

¿ES REALMENTE UN DERECHO DE DESISTIMIENTO EL SUPUESTO REGULADO EN EL ARTÍCULO 160 TRLGDCU TRLGDCU?

Henry Sosa Olán

Doctor en Derecho

Profesor de la Universidad Juárez Autónoma de Tabasco

Resumen: El objeto de este trabajo es exponer las diferencias que existen entre el derecho de desistimiento regulado en los artículos 68-79 TRLGDCU y el supuesto contemplado en el artículo 160 de la norma citada, ya que como veremos son figuras completamente diferentes.

Palabras claves: consumidor, derecho de desistimiento, viaje combinado, Directiva.

Title: Is really a right of withdrawal the supposed regulated in the article 160 TRLGDCU?

Abstract: This paper aims to highlight the difference that exist between the right of withdrawal regulated in the articles 68-79 TRLGDCU and the supposed regulated in the article 160 to the normative aforementioned, because as we will see are figures completely different.

Keywords: consumer, right of withdrawal, travel package, Directive.

SUMARIO. 1. Cuestiones previas. 2. Características del derecho de desistimiento del consumidor. 3. Contrato de viajes combinados. 4. El supuesto regulado en el artículo 160 TRLGDCU. 5. Conclusión final. 6. Bibliografía

1. Cuestiones previas

Para responder al título de este trabajo, hemos dividido en dos partes el presente artículo, en la primera analizamos el derecho de desistimiento del consumidor regulado en los artículos 68-79 del *Texto Refundido de la Ley de Consumidores y usuarios del año 2007*¹ (en adelante TRLGDCU). En cambio en la segunda parte abordamos el supuesto regulado en el artículo 160 de la

¹Vid. Boletín Oficial del Estado (en adelante BOE), núm. 287, de 30-XI-2007.

normativa citada, el cual lleva por título "resolución del contrato por el consumidor y usuario", pues como veremos esta figura jurídica no coincide con todas las características del derecho de desistimiento del consumidor.

Sin embargo, con la aprobación de la *Directiva 2015/2302 del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de noviembre de 2015, relativa a los viajes combinados y a los servicios de viaje vinculados, por la que se modifican el Reglamento (CE) núm. 2006/2004 y la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo y por la que se deroga la Directiva 90/314/CEE del Consejo*². Se abre la posibilidad de que el consumidor pueda desistir del contrato cuando éste se celebre fuera del establecimiento mercantil (art. 12.5), tal y como veremos.

2. Características del derecho de desistimiento del consumidor

De acuerdo con el artículo 68.1 TRLGDCU, el derecho de desistimiento del consumidor es: "la facultad del consumidor y usuario de dejar sin efecto el contrato celebrado, notificándose así a la otra parte contratante en el plazo establecido para el ejercicio de ese derecho, sin necesidad de justificar su decisión y sin penalización de ninguna clase". A continuación pasamos a exponer cada una de sus características.

a) Se trata de un derecho discrecional

El consumidor, al momento de ejercitar el desistimiento, no tiene porqué alegar causa ni motivo alguno, es decir, con su sola declaración de voluntad el contrato se extingue. Es un derecho *ad nutum*, libre de toda condición (art. 115 CC), reconocido a una o ambas partes en una relación sinalagmática³, siendo necesario para que surta efectos su ejercicio, notificárselo a la parte con quien se desea terminar la relación contractual, para lo cual se aplicarán los criterios generales del CC, (art. 1.262, el cual establece las reglas de la perfección del contrato)⁴. Sin embargo, el desistimiento se debe adaptar al principio de buena fe y a la prohibición del abuso del derecho⁵.

²Vid. Diario Oficial de las Comunidades Europeas (en adelante DOCE), núm. L. 326/1, de 11-XII-2015.

³ Vid. Exposición de Motivos del Real Decreto-ley 8/2012, de 16 de marzo de aprovechamiento por turno cuando aclara: "El capítulo IV regula el desistimiento como un derecho de naturaleza única «ad nutum», sin expresión de motivos; y ello, tanto si el empresario hubiera facilitado correctamente la información precontractual, como si la hubiere omitido o lo hubiera hecho de manera insuficiente. No se trata de dos derechos de naturaleza diferente, sino única; y solo varía en ambos supuestos el cómputo de los plazos de ejercicio del derecho. Con ello se asume el criterio de la Directiva del 2008 que en sus versiones francesa e inglesa utiliza los términos «se retracter» y «withdraw», respectivamente. Y acaba con el dualismo de la Directiva de 1994 que utilizaba dichos términos para el desistimiento «ad nutum», cuando el empresario facilitó correctamente la información; utilizando, sin embargo, para los supuestos de falta o incorrecta información precontractual los términos «resiliation» y «cancelation», en francés e inglés respectivamente. Con este tratamiento unitario se acaba con la confusión suscitada por la traducción española de la Directiva de 1994 que había utilizado la palabra «resolución», lo que se trasladó a la Ley de 1998, que aplicó el sistema dual de «desistimiento» para los casos de información correcta y «resolución» para los de falta o incorrecta información precontractual".

