

XI

EL DESISTIMIENTO UNILATERAL DEL CONTRATO

ANDRÉS DOMÍNGUEZ LUELMO
Catedrático de Derecho civil
Universidad de Valladolid

SUMARIO: 1. Planteamiento general.-2. La doctrina de los primeros comentaristas del Código.-3. El desistimiento unilateral: naturaleza jurídica.-4. El desistimiento unilateral en la jurisprudencia del Tribunal Supremo.-5. El desistimiento unilateral en la doctrina: tipos de desistimiento.-6. El derecho de desistimiento en los textos armonizadores.-7. Los supuestos de desistimiento unilateral admitidos legalmente. 7.1 Contratos por tiempo indeterminado. 7.2 Contratos de duración determinada. 7.3 Contratos basados en la confianza. 7.4 El desistimiento en los contratos con consumidores y usuarios.-8. Supuestos en que se puede admitir un desistimiento unilateral aunque la ley ni el negocio jurídico concedan una facultad semejante.-9. Ejercicio y efectos del desistimiento.-10. Bibliografía.

1. PLANTEAMIENTO GENERAL

Nuestro Código civil no contempla con carácter general la posibilidad de que una de las partes del contrato, o ambas, puedan poner fin a la relación obligatoria a través de un acto voluntario y libre que, en principio, no tiene que fundarse en ninguna causa especial. No obstante, como destaca Díez-Picazo (2008, p. 1086) sí que se recogen múltiples aplicaciones de este fenómeno: el art. 1594 CC permite al dueño de la obra «desistir» por su sola voluntad de la construcción de la obra contratada; dentro del contrato de sociedad, los

arts. 1700.4.º y 1705 CC admiten como causa de disolución de la sociedad la «voluntad o renuncia» de uno de los socios; el art. 1732.1.º y 2.º CC admite que se pueda extinguir el contrato de mandato en virtud de la revocación del mandante o la renuncia del mandatario. También los arts. 1775 y 1776 CC permiten en determinadas circunstancias poner fin a la relación derivada del contrato de depósito a instancias del depositante o el depositario; e igualmente el art. 1749 CC admite que el comodante pueda reclamar la restitución de la cosa aun antes de concluido el uso para el que la prestó.

Además de los supuestos en que legalmente viene reconocido este derecho de una manera expresa a una o ambas partes contratantes, el derecho de desistimiento se ha ido extendiendo por la jurisprudencia a otros contratos que no tienen una duración predeterminada por las partes. Fuera de estos casos, no se reconoce en relaciones obligatorias duraderas, con una duración determinada, salvo cuando se trata de una relación contractual *intuitu personae* o basada en la confianza, reconducible al contrato de mandato (arts. 1736 y 1737 CC), o en aquellos casos en que la relación contractual encaja o es reconducible a la sociedad civil (art. 1707 CC).

En todos estos supuestos, y otros en los que posteriormente nos vamos a detener, concurre una evidente imprecisión terminológica, utilizándose expresiones como desistimiento, revocación, renuncia, denuncia, etc., debidas a la falta de sistemática y a lo fragmentario de su regulación (Rodríguez Marín, 1991, pp. 53 y ss.).

2. LA DOCTRINA DE LOS PRIMEROS COMENTARISTAS DEL CÓDIGO

La posibilidad de desistir unilateralmente del contrato está ausente entre los primeros comentaristas del Código, porque no podían concebir que, una vez perfeccionado el contrato, cualquiera de las partes pudiera libremente desvincularse del mismo. Así, al analizar los arts. 1091, 1254 y 1258 CC, se pone el énfasis en el momento de perfección de contrato por el consentimiento, y en la obligación, a partir de entonces, de cumplir lo pactado y las demás consecuencias derivadas de la buena fe, el uso y la ley (Sánchez Román, 1899, pp. 234 y ss.; Manresa, 1901, pp. 565 y ss., y 584 y ss.; Mucius Scaevola, 1904, pp. 469 y ss., y 557 y ss.; Valverde, 1937, pp. 281 y ss.). Esta idea se refuerza con el art. 1256 CC, conforme al cual «la validez y el cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes», lo que se enlaza a menudo con la nulidad de las condiciones rigurosamente potestativas, que dependen exclusivamente de la voluntad del deudor (art. 1115 CC). Es

aquí donde de manera más clara se manifiesta la imposibilidad de admitir un desistimiento unilateral. Así, Manresa (1901, p. 577) destaca un doble fundamento del art. 1256 CC: «Uno, la fuerza obligatoria del contrato, proclamada también en el art. 1258; el otro está en la igualdad esencial de los contratantes, que impide quede uno sujeto al convenio y el otro libre de él, con lo cual en rigor sólo habría una voluntad expresada, un sujeto sometido y faltaría verdadero consentimiento». En parecido sentido, para Mucius Scaevola (1904, p. 510), siendo el contrato el concurso de dos voluntades, «es claro que, dado tal concepto jurídico, se impone dígalo o no la ley, la consecuencia de no ser lícito dejar el acuerdo común a la merced de uno de los interesados».

