

LA FACULTAD DE DESISTIR EN LOS CONTRATOS SOBRE CONTENIDOS DIGITALES.

- **Definición de contenidos digitales:** Según el art. 59 bis 1. i) TRLGDCU son “los datos producidos y suministrados en formato digital”, tales como aclara el considerando 19 de la Directiva 2011/83 programas, aplicaciones, juegos, música, vídeos...A su vez dichos contenidos digitales pueden procurarse con o sin soporte material. Un soporte material sería por ejemplo un CD o un DVD.
- **Regla general:** El actual régimen legal permite desistir de los contratos a distancia sobre contenidos digitales suministrados tanto con soporte material como sin él. No obstante, como veremos a continuación, las excepciones son tantas (sobre todo cuando se trata de contratos sobre contenidos digitales sin soporte material) que la regla general podría quedar desvirtuada. Y es que en el fondo el legislador es consciente de las enormes dificultades que plantea la plena restitución de las prestaciones en este tipo de contratos.
- **El desistimiento en los contratos sobre contenidos digitales con soporte material:** En estos casos el consumidor tiene un plazo para desistir de 14 días naturales contados a partir del día que el consumidor y usuario o un tercero por él indicado, distinto del transportista, adquiera la posesión material de los bienes solicitados (Art. 104 b TR). No obstante, desaparece el derecho de desistimiento al desprecintar después de la entrega el soporte que contiene las grabaciones sonoras o de vídeo precintadas o de programas informáticos precintados (103. i). Según este artículo, el derecho de desistimiento no será aplicable a los contratos que se refieran a: “El suministro de grabaciones sonoras o de vídeo precintadas o de programas informáticos precintados que hayan sido desprecintados por el consumidor y usuario después de la entrega”. Parece lógico, de lo contrario podría comprar una película, verla en mi casa y devolverla al día siguiente sin coste alguno. Puede ocurrir también que al desprecintarla y ponerla en el DVD la película no se vea correctamente, pero en estos casos lo que debe ejercitar el consumidor no es su derecho de

desistimiento sino la resolución contractual, ya que existe incumplimiento de la contraparte, que no ha suministrado el producto en perfectas condiciones (siempre que no haya sido fallo del aparato DVD, sino de la propia película)

En cuanto a los costes del desistimiento, según el art. 108.1 TRLGDCU, el consumidor solamente soportará los “costes directos de devolución”, salvo si el empresario aceptó asumirlos o no informó al consumidor de que le correspondía asumir dichos costes.

- **El desistimiento en los contratos sobre contenidos digitales sin soporte material:** dice parte de la doctrina que el régimen del derecho de desistimiento en estos casos se equipara al de servicios, pero esto solamente ocurre en cuanto al *dies a quo*, pero no en cuanto a las excepciones o a los costes de desistir si la prestación ha comenzado.

Excepciones: A lo primero que hay que hacer referencia es a lo dispuesto en el art. 103 m) TRLGDCU, según el cual el derecho de desistimiento no será aplicable a los contratos que se refieran a: “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”. En cuanto al fundamento de la exclusión parece que es claro: se pierde el derecho de desistimiento cuando comienza la ejecución porque, una vez comenzada, es imposible distinguir si el consumidor ha satisfecho su pretensión (pudo incluso copiar el contenido). Ahora bien, la ley hace mucho énfasis en que para que se produzca efectivamente dicha pérdida tienen que concurrir dos presupuestos más, aparte de que haya comenzado la ejecución: en primer lugar que la ejecución haya comenzado con el previo consentimiento expreso del consumidor, esto es, con una acción positiva y, en segundo lugar, que dicho consumidor sea plenamente consciente de que al comenzar la ejecución pierde su derecho de desistimiento. Como es lógico, esa consciencia solamente la adquiere si el empresario le ha informado correctamente de ello por lo que los deberes de información están plenamente

relacionados con el derecho de desistimiento. Por este motivo señala CÁMARA LAPUENTE al respecto que el derecho de desistimiento en estos casos es muy marginal, salvo en el caso de que el empresario no cumpla sus deberes informativos y formales.

En definitiva, si, como suele acontecer en la práctica, la conclusión del contrato coincide con la ejecución del mismo y el empresario ha cumplido correctamente sus deberes de información, el consumidor no tiene derecho de desistimiento; ahora bien, puede pasar que ambos momentos no coincidan. En estos casos, en el lapso de tiempo entre la conclusión del contrato y la ejecución del mismo, el consumidor tiene derecho a desistir (un máximo de 14 días naturales).

Problema práctico que se plantea si nos atenemos a la literalidad de la norma: A tenor del art. 103 m) TRLGDCU, cuando el suministro de contenido digital ha comenzado con el consentimiento reforzado del consumidor, éste pierde su derecho de desistimiento. Fundamento: el consumidor, una vez comenzada la ejecución, pudo ver satisfechas sus necesidades, pero ¿debe ser esta también la solución cuando se trata de prestaciones digitales periódicas? La ley engloba en la exclusión estos casos, pero no parece justo. Pensemos en los contratos de servicios de contenidos digitales de tracto continuo, por ejemplo, los servicios de televisión por cable. En estos casos el consumidor podría abonar solamente parte del servicio prestado.

Días a quo: los 14 días comienzan a contar a partir del día en el que se celebra el contrato, como ocurre en el contrato de servicios. Por tanto, como se ha dicho antes, solamente habrá posibilidad de desistir en el lapso de tiempo entre la celebración del contrato y la ejecución del mismo, pero un máximo de 14 días naturales.

Costes del desistimiento: El art. 108. 4 b) TRLGDCU señala al respecto lo que sigue: «el consumidor y usuario no asumirá ningún coste por: El suministro, en su totalidad o en parte, de contenido digital que no se preste en un soporte material, cuando: 1.º El consumidor y usuario no haya dado

expresamente su consentimiento previo a la ejecución antes de que finalice el periodo de 14 días naturales contemplado en el artículo 102; 2.º El consumidor y usuario no es consciente de que renuncia a su derecho de desistimiento al dar su consentimiento; o bien; 3.º El empresario no haya dado la confirmación con arreglo al artículo 98.7 o al artículo 99.2.

Leído el precepto, la pregunta que nos hacemos es la siguiente: ¿qué tiene que ocurrir para que el consumidor no tenga que asumir ningún coste por su ejercicio del derecho de desistimiento, esto es, que no tendrá que pagar nada por lo hasta ese momento recibido y disfrutado?

- a) Que el empresario no recabe el consentimiento expreso del consumidor a que se inicie la ejecución antes de que finalice el plazo de 14 días naturales contados desde la celebración del contrato.
- b) Que el empresario no recabe la declaración del consumidor en la que declara que es consciente de que pierde su derecho de desistimiento si comienza la ejecución del contrato
- c) Que el empresario no haya dado al consumidor la confirmación del contrato celebrado, en la que debe incluirse la información precontractual exigida por el art. 97 TRLGDCU. (por remisión del art. 98.7 TRLGDCU).

CONCLUSIÓN FINAL: parece que la finalidad que ha llevado al legislador a mantener el derecho de desistimiento para los contratos sobre contenidos digitales sin soporte material es reforzar los deberes formales y de información del empresario. Si los empresarios cumplen con tales deberes es casi imposible encontrar casos en los que el consumidor tenga derecho a desistir, a no ser, claro está, que el momento de celebración del contrato no coincida con el momento de la ejecución del mismo, lo que es inusual en la práctica.