⁴ Vid. MARTÍN SALAMANCA, S., "Los derechos potestativos en la Ley 22/2007: El derecho de desistimiento contractual", *Perspectivas del sistema financiero*, núm. 96, 2009, pág. 97.

⁵ Vid. MIRANDA SERRANO, L. M^a., "Título III contratos celebrados a distancia", en REBOLLO PUIG, M y IZQUIERDO CARRASCO, M., (Dir.): *La defensa de los consumidores y usuarios. Comentario sistemático del Texto Refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007*, Madrid, 2011 págs. 1513-1514: "El derecho de desistimiento se configura en el TRDCU como una facultad de ejercicio discrecional. Quiere así significarse que el consumidor no está obligado legalmente a motivar y justificar su decisión

Por otra parte, el artículo 85.4 TRLGDCU considera abusivas:

"las cláusulas que autoricen al empresario resolver anticipadamente un contrato de duración determinada, si al consumidor y usuario no se le reconoce la misma facultad, o las que le faculden a resolver los contratos de duración indefinida en un plazo desproporcionadamente breve o sin previa notificación con antelación razonable".

También se considera cláusula abusiva por limitar los derechos básicos del consumidor: *"la imposición de cualquier otra renuncia o limitación de los derechos del consumidor y usuario"* (art. 86.7 TRLGDCU); y en concreto la retención de cantidades abonadas por el consumidor y usuario por renuncia, sin contemplar la indemnización por una cantidad equivalente si renuncia el empresario (art. 87.2 del TRLGDCU). Además, el artículo 87.3 y 4 TRLGDCU prohíbe:

"la autorización al empresario para resolver el contrato discrecionalmente, si al consumidor y usuario no se le reconoce la misma facultad" y *"la posibilidad de que el empresario se quede con las cantidades abonadas en concepto de prestaciones aún no efectuadas cuando sea él mismo quien resuelva el contrato"*.

Finalmente, el artículo 87.6 declara como cláusula abusiva por falta de reciprocidad:

"Las estipulaciones que impongan obstáculos onerosos o desproporcionados para el ejercicio de los derechos reconocidos al consumidor y usuario en el contrato, en particular en los contratos de prestación de servicios o suministro de productos de tracto sucesivo o continuado, la imposición de plazos de duración excesiva, la renuncia o el establecimiento de limitaciones que excluyan u obstaculicen el derecho del consumidor a poner fin a estos contratos [...]".

Es importante aclarar que la nulidad de alguna de las cláusulas anteriormente mencionadas pudiera llegar a provocar la ineficacia del contrato en una situación no equilibrada entre las partes, tal y como se señala en el artículo 83 TRLGDCU cuando aclara:

"Las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas. A estos efectos, el Juez, previa audiencia de las partes, declarará la nulidad de las cláusulas abusivas incluidas en el contrato, el cual, no obstante, seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, siempre que pueda subsistir sin dichas cláusulas".

de desvinculación negocial. De ahí que este derecho se conciba por algunos como una facultad, para subrayar que puede ser ejercitado automáticamente sin necesidad de acudir a los tribunales, y que en caso de acudir a éstos, los jueces no están obligados a analizar los móviles que llevaron al consumidor a revocar su declaración de voluntad. Para otros, sin embargo, el derecho de desistimiento se presente como un *derecho potestativo o de configuración jurídica (Gestaltungsrecht)*, con referencia a aquellos derechos que atribuyen a su titular (en la generalidad de los casos mediante una declaración de voluntad de carácter recepticio) la facultad de crear, modificar o extinguir una determinada relación jurídica. Ahora bien, una cosa es que el desistimiento sea un derecho *ad nutum* que, como tal, puede ser ejercitado sin necesidad de justificación alguna, y otra bien distinta que se trate de un derecho ilimitado. Como todo derecho, el de desistimiento encuentra sus límites en las exigencias de la buena fe y la prohibición del abuso del derecho".

El consumidor puede ejercer su derecho de desistimiento sin alegar motivo alguno, es decir, por su propia voluntad (art. 68.1 TRLGDCU).

b) Irrenunciable para el consumidor y usuario

El derecho de desistimiento es irrenunciable para el consumidor (art. 10 TRLGDCU⁶), pues las leyes que lo otorgan tienen carácter imperativo, razón por la cual, el consumidor puede dejar sin efecto el contrato, aun cuando no se le haya informado sobre su derecho a desistir o se le haya intentado privar de dicho derecho contractualmente⁷.

c) Su ejercicio tiene carácter temporal

El TRLGDCU establece el plazo de 14 días naturales para que el consumidor emita su declaración de desistir (art. 71.1 y 104)⁸, los cuales se computan de acuerdo con lo previsto en el artículo 5 del CC⁹. Los plazos otorgados por la Ley en materia de desistimiento, son de caducidad¹⁰.

