

## El derecho de desistimiento en la contratación on-line de servicios turísticos; especial referencia al viaje combinado

JUDITH MORALES BARCELÓ

*Profesora ayudante doctora. Universidad de Barcelona*

### Sumario:

- I. Introducción
- II. El derecho de desistimiento: concepto y características
- III. El derecho de desistimiento en los contratos celebrados a distancia y contratos celebrados fuera del establecimiento mercantil
  1. Ámbito de aplicación
  2. Forma y plazo del ejercicio del derecho
  3. Consecuencias para las partes
- IV. El derecho de desistimiento en los viajes combinados
  1. Concepto y elementos del viaje combinado
  2. Régimen aplicable al ejercicio del derecho
- V. Conclusiones

Bibliografía

### I. INTRODUCCIÓN

La situación de desigualdad entre el empresario y el consumidor es la razón por la que se le otorga a este último una protección especial cuyo régimen se encuentra, con carácter general, en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre (en adelante LGDCU). Esta ley ha sido objeto de una profunda modificación efectuada por la Ley 3/2014, de 27 de marzo, afectando al régimen de los derechos de los consumidores, entre los que se encuentra el derecho de desistimiento<sup>1</sup>).

El derecho de desistimiento, como es sabido, reconoce al consumidor la posibilidad de separarse discrecionalmente de un contrato. Este derecho tiene un carácter excepcional, puesto que con él se deja en manos del consumidor la posibilidad de romper unas relaciones obligacionales sin causa que lo justifique y sin penalización alguna. Por esta razón, tan sólo está reconocido en aquellos supuestos en los que así se prevea expresamente en alguna ley o reglamento, puesto que se considera que el consumidor se encuentra en una situación vulnerable respecto al empresario, o bien en el propio contrato. Este derecho es un modo de proteger al consumidor, a quien se le otorga la posibilidad de reconsiderar las obligaciones cuyo origen se encuentran en el contrato celebrado<sup>2</sup>). En el presente estudio se va analizar el régimen aplicable a este derecho en diversos supuestos concretos: en el supuesto de contratación on line de servicios turísticos y en el supuesto de contratación de viajes combinados. No obstante, consideramos que resulta de interés iniciarlo con una referencia al régimen general del derecho de desistimiento

contemplado en la LGDCU, que como hemos anunciado, se ha visto modificado por la Ley 3/2014 en los siguientes términos, que serán objeto de desarrollo: una ampliación del plazo para ejercer el derecho que pasa de los siete días a los catorce y que dejan de ser hábiles para computarse los días naturales (artículo 71.1 LGDCU); una ampliación del derecho al plazo de doce meses cuando el empresario no haya cumplido con los deberes de información y documentación en relación a este derecho (artículo 71.3 LGDCU); el ejercicio del derecho de desistimiento de un contrato principal conlleva de forma automática la extinción del contrato complementario (artículo 76 bis LGDCU); se regula de forma conjunta el derecho de desistimiento en los contratos celebrados a distancia y los celebrados fuera de establecimiento (artículos 102 a 108 LGDCU); y finalmente, se incorpora a la Ley un anexo con un formulario de ejercicio de derecho de desistimiento y un modelo de documento de información al consumidor sobre su derecho.

## II. EL DERECHO DE DESISTIMIENTO: CONCEPTO Y CARACTERÍSTICAS

Como es sabido, los contratos son fruto de un acuerdo de voluntades que se perfeccionan por el mero consentimiento de las partes. Desde entonces, obligan al cumplimiento de los pactos, sin que se pueda dejar al arbitrio de una de las partes ni su validez ni su cumplimiento, por tanto, en atención al *pacta sunt servanda*, las partes deben cumplir aquello que han convenido (artículo 1256 Código civil). Por esta razón, el derecho de desistimiento es una excepción a una regla general, puesto que en virtud del mismo, el consumidor puede discrecionalmente poner fin a una relación jurídica, a pesar de que no esté afectada por una causa de ineficacia.

La LGDCU define el derecho de desistimiento como la facultad del consumidor de dejar sin efecto el contrato celebrado sin necesidad de justificar su decisión y sin sufrir penalización alguna (artículo 68 LGDCU). Por tanto, se trata de un derecho de desistimiento unilateral *ad nutum*, puesto que el consumidor tiene la posibilidad de desvincularse de un contrato, cuando este derecho se ejercite dentro de un plazo fijado y sin que su ejercicio conlleve una penalización.

El derecho de desistimiento se puede calificar como una declaración de voluntad que presenta las siguientes características: es unilateral, recepticia y discrecional. La declaración de desistimiento es unilateral, puesto que tiene su origen en la voluntad de una de las partes, que es el consumidor, sin que, en ningún caso, se le pueda reconocer al empresario. En este mismo sentido, se puede calificar como recepticia, ya que produce sus efectos sin necesidad de contar con la aceptación de la otra parte, que es el empresario, sino que tan sólo se requiere que sea conocida por éste. Y finalmente, se puede calificar como discrecional porque el consumidor puede decidir no seguir vinculado al contrato sin necesidad de alegar una causa para ello.

El consumidor gozará de este derecho tan sólo cuando esté reconocido legal o reglamentariamente o bien en el propio contrato. En el primer caso, desistimiento legal, el régimen aplicable será el establecido en las disposiciones legales que lo reconozcan y en el segundo caso, desistimiento convencional, será el establecido en la oferta, promoción, publicidad o en el propio contrato<sup>3</sup>). En ambos casos, si la ley o bien el contrato no determinan el régimen de este derecho, se deberá aplicar lo establecido en los artículos 68 a 79 LGDCU, que establecen el régimen general del derecho de desistimiento en los contratos con los consumidores y usuarios.

En relación al derecho de desistimiento, recae sobre el empresario una obligación de informar al consumidor sobre la existencia del mismo con anterioridad a su celebración. En concreto, el artículo 60 LGDCU, para los contratos de consumo en general, y el artículo 97 LGDCU, para los contratos celebrados a distancia y fuera del establecimiento mercantil, exigen al empresario que informe al consumidor sobre si le asiste un derecho de desistimiento y, en su caso, el plazo y la forma para ejercitarlo. A lo que se añade el modelo de formulario del ejercicio de este derecho para los contratos celebrados a distancia y fuera de establecimiento. Por tanto, se entiende que el empresario ha cumplido con su obligación de informar cuando entregue el modelo de documento de información que recoge el anexo de la LGDCU, incorporado por la Ley 3/2014. Este mismo derecho se recogerá con posterioridad en el texto del contrato.

