector de la asistencia sanitaria que estén restringidas a una profesión regulada según se define en el artículo 3o., apartado 1, letra a), de dicha Directiva, o toda persona considerada profesional sanitario conforme a la legislación del Estado miembro de tratamiento...”.

³² Miranda Serrano, Luis María, “La contratación fuera de los establecimientos mercantiles”, *La contratación mercantil. Disposiciones generales. Protección de los consumidores*, t. XXX, Madrid, Marcial Pons, 2006, p. 329.

³³ Sánchez Gómez, Amelia, “Comentario a los artículos 92-106 del TRLGDCU”, *cit.*, p. 1298.

³⁴ “Los juegos por dinero deben quedar excluidos del ámbito de aplicación de la presente Directiva. Las actividades de juego por dinero son aquellas que implican apuestas de valor monetario en juegos de azar, incluidas las loterías, el juego en los casinos y las apuestas. En relación con dichas actividades, los Estados miembros deben poder adoptar medidas diferentes, incluso más estrictas, de protección de los consumidores”.

³⁵ BOE, núm. 127, del 28 de mayo de 2011.

to regular el juego *on line*. La normativa comentada, en su artículo 3o. h), define al juego electrónico de la siguiente manera:

Juego por medios electrónicos, informáticos, telemáticos e interactivos. Son aquellos en los que se emplea cualquier mecanismo, instalación, equipo o sistema que permita producir, almacenar o transmitir documentos, datos e informaciones, incluyendo cualesquiera redes de comunicación abiertas o restringidas como televisión, Internet, telefonía fija y móvil o cualesquiera otras, o comunicación interactiva, ya sea ésta en tiempo real o en diferido.³⁶

4. “A los contratos de servicios financieros”.

Esta excepción encuentra su fundamento debido a que los servicios financieros se encuentran sujetos a fluctuaciones, por lo tanto, repercutiría en los intereses del empresario. Además, la Directiva 2002/65/CE, que regula los servicios financieros a distancia, excluye

³⁶ Exposición de Motivos, punto II de la Ley 13/2011, de 27 de mayo, de regulación del juego cuando señala: “Las aludidas finalidades, así como la necesidad de dotar al sector del juego de una regulación adecuada, ha tenido su reflejo en distintas iniciativas parlamentarias y en mandatos al Gobierno como el establecido, en el ámbito nacional, en la Disposición adicional vigésima de la Ley 56/2007, de 28 de diciembre, de Medidas de Impulso de la Sociedad de la Información y, en el ámbito comunitario, en la Resolución del Parlamento Europeo de 10 de marzo de 2009 sobre la integridad de los juegos de azar en línea”. Continúa la norma aclarando en su punto III: “En cumplimiento y desarrollo del mandato previsto en la ya citada Disposición adicional vigésima de la Ley 56/2007, de 28 de diciembre, de Medidas de Impulso de la Sociedad de la Información y a los efectos de controlar las actividades de juego de ámbito estatal, especialmente si se realizan a través de medios electrónicos, informáticos, telemáticos e interactivos, ha sido necesario establecer un sistema de planificación y acceso al desarrollo de la actividad, determinar las competencias estatales en materia de regulación y control, y definir un régimen de infracciones y sanciones que garantice la efectividad del marco regulatorio. Estos objetivos constituyen, en consecuencia, una de las finalidades esenciales de esta Ley que ha de ser la norma sectorial de referencia en materia de explotación de juegos a través de medios electrónicos, informáticos, telemáticos e interactivos en el ámbito estatal, procurando, al mismo tiempo, la coordinación o integración de la regulación que ahora se aprueba con el marco normativo general de la actividad de juego en nuestro país y con otras normas sectoriales sobre las que esta Ley pueda tener incidencia, tales como, a título de ejemplo, la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad, la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal y demás normativa complementaria y la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico”.

HENRRY SOSA OLÁN

en su artículo 6.2 determinados contratos para el caso del derecho de desistimiento.

5. “A los contratos de creación, adquisición o transferencia de bienes inmuebles o de derechos sobre los mismos”.

La razón de tal excepción se debe principalmente a la exigencia de determinados formalismos para llevar a cabo este tipo de contratos, siendo aplicables las normas específicas de la Ley de Ordenación de la Edificación.³⁷

6. “A los contratos para la construcción de edificios nuevos, la transformación sustancial de edificios existentes y el alquiler de alojamientos para su uso como vivienda”.

El inciso comentado se debe a que cada Estado miembro establece una serie de requisitos en su legislación nacional, en los contratos de construcción de edificios nuevos y en el alquiler de alojamientos.³⁸

7. “A los contratos relativos a los viajes combinados, las vacaciones combinadas y los circuitos combinados regulados en esta ley”.

Esta excepción halla su fundamento en que los contratos de viajes combinados tienen una normativa propia. La Directiva 2015/2302³⁹ no ha sido transpuesta al ordenamiento jurídico español, aunque cabe aclarar que una de la novedades que introduce la norma comentada,

³⁷ Sánchez Gómez, Amelia, “Comentarios a los artículos 92-106 del TRLGDCU”, *cit.*, p. 1206.

³⁸ *Vid.* Exposición de Motivos de la DDC en su punto 26: “Los contratos relacionados con la transferencia de bienes inmuebles, de derechos sobre bienes inmuebles o con la creación o adquisición de tales bienes inmuebles o derechos, los contratos para la construcción de nuevos edificios, para la transformación sustancial de edificios existentes, así como los contratos de alquiler de locales para su uso como vivienda son objeto de una serie de requisitos específicos en la legislación nacional. Estos contratos incluyen por ejemplo las ventas de bienes inmuebles que aún no se han realizado, y el alquiler con derecho a compra. Las disposiciones de la presente Directiva no son apropiadas para esos contratos que deben, por tanto, quedar excluidos de su ámbito de aplicación. Una transformación sustancial es una transformación comparable a la construcción de un nuevo edificio, por ejemplo, cuando solo se conserva la fachada del viejo edificio. Los contratos de servicios relativos, en particular, a la construcción de anexos de edificios (por ejemplo, un garaje o una veranda) y los relativos a la reparación y renovación de edificios distintas de la transformación sustancial deben estar incluidos en el ámbito de aplicación de la presente Directiva, al igual que los contratos relativos a los servicios de un agente inmobiliario y los contratos de alquiler de locales que no vayan a ser utilizados como vivienda”.