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

d) 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 desistimiento¹¹. Sin embargo, la mayoría de la doctrina

⁶ Vid. Artículo 5.1 de la Ley 16/2011 de crédito al consumo: "los consumidores no podrán renunciar a los derechos reconocidos en esta Ley"; artículo 16.1 Real Decreto-ley 8/2012, de 16 de marzo, de contratos de aprovechamientos por turno: "los consumidores no podrán renunciar a los derechos que se les reconoce en este real decreto-ley"; artículo 3.1 de la Ley 22/2007, de servicios financieros: "Los consumidores de los servicios financieros prestados a distancia no podrán renunciar a los derechos que se le reconocen en esta ley".

⁷ "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, entendiéndose por tal el definido en los apartados 2 y 3 del artículo 1 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, 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 LOCM); "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" (art. 10 TRLGDCU).

⁸ Vid. DÍAZ ALABART, S y ALVAREZ MORENO, M^A. T., *CONTRATOS A DISTANCIA Y CONTRATOS FUERA DEL ESTABLECIMIENTO MERCANTIL. Comentario a la Directiva 2011/83. (Adaptado a la Ley 3/2014, de modificación del TR LCU)*, Reus, Madrid, 2014, pág. 288.

⁹ Vid. ARNAU RAVENTÓS, L., "El plazo para desistir en los contratos con consumidores", *Anuario de Derecho Civil*, Vol. LXIV, 2011 págs. 157-196.

¹⁰ CAÑIZARES LASO., A., *La caducidad de los derechos y acciones*, Civitas, Madrid, 2001, pág. 52.

¹¹ 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 crédito al consumo [...] "se considerará que se ha respetado el plazo si la notificación se ha enviado antes de la expiración del plazo, siempre

coincide en que el consumidor debería dejar constancia al momento de ejercitar el derecho de desistimiento, pues existen medios como el teléfono, en donde es difícil dejar prueba de tal derecho¹².

Aunque cabe aclarar que el consumidor puede ejercitar el derecho de desistimiento por cualquier medio, es decir, no es necesario ejercerlo por medio del formulario, incluso aunque éste le haya sido correctamente facilitado. No obstante, por razones de seguridad jurídica debe quedar constancia de ello, pues, la carga de la prueba del ejercicio del derecho de desistimiento recaerá en el consumidor (arts. 72 y 106.4 TRLGDCU). Evidentemente, el consumidor que utilice el formulario y siga las instrucciones para la devolución del producto estará preconstituyendo la prueba más firme del correcto ejercicio de su derecho frente a posteriores reclamaciones del empresario. El legislador, por lo tanto, trata de motivar no sólo al empresario, sino también al consumidor, facilitándole el ejercicio del derecho y la prueba del mismo, adoptándose la teoría de la expedición, matizada por la teoría de la recepción.

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 (art. 68.1 TRLGDCU)¹³. Aunque, surge la duda de determinar el 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 el consumidor desiste del contrato. En este contexto recalcamos que es necesario que el consumidor deje prueba de

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 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 eficaz cualquiera que sea la fecha de recepción por el empresario”, aunque la Directiva 2002/65/CE, de servicios financieros a distancia, ni la Ley 22/2007, 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.

¹² Vid. BELUCHE RINCON, I., “Algunas notas sobre el derecho del consumidor a desistir del contrato”, *Diario la Ley*, (nº 7182), Sección Tribuna, 26 de mayo, la Ley 11783/2009.

¹³ 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 7 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 *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 [...]”.

haber ejercido su derecho de desistimiento, ya que a él le corresponde probar que desistió del contrato en tiempo y forma en caso de litigio (arts. 72 y 106.4 TRLGDCU), pues en la práctica ha ocurrido que el consumidor ha comunicado su decisión de desistir del contrato por teléfono al vendedor; no obstante después la empresa lo ha demandado por incumplimiento contractual al no pagar el producto.

f) Sin penalización alguna para el consumidor

El ejercicio del derecho de desistimiento no implicará gasto alguno para el consumidor cuando éste decida ejercitarlo (art. 68.1 TRLGDCU). En la misma línea que el actual TRLGDCU se ha expresado el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en alguna de sus sentencias¹⁴.

Por otra parte, en caso de que el empresario impidiera al consumidor ejercer su derecho de desistimiento, a través de prácticas ilícitas, tales como imponerle gastos o penalizaciones, las cláusulas mencionadas serían nulas (art. 86 TRLGDCU).

g) Su ejercicio determina la extinción del contrato de consumo concertado

Al igual que otras formas de ineficacia contractual, el ejercicio del derecho de desistimiento extingue el contrato¹⁵, surgiendo obligaciones tanto para el vendedor como para el consumidor¹⁶, aplicándose analógicamente la restitución recíproca prevista en el CC (arts. 1.303 y 1.308) para el caso de la nulidad de los contratos.