En uno de los supuestos que están siendo objeto de análisis, la contratación on line de servicios turísticos, el derecho de desistimiento está reconocido legalmente en la LGDCU, puesto que resulta de aplicación el régimen previsto para los contratos a distancia. En este sentido, es un derecho imperativo e irrenunciable por parte del consumidor, puesto que la Ley, declara nulas de pleno derecho las cláusulas que impongan al consumidor una penalización por el ejercicio de su derecho de desistimiento o la renuncia al mismo (artículo 102 TRLGCU<sup>4</sup>). Su inclusión en el contrato no debe ser objeto de negociación por las partes, sino que formará parte del mismo por el hecho de ser un contrato celebrado a distancia (con la excepción de los supuestos previstos en el artículo 93 LGDCU). En otro de los supuestos, la contratación de viajes combinados, observamos que la ley también reconoce al consumidor la posibilidad de dejar sin efecto los servicios contratados o solicitados, a pesar de que, como analizaremos, no sea en puridad un derecho de desistimiento.

El derecho de desistimiento tiene efectos retroactivos, puesto que a pesar de ser un contrato perfectamente válido, desde el momento en el que el consumidor ejercita el derecho de desistimiento, las partes deben restituirse las prestaciones que han recibido, y, por tanto, desaparecen los efectos que hasta el momento haya producido el contrato, volviendo a la situación anterior a la celebración del mismo.

Una de las cuestiones más controvertidas respecto al derecho de desistimiento, sobre la que queremos hacer un breve apunte, es la determinación de su naturaleza jurídica, esto es, la consideración de este derecho como un plazo durante el cual el consumidor puede pensar sobre si quedar o no vinculado por un contrato ya celebrado o bien es una facultad revocatoria del mismo<sup>5</sup>). En el primer caso, es decir, si se considera que el derecho de desistimiento es un plazo de reflexión, se debe afirmar que el consentimiento del consumidor no es firme hasta que finaliza el período durante el cual el consumidor tiene derecho a desistir el contrato. Por tanto, el contrato no se perfecciona hasta ese momento, puesto que su eficacia está en suspenso. En el segundo caso, se considera que el derecho de desistimiento como un derecho de arrepentimiento o facultad revocatoria, es decir, el contrato se ha perfeccionado y ha sido válido hasta el momento en el que se ejercite el derecho de desistimiento. Esto último es lo que parece deducirse de la literalidad del texto, en concreto de los artículos 107 y 108 LGDCU, puesto que se exige que las partes se restituyan las prestaciones ejecutadas, como consecuencia del ejercicio de desistimiento y, como es bien sabido, no surge la obligación de ejecutar las prestaciones derivadas de un contrato si no se ha celebrado y perfeccionado. Por tanto, podemos afirmar, que el derecho de desistimiento permite poner fin a un contrato perfeccionado y válido.

### **III. EL DERECHO DE DESISTIMIENTO EN LOS CONTRATOS CELEBRADOS A DISTANCIA Y CONTRATOS CELEBRADOS FUERA DEL ESTABLECIMIENTO MERCANTIL**

#### **1. ÁMBITO DE APLICACIÓN**

En el supuesto de los contratos celebrados on line, el régimen aplicable se encuentra regulado tanto en la LGDCU, en concreto lo establecido en el título relativo a los contratos celebrados a distancia y fuera del establecimiento mercantil, así como en la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y comercio electrónico (en adelante LSSICE), tal y como establece el artículo 94 LGDCU. Puesto que en la LSSICE no se prevé un derecho de desistimiento, es necesaria una remisión al régimen contemplado en la LGDCU. En este punto querríamos poner de relieve que, como consecuencia de la trasposición de la Directiva 2011/83/UE, la LGDCU ha unificado el régimen de los contratos celebrados a distancia y los celebrados fuera de establecimientos mercantiles. A estos últimos les resulta de aplicación el régimen que con anterioridad estaba previsto en la LGDCU para los contratos a distancia, pues este régimen se ha extendido a los contratos celebrados fuera del establecimiento mercantil.

En cuanto a los contratos celebrados a distancia, están definidos por el artículo 92 LGDCU como aquellos celebrados sin la presencia física simultánea del empresario y del consumidor, y en los que se han utilizado exclusivamente una o más técnicas de comunicación a distancia hasta el momento de la celebración del contrato y en ese mismo momento. Tienen la consideración de técnicas de comunicación a distancia todas aquellas que permiten transmitir la voluntad de las partes sin su presencia simultánea, como podría ser internet, el correo postal, el teléfono o el fax.

La LGDCU regula de forma detallada el régimen aplicable al ejercicio del derecho de desistimiento en el caso de los contratos celebrados a distancia y fuera del establecimiento mercantil. En concreto, esta regulación se encuentra en los artículos 102 a 108 LGDCU. Se ha afirmado que el fundamento del derecho de desistimiento en los contratos a distancia es el riesgo de incumplimiento o decepción de que el consumidor reciba un servicio defectuoso o no coincidente con el solicitado, puesto que se considera que el consumidor no ha tenido la posibilidad de conocer de cerca las características del servicio<sup>6</sup>).

En este punto, es relevante anunciar que son notables las diferencias entre el régimen del derecho de desistimiento en los contratos celebrados a distancia y los contratos de consumo en general. En primer lugar, el derecho de retención, reconocido en los contratos celebrados a distancia y fuera del establecimiento mercantil a favor del empresario, del precio y de los gastos que se deben reembolsar al consumidor hasta el momento en el que se reciban los bienes o se pruebe que se han devuelto. Este derecho no está reconocido para los contratos de consumo en general. En segundo lugar, la responsabilidad del consumidor ante un deterioro de los bienes por un uso distinto al necesario a pesar de que no haya actuado de forma negligente. En el régimen general, esta responsabilidad sólo surge en casos de actuación negligente del consumidor. Y en tercer lugar, la devolución del precio al consumidor debe ser reducido proporcionalmente a la parte del servicio ya prestado, cuando el consumidor ha solicitado su inicio. Esta reducción no está prevista en el régimen general.

No obstante, con anterioridad a iniciar el análisis del régimen jurídico de este derecho, consideramos de especial relevancia señalar que la Ley contempla unos supuestos en los que el derecho de desistimiento no es aplicable, puesto que se considera que su reconocimiento sería un mecanismo fraudulento en beneficio del consumidor y en claro perjuicio para el empresario<sup>7</sup>). Sin embargo, cabe decir que es admisible que las partes acuerden la existencia de este derecho de desistimiento, ya que es una modificación de lo previsto en las normas en beneficio del consumidor<sup>8</sup>). En el caso de la prestación de servicios, las excepciones se aplican cuando el servicio ha sido totalmente ejecutado y en aquellos contratos de reparación o mantenimiento urgente que han sido solicitados por el consumidor, puesto que no sería posible la recíproca restitución de las prestaciones.

En concreto, es relevante a efectos del sector turístico, objeto de análisis en este estudio, que la letra m del artículo 103 LGDCU contempla como excepción al 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 período de ejecución específicos». Por tanto, la exclusión es aplicable cuando se cumplan dos presupuestos: en primer lugar, que el servicio esté vinculado a una actividad de ocio o esparcimiento; y en segundo lugar, que haya una fecha o período de ejecución determinado. El derecho de desistimiento está excluido en estos servicios, puesto que se considera que si éste se ejercita, el empresario podría tener dificultades para cubrir las reservas de las plazas que han quedado libres como consecuencia del ejercicio del derecho<sup>9</sup>). El objeto del contrato de servicios turísticos consistirá, en la mayor parte de los casos, en alguno de los que están mencionados en el artículo 103 LGDCU, por tanto, el ámbito turístico en el que derecho de desistimiento no está excluido y, por tanto, se puede ejercitar será muy reducido.