Resulta curioso constatar que, para estos autores, la posibilidad de «desistir» sólo se plantea en un momento anterior a la perfección del contrato, pero referida de manera individualizada a la oferta y la aceptación cuando se producen en momentos diferentes o entre personas distantes (art. 1262 CC). Así, Manresa (1901, pp. 598 y ss.) utiliza la expresión «desistimiento» para reconocer el derecho del oferente a retirar la oferta, y negárselo al aceptante, una vez aceptada la oferta. Sánchez Román (1899, p. 244) niega que el aceptante pueda retirar la aceptación una vez emitida porque «admitir este criterio equivale a consagrar como buena la teoría del arrepentimiento en los contratos, lo cual es un evidente absurdo». Y esta misma perspectiva se mantiene, desde la opinión contraria, por Mucius Scaevola (1904, p. 588): «El art. 1256 se refiere a la fase contractual y postcontractual, y el párrafo 2.º del art. 1262 a la precontractual. En nuestro modo de ver, la facultad revocatoria va implícita al criterio de no existir contrato sino desde el conocimiento de la aceptación».

Desde la perspectiva de admitir la posibilidad de desistimiento, este planteamiento supone enfocar el problema como una excepción a la obligatoriedad del contrato y al carácter vinculante del mismo. Ello tendría como consecuencia que tuviera que ser objeto de interpretación restrictiva, e incluso la negación de un posible pacto entre las partes. Por ello entre los primeros comentaristas se vincula el art. 1256 CC con la existencia de una condición puramente potestativa. Sin embargo, el propio Valverde (1937, p. 320) no sólo admite el mutuo disenso, en el que ve en cierto modo un contrato en sentido inverso del primero, sino que considera que «el contrato puede ser resuelto por voluntad unilateral también cuando de aquél resultara facultada una de las partes para pedir la terminación del mismo».

Como vamos a ver, la doctrina posterior, se ha visto sin duda influida por la admisión del desistimiento unilateral en algunos Códigos modernos (así, en el art. 1373 del CC italiano) y considera que el desistimiento se puede explicar como una causa de extinción de la relación obligatoria, sin necesidad de con-

siderar que la validez y el cumplimiento del contrato se está dejando al arbitrio de uno de los contratantes.

3. EL DESISTIMIENTO UNILATERAL: NATURALEZA JURÍDICA

En el desistimiento unilateral estamos ante una declaración de voluntad recepticia consistente en el ejercicio de un derecho potestativo que produce la extinción del contrato. Una de las partes contratantes, unilateralmente, incide en una relación jurídica bilateral provocando su extinción. Rodríguez Marín (1991, 174) lo define como «aquel acto por el cual una de las partes de la relación contractual pone fin al contrato antes del tiempo previsto, por causas que no tiene que justificar, sino comunicar dicha decisión a la otra u otras partes del contrato». Su naturaleza es, pues, la de los derechos potestativos (Rodríguez Marín, 1991, p. 200; Pasquau, 1997, p. 341; Klein, 1997, p. 15; Cimmino, 2000, p. 10). Como destaca Cañizares Laso (2017, p. 18), mientras que la condición potestativa hace nula la obligación cuando el cumplimiento de la condición dependa de la exclusiva voluntad del deudor, los derechos potestativos, de forma completamente distinta, facultan a una de las partes para constituir, modificar o extinguir una relación contractual mediante un acto unilateral.

La figura es diferente al mutuo disenso, cuya admisión ningún problema planteaba a los primeros comentaristas del Código, que lo explicaban como un consentimiento de común acuerdo entre las partes contrario al anteriormente pactado (Sánchez Román, 1899, p. 407; Valverde, 1937, p. 320). En la jurisprudencia no es infrecuente identificar el mutuo disenso con una resolución cruzada entre las partes, que deliberadamente incumplen sus prestaciones [SSTS 875/1999, de 25 octubre; 404/2002, de 6 mayo; 854/2008, de 26 septiembre; 868/2008, de 8 octubre; 605/2010, de 4 octubre (ECLI:ES:TS:2010:4789); 657/2013, de 22 octubre (ECLI:ES:TS:2013:5102)]. Sin embargo otras decisiones destacan la necesidad de diferenciar el mutuo disenso de la facultad resolutoria. Como se afirma en la STS 39/2015 de 16 febrero (ECLI:ES:TS:2015:1091) es necesario «un auténtico acuerdo de las partes y, por tanto, un nuevo negocio jurídico dirigido a dejar sin efecto una relación obligacional preexistente plenamente válida y eficaz» [en este mismo sentido, las SSTS 133/2015 de 23 marzo (ECLI:ES:TS:2015:1425); 434/2015 de 23 julio (ECLI:ES:TS:2015:3443); y 83/2016, de 19 febrero (ECLI:ES:TS:2016:802); y en la doctrina, Núñez Boluda, 1996, p. 42].