³⁹ DOCE, núm. L 326/1, del 11 de diciembre de 2015.

en el artículo 12.5, es la siguiente: “En el caso de contratos celebrados fuera del establecimiento, los Estados miembros podrán disponer en su Derecho interno que el viajero disponga de un plazo de catorce días para ejercer su derecho de desistimiento del contrato de viaje combinado, sin necesidad de justificación”.

De esta manera se abre la posibilidad de que el consumidor pueda desistir en los contratos de viajes combinados, siempre y cuando se celebren fuera del establecimiento mercantil. Sin embargo, habrá que ver cómo el legislador español transpone la Directiva de viajes combinados de 2015 al ordenamiento interno.

8. “A los contratos relativos a la protección de los consumidores y usuarios con respecto a determinados aspectos de los contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio regulados en la Ley 4/2012, de 6 de julio, de contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio y normas tributarias”.

La materia de contratación a distancia excluye este tipo de contratos debido a que existe una regulación específica de la materia. Lo anterior se ve reflejado en el derecho español a través de la Ley 4/2012 del 6 de julio, de contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio y normas tributarias, que en su artículo 12 regula un derecho de desistimiento similar al otorgado en los contratos a distancia.

9. “A los contratos que, con arreglo a la legislación vigente, deban celebrarse ante un fedatario público, obligado por ley a ser independiente e imparcial y a garantizar, mediante el suministro de una información jurídica comprensible, que el consumidor y usuario celebra el contrato únicamente previa reflexión suficiente y con pleno conocimiento de su alcance jurídico”.

En relación con esta exclusión, cabe aclarar que dentro de los Estados miembros existen funcionarios independientes, como los notarios públicos, que se encuentran investidos de fe pública. De hecho, la

HENRRY SOSA OLÁN

mencionada profesión tiene una regulación especial dentro de cada Estado miembro, por lo tanto, existe una fragmentación jurídica en el derecho notarial que es difícil de unificar en estos momentos, aunque en un futuro puede que haya una unificación en ciertos aspectos de la materia comentada.

10. “A los contratos para el suministro de productos alimenticios, bebidas u otros bienes de consumo corriente en el hogar, suministrados físicamente por un empresario mediante entregas frecuentes y regulares en el hogar o lugar de residencia o de trabajo del consumidor y usuario”.

Esta exclusión la hace el legislador debido a que esta clase de contratos tienen escasa trascendencia económica. Por otro lado, el carácter perecedero de los productos alimenticios es incompatible con el derecho de desistimiento, puesto que estos bienes no pueden ser devueltos por ser consumibles.⁴⁰

11. “A los contratos de servicios de transporte de pasajeros, sin perjuicio de la aplicación del artículo 98.2”.

Estos contratos se excluyen debido a que contienen una regulación jurídica propia, tal y como lo aclara el punto 27 de la Exposición de Motivos de la DDC:

Los servicios de transporte abarcan el transporte de viajeros y el transporte de mercancías. El transporte de viajeros debe excluirse del ámbito de aplicación de la presente Directiva, pues ya es objeto de otra normativa de la Unión, o en el caso del transporte público o de los servicios de taxis, ya están regulados a escala nacional. No obstante, las disposiciones de la presente Directiva de protección de los consumidores contra honorarios excesivos por el uso de medios de pago o contra los costes ocultos deben aplicarse también a los contratos de transporte de pasajeros. En cuanto al transporte de mercancías y el alquiler de vehículos que son servicios, los consumidores deben poder acogerse a la protección que presta esta Directiva, salvo en lo que se refiere al derecho de desistimiento.

⁴⁰ Sánchez Gómez, Amelia, “Comentario a los artículos 92-106 del TRLGDCU”, *cit.*, p. 1207.

12. “A los contratos celebrados mediante distribuidores automáticos o instalaciones comerciales automatizadas”.

Este tipo de contratos tienen su regulación específica en el capítulo III de la LOCM; en el artículo 49 de la normativa comentada se da una definición de “venta automática”.⁴¹ Además, debemos aclarar que en este tipo de contrato puede no utilizarse una técnica de comunicación a distancia, ya que, como veremos más adelante dentro de este mismo capítulo, es uno de los atributos del contrato a distancia.

13. “Celebrados con operadores de telecomunicaciones a través de teléfonos públicos para la utilización de esos teléfonos, o celebrados para el establecimiento de una única conexión de teléfono, Internet o fax por parte de un consumidor y usuario”.

Esta exclusión se encuentra muy cercana a la comentada anteriormente; es decir, a los contratos celebrados mediante distribuidores automáticos, puesto que no se trata sólo del carácter instantáneo de los contratos celebrados mediante el uso de los teléfonos públicos, lo cual es incompatible, además, con el derecho de desistimiento, sino que la regulación de los contratos a distancia excede la protección para este tipo de operaciones, las cuales pueden entrañar casos tan comunes como lo es el utilizar un teléfono público a cambio de una moneda.⁴²

B. Excepciones parciales

Los legisladores comunitarios y nacionales han previsto una serie de excepciones en materia de derecho de desistimiento, las cuales se jus-

⁴¹ Artículo 49 de la LOCM:

1. Es venta automática la forma de distribución detallista, en la cual se pone a disposición del consumidor el producto o servicio para que éste lo adquiera mediante el accionamiento de cualquier tipo de mecanismo y previo pago de su importe.
2. Los distintos modelos de máquinas para la venta automática deberán cumplir la normativa técnica que les sea de aplicación”.

⁴² Arroyo Aparicio, Alicia, *Los contratos a distancia...*, cit., p. 204. Nota al pie 590: “Se justificó la excepción en la Exposición de Motivos de la Posición común de 1995 (p. 10) precisamente por el «carácter instantáneo del contrato correspondiente de la utilización de cabinas telefónicas»”.

HENRRY SOSA OLÁN

tifican debido a la naturaleza de los productos o servicios según sea el caso,⁴³ tal y como veremos en las siguientes líneas.

A continuación pasamos a comentar cada uno de los supuestos (artículo 103 del TRLGDCU):⁴⁴

1. “La prestación de servicios, una vez que el servicio haya sido completamente ejecutado, cuando la ejecución haya comenzado, con previo consentimiento expreso del consumidor y usuario y con el reconocimiento por su parte de que es consciente de que, una vez que el contrato haya sido completamente ejecutado por el empresario, habrá perdido su derecho de desistimiento”.