Y finalmente, como se ha avanzado, tampoco es posible el ejercicio del derecho de desistimiento cuando el servicio ha sido totalmente ejecutado por el empresario y fue iniciado con consentimiento expreso del consumidor, quien debe ser consciente de que una vez ejecutado el servicio no tiene derecho al desistimiento. En este sentido, en aplicación a lo previsto en el artículo 97 LGDCU, sobre información precontractual, el empresario debe haber informado al consumidor sobre estas condiciones del ejercicio del derecho de desistimiento, puesto que de lo contrario, el consumidor puede desistir del mismo aunque haya el servicio se haya ejecutado totalmente (artículo 108.4 LGDCU).

## 2. FORMA Y PLAZO DEL EJERCICIO DEL DERECHO

El consumidor no puede ejercitar el derecho de desistimiento en cualquier momento, si no que éste, en aras a la seguridad jurídica<sup>10</sup>), está sometido a un plazo. En concreto, el consumidor puede ejercitar el derecho de desistimiento en el plazo de 14 días naturales, que empezarán a contar en momentos diferentes según el objeto de contrato sea la entrega de un bien o la prestación de un servicio (artículo 104 LGDCU)<sup>11</sup>). A pesar de esta previsión legal, cabe afirmar que este plazo puede ser ampliado por voluntad de las partes, pero nunca reducido<sup>12</sup>). Este plazo debe ser calificado de caducidad, no de prescripción, puesto que no se interrumpirá bajo ninguna circunstancia.

En el supuesto objeto de nuestro interés, puesto que se tratan de contratos de servicios, el plazo empieza a contar desde el día de la celebración del contrato. Sin embargo, este plazo se amplía en 12 meses más si el empresario no ha facilitado al consumidor la información precontractual, exigible en atención al artículo 97 LGDCU, sobre el derecho de desistimiento (la existencia del derecho, el plazo para ejercitarlo, el procedimiento para hacerlo, las consecuencias para ejercitarlo y el formulario de desistimiento previsto en el anexo B de la LGDCU), a pesar de que si durante el plazo de esos 12 meses, el empresario le comunica al consumidor la información relativa a este derecho, éste se podrá ejercitar en el plazo de 14 días naturales contados desde que el empresario la comunica (artículo 105 LGDCU). A pesar de la ampliación de plazo que contempla la ley, debemos apuntar que algún autor ha criticado la limitación a los 12 meses desde que finaliza el plazo de los 14 días contemplado inicialmente, puesto que se ha considerado que sería procedente que el derecho del desistimiento se pudiera ejercitar sin limitación temporal durante el incumplimiento del empresario de su obligación de información precontractual, ya que esa ampliación no garantiza el cumplimiento de la obligación de información<sup>13</sup>).

En este sentido, debemos remitirnos a la información precontractual que el empresario debe facilitar al consumidor en los contratos a distancia y celebrados fuera del establecimiento mercantil, es decir, aquella información que debe tener el consumidor con anterioridad a quedar vinculado por un contrato. El artículo 97 LGDCU contempla un listado de información que el empresario está obligado a facilitar al consumidor, con anterioridad a la celebración del contrato. En el mismo, en concreto en la letra i), se contempla que cuando exista un derecho de desistimiento, el empresario debe informar sobre las condiciones, el plazo, los procedimientos para ejercer ese derecho y el modelo de formulario del mismo. La ley no exige una forma concreta de dar esa información precontractual, por tanto, la doctrina ha admitido como suficiente que el empresario remita a su página web para entender cumplido este deber<sup>14</sup>). Esta información se

debe comunicar de forma clara y comprensible, es decir, que sea una información legible y perceptible, en atención al consumidor medio al que se dirige.

Para que el derecho de desistimiento se considere ejercitado en plazo es necesario que el consumidor comunique al empresario la decisión de desistir antes de que finalice el plazo que antes hemos indicado.

La Ley no exige forma concreta para comunicar el ejercicio del derecho de desistimiento sino que el consumidor podrá utilizar el modelo de formulario que recoge el anexo B de la LGDCU o bien cualquier otro tipo de declaración, que debe ser inequívoca, tal y como indica la Directiva 83/2011, de 25 de octubre, sobre derecho de los consumidores, es decir, que señale sin lugar a error la decisión de desistir del contrato. También cabe la posibilidad de que el empresario sea quien ofrezca al consumidor un modelo de desistimiento a través de sitio web. En todo caso, para determinar la fecha de desistimiento se tendrá en consideración la de expedición de la declaración de desistimiento, con independencia cual sea la fecha en la que llegue a ser recibida y conocida por el empresario. Sin embargo, esto puede conllevar una duda en cuanto si el momento determinante es el de la emisión de la declaración de voluntad del desistimiento o bien la fecha del envío de esta declaración. Consideramos que la solución se encuentra en entender por el concepto de expedición de la declaración de voluntad, el envío de la declaración de voluntad, ya sea mediante el modelo de formulario previsto en la Ley o bien mediante cualquier otra declaración inequívoca de voluntad, puesto que así se deduce del artículo 106 apartado 3 LGDCU. En este artículo se prevé que si el empresario es quien ofrece un modelo de declaración de desistimiento, deberá comunicar al consumidor el acuse de recibo de ese desistimiento. A pesar de ello, consideramos que si la declaración de voluntad no llega al empresario, por causas ajenas al consumidor, se debe entender que el ejercicio del desistimiento ha sido correcto, si el consumidor ha sido diligente en la emisión de la declaración.

La carga de la prueba no sólo del ejercicio del derecho de desistimiento sino de que se ha hecho en plazo recae sobre el consumidor. Por esta razón, a pesar de que el consumidor tiene libertad para escoger la forma en la que va a emitir la declaración de voluntad respecto al desistimiento, debe hacerlo de tal forma que le permita acreditar su correcto ejercicio.

### 3. CONSECUENCIAS PARA LAS PARTES

Una vez ejercitado el derecho de desistimiento, la principal consecuencia es que se extinguen las obligaciones de las partes de ejecutar el contrato o de celebrarlo, cuando el consumidor haya realizado una oferta (artículo 106.5 LGDCU). Esto es, en el caso de que el empresario haya efectuado una oferta y el consumidor emita una declaración de voluntad aceptándola, el ejercicio del derecho de desistimiento conlleva la extinción del contrato. Y en el caso de que el consumidor tan solo emita una oferta de contrato, el ejercicio del derecho de desistimiento tiene como consecuencia la extinción del compromiso que asumen las partes de celebrar el contrato.

En el presente apartado vamos a distinguir las consecuencias del ejercicio del derecho de desistimiento desde dos puntos de vista: en primer lugar, desde el punto de vista del consumidor y, en segundo lugar, desde el punto de vista del empresario.