Es importante aclarar que los efectos del desistimiento son retroactivos (*ext tunc*), para el caso de los bienes. Sin embargo, para el caso de los servicios es *ex nunc* (art. 74 TRLGDCU).

¹⁴ Vid. Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas "Travel Vac", asunto C-423/97, de 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".

¹⁵ Vid, en este sentido: ARNAU RAVENTÓS, L., "El desistimiento contractual del consumidor en el futuro libro VI del Código Civil de Cataluña", en BOSCH CAPDEVILA, E., (Dir.): *Derecho Contractual Europeo. Problemática, propuestas y Perspectivas*, Bosch, Barcelona, 2009, pág. 558.

¹⁶ Así lo manifiestan las siguientes normas en materia de consumo: artículo 7 de la *Directiva 2002/65/CE, de servicios financieros*, el cual prevé los efectos del desistimiento en este tipo de contratos; artículo 7 de la *Ley 2002/2007, de servicios financieros*, el cual regula los efectos del desistimiento tanto para el vendedor como el consumidor; artículo 14.3 a y b) de la *Directiva 2008/48/CE, de la crédito al consumo*; artículo 28.1 de la *Ley 16/2011: "El derecho de desistimiento de un contrato de crédito es la facultad del consumidor sin dejar sin efecto el contrato celebrado[...]"; artículo 8.1 de la Directiva 122/2008/CE, de tiempo compartido: "el ejercicio del derecho de desistimiento por el consumidor pondrá fin a la obligación de las partes de llevar a cabo lo estipulado en el contrato."; artículo 12.5 del Real Decreto-ley 8/2012, de tiempo compartido: "El ejercicio del derecho de desistimiento por el consumidor dejará sin efecto el contrato".*

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 el año 2007, configuró un régimen general de derecho de desistimiento en los artículos 68 a 79 TRLGDCU, creando de paso un derecho *contractual* de desistimiento, constituyéndose como una novedad legislativa en el ordenamiento jurídico español¹⁷. 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 aplicará 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 ajustara a lo previsto en este Título*".

Además, el desistimiento puede pactarse en cualquier tipo de contratos (incluidos los presenciales) a iniciativa del empresario, pasando a formar parte de éstos, e, incluso en los casos en que esté legalmente previsto, siempre que se mejoren las condiciones reguladas por la Ley. No obstante, el legislador español ha impuesto dos límites en materia de derecho de desistimiento contractual (art. 79 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 14 días naturales o exigir anticipos, durante el periodo de desistimiento, no deben considerarse cláusulas abusivas, siempre y cuando no afecten a las limitaciones mencionadas¹⁸.

¹⁷ Vid. artículo 68. (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*".

¹⁸ Cfr. CAVANILLAS MÚGICA, S., "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, pág. 2156; en la misma línea: DIÉGUEZ OLIVA, R., "El derecho de desistimiento en el marco común de referencia", *InDret*, núm. 9, 2009 en: <http://www.indret.com/es/>. [Con acceso el 17-XII-2012]; EVANGELIO LLORCA, R., "¿Es abusiva la entrega de vales en la compraventa de productos? (Reflexiones en relación con el desistimiento unilateral del consumidor y la resolución del contrato)", *Revista de Derecho Privado*, núm. 7-8, 2011, págs. 44-45.

3. Contrato de viajes combinados

La Ley 21/1995, de 6 de julio, reguladora de los viajes combinados¹⁹ transpuso la Directiva 90/314/CEE²⁰, y se modificó por la Ley 39/2002, de 28 de octubre²¹. No obstante, es importante mencionar que esta Directiva se encuentra hoy transpuesta en el TRLGDCU (arts. 150-158). Acorde con otras normas, en el contrato, se deberá indicar de manera clara y comprensible los siguientes datos:

- El precio;
- El destino, el itinerario y los medios de transporte que vayan a utilizarse;
- El tipo de alojamiento;
- Las comidas servidas;
- Las obligaciones en materia de pasaportes y visados;
- Las formalidades sanitarias;
- Los vencimientos del pago; y
- La fecha límite de información al consumidor en caso de anulación.

Por otro lado, la información contenida en el folleto es vinculante para el organizador, por lo cual, debe facilitarla por escrito. Además, las cláusulas mencionadas en la Directiva figurarán por escrito en el contrato. El consumidor podrá ceder su reserva.

Asimismo, los precios que se mencionan en el folleto no podrán modificarse, debido a que es una oferta vinculante, salvo cuando se prevea explícitamente. En tal caso, sólo podrán influir en el precio las variaciones de los costes de transporte, las tasas e impuestos y los tipos de cambio.

En caso de que el organizador modifique el contrato en un elemento esencial, el consumidor podrá rescindir el contrato sin penalización o aceptar una cláusula adicional en el mismo. Si se da el supuesto en que el consumidor rescinda el contrato o de que el organizador cancele el viaje combinado, el consumidor tendrá derecho a otro viaje combinado o al reembolso de las cantidades pagadas. Si procede, podrá pedir una indemnización por incumplimiento del contrato.