Nada de esto ocurre en el desistimiento unilateral, en el que la doctrina precisamente destaca su carácter extraordinario por permitir unilateralmente a

una de las partes la finalización del contrato, frente a la regla general de que, cuando no existe causa justificante, sólo cabe darlo por terminado si existe acuerdo entre las partes, es decir, a través del mutuo disenso (Klein, 1997, p. 157). No obstante, como ya he destacado, la posibilidad de desistimiento unilateral no viene reconocida con carácter general, sino referida a determinados contratos, en atención a su duración indefinida, a su fundamento en la confianza, o su carácter *intuitu personae*.

4. EL DESISTIMIENTO UNILATERAL EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

La jurisprudencia no ha tenido ocasión de establecer una doctrina general sobre el desistimiento unilateral del contrato, pero sí ha destacado en numerosas ocasiones que los supuestos en que este desistimiento se admite legalmente o por voluntad de las partes, nada tienen que ver con el contenido del art. 1256 CC. En este sentido, según la STS 29 de mayo de 1972: dejar «a la voluntad de uno de los contratantes desistir de una relación jurídica creada por el contrato, no significa dejar ni el cumplimiento ni la validez del contrato al arbitrio de uno de los contratantes, sino autorizarle para poner fin a una situación jurídica sin perjuicio del contrato» (se refería a una cláusula en la que la compradora se comprometía a habitar con la vendedora, prestándole asistencia y alimentos, salvo que ésta prescindiera de ese contenido voluntariamente: el TS considera que la recurrente no podía ser obligada a la convivencia y a percibir la asistencia y cuidados, sin que ello afectara a la eficacia del contrato).

En la STS de 14 de febrero de 1973, dentro de un contrato de distribución y venta en exclusiva de máquinas de coser, se considera válido el pacto de concederse mutuamente los contratantes la facultad de dar por terminada la vigencia del contrato, en cualquier momento, sin otro requisito que la notificación o preaviso en la forma convenida. El contratante que desiste alega la baja considerable en la venta de dicha máquinas por el actor. El TS destaca, además, que en este tipo de contratos es fundamental su carácter *intuitu personae*, por la repercusión que en el patrimonio de cada contratante pueda ocasionar la inactividad o falta de diligencia del otro. Por ello se considera que, «cuando el pacto en exclusiva se concierta sin fijación de un plazo, la propia práctica mercantil admite estos pactos de denuncia unilateral del contrato o de resolución *ad nutum*, con exención de resarcimiento de daños y perjuicios, que actúa como válvula de seguridad para compensarles del riesgo que mutuamente corren». Se concluye así que «no se ha infringido el mencionado art. 1256 CC, y

que el empleo de la denuncia unilateral del contrato, por parte de la recurrida, no implica el abuso en el ejercicio del derecho a que el motivo se contrae, por no darse éste cuando la persona a quien se atribuye no traspasó sus límites de la equidad y buena fe, sino que se redujo a ejercitar las acciones que estimó corresponderle».