Desde el punto de vista del consumidor, es preciso distinguir dos situaciones: una de ellas es cuando el contrato es de tracto único y, la otra, cuando el contrato es de tracto sucesivo.

En el primer caso, el empresario se compromete a una única prestación de servicios, y si el consumidor ejercita el derecho de desistimiento antes de que ésta se haya ejecutado, la obligación de prestación por parte del empresario queda extinguida. Por el contrario, si el servicio ya se ha prestado, el consumidor deberá asumir el pago del mismo, por tanto, es posible afirmar que en estos casos el consumidor no tendrá derecho a desistir. En esta línea, lo más frecuente es que el empresario espere a que finalice el plazo para ejercitar el desistimiento para iniciar la prestación del servicio. Sin embargo, es posible que el consumidor quiera que la prestación de servicios se inicie antes de que finalice ese plazo, en este supuesto, la Ley prevé que el empresario exija al consumidor que presente una solicitud expresa en ese sentido (artículo 98.8 LGDCU).

En el segundo caso, el empresario se compromete a una prestación de servicios que consiste en unas obligaciones de tracto sucesivo o continuo. Si el consumidor ejercita el derecho de desistimiento antes de que se inicie la prestación de servicios, las obligaciones de las partes quedarán extinguidas. Sin embargo, si la prestación ya se ha iniciado (en este sentido resulta aplicable el artículo 98.8 LGDCU, que como hemos comentado, el empresario exigirá al consumidor una solicitud expresa), el consumidor deberá asumir el coste de la parte proporcional del servicio prestado, calculado sobre la base del precio total acordado en el contrato. En este punto, consideramos relevante señalar que la

Ley prevé que «en caso de que el precio total sea excesivo, el importe proporcional se calculará sobre la base del valor de mercado de la parte ya prestada del servicio». Esta protección resulta, en nuestra opinión, desproporcionada, puesto que en el momento en el que el consumidor ha celebrado el contrato conoce y ha aceptado el precio del servicio, por tanto, consideramos que no tiene razón de ser que la Ley permita establecer otro precio si éste se considera excesivo. Consideramos que es necesario realizar una comparación entre el precio acordado y el precio de mercado para evaluar si el primero es excesivo, entendiendo que lo es cuando hay una diferencia notable entre precios por los mismos servicios. En el mismo sentido, es un concepto jurídico indeterminado, puesto que la Ley no concreta con cuántos otros precios se debe comparar ni qué debe entenderse por excesivo.

La Ley prevé dos supuestos, como excepción de todo lo anterior, en los que el consumidor no asumirá ningún tipo de coste (artículo 108.4 LGDCU). En primer lugar, cuando el empresario no haya facilitado al consumidor la información precontractual, que hemos comentado con anterior, prevista en el artículo 97.1 LGDCU, en relación a los gastos que deba soportar en el caso de que ejercite el derecho de desistimiento cuando la prestación de servicios se haya iniciado a solicitud expresa del propio consumidor. Y en segundo lugar, cuando el empresario haya iniciado la prestación de servicios aún no habiendo sido solicitada por el consumidor.

Desde el punto de vista del empresario, éste deberá reembolsar al consumidor todo pago que haya recibido, donde se debe incluir no sólo el precio o parte del mismo que el consumidor haya realizado sino también cualquier otro gasto que haya efectuado. El plazo previsto en la Ley es que se haga sin demoras indebidas. No obstante, puesto que esta falta de delimitación puede conllevar inseguridad jurídica, el propio artículo 107.1 LGDCU aclara que en todo caso, este reembolso deberá efectuarse dentro del plazo de 14 días desde que el consumidor haya informado al empresario del ejercicio del derecho de desistimiento. Y en el caso de que el empresario se retrase de forma injustificada, el consumidor podrá reclamarle que se le pague el doble del importe adeudado, además de su derecho a ser indemnizado por los daños y perjuicios.

Nuestra ley, a diferencia de la Directiva 2011/83/UE (artículo 13) no prevé el modo en el que se debe efectuar ese reembolso. Sin embargo, consideramos que se debe aplicar lo previsto en la Directiva. En este sentido, el reembolso se debe realizar utilizando el mismo medio de pago que haya utilizado el consumidor, salvo que las partes hayan acordado hacerlo de otro modo. No obstante, no será posible otro medio de reembolso acordado si supone un gasto para el consumidor.

Finalmente, debemos determinar cuáles son las consecuencias para los contratos complementarios en el caso de que se ejercite el derecho de desistimiento respecto a un contrato celebrado a distancia, es decir, aquellos contratos celebrados con el empresario o con cualquier otro tercero, que permitan la obtención del servicio o bien su financiación, que son, por tanto, accesorios de la prestación principal prevista en el contrato principal. La característica esencial de estos contratos, en atención a lo previsto en el artículo 59 bis LGDCU, es que si la condición de empresario no recae sobre la misma persona, los dos empresarios tengan un acuerdo de colaboración para ofrecer esos contratos vinculados. A pesar de que no están contempladas en la LGDCU las consecuencias para los contratos complementarios en el caso de que se ejercite el derecho de desistimiento respecto a un contrato celebrado a distancia, debemos remitirnos a las consecuencias previstas para este tipo de contratos complementarios a otros contratos de consumo, del artículo 76 bis LGDCU. En este sentido, el ejercicio del derecho de desistimiento conllevará de forma automática la extinción del contrato complementario y el posible coste, que por ello haya soportado el consumidor, deberá recaer sobre el empresario.

## **IV. EL DERECHO DE DESISTIMIENTO EN LOS VIAJES COMBINADOS**

### **1. CONCEPTO Y ELEMENTOS DEL VIAJE COMBINADO**

Como es bien sabido, la LGDCU derogó la Ley 21/1995, de 6 de julio, reguladora de los viajes combinados, de tal forma que éstos quedan regulados en el libro IV de la LGDCU.

En atención a lo dispuesto en el artículo 151 LGDCU, por viaje combinado se entiende aquel en el que hay un combinación previa, vendida u ofrecida en venta con arreglo a un precio global, cuando dicha prestación sobrepase las 24 horas o incluya una noche de estancia, de por lo menos, dos de los siguientes elementos: transporte, alojamiento u otros servicios turísticos no accesorios del transporte o del alojamiento y que constituyan una parte significativa del viaje combinado.

En atención al concepto que prevé la LGDCU sobre los viajes combinados, es posible destacar los siguientes

elementos que lo conforman: combinación previa a cargo del organizador del viaje; pluralidad de servicios turísticos; duración mínima; y carácter unitario del precio<sup>15</sup>).

El primer elemento citado consiste en la combinación previa, por parte de la entidad organizadora del viaje, de diversos elementos como el transporte, el alojamiento y otras prestaciones, que incluye la oferta contractual. Por tanto, el viaje combinado será el paquete organizado previamente y ofrecido al consumidor, por una o varias entidades organizadoras.