Como es sabido por todos, los servicios una vez ejecutados no pueden ser devueltos, razón por la cual si se admitiera el desistimiento, se ve-

⁴³ Por todos: Zurilla Cariñana, María de los Ángeles, “Ámbito y excepciones del desistimiento en el TRLCU y en la Directiva 83/2011”, en Carrasco Perera, Ángel (dir.), *Tratado de la compraventa*, t. I: *Homenaje al profesor Rodrigo Bercovitz*, Navarra, Aranzadi, 2013, pp. 567-571. A nivel comunitario el Marco Común de Referencia (en adelante MCFR), prevé una serie de excepciones a las cuales no se aplicará el derecho de desistimiento. Véase section 2: particular rights of withdrawal “II.-5:201: contracts negotiated away from business premises

...

(3) If the business has exclusively used means of distance communication for concluding the contract is for:

- a) the supply of accommodation, transport, catering or leisure services, where the business undertakes, when the contract is concluded, to supply these services on a specific date or within a specific period;
- b) the supply or services other than financial services if performance has begun, at the consumer’s express and informed request before the end of the withdrawal period referred to in II.-5.-103 (withdrawal period) paragraph (I);
- c) the supply of goods made to the consumer’s specifications or clearly personalized or which, by reason of their nature, cannot be returned or are liable to deteriorate or expire rapidly;
- d) the supply of audio or video recording or computer software (i) which were unsealed by the consumer, or (ii) which can be downloaded or reproduced for permanent use, in case of supply by electronic means;
- e) the supply of newspapers, periodicals and magazines;
- f) gaming and lottery services.

(4) with regard to financial services, paragraph (I) also does not apply to contracts that have been fully performed by both parties, at the consumer’s express request, before the consumer exercises his or her right of withdrawal”. Estas mismas excepciones se prevén en los principios Acquis (en adelante ACQP), en su artículo 5:201 (a).

⁴⁴ Asimismo, el CESL, en su artículo 42, prevé todas las excepciones previstas en el artículo 16 de la DDC y el artículo 103 del TRLGDCU.

ría incrementado el patrimonio del cliente en perjuicio del empresario.⁴⁵ Además, con este tipo de excepción se establece la posibilidad de que los servicios se presten con la rapidez que demanda el mercado, con lo cual decae el derecho de desistimiento del consumidor.⁴⁶ No obstante, en caso de no ser informado el consumidor de su derecho de desistimiento y éste lo ejerciera, aun cuando parte o todo el servicio se hubiera ejecutado, no tiene la obligación de asumir ningún coste por los servicios prestados. Tal interpretación es la que sigue el actual TRLGDCU (artículo 108.4-2.b-1). En la misma línea se manifiesta el artículo 14.4 de la DDC y el artículo 7.3 de la Directiva 2002/65/CE, que lleva por título “Pago del servicio prestado antes de la rescisión”, aclarando:

3. El proveedor no podrá exigir pago alguno del consumidor a tenor del apartado 1 a menos que pueda demostrar que el consumidor ha sido debidamente informado del importe adeudado, de conformidad con la letra a) del punto 3 del apartado 1 del artículo 3o. Sin embargo, no podrá en ningún caso exigir dicho pago en caso de que haya iniciado la ejecución del contrato antes de expirar el periodo de rescisión que establece el apartado 1 del artículo 6o. sin que el consumidor lo haya solicitado previamente.

Como podemos observar, la regulación de esta previsión no excluye el derecho de desistimiento, sino que se atribuye la posibilidad de desistir al consumidor *antes* de la ejecución de la prestación, pues en caso contrario el desistimiento decae.⁴⁷

2. “El suministro de bienes o la prestación de servicios cuyo precio dependa de fluctuaciones del mercado financiero que el empresa-

⁴⁵ Como señala Camacho Clavijo: “el consumidor debe ser informado de la ausencia de derecho de desistimiento si consiste en la prestación de un servicio antes de finalizar el plazo...”. Camacho Clavijo, Sandra, *Partes intervinientes, formación y prueba del contrato electrónico*, Madrid, Reus, 2005, pp. 289 y 290.

⁴⁶ González León, Carmen, “El derecho de desistimiento del consumidor en los contratos celebrados a distancia”, en Herrero García, María José (dir.), *La contratación en el sector de la distribución comercial*, Navarra, Aranzadi, 2010, p. 137.

⁴⁷ Sánchez Gómez, Amelia, “Comentario al artículo 92-106 del TRLGDCU...,” *op.cit.*, p. 1297.

HENRRY SOSA OLÁN

rio no pueda controlar y que puedan producirse durante el periodo de desistimiento”.⁴⁸

Lo que pretende la ley al establecer esta excepción es proteger al empresario en aquellos contratos sobre bienes que él no puede controlar, debido a la rapidez con que confluyen las transacciones comerciales en el mercado financiero y que supondrían una pérdida económica injustificada en el patrimonio de éste.⁴⁹ Sin embargo, parte de la doctrina

⁴⁸ Un ejemplo de este tipo de contratos lo encontramos en el artículo 6.2 de la Directiva 2002/65/CE, cuando aclara:

“El derecho de rescisión no se aplicará a los contratos relativos a:

a) servicios financieros cuyo precio dependa de fluctuaciones de los mercados financieros que el proveedor no pueda controlar, que pudieran producirse durante el plazo en el transcurso del cual pueda ejercerse el derecho de rescisión, como, por ejemplo, los servicios relacionados con:

- operaciones de cambio de divisas,
- instrumentos del mercado monetario,
- títulos negociables,
- participaciones en entidades de inversión colectiva,
- contratos financieros de futuros, incluidos los instrumentos equivalentes que impliquen una liquidación en efectivo,
- contratos de futuros sobre tipos de interés (FRA),
- contratos de permuta (swaps) sobre tipos de interés, sobre divisas o los contratos de intercambios ligados a acciones o a un índice sobre acciones (equity swaps),
- opciones destinadas a la compra o venta de cualquiera de los instrumentos contemplados en la presente letra, incluidos los instrumentos equivalentes que impliquen una liquidación en efectivo. Concretamente, se incluyen en esta categoría las opciones sobre divisas y sobre tipos de interés...”.