La STS de 11 de febrero de 1984 se refiere también a un contrato atípico de concesión o venta en exclusiva, sin que se hubiese establecido un plazo de duración. En ella se afirma con claridad que el art. 1256 CC «no hace al caso presente en el que se trata, simplemente de decidir, no si la validez y cumplimiento de un contrato pueden quedarse al arbitrio de una de las partes, sino si el contrato de concesión en exclusiva, establecido sin límite temporal alguno, es revocable por la sola voluntad de uno de los contratantes, lo cual es, acertadamente, resuelto, en sentido positivo, por la sentencia de instancia, sin perjuicio, debe añadirse, de las consecuencias de todo orden, singularmente indemnizatorias, que podrían acompañar a la actuación de la parte que decidiese, abusivamente, la resolución del vínculo». Son muy numerosas las sentencias que siguen este mismo criterio para *contratos de distribución o concesión en exclusiva* [SSTS de 22 de marzo de 1988, 16 de septiembre de 1988, 16 de febrero de 1990, 24 de febrero de 1993 (recurso núm. 1942/1992), 27 de mayo de 1993 (recurso núm. 2778/1990), 23 de julio de 1993 (recurso núm. 2779/1990), 18 de diciembre de 1995 (recurso núm. 2792/1992), 25 de enero de 1996 (recurso núm. 1965/1992)]. Igualmente cabe citar las SSTS de 19 de diciembre de 1985 (*contrato atípico de exportaciones a determinado país*); 3 de julio de 1986 (*contrato de concesión mercantil*); 834/1996, de 22 octubre (recurso núm. 930/1993, *contrato de mediación de seguros*); 386/1997, de 12 de mayo (recurso núm. 1507/1993, *arrendamiento de servicios*); 237/2002, de 18 de marzo, 441/2004, de 20 de mayo; 1104/2008 de 13 noviembre (recurso núm. 80/2004, *contrato de comisión*); y 360/2009 de 25 mayo (ECLI:ES:TS:2009:3491, *contrato de mediación o corretaje*).

No hace al caso entrar en cada uno de los razonamientos de estas sentencias, porque lo que interesa destacar es que en todas ellas se considera que el desistimiento unilateral en contratos de duración indeterminada no supone dejar la validez y el cumplimiento del contrato al arbitrio de uno de los contratantes.

Aparte de lo anterior, en la misma jurisprudencia se pone de relieve que los supuestos que pueden justificar la concesión de un derecho de desistimiento unilateral obedecen a diferentes razones. En este sentido Rodríguez Marín (1991, pp. 195 y ss.) destaca la duración indeterminada del contrato, la interdicción de las obligaciones perpetuas, el elemento de la confianza, la excesiva onerosidad económica, la propia naturaleza del contrato o la prevalencia del

interés de uno de los contratantes. Parece claro que la terminación de una relación obligatoria por la libre iniciativa y voluntad de una de las partes no plantea problema cuando así lo han previsto éstas, o cuando es consecuencia de una concreta disposición legal. Lo problemático es decidir si cabe su generalización y aplicación a otros supuestos, es decir, si esas concretas disposiciones legales son excepciones contrarias a una regla general contraria a la posibilidad de admitir el desistimiento unilateral, o si de las mismas se puede deducir la existencia de un nexo común y encontrar un principio general aplicable a otros supuestos. Como destaca Díez-Picazo (2008, p. 1087), «el problema se plantea como una tensión entre dos fuerzas o reglas contrarias: por un lado aparece la idea de que la subsistencia y la ejecución de una obligación no puede nunca dejarse al arbitrio de una de las partes; por otro lado, se encuentra la exigencia de que una vinculación obligatoria no sea nunca indefinida, ni mucho menos perpetua y, además, que la relación sea un cauce de protección de los intereses de las partes».

5. EL DESISTIMIENTO UNILATERAL EN LA DOCTRINA: TIPOS DE DESISTIMIENTO

Los posicionamientos doctrinales en torno al derecho de desistimiento están en estrecha relación con la regulación de la figura en cada uno de los ordenamientos. De ahí la influencia que en España ha tenido la doctrina alemana e italiana (ampliamente, Klein, 1997, pp. 25 y ss.). En este sentido, la distinción entre desistimiento ordinario y extraordinario procede de la doctrina alemana. El primero se reserva para las relaciones contractuales duraderas que carecen de término final, y se caracteriza por no requerir para su ejercicio la alegación de una justa causa, aunque sí requiere un plazo de preaviso. El desistimiento extraordinario requiere la concurrencia de una circunstancia sobrevenida que impide la continuación del contrato, de manera que se puede ejercitar sin necesidad de preaviso (Cimmino, 2000, pp. 23 y ss.).

En la doctrina italiana ha sido tradicional diferenciar entre desistimiento *ad nutum* y desistimiento *con justa causa*, en función de que su ejercicio sea o no discrecional (Franzoni, 2013, pp. 331 y ss.). Ello permite incluir dentro de uno u otro tipo de desistimiento supuestos muy diversos, con independencia de que sea preciso o no el preaviso al otro contratante, de si estamos o no ante contratos de naturaleza duradera, o de si es preciso que exista o no una fijación del plazo de la relación contractual.