El segundo elemento es la prestación de dos o más servicios turísticos. Estos servicios pueden consistir, como se ha comentado, en el transporte, en el alojamiento o bien otros, que sin ser accesorios de los anteriores, constituyan una parte significativa del viaje combinado.

El tercer elemento es que el viaje tenga una duración mínima de veinticuatro horas o bien incluya una noche de estancia.

Y finalmente, el cuarto elemento, es que el precio del viaje debe estar referido a la totalidad del mismo, que debe aparecer tanto en el folleto publicitario como en el documento contractual.

## 2. RÉGIMEN APLICABLE AL EJERCICIO DEL DERECHO

El derecho de desistimiento en este tipo de contratos encuentra su fundamento, según parte de la doctrina, en la prevalencia del interés del consumidor, puesto que el viaje se realiza en su interés, puede decidir sobre su realización y la otra parte debe soportar su renuncia<sup>16</sup>).

El artículo 160 LGDCU reconoce al consumidor un derecho a dejar sin efecto los servicios solicitados o contratados respecto a un viaje combinado cuando todavía no se haya iniciado y obtener la devolución de las cantidades pagadas, si ese comportamiento del consumidor está justificado por una causa de fuerza mayor. Por tanto, la ley tan sólo reconoce este derecho al consumidor en el caso de un viaje combinado si media una causa de fuerza mayor. En el caso de que ésta no exista, el consumidor deberá indemnizar al empresario con el pago de los gastos de gestión, y, en su caso, los de anulación, así como a satisfacer una penalización, que se fija en función del precio del viaje y del momento en el que el usuario ejercita la facultad de desistimiento. Por tanto, la indemnización que debe asumir el consumidor es la misma en todos los casos de resolución de contrato por causa imputable al consumidor.

En este sentido, se aleja del concepto de derecho de desistimiento que hemos analizado, pues éste debería tener lugar sin necesidad de estar sometido a penalización alguna. La regulación que estaba prevista en la Ley de Viajes combinados, en concreto en el artículo 9.4, era prácticamente la misma que la del actual artículo 160 LGDCU pero en el anterior artículo la cita textual era que «en todo momento el consumidor y usuario podrá desistir...», lo que llevaba a pensar que se estaba ante un derecho de desistimiento en sentido estricto.

En nuestra opinión, tal y como está previsto en el artículo 160 LGDCU, en la contratación de viajes combinados, el consumidor y usuario no tendrá derecho de desistimiento, puesto que éste debería tener lugar sin necesidad de alegar causa, en el plazo establecido y sin penalización. En el presente caso, el consumidor y usuario puede resolver pero debiendo abonar unos gastos y una penalización. Por esta razón, podemos afirmar que estamos ante una revocación del contrato por voluntad del consumidor, frente a lo que empresario tiene derecho a cubrir parte del daño que la resolución le haya podido ocasionar<sup>17</sup>). En este sentido, se debe poner de relieve la diferente redacción prevista en el artículo 9.4 de la Ley de Viajes Combinados, ya derogada, y el artículo 160 LGDCU. En el primero se expresaba que el consumidor «podrá desistir» y esa expresión se ha cambiado por «podrá dejar sin efecto», además actualmente se hace referencia a los «gastos de cancelación» a los que debe hacer frente al consumidor, frente a los «gastos de anulación por desistimiento» en la anterior redacción de la Ley de Viajes Combinados.

En esta línea querríamos poner de relieve que, a pesar de que el artículo 160 LGDCU reconoce al consumidor dejar el servicio solicitado o contratado sin efecto «en todo momento», el texto determina la cantidad a abonar en concepto de penalización en atención a la antelación de la revocación respecto al inicio del viaje. Por tanto, debemos afirmar que el consumidor y usuario tan sólo podrá dejarlo sin efecto sin pagar penalización cuando lo haga en un plazo mayor al previsto en el artículo 160 LGDCU, es decir, en un plazo igual o superior a los quince días<sup>18</sup>).

El consumidor y usuario, cuando revoque el servicio solicitado o contratado, tendrá derecho a la devolución de las cantidades que haya abonado pero deberá pagar otras, salvo que concurra una causa de fuerza mayor. Estas cantidades son, como hemos avanzado, los gastos de gestión, los gastos de anulación, si los hay, así como una penalización. Ésta última consistirá en: el 5% del importe total del viaje, si la cancelación se produce con más de diez

días pero menos de quince de antelación respecto a la fecha de inicio del viaje; el 15% si se produce entre los tres días y los diez; y del 25% si se produce dentro de las cuarenta y ocho horas antes de la salida; y si el consumidor no se presenta a la salida, debe pagar el importe total del viaje. De todo esto se puede concluir, que en aquellos casos en los que el consumidor cancele el viaje con quince o más días de antelación respecto a su inicio, no deberá abonar indemnización al empresario, sino que tan sólo deberá abonar los gastos de gestión (por la intermediación del empresario) y, en su caso, los de anulación (generados por la reserva del viaje por parte el consumidor), salvo que, como hemos comentado, concorra una causa de fuerza mayor. Para ello es necesario que el consumidor notifique de forma fehaciente al empresario su voluntad de cancelar el viaje, puesto que tan sólo cuando éste conozca esta declaración de voluntad, el desistimiento producirá sus efectos.

Como se ha comentado, el consumidor sólo podrá cancelar el viaje solicitado o contratado sin cargo alguno en aquellos supuestos de fuerza mayor. Para determinar qué se entiende por este concepto, debemos acudir al artículo anterior, esto es, al 159 LGDCU que en el apartado 4 letra b define como fuerza mayor «aquel conjunto de circunstancias ajenas a quien las invoca, anormales e imprevisibles cuyas consecuencias no habrían podido evitarse, a pesar de haber actuado con la diligencia debida». En este sentido, un análisis de la jurisprudencia pone de manifiesto que los conflictos más frecuentes se plantean cuando el consumidor desiste del viaje alegando una causa de fuerza mayor, porque en tal caso las consecuencias económicas afectan de forma muy distinta al consumidor y al organizador del viaje. Es posible afirmar que nuestros Tribunales mantienen un criterio bastante uniforme respecto a la apreciación de la fuerza mayor, exigiendo al consumidor que su decisión de cancelar el viaje se deba a una circunstancia extraordinaria o anormal, absolutamente ajena a su voluntad e imprevisible en el momento de contratar y cuyas consecuencias no pudieran evitarse con la diligencia empleada<sup>19</sup>).

En cuanto a la indemnización a la que debe hacer frente el consumidor cabe plantearse la posibilidad de que las partes puedan pactar cuantías distintas. A pesar de que el artículo 160 LGDCU no se pronuncia sobre ello, debemos concluir que aquellas cláusulas que establezcan condiciones distintas que perjudiquen al consumidor son abusivas y, por tanto, en aplicación del artículo 83 LGDCU, son nulas de pleno derecho y se deben tener como no puestas. Por tanto, al consumidor no se le puede aplicar unas penalizaciones superiores a las previstas en el artículo 160 LGDCU<sup>20</sup>).