Al organizador se le imputa directamente el incumplimiento o la mala ejecución del contrato, salvo en caso de que está situación le sea imputable al consumidor, o se deba a motivos de fuerza mayor.

Es importante mencionar que la Directiva 90/314/CEE, ha sido derogada por la Directiva 2015/2302, de 25 de noviembre de 2015, la cual introduce varias novedades entre las que encontramos:

- a) Un Formulario de información normalizada para contratos de viaje combinado en los que sea posible utilizar hiperenlaces;
- b) Un Formulario de información normalizada para contratos de viaje combinado en supuestos distintos de los contemplados en la parte A, un

¹⁹ BOE núm. 161, de 7-VII-1995.

²⁰ DOCE L 158 de 23-61-1990.

²¹ BOE núm. 259, de 29-10-2002.

- Formulario de información normalizada en caso de transmisión de datos por parte de un organizador a otro empresario de conformidad con el artículo 3, punto 2, letra b), inciso v);
- c) Un Formulario de información normalizada en caso de que el empresario que facilita servicios de viaje vinculados en línea en el sentido del artículo 3, punto 5, letra a), sea un transportista que vende un billete de ida y vuelta;
 - d) Un Formulario de información normalizada en caso de que el empresario que facilita servicios de viaje vinculados en línea en el sentido del artículo 3, punto 5, letra a), sea un empresario distinto del transportista que vende un billete de ida y vuelta;
 - e) Un Formulario de información normalizada en caso de servicios de viaje vinculados en el sentido del artículo 3, punto 5, letra a), en los que los contratos se celebren en presencia física simultánea del empresario (distinto del transportista que vende un billete de ida y vuelta) y del viajero;
 - f) Un Formulario de información normalizada en caso de que el empresario que facilita servicios de viaje vinculados en línea en el sentido del artículo 3, punto 5, letra b), sea un transportista que vende un billete de ida y vuelta, un Formulario de información normalizada en caso de que el empresario que facilita unos servicios de viaje vinculados en línea en el sentido del artículo 3, punto 5, letra b), sea un empresario distinto del transportista que vende un billete de ida y vuelta.

Además por lo que ahora nos interesa en nuestro objeto de estudio, tal y como lo mencionábamos al inicio del presente trabajo, se abre la posibilidad de que se le conceda al consumidor la posibilidad de desistir del contrato, ya que así lo estipula el artículo 12.5 cuando señala: *"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"*. No obstante, habrá que ver como el legislador español transpone la Directiva de viajes combinados del año 2015 al ordenamiento interno.

4. El supuesto regulado en el artículo 160 TRLGDCU

La Ley 21/1995, de 6 de julio, reguladora de los viajes combinados, que se modificó por la Ley 39/2002, de 28 de octubre, transpuso la *Directiva 90/314/CEE*, En su artículo 9 contemplaba un derecho de desistimiento²², sin embargo con la refundición de leyes en el año 2007, a través del TRLGDCU el contenido del precepto comentado se encuentra actualmente previsto en el artículo 160 de la norma comentada denominándolo "resolución por el consumidor y usuario", en donde, se establece una variación del porcentaje de indemnización a favor del organizador del viaje en caso del consumidor decida

²² *"En todo momento el usuario o consumidor podrá desistir unilateralmente de los servicios solicitados o contratados, teniendo derecho a la devolución de las cantidades que hubiese abonado, pero deberá inmediatamente indemnizar al organizador detallista, salvo que el desistimiento tenga lugar por causa de fuerza mayor"*. Sin embargo, en el actual TRLGDCU (art. 160) se han eliminado las expresiones "podrá desistir" y "desistimiento", las cuales se sustituyen por "resolución", "dejar sin efecto", y "cancelación".

resolver el contrato. El fundamento del derecho de desistimiento para este tipo de contratos según la doctrina se encuentra en que el contrato de viaje combinado se asemeja al contrato de obra²³, razón por la cual, la ley impone excepcionalmente una penalidad o indemnización²⁴. Sin embargo, no estamos de acuerdo con tal postura, debido a que como es sabido por todos el artículo 1.594 Código Civil, permite al comitente desistir libremente de la construcción de la obra, aunque se haya empezado, "indemnizando al contratista de todos sus gastos, trabajo y utilidad que pudiera obtener de ella". En caso de aplicarse analógicamente el precepto comentado, el viajero tendría la obligación de abonar todo el precio²⁵. En este sentido BELUCHE RINCON aclara: "El consumidor de viajes combinados está, de forma manifiesta, no sólo peor tutelado que otros usuarios a los que se atribuye legalmente un derecho de desistimiento gratuito, sino injustificadamente, incluso peor tratado que el comitente, que-sabemos-debe dejar al contratista en la misma situación que estaría de haber llevado a cabo la obra (1.594 CC), pero sin que esa indemnidad suponga enriquecimiento. Creemos que el viajero resultaría más favorecido con el silencio de la norma, supuestamente protectora de su interés, que impediría al detallista u organizador recibir una indemnización superior al importe de los daños que efectivamente sufre por la cancelación del viaje"²⁶.