Trasladando esta distinción a nuestro derecho, el desistimiento *ad nutum* puede estar a disposición de ambas partes contratantes o de una sola de ellas, pero en cualquiera de los casos consiste en el ejercicio de este derecho sin necesidad de que concurra ningún otro presupuesto, aunque se exija el cumplimiento de determinados requisitos (v. gr., ponerlo en conocimiento del mandante en el inciso 1.º del art. 1736 CC). El desistimiento *con justa causa* se puede igualmente conceder a una o a ambas partes contratantes, pero es preciso que concurra el supuesto de hecho previsto legalmente para su ejercicio: la justa causa puede funcionar como un requisito de eficacia del desistimiento o como presupuesto para liberarse o no de la obligación de indemnizar el daño (inciso 2.º del art. 1736 CC). En cualquiera de los casos, con independencia de que se exija o no justa causa, es posible que la norma prevea el cumplimiento de determinadas obligaciones, como ocurre en el art. 1737 CC, que impone al mandatario el deber de continuar su gestión hasta que el mandante haya podido tomar las disposiciones necesarias. Este deber es independiente de que el mandatario renuncie justificadamente o no.

De ello se infiere, a mi juicio, que la distinción entre desistimiento *ad nutum* y con *justa causa* tiene una cierta dosis de artificialidad. Cuando se admite el desistimiento, éste es libre para la parte que puede disponer del mismo. Lo demás son diferentes presupuestos o requisitos que se exigen para que sea reconocido a una de las partes contratantes en función del tipo de contrato. Por ello, conviene hacer un recorrido por los supuestos en que se admite de una u otra manera la posibilidad de desistimiento unilateral, para averiguar si esa misma posibilidad se puede extender a otros supuestos.

6. EL DERECHO DE DESISTIMIENTO EN LOS TEXTOS ARMONIZADORES

Aunque sea de manera sucinta, conviene tener en cuenta el moderno enfoque del derecho de desistimiento que se recoge en algunos de los textos armonizadores. Los Principios de Derecho Europeo de los Contratos no contienen una regulación del derecho de desistimiento. En cambio el *Draft Common Frame of Reference* (en adelante DCFR) lo regula con carácter general en el Capítulo 5 del Libro II, estableciendo su art. II-5:101(1) «Las disposiciones de la presente Sección serán de aplicación cuando, en virtud de las reglas recogidas en los Libros II a IV, una parte tenga derecho a desistir de un contrato dentro de un plazo determinado». Esta regulación tiene su antecedente en los *Principles on the Existing EC Contract Law (Acquis Principles)*, formulados

en el seno del *Acquis Group* (Diéguez Oliva, 2009, pp. 8 y ss.). Aunque los supuestos específicos de desistimiento contenidos en el citado Capítulo 5 se refieren a contratos con consumidores, también se recoge de manera similar este derecho, con una regulación particular, referida a contratos diferentes (así, para el contrato de servicios, en el art. IV. C-2:111 DCFR).

La Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a una normativa común de compraventa europea (CESL), de 11 octubre 2011, incluye igualmente un tratamiento específico en sus arts. 40 y ss. sobre el derecho de desistimiento. Aunque este texto tenía como objeto principal el contrato de compraventa, también se extendía a los contratos de servicios relacionados, regulando en el art. 158 el derecho del cliente a rechazar la prestación del prestador del servicio. En cambio, en los Principios UNIDROIT se atribuye este derecho a cualquiera de las partes, pero sólo en los *contratos de tiempo indefinido*, notificándolo con razonable anticipación.

Por lo que se refiere a los trabajos realizados en el seno de la Comisión General de Codificación destacan los trabajos de las Secciones de Derecho Civil y de Derecho Mercantil. En la Sección de Derecho Civil cabe citar dos textos: a) La Propuesta para la Modernización del CC en materia de Derecho de Obligaciones y Contratos de 2009 (en adelante PMCC). No contempla un régimen general para el derecho de desistimiento, sino que éste se regula dentro del Capítulo II dedicado a la formación de los contratos, únicamente con relación a los contratos celebrados fuera de establecimiento mercantil (art. 1265), a los contratos a distancia (art. 1267.11), y en la contratación electrónica (art. 1268.1 último párrafo). No obstante, dentro de la regulación de las obligaciones a plazo, el art. 1121 prevé que las relaciones obligatorias de duración indefinida se extinguen «por su denuncia por cualquiera de las parte de buena fe» [Diéguez Oliva, 2009, pp. 19 y ss.]. b) Propuesta de regulación del contrato de servicios (arts. 1581 a 1592 CC) de 2011: el art. 1592 no sólo prevé la posibilidad de desistimiento de una manera similar al vigente art. 1594 CC, sino que se refiere a los servicios contratados por tiempo indefinido, remitiéndose expresamente al art. 1121 de la PMCC.