Como excepción, prevista en la letra b del artículo 160 LGDCU, cabe mencionar que si el viaje combinado está sujeto a condiciones económicas especiales de contratación, como es del caso de fletes de aviones, buques o tarifas especiales, los gastos de cancelación se establecerán de acuerdo con las condiciones que acuerden las partes. El fundamento de la previsión de este régimen especial es que el empresario tiene que asumir unos gastos cuando contrata un medio de transporte, lo que justifica que se imponga un régimen más severo, que será que el contractualmente decidan las partes<sup>21</sup>).

De todo ello, podemos concluir que el consumidor sólo tendrá derecho a desistir del viaje combinado contratado cuando concorra una causa de fuerza mayor o bien cuando el consumidor cancele el viaje hasta los quince días anteriores a su inicio. En este último caso, como hemos comentado, el consumidor tan sólo se deberá hacer cargo de los gastos de gestión y de los de cancelación, en su caso, que no se pueden considerar penalización por el ejercicio del derecho de desistimiento.

Finalmente, querríamos poner de relieve que a la contratación de los viajes combinados no resulta de aplicación el régimen del derecho de desistimiento previsto en los artículos 102 y siguientes LGDCU de los contratos a distancia, a pesar de que sea un contrato que se haya celebrado on line. El fundamento se encuentra en el artículo 93 LGDCU, que en la letra g lo excluye expresamente para la contratación de viajes combinados, las vacaciones combinadas y los circuitos regulados en la LGGDCU. Son un total de trece supuestos, enumerados en un listado de carácter cerrado, excluidos por diferentes motivos, como pueden ser: las características especiales de los contratos, el objeto sobre el que recaen, el modo en que se han celebrado. En el caso de los viajes combinados, esta exclusión tiene sentido pues tienen su regulación específica en el Libro IV de la Ley.

## V. CONCLUSIONES

El derecho de desistimiento, como derecho excepcional en favor del consumidor, ha sido reforzado en la LGDCU por la trasposición de la Directiva 2011/83/UE, cuyo fin principal es potenciar el mercado interior al generar una mayor seguridad jurídica. A pesar de ello, como hemos tenido ocasión de analizar la protección otorgada al consumidor es en ocasiones limitada.

La LGDCU prevé un régimen específico para los contratos celebrados a distancia, entre los que se encuentran los

contratos on line. Sin embargo, en cuanto a lo que respecta a la mayoría de contratos de servicios turísticos, el derecho de desistimiento está excluido expresamente, tal y como establece la letra l del artículo 103 LGDCU, salvo que las partes lo hayan pactado expresamente. La Ley 3/2014, ha intensificado la protección del consumidor, pues ha ampliado el plazo para el ejercicio del derecho de desistimiento hasta los 14 días naturales, a contar desde la celebración del contrato. No obstante, consideramos que esa protección no es suficiente en el caso de que el empresario no haya cumplido con sus deberes de información precontractual, pues en este caso el plazo se amplía en 12 meses más, pero finalizará a pesar de que el empresario siga sin cumplir con ese deber. El derecho de desistimiento se entiende ejercitado desde el momento en que el consumidor envíe al empresario la declaración de voluntad de desistimiento, que puede consistir en el formulario previsto en la ley, en un modelo de desistimiento que ofrezca el empresario en su página web o bien en cualquier tipo de declaración de voluntad, siempre que sea inequívoca.

En cuanto a las consecuencias de su ejercicio, cabe distinguir según se haya ejercitado antes de que se haya prestado el servicio o bien una vez éste se haya prestado. En el primer caso, el empresario queda liberado de su obligación de prestar el servicio pero debe reembolsar el precio y todos los gastos que haya asumido el consumidor. En el segundo caso, puesto que servicio ya ha sido prestado, el consumidor pierde el derecho al reembolso si ha solicitado expresamente el inicio del mismo, puesto que si lo ha iniciado el empresario por su propia iniciativa el consumidor mantendrá su derecho a reembolso.

Finalmente, respecto a los viajes combinados, cuyo régimen se encuentra en la LGDCU, tan sólo es posible hablar de derecho de desistimiento del consumidor en dos casos: cuando el consumidor lo ejercita mediando un supuesto de fuerza mayor o bien cuando lo haga en un plazo igual o superior a los 15 días con anterioridad al inicio del viaje, a pesar de que en este último caso, el consumidor deberá abonar los gastos de gestión y de anulación. En el resto de casos no es posible hablar de un derecho de desistimiento, ya que el consumidor deberá abonar no sólo los gastos que hemos mencionado sino también una penalización que será un porcentaje que a aplicar sobre el precio del viaje que variará según la antelación con la que cancele el viaje respecto a la fecha prevista para su inicio.

## BIBLIOGRAFÍA

- AA.VV., *Contratos a distancia y contratos fuera del establecimiento mercantil. Comentario a la Directiva 2011/83 (Adaptado a la Ley 3/2014, de modificación del TRLCU)*, Madrid, 2014.
- BALDERAS BLANCO, S.: «La eficiencia en la información precontractual sobre derecho de desistimiento en los contratos a distancia», en *Diario la Ley* núm. 8395/2014.
- BELUCHE RINCÓN, I.: «Algunas notas sobre el derecho del consumidor a desistir del contrato», en *Diario la Ley* núm. 7182 año 2009.
- «La deficiente protección del consumidor de viajes de combinados», en *Diario la ley* núm. 7213/2009.
- BERMÚDEZ BALLESTEROS, M.S.: «El derecho de desistimiento en materia de viajes combinados», en *Revista CESCO* núm. 2/2012.
- BOTANA GARCÍA, G.: «Comentario de urgencia a la reforma del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias», en *Diario la ley* núm. 8301/2014.
- CAMACHO PEREIRA, C.: «Nuevos plazos para el ejercicio del derecho de desistimiento por el consumidor y devolución de las prestaciones en la Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios», en *Revista Aranzadi Doctrinal* núm. 2/2015.
- MÁRQUEZ LOBILLO, P.: «Contratación electrónica de viajes combinados: reflexiones tras la Propuesta de Directiva de julio de 2013 y el proyecto de reforma del TRLGDCU de octubre de 2013 sobre Derecho de desistimiento», en AA.VV., L.M. MIRANDA SERRANO, J. PAGADOR LÓPEZ y M. PINO ABAD (COORD.), *La protección de los consumidores en tiempos de cambio: ponencias y comunicaciones del XIII Congreso de la Asociación Sainz de Andino*, Madrid, 2015, págs. 141 a 160.
- MARTÍN BRICEÑO, M.R.: «El derecho del consumidor a ser informado y el desistimiento unilateral ad nutum», en AA.VV., M. CUADRADO IGLESIAS y M.D.
- MESA MARRERO, C.: «Criterios jurisprudenciales sobre el derecho de desistimiento del consumidor en la Ley de Viajes

Combinados», en *Nul: estudios sobre invalidez e ineficacia* , núm. 1/2006.