⁴⁹ En este sentido, pueden consultarse las opiniones de los siguientes autores: Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo, “Comentarios a los artículos 38 a 48 LOCM”, en Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo y Leguina Villa, Jesús (coords.), *Comentarios a las leyes de ordenación del comercio minorista*, Madrid, Tecnos, 1997, p. 725. Para este autor “esta excepción viene a poner de relieve cómo la consideración del inversionista como consumidor no es correcta. Una cosa es que el pequeño inversionista necesite una protección, de lo que no cabe duda, y otra cosa es hacerlo a través del derecho de consumo, cuando un inversionista, por su propia naturaleza, no es consumidor”; Pasquau Liaño, Miguel, “Comentarios a los artículos 38 a 48 LOCM”, en Piñar Mañas, José Luis y Beltran Sánchez, Emilio (dirs.), *Comentarios a la ley de ordenación de comercio minorista y a la ley orgánica complementaria*, Madrid, Civitas, 1997, p. 349: “Pretende impedirse que el derecho de desistimiento se utilice, en perjuicio del proveedor, como medio de especulación”; Díez Soto, Carlos, “Comentario a los artículos 42-45 de la LOCM”, en Alonso Espinosa Francisco José et al. (coords.), *Régimen jurídico general del comercio minorista*, Madrid, McGraw-Hill, 1999, p. 570: “El fundamento de esta exclusión del derecho de desistimiento en la venta a distancia de estos productos resulta bastante claro: reconocer este derecho a los compradores entorpecería grave-

entiende que tal exclusión se debe, más bien, a las presiones de los operadores de esos mercados para colocar sus operaciones a distancia al margen de las reglas protectoras del comprador previstas con carácter general.⁵⁰

3. El suministro de bienes confeccionados conforme a las especificaciones del consumidor y usuario o claramente personalizados.

4. El suministro de bienes que puedan deteriorarse o caducar con rapidez.⁵¹

Estos supuestos se encuentran previstos en el artículo 16 c) y d) de la DDC. Personalmente, considero que estas excepciones las hace el legislador con el fin de proteger, una vez más, al empresario, debido a que este tipo de productos no pueden ser reintroducidos al mercado por estar diseñados a la medida y especificaciones del consumidor.⁵² Por ejemplo, la fabricación de un sofá de medidas, telas, colores y formas determinados para que satisfagan los deseos y necesidades de un cliente concreto.

Por otro lado, los bienes de usos perecederos o no duraderos se contemplan de manera parcial en el artículo 93 j) del TRLGDCU.⁵³ Es importante diferenciar, tal y como hace la doctrina, entre productos realizados a la medida de un cliente —los cuales pueden ser modificados en sus elementos conforme a los deseos del comprador— de aquellos que pertenecen a un determinado modelo o serie,⁵⁴ ya que si

mente el desarrollo de las operaciones en un mercado caracterizado por la rapidez con la que habitualmente han de tomarse las decisiones de compra y venta”.

⁵⁰ Marín López, Juan José, “Comentarios a los artículos 43-49 de la LOCM”, en Arimany, Manubens & Asociados (coords.), *Ordenación del comercio minorista, comentarios a la ley 7/1996 y a la ley orgánica 2/1996, ambas de fecha de 15 de enero*, Barcelona, Praxis, 1996, p. 336.

⁵¹ Antes de la Reforma de la Ley 47/2002 de 19 de diciembre, la LOCM no excluía de su ámbito de aplicación el supuesto de los bienes confeccionados conforme a las especificaciones del consumidor, como sí lo hacía la Directiva 97/7/CE, de contratos a distancia, lo cual obligó al legislador español a introducirla en el artículo 45 de la LOCM, inciso b).

⁵² Miranda Serrano, Luis María, “La contratación fuera de los establecimientos mercantiles”, *cit.*, p. 289.

⁵³ Sánchez Gómez, Amelia, “Comentario a los artículos 92-106 del TRLGDCU”, *cit.*, p. 1294.

⁵⁴ Díez Soto, Carlos, “Comentario a los artículos 42-45 de la LOCM”, *cit.*, p. 578: “En el primer caso, aun tratándose de contratos a distancia, la relación entre proveedor y

HENRRY SOSA OLÁN

se realizan modificaciones introducidas en el producto —que hicieran imposible su reintroducción en el mercado— estaríamos ante la figura de productos no susceptibles de ser devueltos por su naturaleza.⁵⁵ En este sentido la Exposición de Motivos de la DDC, punto 49, aclara:

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 medida⁵⁶ 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.⁵⁷

cliente se planteará habitualmente en términos tales que justifican quizá, su absoluta exclusión del régimen específico de las ventas a distancia, tal y como hace el artículo 38.3 b) de la Ley española, ya que habitualmente su calificación será más bien la de contratos de obra (sometidos, por tanto, al régimen del artículo 1.594 CC). En el segundo caso estamos en presencia de bienes fungibles, aunque adaptados a las preferencias del cliente (personalizados, tal como se expresa la Directiva) de acuerdo con la oferta realizada por el propio vendedor”.

⁵⁵ *Idem*.

⁵⁶ Página web del Corte Inglés, en su sección de comercio electrónico excluye del derecho de desistimiento la excepción comentada: “c) Contratos de suministro de productos confeccionados conforme a las especificaciones del consumidor y usuario o claramente personalizados (tarjetas regalo, entradas)”, disponible en: http://www.elcorteingles.es/informacion/comercio_electronico/devolver.asp#Anchor-49575 [fecha de consulta: 5 de agosto de 2016]. La tienda ZARA, a través de su página web y en relación con la excepción comentada, establece: No tendrá usted derecho a desistir del Contrato cuyo objeto sea el suministro de alguno de los productos siguientes: “Artículos personalizados, CDs/DVD de música sin su envoltorio original, medias, ropa interior y bienes precintados por razones de higiene que hayan sido desprecintados tras la entrega” disponible en: <http://www.zara.com/webapp/wcs/stores/servlet/TermsAndConditionsView?catalogId=24052&langId=5&storeId=10701>. [fecha de consulta: 5 de agosto de 2016].

⁵⁷ En términos parecidos se manifestaba la Propuesta de Directiva de Consumidores de 2008 en el considerando núm. 33 de su Exposición de Motivos: “Deben existir algunas excepciones al derecho de desistimiento, en particular en los casos en que sea inadecuado habida cuenta de la naturaleza del producto. Eso es aplicable, por

5. “El suministro de bienes precintados que no sean aptos para ser devueltos por razones de protección de la salud o de higiene y que hayan sido desprecintados tras la entrega”.

Entendemos la excepción prevista en el inciso e) del artículo 103 del TRLGDCU, debido a que hay productos que no pueden ser devueltos por razones de salud e higiene; por ejemplo, un cepillo de dientes o ropa interior.

6. “El suministro de bienes que después de su entrega, y teniendo en cuenta su naturaleza, se hayan mezclado de forma indisociable con otros bienes”.

En un principio, esta excepción no se encontraba en la Propuesta de Directiva de los Derechos de los Consumidores de 2008 y de 2010 (en adelante PDDC). Sin embargo, con las modificaciones realizadas en junio de 2011 se introdujo la excepción comentada. Un ejemplo de este tipo de excepciones son sustancias químicas, como la gasolina o el alcohol, que una vez mezcladas pierden sus propiedades, razón por la cual no pueden ser devueltas.