En conexión con lo anterior, cabe aclarar que la doctrina se encuentra dividida, pues para unos se trata de un derecho de desistimiento con penalización asimilándolo al contrato de obra²⁷, mientras que para la doctrina mayoritaria, y es con la que concordamos no se trata de un auténtico derecho de desistimiento,

²³ Vid. ÁLVAREZ LATA, N., *Invalidez e ineficacia en el Derecho Contractual de Consumo Español: análisis de los supuestos típicos de ineficacia en los contratos con consumidores*, Aranzadi, Navarra, 2004, págs. 98-99, sobre la configuración legal del derecho de desistimiento en este tipo de contratos la citada autora señala: "podría configurarse: bien como un derecho de desistimiento no gratuito, cuyo fundamento sería que no se puede obligar al consumidor a realizar el viaje (se produciría una analogía con los contratos de obra y mandato en los que se prevén estas facultades de retractación), bien como una hipótesis de incumplimiento del consumidor con su correspondiente liquidación; esto es, que quizás lo más probable es que la regulación de este fenómeno se haya impuesto por imperativos prácticos dando una cobertura legal, bajo la forma de desistimiento, a lo en la práctica no era más que un incumplimiento contractual por parte del consumidor, a quien en cierto modo se quiere proteger de la obligación de satisfacer la totalidad del precio pactado", la autora continua explicando que en cuanto a la denominación legal no hay ningún problema en llamarlo desistimiento aunque, este desistimiento dista mucho de los demás derechos de desistimientos del consumidor por tres razones: 1. Porque el consumidor puede desistir del viaje combinado en cualquier momento; 2. Porque no se trata de una facultad exclusiva del consumidor y 3. Porque las indemnizaciones y gastos que se prevén como consecuencia del ejercicio del derecho se alejan de los gastos que, en los demás casos pueden ser soportados por el consumidor". En términos parecidos se expresa SAINZ-CANTERO CAPARROZ, M. B., "El desistimiento *ad nutum* en los contratos con consumidores tras la Ley 44/2006 y el Texto Refundido 1/2007 de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias", *Actualidad Civil*, núm. 9, 2008, pág. 877, y GÓMEZ CALLE, E., "Comentario a los artículos 150-165 del TRLGDCU", en CÁMARA LAPUENTE, S., (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*, Colex, Madrid, 2011, págs. 1306-1308.

²⁴ Vid. ÁLVAREZ MORENO, M^a. T., *El desistimiento unilateral en los contratos con condiciones generales*, Edersa, Madrid, 2000, pág. 295.

²⁵ Vid. GÓMEZ CALLE, E., "Comentario a los artículos 150-165 del TRLGDCU", en CÁMARA LAPUENTE, S., (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*, Colex, Madrid, 2011, págs. 1291-1428.

²⁶ BELUCHE RINCÓN, I., "La deficiente protección del consumidor de viajes combinados en el Derecho español", en TOMILLO URBINA, J., *La protección jurídica de los consumidores como motor de desarrollo económico*, Aranzadi, Navarra, 2011, págs. 248-253.

²⁷ Vid. GARCÍA VICENTE, J.R., "La contratación con consumidores", en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., (Dir.): *Tratado de contratos*, Vol. IV., Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, págs. 1496-1497.

pues la existencia de penalizaciones es abiertamente contraria al régimen del derecho de desistimiento consagrado en los artículos 68-79 TRLGDCU²⁸, ya que tal y como vimos líneas arriba es característica esencial del desistimiento *ad nutum* la gratuidad en su ejercicio. Además, la terminología usada por el TRLGDCU no es la correcta al denominarlo derecho de "resolución"²⁹ del consumidor. Sin embargo, la normativa en ningún momento remite al artículo 1.124 Código Civil, que es donde se encuentra regulada la figura jurídica comentada.

A diferencia de otras regulaciones en donde se establece un límite de tiempo para que el consumidor ejerza su derecho de desistimiento (p. ej., 14 días naturales), el artículo 160 TRLGDCU no lo prevé, limitándose a señalar que el consumidor puede ejercer su derecho de resolución en cualquier momento, siempre y cuando se realice antes de los 15 días a la salida del viaje. De esta manera, si el consumidor resuelve el contrato de viaje con antelación a los diez días y menos de quince días a la fecha de la salida del viaje, tendrá la obligación de pagar los gastos de gestión y de anulación y un importe total del 5% del viaje. En cambio, el 15%, si la cancelación se produce entre los días tres y diez, y 25% dentro de las cuarenta y ocho horas anteriores a la salida. Asimismo, de no presentarse a la salida, el consumidor y usuario está obligado al pago del importe total del viaje, abonando, en su caso, las cantidades pendientes salvo acuerdo entre las partes en otro sentido. Además, cabe señalar que, en el caso de que el viaje combinado estuviera sujeto a condiciones económicas especiales de contratación, tales como flete de aviones, buques o tarifas especiales, los gastos de cancelación se establecerán de acuerdo con las condiciones acordadas entre las partes (art. 160 b TRLGDCU). Estas reglas difieren mucho de lo previsto en el artículo 74 TRLGDCU, en donde se establecen las consecuencias del "auténtico" derecho de desistimiento del consumidor.