MUNAR BERNAT, P.A.: «La ampliación del plazo del derecho de desistimiento (artículos 71, 74.4, 76, 76 bis y 77 TRLGDCU) y su nueva regulación en los contratos celebrados a distancia y fuera del establecimiento mercantil (artículos 102 a 108 TRLGDCU)», en *La ley mercantil* núm. 9/2014.

NÚÑEZ BOLUDA (dir.), *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Manuel García Amigo* , Madrid, 2015, págs. 893 a 920.

— «El desistimiento unilateral: facultad del consumidor», en *Anuario Facultad de Derecho-Universidad de Alcalá* núm. VII/2014.

PAGADOR LÓPEZ, J.: «El contrato de viaje combinado y el contrato de hospedaje», en AA.VV., L.M. MIRANDA SERRANO y J. PAGADOR LÓPEZ (coord.), *Derecho (privado) de los consumidores* , Madrid, 2012, págs. 343 a 366.

PEÑA LÓPEZ, F.: «Comentario al artículo 103», en AA.VV., R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias* , Pamplona, 2015, págs. 1542 a 1562.

PÉREZ ESCOLAR, M.: «El contrato de viaje combinado. Algunas propuestas de reforma», en AA.VV., DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. (coord.), *Estudios jurídicos en homenaje al profesor José María Miquel* , Pamplona, 2014, vol. II, págs. 2529 a 2553.

REYES LÓPEZ, M.J.: «La reforma introducida en el TRLGDCU por Ley 3/2014 sobre el derecho de desistimiento e información», en *Actualidad Jurídica Iberoamericana* núm. 2/2015, págs. 253 a 292.

SALGADO ANDRÉ, E.: «La obligación de informar sobre el derecho de desistimiento y las consecuencias derivadas de su incumplimiento» en *La ley mercantil* núm. 9/2014.

SÁNCHEZ GÓMEZ, A.: «Comentario al artículo 97», en AA.VV., R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias* , Pamplona, 2015, págs. 1457 a 1483.

VÁZQUEZ-PASTOR JIMÉNEZ, L.: «Principales novedades que introduce la Ley 3/2014, de 27 de marzo, en el régimen jurídico de los contratos celebrados fuera del establecimiento», en *Indret* núm. 4/2014.

1

La Ley 31/2014, de 27 de marzo, ha modificado el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, de Defensa de los Consumidores y Usuarios. Esta ley es la consecuencia de la trasposición de la Directiva 83/2011, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre, sobre Derechos de los Consumidores.

2

*Vid.* SAP Murcia de 16 de noviembre de 2010 se pronuncia en el siguiente sentido: «Este derecho de desistimiento se articula como un medio de protección del consumidor, que tiene por finalidad ofrecerle la posibilidad de reconsiderar y evaluar mejor las obligaciones derivadas del contrato celebrado. Para lograr ese objetivo se concede al consumidor un plazo dentro del cual podrá desvincularse del contrato lícitamente y sin coste alguno sin necesidad de justificar su decisión. Se trata de proteger la correcta formación del consentimiento, el que se puede considerar no prestado libremente, o al menos con la adecuada información, ante la presión del empresario para llevar a cabo la operación comercial, o incluso el propio desconocimiento del consumidor de la necesidad y utilidad del bien o servicio que adquiere. Por ello, la concesión al consumidor de la facultad de desistir se puede articular en torno a los siguientes grandes motivos: 1.º Es una necesidad primordial de protección del consumidor, por la indefensión del mismo ante el profesional, el cual impone el contenido contractual habitualmente, y de ahí la necesidad de salvaguarda de los principios de la buena fe y del equilibrio contractual. 2.º Se pretende garantizar a través de este mecanismo la formación de una voluntad libre y suficientemente madurada en todo tipo de contratos de consumo. 3.º La justificación de esta protección deriva de la situación de inferioridad en la que se encuentra el consumidor frente al empresario, el cual desarrolla una potente estructura de publicidad y medios personales y materiales de contratación, que tiende a convencer al consumidor de la propia necesidad del bien o servicio, sin un adecuado proceso madurativo de la decisión. De ahí que se considere un instrumento idóneo para el reequilibrio de las posiciones de las partes.»

3

Vid . SAP de Murcia de 15 de septiembre de 2009: «Se desprende la existencia de dos mecanismos a través de los cuales es posible llevar a cabo la aplicación del derecho de desistimiento a un contrato de consumo: legal y contractual. La primera aparece regulada en los artículos 69 a 78 RDLDC y la segunda en el artículo 79 del mismo texto legal. La diferenciación de este régimen legal es importante a los efectos de lo discutido en este recurso de apelación, pues el régimen jurídico aplicable no es el mismo según el derecho de desistimiento venga reconocido en una disposición legal o por el contrario el mismo sea únicamente el resultado de una concesión contractual. Ello nos lleva a la necesidad de determinar en qué contratos de consumo viene impuesto legalmente el derecho de desistimiento y por tanto les resulta de aplicación las normas previstas en los artículos 69 a 78 RDLDC. En tal sentido se pueden distinguir: A) Dentro del propio Real Decreto Legislativo 1/2007: 1. Contratos celebrados a distancia: comprende los definidos en el artículo 92 RDLDC, reconociéndose el derecho de desistimiento en el artículo 101 y en el artículo 102 se regulan las excepciones a dicho derecho, esto es, los contratos a los que no se aplica. 2. Contratos celebrados fuera de establecimientos mercantiles: se definen, desde un punto de vista positivo en el artículo 107 RDLDC, y desde un punto de vista negativo en el artículo 108 RDLDC. El derecho de desistimiento se reconoce en los artículos 110 y 111 del mismo texto legal. 3. Viajes Combinados: son los comprendidos en el artículo 150 RDLDC, y se autoriza por el consumidor a la resolución del contrato en el artículo 160 del citado texto legal. B) Reconocido en leyes especiales: 1. Ley de Ordenación del Comercio Minorista, en la que se reconoce un derecho general de desistimiento para todos los contratos sometidos a dicha ley en su artículo 10, y un derecho especial en los contratos de venta a distancia previsto en los artículos 44 y 45 de dicha ley. 2. Ley de Venta de Bienes Muebles a Plazos, que refleja un derecho de desistimiento, con exclusión de algún tipo de contrato especial, en el artículo 9 de dicho texto legal. 3. Ley de Aprovechamiento por turnos de Bienes Inmuebles, cuyo artículo 10 autoriza al consumidor a desistir del contrato celebrado. 4. Ley de Condiciones Generales de la Contratación, si bien en este caso se reconoce a través del artículo 4 del RD 1906/1999, dictado en desarrollo del artículo 5.3 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, aunque dentro de este texto no hay referencia alguna al derecho de desistimiento o figura equivalente. En todos estos contratos el régimen legal vendrá determinado por la norma especial que impone necesariamente en estos contratos el derecho de desistimiento y de forma subsidiaria la normativa de los artículos 69 a 78 RDLDC.»