7. “El suministro de bebidas alcohólicas cuyo precio haya sido acordado en el momento de celebrar el contrato de venta y que no puedan ser entregadas antes de 30 días, y cuyo valor real dependa de fluctuaciones del mercado que el empresario no pueda controlar”.

En la PDDC sólo se establecía la excepción comentada en relación con el vino; no obstante, la DDC la generalizó a todo tipo de bebidas alcohólicas. El fundamento de tal excepción lo encontramos en el punto 49 de la Exposición de Motivos de la norma comentada, cuando aclara:

El derecho de desistimiento podría resultar inadecuado, por ejemplo, por la naturaleza especial de los bienes o servicios. Es (*sic.*) 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*).⁵⁸

ejemplo, al vino suministrado mucho tiempo después de la celebración de un contrato de naturaleza especulativa, en que el valor depende de las fluctuaciones del mercado (*vin en primeur*)”.

⁵⁸ *Idem.*

HENRRY SOSA OLÁN

8. “Los contratos en los que el consumidor y usuario haya solicitado específicamente al empresario que le visite para efectuar operaciones de reparación o mantenimiento urgente; si, en esa visita, el empresario presta servicios adicionales a los solicitados específicamente por el consumidor o suministra bienes distintos de las piezas de recambio utilizadas necesariamente para efectuar las operaciones de mantenimiento o reparación, el derecho de desistimiento debe aplicarse a dichos servicios o bienes adicionales”.

El supuesto comentado se puso de manifiesto en la PDDC de 2008, pero esta excepción sólo se contemplaba en relación con los contratos a distancia; por lo tanto, se excluía a los contratos celebrados fuera del establecimiento mercantil.⁵⁹ Su fundamento se halla en que el derecho de desistimiento es incompatible con la situación de urgencia.⁶⁰ Aunque, y con el fin de proteger a los consumidores que puedan verse influenciados o presionados por alguna urgencia para contratar bienes o servicios adicionales, que pudieran ir más allá de una reparación ordinaria, se tiene la posibilidad final de desistimiento. Se consigue así un equilibrio entre las posiciones del empresario y el consumidor-cliente que entendemos razonable.

9. “El suministro de grabaciones sonoras o de vídeo precintadas o de programas informáticos precintados que hayan sido desprecintados por el consumidor y usuario después de la entrega”.⁶¹

⁵⁹ Artículo 19.2 c) de la PDDC cuando aclaraba: “...los contratos en los que el consumidor haya solicitado específicamente al comerciante, a través de un medio de comunicación a distancia, que se persone en su domicilio para efectuar operaciones de reparación o mantenimiento de bienes de los que es propietario; si, en esta ocasión, el comerciante presta servicios adicionales a los solicitados específicamente por el consumidor o suministra bienes distintos de las piezas de recambio utilizadas necesariamente para efectuar las operaciones de mantenimiento o reparación, el derecho de desistimiento se aplicará a dichos servicios o bienes adicionales”.

⁶⁰ Exposición de Motivos de la PDDC de 2008 en su punto 37.

⁶¹ El Corte Inglés, en su página web relativa al comercio electrónico, excluye del derecho de desistimiento la excepción comentada. Excepciones al derecho de desistimiento: “i) El suministro de grabaciones sonoras o de vídeos precintados o de programas informáticos precintados que hayan sido desprecintados por el consumidor y usuario después de la entrega” [fecha de consulta: 4 de agosto de 2016]. En términos parecidos se pronuncia la página web de la Sony en la sección “Condiciones de venta”, punto 15, cuando declara: “El derecho de devolución sin necesidad de justificación regulado en la cláusula

El legislador previó esta excepción porque la naturaleza de este tipo de bienes los hace susceptibles de copiarse fácilmente, pasando al patrimonio del consumidor;⁶² por lo tanto, si éste ejerciera el derecho de desistimiento se defraudarían los intereses del empresario y los derechos de propiedad intelectual.⁶³

10. “El suministro de prensa diaria, publicaciones periódicas o revistas, con la excepción de los contratos de suscripción para el suministro de tales publicaciones”.⁶⁴

El inciso comentado se excluye del derecho de desistimiento, puesto que esta clase de bienes pierden su valor muy rápidamente, a causa

14 no es aplicable si Usted no compra los Productos o Servicios como consumidor. Para el software que se venda junto con los Productos de Sony o como Producto individual, no se podrá reclamar el derecho de devolución y reintegro si el sello de licencia de dicho software se rompe o el embalaje se abre. Además no puede devolver un Producto y pedir reembolso si se trata de un artículo personalizado, como con grabados u otro tipo de personalización hecha según sus especificaciones”, disponible en: https://shop.sony.eu/shop/mimes/openAccess/legal/terms-conditions-sales/terms_and_conditions_sales_es_ES.html [fecha de consulta: 4 de agosto de 2016]. La excepción que venimos comentando también la excluye la empresa Amazon en las excepciones al derecho de desistimiento al declarar dentro de sus condiciones generales lo siguiente: “Grabaciones sonoras o de video precintadas o software sellado si los mismos fueran desprecintados por usted tras su entrega”, disponible en: http://www.amazon.es/gp/help/customer/display.html/ref=footer_cou?ie=UTF8&nodeId=200545940 [fecha de consulta: 4 de agosto de 2016].

⁶² Camacho Clavijo, Sandra, *Partes intervinientes, formación...*, cit., p. 288: “Este consumo inmediato es incompatible con el derecho de desistimiento del consumidor. Se acoge así la regla que se ha desarrollado en la *praxis* anglosajona de los contratos «shrink-wrap», en los que la apertura o desprecintado del plástico que envuelve el *software* implica la aceptación de la licencia de uso. El usuario, en su propio interés debe examinar y leer el exterior del paquete donde suele figurar una cláusula «warning read carefully before opening», que alerta al consumidor sobre la lectura y aceptación del acuerdo de licencia antes de la apertura del paquete”.

⁶³ Sánchez Gómez, Amelia, “Comentario a los artículos 92-106 del TRLGDCU”, cit., pp. 1295 y 1296; y Miranda Serrano, Luis María, “La contratación fuera de los establecimientos mercantiles”, cit., p. 329: “En este tipo de contratos el consumidor puede perfectamente incorporar a su patrimonio el bien, lo que resulta incompatible con el posterior ejercicio del derecho de desistimiento”.