Por otro lado, el consumidor, como parte interesada en el cumplimiento de sus obligaciones, ha de correr con los gastos de anulación y de gestión, los cuales debemos aclarar no son gastos de ejecución del contrato, sino de indemnización. Esto cobra importancia, ya que va en contra de una de las características del derecho de desistimiento de consumidor, el cual al momento de ejercerlo, la ley le prohíbe al empresario imponer penalización alguna (art. 73 TRLGDCU).

En ningún caso, la Ley habla de que se deba entregar un documento de desistimiento al consumidor que decide resolver el contrato. En cambio, como veremos más adelante, el TRLGDCU para el caso del desistimiento en los

²⁸ Vid. CAVANILLAS MÚGICA, S., "El real decreto legislativo 1/2007...", *op.cit.*, p. 15.

²⁹ Vid. GÓMEZ CALLE, E., "Comentario a los artículos 150-165 del TRLGDCU...", *op.cit.*, p. 1358: "La diferencia más notable entre los arts. 9.4 LVC y 160 TR-LGDCU radica en la desaparición en el nuevo precepto de todas las referencias que el antiguo hacía al desistimiento, siendo sustituidas por «dejar sin efecto», «resolución» (en el párrafo primero) y «cancelación» [en el apartado b)]. Creo que la explicación de esa desaparición se halla en la regulación del derecho de desistimiento en los arts. 68 y ss. TR-LGDCU, en sede de los contratos con consumidores y usuarios; ese derecho reviste unas notas que faltan en la hipótesis contemplada por el art. 160 TR-LGDCU: en concreto, el desistimiento no puede comportar penalización (art. 68.1) ni gasto alguno para el consumidor (arts. 73 y 76.1); además, del art. 60.2 resulta que su ejercicio se puede someter a un plazo (que como mínimo ha de ser de siete días hábiles: art. 71.1); pues bien, la ahora denominada resolución del art. 160 puede comportar penalizaciones y gastos para el consumidor, y puede hacerse valer «en todo momento» [...]"

contratos a distancia y contratos celebrados fuera del establecimiento mercantil, sí que prevé un formulario de desistimiento, con el fin de facilitar su ejercicio.

Por otra parte, actualmente el TRLGDCU excluye de su ámbito de aplicación a los viajes combinados, debido a que estos tienen su propia normativa. Además, el artículo 103 letra L) TRLGDCU excluye el derecho de desistimiento: *"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". Con esta previsión se trata de evitar un abuso del derecho de desistimiento por parte del consumidor*³⁰.

Como podemos observar el supuesto regulado en el artículo 160 TRLGDCU no tiene nada que ver, con el desistimiento del consumidor estudiado en el presente trabajo, el cual por lo que ahora nos interesa, es un derecho que el consumidor puede ejercer sin penalización alguna.

5. Conclusión final

El supuesto regulado en el artículo 160 TRLGDCU que permite resolver el contrato, tanto al consumidor como al organizador del viaje, en nada se asemeja al desistimiento que nosotros estudiamos. Cabe señalar que comparte ciertos rasgos con la figura objeto de nuestro estudio. Asimismo, tiene cierta semejanza con la resolución contractual, aunque tampoco se le considera como tal. En nuestra opinión, la resolución del contrato por el consumidor y usuario prevista en dicho precepto para el caso de los viajes combinados ha sido una medida creada por el legislador para evitar un abuso del derecho por parte del consumidor en este tipo de contratos.

Por otra parte, el derecho de desistimiento del consumidor, en el Derecho positivo español cuenta con un régimen jurídico armonizado (arts. 68-79 TRLGDCU). Asimismo, debemos señalar que el derecho de desistimiento del consumidor cuenta con unas características propias como su discrecionalidad, su irrenunciabilidad, la temporalidad para su ejercicio, la libertad de forma para ejercerlo, su carácter recepticio, no conlleva penalización alguna, su ejercicio determina la extinción del contrato de consumo concertado y puede tener su origen tanto legal como contractualmente.