4

Vid. S. Juzgado de lo Contencioso-administrativo núm.1 de Oviedo de 12 de mayo de 2014, en esta sentencia se afirma que, a pesar de que el desistimiento se permitió, su ejercicio conllevaba un cargo de 30 euros. Esta cláusula se considera abusiva y, por tanto, nula.

5

MARTÍN BRICEÑO, M.R.: «El derecho del consumidor a ser informado y el desistimiento unilateral *ad nutum* », en AA.VV., M. CUADRADO IGLESIAS y M.D. NÚÑEZ BOLUDA (dir.), *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Manuel García Amigo* , Madrid, 2015, págs. 907 y 908.

6

Vid. MÁRQUEZ LOBILLO, P.: «Contratación electrónica de viajes combinados: reflexiones tras la Propuesta de Directiva de julio de 2013 y el proyecto de reforma del TRLGDCU de octubre de 2013 sobre Derecho de desistimiento», en AA.VV., L.M. MIRANDA SERRANO, J. PAGADOR LÓPEZ y M. PINO ABAD (coord.), *La protección de los consumidores en tiempos de cambio: ponencias y comunicaciones del XIII Congreso de la Asociación Sainz de Andino* , Madrid, 2015, pág. 153.

7

El artículo 103 LGDCU establece que el derecho de desistimiento no será aplicable a los contratos que se refieren a: «a) 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; b) El suministro de bienes o la prestación de servicios cuyo precio dependa de fluctuaciones del mercado financiero que el empresario no pueda controlar y que puedan producirse durante el periodo de desistimiento; c) El suministro de bienes confeccionados conforme a las especificaciones del consumidor y usuario o claramente personalizados; d) El suministro de bienes que puedan deteriorarse o caducar con rapidez; e) 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; f) El suministro de bienes que después de su entrega y teniendo en cuenta su naturaleza se hayan mezclado de forma indisoluble con otros bienes; g) 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; h) 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; i) El suministro de grabaciones sonoras o de video precintadas o de programas informáticos precintados que hayan sido desprecintados por el consumidor y usuario después de la entrega; j) El suministro de prensa diaria, publicaciones periódicas o revistas, con la excepción de los contratos de suscripción para el suministro de tales publicaciones; k) Los contratos celebrados mediante subastas públicas; l) 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; m) 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.»

8

*Vid.* PEÑA LÓPEZ, F.: «Comentario al artículo 103», en AA.VV., R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*, Pamplona, 2015, págs. 1549 y 1550.

9

*Vid.* Considerando 49 de la Directiva 2001/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2011 sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo.

10

*Vid.* Considerando 41 de Directiva 2011/83/UE.

11

Este plazo ha sido ampliado por la Ley 3/2014 de los 7 días a los 14. Además, con anterioridad esos 7 días eran hábiles o naturales, según los casos.

12

*Vid.* VÁZQUEZ-PASTOR JIMÉNEZ, L.: «Principales novedades que introduce la Ley 3/2014, de 27 de marzo, en el régimen jurídico de los contratos celebrados fuera del establecimiento», en *Indret* núm. 4/2014.

13

*Vid.* PINO 4/2014. ABAD, M. y SERRANO CAÑAS, J.M.: «La incorporación de la Directiva 2011/83/UE al Derecho español y su incidencia en la regulación de los contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles», en *Diario la Ley* núm. 8424/2014.

14

*Vid.* SÁNCHEZ GÓMEZ, A.: «Comentario al artículo 97», en AA.VV., R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*, Pamplona, 2015, pág. 1467.

15

PAGADOR LÓPEZ, J.: «El contrato de viaje combinado y el contrato de hospedaje», en AA.VV., L.M. MIRANDA SERRANO y J. PAGADOR LÓPEZ (coord.), *Derecho (privado) de los consumidores*, Madrid, 2012, pág. 345.

16

*Vid.* BELUCHE RINCÓN, I.: «La deficiente protección del consumidor de viajes de combinados», en *Diario la ley* núm. 7213/2009.

17

*Vid.* MÁRQUEZ LOBILLO, P.: «Contratación electrónica...», *ob. cit.*, pág. 154.

18

*Vid.* SAP de Barcelona de 1 de marzo de 2015.

19

Es este sentido querríamos destacar las siguientes sentencias en las que se interpreta el concepto de «fuerza mayor»:

SAP de Murcia de 7 de noviembre de 2012. En este supuesto el consumidor cancela un viaje contratado debido a una recaída de su mujer, quien padece una enfermedad grave y crónica diagnosticada con anterioridad a la contratación del viaje. Puesto que el requisito de la previsibilidad es esencial para apreciar la fuerza mayor, considerada según la actividad normal del hombre medio con relación a las circunstancias, en este caso, sin poner en duda que el viaje fue contratado con la ilusión de poder hacerlo y confiando en que la enfermedad de la esposa no lo impidiera, era perfectamente previsible que una recaída

les obligara a desistir del viaje. Por lo tanto, no estamos ante un supuesto de fuerza mayor que legitime al consumidor para exigir la total restitución de aquello que hubiera pagado por razón del viaje contratado.

SAP de León de 18 de septiembre de 2009: En este caso, la actora se ve obligada a cancelar un viaje que tenía contratado porque fue designada miembro de un tribunal de oposiciones, sin posibilidad de renuncia y sin que la interesada estuviera en modo alguno obligada a prever tal circunstancia, al tratarse de un hecho por completo ajeno a su voluntad. Además, la actora actuó desde el primer momento con la diligencia debida, pues comunicó de inmediato, en concreto al día siguiente de recibir la comunicación del órgano administrativo, a la agencia de viajes la existencia de dicho impedimento. Por ello, a partir de ese momento tenía derecho a dejar sin efecto los servicios contratados, así como a la devolución de la cantidad abonada en concepto de reserva.

SAP de León de 17 de junio de 2009. En este caso también se analiza un supuesto de enfermedad. La Sala considera que la súbita aparición de una enfermedad grave o su imprevisto agravamiento, ya sea en la persona del contratante o de un pariente suyo muy próximo, constituye fuerza mayor que legitima al consumidor para exigir la total restitución de aquello que hubiera pagado por razón del viaje contratado. En concreto, se plantea si el estado de coma en el que quedó sumida la hermana del actor fue previsible, en cuyo caso no se produciría fuerza mayor. Finalmente, se considera que no hay una falta de diligencia por parte de actor, pues aunque supieran de la enfermedad de su hermana y de la intervención quirúrgica programada, no podían prever racionalmente una situación de riesgo añadido para su salud.

20

*Vid.* SAP Madrid de 18 de junio de 2015. En esta sentencia se destaca que el legislador ha establecido unos porcentajes indemnizatorios en relación al precio total idénticos tanto para supuestos en que la responsabilidad de la resolución sea imputable al consumidor o usuario como a los que dicha resolución sea imputable al organizador (artículos 159 y 160 TRLGDCU).

21

*Vid.* S. Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Madrid de 23 de octubre de 2012.