La Sección de Derecho Mercantil elaboró una Propuesta de Código Mercantil en 2013, que con algunas modificaciones se presentó en 2014 como Anteproyecto de Ley de Código Mercantil. En ambos textos, dentro de la regulación del contrato de prestación de servicios mercantiles, el art. 531-7 prevé que el ordenante pueda desistir unilateralmente y en cualquier momento del contrato aunque los servicios encargados ya hubieren empezado a prestarse, con obligación de resarcir a su contraparte de todos los gastos en que hubiera

incurrido, así como pagar el precio de los servicios ya realizados más un porcentaje razonable del precio de los pactados y no llegados a realizar.

En el seno de la Asociación de Profesores de Derecho Civil se ha elaborado un Propuesta de Código Civil, que regula un derecho de desistimiento en determinados contratos celebrados con consumidores, e igualmente dentro de la regulación del mandato. Pero además, dentro de las reglas aplicables a los contratos en general se regulan varias hipótesis de excepciones generales a la eficacia obligatoria del contrato, y se enuncia como regla general la facultad de desistimiento unilateral del comitente en los contratos con prestaciones de hacer.

7. LOS SUPUESTOS DE DESISTIMIENTO UNILATERAL ADMITIDOS LEGALMENTE

Dentro de la regulación del CC existen una serie de supuestos en que se reconoce la posibilidad de poner fin unilateralmente a una relación contractual, ya sea porque se trata de contratos basados en la confianza, o porque concurre una causa sobrevenida diferente al incumplimiento contractual. Así ocurre con el contrato de obra (art. 1594) el mandato (arts. 1733 a 1737), el comodato (art. 1749), el depósito (art. 1776) y la sociedad (art. 1707)

La posibilidad reconocida al dueño de la obra en el art. 1594 CC se ha considerado aplicable a todos los contratos de prestación de servicios (Morales Moreno, 2010, p. 59), entendiendo que el comitente o principal puede desistir por su propia voluntad de la ejecución del servicio, indemnizando al prestador todos sus gastos, trabajo y utilidad que pudiera obtener de ella (Macanás, 2020, pp. 643 y ss.).

El desistimiento regulado dentro del contrato de mandato se considera el paradigma al que se pueden reconducir otro tipo de contratos basados en la confianza o en un tipo de relación *intuitu personae*. En este sentido, la STS 1104/2008 de 13 noviembre (recurso núm. 80/2004), relativa a un contrato de comisión mercantil destaca que «facultad de desistimiento unilateral, que es excepcional en el marco de las relaciones contractuales de carácter bilateral, se explica por la naturaleza de esta figura negocial, basada en la recíproca confianza, y se convierte en regla cuando la relación negocial no tiene plazo definido de duración». En sentido parecido, según la STS 386/1997, de 12 mayo (recurso n.º 1507/1993), referida a un arrendamiento de servicios, este tipo de contratos «se rige por lo pactado entre los interesados y, en su defecto, por la normativa que contienen los arts. 1544 y 1583 y ss. del CC, predominando en la relación contractual el principio *intuitu personae*, sin determinación del

tiempo de vigencia, configurándose como un negocio consensual, oneroso, bilateral y conmutativo, cuyo objeto viene determinado por la específica actividad de peritación, remunerada en tanto y en cuanto se preste efectivamente el servicio, pues *puede resolverse por voluntad unilateral de cualquiera de las partes, al igual que ocurre con el mandato, la comisión mercantil y tantos otros análogos* (arts. 1594, 1732 y 1700 del CC)». Además, como destaca Carrasco Perera (2021, p. 12010, nota 11), aunque el art. 1586 CC ha quedado inoperativo, ello no le priva de valor ilustrativo como regla para otros casos.

Por otro lado, en relaciones duraderas, constituidas por tiempo determinado o indeterminado, no hay problema en admitir el derecho de desistimiento unilateral, *ad nutum* o con justa causa, cuando se pueden reconducir al tipo general de la sociedad civil (arts. 1705 y 1707 CC). En este sentido, la Ley 2/2007, de 15 de marzo, de sociedades profesionales (BOE n.º 65, de 16.3.2007) (en adelante LSP) dispone en su art. 13 que «los socios profesionales podrán separarse de la sociedad constituida por tiempo indefinido en cualquier momento». A ello se añade que «si la sociedad se ha constituido por tiempo determinado, los socios profesionales sólo podrán separarse, además de en los supuestos previstos en la legislación mercantil para la forma societaria de que se trate, en los supuestos previstos en el contrato social o cuando concorra justa causa».