³⁰ *Vid.*, en este sentido, BATUECAS CALETRIO, A y APARICIO VAQUERO, J. P., cuando aclaran: "El viaje combinado implica organización previa por parte de la agencia (mayorista o minorista) de las prestaciones, presentadas de forma conjunta o como un producto único. Si es el turista el que diseña su propio paquete contratando directamente con los proveedores de cada servicio (con la línea aérea por un lado, con el hotel por otro...) utilizando a la agencia como simple intermediario en dicha contratación no estaremos en presencia de un auténtico «viaje combinado». [...]. Evidentemente, si a cada proveedor se dirige desde un metabuscador o central de reserva, no habrá viaje combinado (además de que, legalmente, no podrían ofertarlo si no son agencias de viajes). Pero otras modalidades, a través de portales o webs de auténticas agencias, en las que mediante menús con diversas opciones se permite al usuario «componer» su «propio» paquete turístico sí tendrían cabida en el concepto legal de «viaje combinado», si dichas opciones se limitan a realizarse dentro de las bases de datos de servicios ofertados por la propia agencia [...]". (BATUECAS CALETRIO A y APARICIO VAQUERO, J. P., "La contratación on line de servicios turísticos", en PANIZA FULLANA, A., (Coord.): *Nuevas fórmulas de comercialización on line de servicios turísticos: subsunción de los supuestos legales y distribución de responsabilidad*, Comares, Granada, 2013, pág. 67, nota al pie núm. 36).

6. Bibliografía

ÁLVAREZ LATA, N., *Invalidez e ineficacia en el Derecho Contractual de Consumo Español: análisis de los supuestos típicos de ineficacia en los contratos con consumidores*, Aranzadi, Navarra, 2004.

ARNAU RAVENTÓS, L., "El desistimiento contractual del consumidor en el futuro libro VI del Código Civil de Cataluña", en BOSCH CAPDEVILA, E., (Dir.): *Derecho Contractual Europeo. Problemática, propuestas y Perspectivas*, Bosch, Barcelona, 2009, págs. 549-562.

"El plazo para desistir en los contratos con consumidores", *Anuario de Derecho Civil*, Vol. LXIV, 2011 págs. 157-196.

BATUECAS CALETRÍO A y APARICIO VAQUERO, J. P., "La contratación *on line* de servicios turísticos", en PANIZA FULLANA, A., (Coord.): *Nuevas fórmulas de comercialización on line de servicios turísticos: subsunción de los supuestos legales y distribución de responsabilidad*, Comares, Granada, 2013.

BELUCHE RINCON, I., "Algunas notas sobre el derecho del consumidor a desistir del contrato", *Diario la Ley*, (nº 7182), Sección Tribuna, 26 de mayo, la Ley 11783/2009.

"La deficiente protección del consumidor de viajes combinados en el Derecho español", en TOMILLO URBINA, J., *La protección jurídica de los consumidores como motor de desarrollo económico*, Aranzadi, Navarra, 2011, págs. 247-253.

CAÑIZARES LASO., A., *La caducidad de los derechos y acciones*, Civitas, Madrid, 2001.

CAVANILLAS MÚGICA, S., "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, págs. 2133-2166.

DIAZ ALABART, S y ALVAREZ MORENO, M^A. T., *CONTRATOS A DISTANCIA Y CONTRATOS FUERA DEL ESTABLECIMIENTO MERCANTIL. Comentario a la Directiva 2011/83. (Adaptado a la Ley 3/2014, de modificación del TR LCU)*, Reus, Madrid, 2014.

DIÉGUEZ OLIVA, R., "El derecho de desistimiento en el marco común de referencia", *Indret*, núm. 9, 2009 en: <http://www.indret.com/es/>. [Con acceso el 17-XII-2012].

EVANGELIO LLORCA, R., "¿Es abusiva la entrega de vales en la compraventa de productos? (Reflexiones en relación con el desistimiento unilateral del consumidor y la resolución del contrato)", *Revista de Derecho Privado*, núm. 7-8, 2011, págs. 3-51.

GARCÍA VICENTE, J.R., "La contratación con consumidores", en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., (Dir.): *Tratado de contratos*, Vol. IV., Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, págs. 1443-1582.

GÓMEZ CALLE, E., "Comentario a los artículos 150-165 del TRLGDCU", en CÁMARA LAPUENTE, S., (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*, Colex, Madrid, 2011, págs. 1291-1428.

MARTÍN SALAMANCA, S., "Los derechos potestativos en la Ley 22/2007: El derecho de desistimiento contractual", *Perspectivas del sistema financiero*, núm. 96, 2009, págs. 93-108.

MIRANDA SERRANO, L. M^a., "Título III contratos celebrados a distancia", en REBOLLO PUIG, M y IZQUIERDO CARRASCO, M., (Dir.): *La defensa de los consumidores y usuarios. Comentario sistemático del Texto Refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007*, Madrid, 2011 págs. 1563-1686.

SAINZ-CANTERO CAPARROZ, M. B., "El desistimiento *ad nutum* en los contratos con consumidores tras la Ley 44/2006 y el Texto Refundido 1/2007 de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias", *Actualidad Civil*, núm. 9, 2008, págs. 861-881.