⁶⁴ Esta excepción al derecho de desistimiento se reguló por primera vez en el ordenamiento español en el artículo 45 de la LOCM, inciso d), mediante la reforma efectuada por la Ley 47/2002, de 19 de diciembre, la cual transpuso la Directiva de contratos a distancia al ordenamiento español. Véase la Memoria que acompaña a la Posición común de 1995 (DOCE, núm. C 288, del 30 de noviembre de 1995, p. 12).

HENRRY SOSA OLÁN

de su periodicidad, que puede ser diaria o semanal. De esta manera se “impide su reintroducción en el mercado tras su devolución por el consumidor”.⁶⁵

11. “Los contratos celebrados mediante subastas públicas”.

La doctrina ha clasificado a las subastas realizadas a través de Internet en tres tipos: la primera comprende el sistema de pujas, donde los medios electrónicos se ponen a disposición de los participantes; la segunda es la realizada por un sistema totalmente controlado por el empresario a través de Internet, en un sitio *web* creado por él mismo; y la tercera es aquella en la cual los bienes y servicios son ofrecidos por los particulares mediante pujas, después de celebrar un contrato con una empresa para permitir la celebración de subastas en el espacio virtual. Un ejemplo de estas últimas son las realizadas por empresas como E-bay.⁶⁶

La antigua redacción del artículo 93.1 b) del TRLGDCU excluía las “subastas” del ámbito objetivo de los contratos a distancia, aunque sí incluía las “subastas electrónicas”. En la actualidad, a pesar de que el TRLGDCU incluye dentro de su ámbito de aplicación las subastas públicas,⁶⁷ excluye el derecho de desistimiento en este tipo de contratos. Esta excepción se debe a que las subastas públicas tienen su propio régimen jurídico (artículos 56 a 61 de la LOCM). Por otra parte, la fijación del precio mediante el sistema de pujas no resulta compatible con el ejercicio del derecho de desistimiento, pues iría en perjuicio del empresario al haber una ruptura de la equivalencia de las prestaciones.⁶⁸

⁶⁵ Sánchez Gómez, Amelia, “Comentario a los artículos 92-106 del TRLGDCU”, *cit.*, p. 1296.

⁶⁶ Paniza Fullana, Antonia, “Algunas reflexiones sobre la normativa aplicable a los contratos a distancia celebrados con consumidores. Problemas y contradicciones”, en Co-tino Hueso, Lorenzo (coord.), *Consumidores y usuarios ante las nuevas tecnologías*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008, pp. 77 y 78.

⁶⁷ La definición que brinda el TRLGDCU en su artículo 93.1 h): “procedimiento de contratación transparente y competitivo en virtud del cual el empresario ofrece bienes o servicios a los consumidores y usuarios que asistan o puedan asistir a la subasta en persona, dirigido por un subastador y en el que el adjudicatario esté obligado a comprar los bienes o servicios”.

⁶⁸ Arroyo Aparicio, Alicia, *Los contratos a distancia...*, *cit.*, p. 205.

A nivel comunitario, ni el MCFR ni el ACQUIS excluyen el derecho de desistimiento en las subastas.⁶⁹

12. “El suministro de servicios de alojamiento para fines distintos del de servir de vivienda, transporte de bienes, alquiler de vehículos, comida o servicios relacionados con actividades de esparcimiento, si los contratos prevén una fecha o un periodo de ejecución específicos”.

En lo referente a los supuestos contractuales previstos en el inciso L) del artículo 103 del TRLGDCU, se prevé la excepción del derecho de desistimiento debido a que la ejecución del servicio se realiza en una fecha determinada. Ejemplos de este tipo de contratos pueden ser la compra de una entrada para un espectáculo, llamar a un tele-taxi o solicitar una pizza por teléfono⁷⁰ (se trata de los denominados “servicios con reserva”).⁷¹ En los casos mencionados hay un compromiso de llevar a cabo el servicio en un momento o periodo determinado. Sin embargo, hay que tener en cuenta que el periodo de ejecución del contrato es muy corto (por ejemplo, en la llamada al tele-taxi), por tal razón, sería imposible para el proveedor reintroducir el bien o servicio, cuya prestación se ha iniciado prácticamente de forma automática en el mercado. El bien o servicio se perdería injustificadamente en perjuicio del empresario.

Lo mismo ocurre en relación con los servicios de transporte. En este último supuesto, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, al interpretar el artículo 3.2 de la Directiva 97/7/CE, en su sentencia del 10 de marzo de 2005, asunto C-336/03, dejó clara la exclusión del derecho de desistimiento del consumidor por lo que respecta al alquiler de vehículos.⁷² En la misma línea se pronunció el Tribunal Supremo de París en la sentencia del 25 de noviembre de 2010,

⁶⁹ Artículo II.-5:201, MCFR, y artículo 5:201, ACQP.

⁷⁰ Arroyo Aparicio, Alicia, *Los Contratos a distancia...*, op. cit., p. 210.

⁷¹ Sánchez Gómez, Amelia, “Comentarios a los artículos 92-106 del TRLGDCU”, cit., p. 1210.

⁷² Véase comentario a esta sentencia en Cámara Lapuente, Sergio, “Tipos contractuales, excepciones sectoriales y metodología hermenéutica del derecho de consumo según la jurisprudencia comunitaria: «easy car» o el desistimiento en el alquiler a distancia de vehículos (sentencia TJCE de 10 de marzo de 2005, Asunto 336/03)”, *Evolución y Tendencias del Derecho Europeo, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, núm. 9, 2006, pp. 375-405.

HENRRY SOSA OLÁN

al señalar que el derecho de desistimiento en las ventas a distancia no se aplica a los servicios de alojamiento, transporte y entretenimiento donde se especifique una fecha determinada. La cuestión principal sobre la que versó la sentencia comentada giró entorno a la reservación de una habitación en el hotel Dakar, en Senegal, cuya transacción se realizó a través de la página web de un operador turístico.⁷³

13. “El suministro de contenido digital que no se preste en un soporte material cuando la ejecución haya comenzado con el previo consentimiento expreso del consumidor y usuario con el conocimiento por su parte de que en consecuencia pierde su derecho de desistimiento”.⁷⁴

La excepción comentada se debe a que los servicios una vez prestados no pueden ser devueltos, razón por la cual se trata de evitar un abuso del derecho por parte del consumidor y un injustificado (y fácilmente entendible con esta medida) perjuicio para el titular de los derechos de propiedad intelectual sobre dichos contenidos. El resultado del suministro es un archivo en el ordenador o equipo del usuario, fácilmente copiable, por lo que no tiene sentido proceder a su destrucción. Piénsese, por ejemplo, en los ficheros informáticos que contengan obras protegidas

⁷³ Véase el texto completo de la sentencia que lleva por título *Pas de droit de rétractation pour les voyages en ligne*, disponible en: <http://www.legalis.net/spip.php?article3078> [fecha de consulta: 20 de enero de 2011]. Antes de la entrada en vigor de la Ley de Consumidores de 2014, los supuestos comentados se encontraban regulados en el artículo 93.2 del TRLGDCU, que aclaraba: “...lo dispuesto en los artículos 96.1 y 2, sobre comunicaciones comerciales; 97, sobre información precontractual; 98, sobre confirmación escrita de la información; 101, sobre derecho de desistimiento, y 103, sobre ejecución y pago, no será de aplicación a:

1. Los contratos de suministro de productos alimenticios, de bebidas o de otros productos del hogar de consumo corriente suministrados en el domicilio del consumidor y usuario, en su residencia o en su lugar de trabajo por empresarios que realicen visitas frecuentes y regulares.
2. Los contratos de suministro de servicios de alojamiento, de transporte, de comidas o de esparcimiento, cuando el empresario se comprometa al celebrarse el contrato en un periodo determinado”.

Estos supuestos de exclusión parcial también se encontraban recogidos en el artículo 38.4 de la LOCM, que transpuso al ordenamiento jurídico español el artículo 3.2 de la Directiva 97/7/CE.

⁷⁴ Paniza Fullana, Antonia, *Contratación a distancia y defensa de los consumidores...*, op. cit., p. 337: “Aquí se podrían incluir muchos de los contenidos que son objeto del denominado comercio electrónico directo, es decir, aquél en el que la ejecución del contrato la entrega del producto también se realiza en línea”.

(música, películas, libros, etcétera) suministrados por vía electrónica (incluido el *streaming*);⁷⁵ éstos se descargan, generalmente, con carácter inmediato y para su uso permanente, de ahí su exclusión del derecho de desistimiento.⁷⁶

Esta previsión es novedosa, pues ni en el ACQP ni en el MCFR la prevén.⁷⁷ En un inicio, la DDC no lo contemplaba, sin embargo, con las

⁷⁵ Cámara Lapuente, Sergio, “La nueva protección del consumidor de contenidos digitales, tras la Ley 3/2014, de 27 de marzo”, *Revista Cesco de Derecho de Consumo*, octubre de 2014, cuando señala: “Si la ejecución del contrato sobre contenidos digitales *on line* comenzó (descargó, vio/escuchó el archivo en *streaming*), el consumidor pudo ver satisfechas sus necesidades o pudo copiar el contenido para un ulterior uso. Permitirle desistir después puede ser inequitativo y nocivo para los intereses del suministrador. Ahora bien, *puede existir un lapso de tiempo —infrecuente en la práctica—, entre el momento de conclusión del contrato, que hace comenzar el plazo de catorce días naturales para desistir del contrato ex arts. 102.1 y 104. c) TR-LGDCU, y el momento de inicio de ejecución del contrato. Durante ese lapso, y mientras el consumidor no dé su consentimiento reforzado a que la ejecución comience, seguirá teniendo derecho a desistir del contrato pues ese periodo de recapitación en modo alguno resulta perjudicial para el suministrador y permite atajar alguno de los peligros propios de la contratación electrónica (contratación irreflexiva, actos involuntarios por el manejo torpe de la tecnología, etc.). Será lo que ocurra, por ejemplo, cuando el suministrador del contenido digital facilite al consumidor un enlace a una web o una clave de acceso para iniciar la descarga o el visionado en tiempo real, de manera que perdería el derecho a desistir tras activar ese enlace o acceder al contenido. En cualquier caso, como denuncian ciertas asociaciones de consumidores, dado que la descarga y disfrute del contenido digital suele coincidir con la perfección del contrato, este limitado derecho de desistimiento tendrá poca utilidad”, disponible en: <http://blog.uclm.es/cesco/> [fecha de consulta: 18 de octubre de 2015].*

⁷⁶ Arroyo I Amayuelas, Esther, “Comentario a los artículos 92-106 del TRLGDCU”, en Cámara Lapuente, Sergio, (dir.), *Comentarios a las normas de protección de los consumidores: Texto Refundido (RD 1/2007) y otras leyes y reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea*, Madrid, Colex, 2011, p. 1005, cuando hace la siguiente distinción: “Si las grabaciones sonoras, video, discos y programas informáticos se envían por correo en un CD, la naturaleza tangible del producto permitiría entender que se está ante un suministro de bienes. En cambio, si los ficheros informáticos (que también pueden contener vídeos o música) se suministran por vía electrónica y se descargan en el ordenador del consumidor, parece que se está ante el suministro de un servicio...”.

⁷⁷ En relación con la excepción comentada, véase Exposición de Motivos de la actual DDC en su punto 19, cuando declara: “Los contratos de suministro de contenido digital deben incluirse en el ámbito de aplicación de la presente Directiva. Si un contenido digital se suministra a través de un soporte material como un CD o un DVD, debe considerarse un bien a efectos de la presente Directiva. De forma análoga los contratos de suministro de agua, gas y electricidad, cuando no se presenten a la venta en un volumen delimitado o en cantidades determinadas, los contratos de calefac-

HENRRY SOSA OLÁN

modificaciones realizadas el 23 de junio de 2011 se excluyó el derecho de desistimiento en estos casos y se definió lo que es contenido digital en el punto 19 de la Exposición de Motivos.⁷⁸

5. Conclusión

Como podemos observar, el legislador europeo y nacional ha armonizado las excepciones al derecho de desistimiento en materia de contratación a distancia con motivo de la transposición de la Directiva de los Derechos de los Consumidores de 2011, que se ve reflejada en el actual artículo 103 del TRLGDCU. Asimismo, algunas de las empresas dedicadas al comercio electrónico, y que se tomaron como referencia en el presente trabajo, incluyen, dentro de sus condiciones generales, las excepciones comentadas, cosa que aplaudimos, ya que de esta manera el consumidor sabrá en qué tipo de contratos de bienes y servicios puede desistir.

6. Bibliografía

- ARNAU RAVENTÓS, Lidia, “El plazo para desistir en los contratos con consumidores”, *Anuario de Derecho Civil*, vol. LXIV, 2011.
- ARROYO APARICIO, Alicia, *Los contratos a distancia en la ley de ordenación del comercio minorista*, Navarra, Aranzadi, 2003.

ción mediante sistemas urbanos, o los contratos sobre contenido digital que no se suministre en un soporte material, no deben ser clasificados a efectos de la presente Directiva como contratos de venta ni como contratos de servicios. En relación con dichos contratos, el consumidor debe tener derecho de desistimiento a menos que haya dado su consentimiento para que comience la ejecución del contrato durante el plazo de desistimiento y haya tenido conocimiento de que, consecuentemente, perderá el derecho de desistimiento...”.

⁷⁸ “Por contenido digital deben entenderse los datos producidos y suministrados en formato digital, como programas, aplicaciones, juegos, música, vídeos o textos informáticos independientemente de si se accede a ellos a través de descarga o emisión en tiempo real, de un soporte material o por otros medios. Los contratos de suministro de contenido digital deben incluirse en el ámbito de aplicación de la presente Directiva. Si un contenido digital se suministra a través de un soporte material como un CD o un DVD, debe considerarse un bien a efectos de la presente Directiva”.

- ARROYO I AMAYUELAS, Esther, “Comentario a los artículos 92-106 del TRLGDCU”, en CÁMARA LAPUENTE, Sergio (dir.), *Comentarios a las normas de protección de los consumidores: Texto Refundido (RDL 1/2007) y otras leyes y reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea*, Madrid, Colex, 2011.
- BELUCHE RINCON, Iris, “Algunas notas sobre el derecho del consumidor a desistir del contrato”, *Diario la Ley*, Sección Tribuna, 26 de mayo de 2009.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, “Comentarios a los artículos 38 a 48 LOCM”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo y LEGUINA VILLA, Jesús (coords.), *Comentarios a las leyes de ordenación del comercio minorista*, Madrid, Tecnos, 1997.
- CAMACHO CLAVIJO, Sandra, *Partes intervinientes, formación y prueba del contrato electrónico*, Madrid, Reus, 2005.
- CÁMARA LAPUENTE, Sergio, “Tipos contractuales, excepciones sectoriales y metodología hermenéutica del derecho de consumo según la jurisprudencia comunitaria: «easy car» o el desistimiento en el alquiler a distancia de vehículos (sentencia TJCE de 10 de marzo de 2005, Asunto 336/03)”, *Evolución y Tendencias del Derecho Europeo, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, núm. 9, 2006.
- CÁMARA LAPUENTE, Sergio, “La nueva protección del consumidor de contenidos digitales, tras la Ley 3/2014, de 27 de marzo”, *Revista Cesco de Derecho de Consumo*, octubre de 2014.
- CAÑIZARES LASO, Ana, *La caducidad de los derechos y acciones*, Madrid, Civitas, 2001.
- CAVANILLAS MÚGICA, Santiago, “El Real Decreto Legislativo 1/2007, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias”, *Aranzadi Civil*, núm. 1, 2008.
- DÍAZ ALABART, Silvia y ÁLVAREZ MORENO, María Teresa, “Comentario al artículo 9 de la DDC”, en DÍAZ ALABART, Silvia (dir.), *Contratos a distancia y contratos celebrados fuera del establecimiento mercantil, comentario a la Directiva 2011/83 (Adaptado a la Ley 3/2014, de modificación del TR LCU)*, Madrid, Reus, 2014.

HENRRY SOSA OLÁN

- DIÉGUEZ OLIVA, Roció, “El derecho de desistimiento en el marco común de referencia”, *Revista para el Análisis del Derecho: InDret*, núm. 9, 2009, disponible en: <http://www.indret.com/es/>.
- DÍEZ SOTO, Carlos, “Comentario a los artículos 42-45 de la LOCM”, en ALONSO ESPINOSA, Francisco José et al. (coords.), *Régimen jurídico general del comercio minorista*, Madrid, McGraw-Hill, 1999.
- EVANGELIO LLORCA, Raquel, “¿Es abusiva la entrega de vales en la compra-venta de productos de consumo? (Reflexiones en relación con el desistimiento unilateral del consumidor y la resolución del contrato)”, *Revista de Derecho Privado*, núm. 95, julio-agosto de 2011.
- GONZÁLEZ LEÓN, Carmen, “El derecho de desistimiento del consumidor en los contratos celebrados a distancia”, en HERRERO GARCÍA, Ma. J. (dir.), *La contratación en el sector de la distribución comercial*, Navarra, Aranzadi, 2010.
- MENÉNDEZ MATO, Juan Carlos, *La oferta contractual*, Pamplona, Aranzadi, 1998.
- MIRANDA SERRANO, Luis María, “Título III. Contratos celebrados a distancia”, en REBOLLO PUIG, Manuel e IZQUIERDO CARRASCO, Manuel (dirs.), *La defensa de los consumidores y usuarios. Comentario sistemático del Texto Refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007*, Madrid, 2011.
- MIRANDA SERRANO, Luis María et al., “La contratación fuera de los establecimientos mercantiles”, *La contratación mercantil. Disposiciones generales. Protección de los consumidores*, t. XXX, Madrid, Marcial Pons, 2006.
- PANIZA FULLANA, Antonia, “Algunas reflexiones sobre la normativa aplicable a los contratos a distancia celebrados con consumidores. Problemas y contradicciones”, en COTINO HUESO, Lorenzo (coord.), *Consumidores y usuarios ante las nuevas tecnologías*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008.
- PANIZA FULLANA, Antonia, *Contratación a distancia y defensa de los consumidores: su regulación tras la reforma de la Ley de Ordenación de Comercio Minorista y la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico*, Granada, Comares, 2003.

PASQUAU LIAÑO, Miguel, “Comentarios a los artículos 38 a 48 LOCM”, en PIÑAR MAÑAS, José Luis y BELTRAN SÁNCHEZ, Emilio (dirs.), *Comentarios a la ley de ordenación de comercio minorista y a la ley orgánica complementaria*, Madrid, Civitas, 1997.

SÁNCHEZ GÓMEZ, Amelia, “Comentarios a los artículos 92-106 del TRLGDCU”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (coord.), *Comentario al Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007)*, Navarra, Aranzadi, 2009.

ZURILLA CARIÑANA, María Ángeles, “Ámbito y excepciones del desistimiento en el TRLCU y en la Directiva 83/2011”, en CARRASCO PERERA, Ángel (dir.), *Tratado de la compraventa*, t. I: *Homenaje al profesor Rodrigo Bercovitz*, Navarra, Aranzadi, 2013.

Revista de Derecho Privado, Cuarta Época,
año IV, núm. 12, julio-diciembre 2017