Conviene, no obstante, hacer abstracción de la regulación concreta de estos tipos contractuales, e intentar extraer cuáles son las características esenciales de los mismos que permiten fundamentar la existencia de un derecho de desistimiento en estos casos. De esta manera podemos deducir la existencia de un nexo común y encontrar un principio general aplicable a otros supuestos. En este sentido, podemos agruparlos de la siguiente manera:

7.1 Contratos por tiempo indeterminado

Existe una serie de contratos, cuya duración contractual no está prefijada, en los que el legislador suele conceder la posibilidad de desistimiento unilateral, aunque la denominación que se utilice sea diferente. El fundamento de la posibilidad de desligarse del contrato es, en todos estos casos, la duración indefinida de la relación obligatoria que liga a las partes. Cabe así destacar: a) El art. 1700 CC permite extinguir la sociedad por voluntad de cualquiera de las socios con sujeción a lo dispuesto en los arts. 1705 a 1707, cuando no se ha señalado término para su duración, o no resulta éste de la naturaleza del negocio. b) En la misma línea el art. 13.1 LSP permite a los socios profesionales separarse de la sociedad constituida por tiempo indefinido en cualquier mo-

mento, ejercitando este derecho conforme a las exigencias de la buena fe. c) Dentro de la regulación del contrato de agencia, la Ley 12/1992, de 27 de mayo (BOE n.º 129, de 29.5.1992) (en adelante LCA), dispone en su art. 25 que el contrato de agencia de duración indefinida, se extinguirá por la denuncia unilateral de cualquiera de las partes mediante preaviso por escrito. d) El art. 1750 CC permite al comodante, si no se pactó la duración del comodato, reclamar la cosa a su voluntad. e) Dentro de la regulación de la comisión mercantil, y en particular de otras formas de mandato mercantil, el art. 302 CCom dispone que en los casos de que el empeño no tuviere tiempo señalado, cualquiera de las partes puede darlo por fenecido, preavisando a la otra con un mes de anticipación. f) El art. 1775 CC prevé que el depósito debe ser restituido al depositante cuando lo reclame, aunque en el contrato se haya fijado un plazo determinado para la devolución. En los supuestos del comodato y del depósito la reclamación no se limita a solicitar la restitución de la cosa, sino que estamos ante un acto concluyente que produce la extinción de la relación contractual (Klein, 1997, p. 99). Ello se produce en el depósito incluso antes de que haya transcurrido el plazo contractualmente pactado, lo que se explica por el principio de utilidad del depositante, que se aprecia más fácilmente en los casos de depósito gratuito.

Como se puede ver, en todos estos casos la onerosidad del contrato no afecta a la posibilidad de ejercicio unilateral del desistimiento. El fundamento de la posibilidad de desistir se encuentra en la duración indefinida de la relación obligatoria. Por ello en este tipo de contratos la jurisprudencia admite con mayor facilidad la posibilidad de desistimiento, sin que ello suponga dejar la validez y el cumplimiento del contrato al arbitrio de uno de los contratantes.

7.2 Contratos de duración determinada

En principio, cuando un contrato está sometido a una duración determinada, prevista por las partes, pretender desistir del contrato antes de la llegada del término debe ser considerado como un incumplimiento. Así, el art. 1579.1.^a CC contempla como causa de extinción la expiración del término convencional o el que se fija para la duración de los arrendamientos en los arts. 1577 y 1581 (lo mismo determina para el contrato de agencia, convenido por tiempo determinado, el art. 24.1 LCA). No obstante, el legislador prevé en ocasiones que una de las partes contratantes pueda desvincularse del contrato antes de la llegada del término. Esta posibilidad, con diferente fundamento, está presente en la normativa especial sobre arrendamientos. En estos casos, ya que no exis-

te el peligro de una vinculación perpetua, el desistimiento unilateral sólo debe admitirse cuando la ley expresamente lo reconozca. La Ley 49/2003, de 26 de noviembre, de Arrendamientos Rústicos (BOE n.º 284, de 27.11.2003) (en adelante LAR), trata como causa de extinción la expiración del término convencional o legal y de la prórroga, en su caso. Pero su art. 24.d) se refiere también al «desistimiento unilateral del arrendatario, al término del año agrícola, notificándose al arrendador con un año de antelación». Aunque el contrato tenga una duración mínima de cinco años (art. 12), dicho plazo se establece en beneficio del arrendatario, que dispone de la posibilidad de desistir *ad nutum*, sin necesidad de justificar los motivos ni de que concurra ninguna causa especial (aunque debe comunicarlo al arrendador con la antelación de un año).

La Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos (BOE n.º 282, de 25.11.1994) (en adelante, LAU) regula un tipo de desistimiento parecido en su art. 11. Tras la reforma operada en este precepto por la Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas (BOE n.º 134, de 5.6.2013), con independencia de que haya transcurrido o no el plazo mínimo legal de cinco o siete años (art. 9 LAU), el arrendatario puede desistir libremente del contrato, una vez que hayan transcurrido al menos seis meses, siempre que se lo comunique al arrendador con una antelación mínima de treinta días. El art. 11 LAU establece igualmente que las partes pueden pactar en el contrato que, para el caso de desistimiento, el arrendatario debe indemnizar al arrendador con una cantidad equivalente a una mensualidad de la renta en vigor por cada año del contrato que reste por cumplir. Esta parte del precepto debe interpretarse a la luz de la jurisprudencia surgida en torno al art. 56 LAU/1964 (que permitía al arrendador reclamar como indemnización todas las rentas hasta la finalización del período pactado). Lo que ahora se establece es que las partes no pueden pactar una indemnización mayor, impidiendo que se fije en una cantidad equivalente a la renta del todo el período convenido que reste por cumplir.

En definitiva, a diferencia de lo que ocurre en el art. 1594 CC, o en el art. 14.6.º del Texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril), el ejercicio del derecho de desistimiento del arrendatario no está sujeto a la carga de la plena indemnidad al arrendador, que le obligaría a satisfacer incluso el lucro cesante que hubiera obtenido de no producirse el desistimiento (Carrasco, 2014, p. 387). La LAU contempla otras posibilidades diferentes de desistimiento del arrendatario: cuando el arrendador pretenda realizar obras de mejora cuya ejecución no pueda razonablemente diferirse hasta la conclusión del arrendamiento, salvo que las obras no afecten o afecten de modo irrelevante a la vivienda arrendada (art. 22 LAU); y

cuando se ejecuten en la vivienda arrendada obras de conservación u obras acordadas por una autoridad competente, que la hagan inhabitable (art. 26 LAU). En cualquiera de los casos, el ejercicio del desistimiento por el arrendatario no es *ad nutum*, sino que queda sujeto a que las obras afecten de modo relevante a la vivienda arrendada, de modo que la hagan inhabitable para el uso convenido.

Es diferente el desistimiento *ad nutum* del arrendatario (que es una causa de extinción del contrato que se produce antes de que transcurra el tiempo previsto por la ley o por las partes) de la posibilidad que tiene el arrendador persona física de oponerse a las posibles prórrogas legales y recuperar la posesión de la finca cuando se cumplen determinados requisitos (art. 9.3 LAU). En este caso no estamos ante una causa de extinción del contrato, sino ante una declaración de voluntad dirigida a evitar que se produzca la prórroga obligatoria del contrato. Se requiere para ello que se hubiera hecho constar, en el momento de celebración del contrato, la necesidad para el arrendador de ocupar la vivienda arrendada antes del transcurso de cinco años para destinarla a vivienda permanente para sí o sus familiares o su cónyuge. El contrato en estos casos termina, pues, en el término inicialmente previsto.

7.3 Contratos basados en la confianza

Al margen de su duración, en los contratos basados en la confianza entre las partes, el deterioro o pérdida de esa confianza puede justificar la concesión de un derecho de desistimiento. Los supuestos pueden ser aquí bastante heterogéneos. Así, en el contrato de mandato se admiten dos tipos de desistimiento: la «revocación» que se reconoce al mandante (arts. 1732.1.º y 1733 CC), y la «renuncia» que corresponde al mandatario (arts. 1732.2.º y 1736 CC). Pero realmente la confianza o el carácter *intuitu personae* del contrato sólo justifica el desistimiento reconocido al mandante (Crespo Allué, 1984, p. 150). Además, en otras figuras dentro de la contratación mercantil, como ocurre con el contrato de agencia, la elección del agente se apoya, más que en las cualidades personales y profesionales del agente (*intuitu personae*) en la confianza que transmite su organización (*intuitu instrumenti*). Este fundamento en la confianza es más discutible en el desistimiento que reconoce al dueño de la obra el art. 1594 CC, que requiere mantener al contratista en situación de plena indemnidad, y que se considera el paradigma aplicable a los contratos de prestación de servicios hasta donde alcance la identidad de razón (Morales Moreno, 2010, p. 59), aunque este enfoque es discutido (Macanás, 2020, p. 643 y

nota 15), acaso porque se identifica la duración indefinida de un contrato con su base en la confianza. Al margen de la concreta regulación legal, sí parece que la pérdida de la confianza en este tipo de contratos justifica la atribución de un derecho de desistimiento, y es precisamente en ellos donde se incide más en la necesidad de que concurra buena fe.

7.4 El desistimiento en los contratos con consumidores y usuarios

En la normativa sobre consumo, el desistimiento es precisamente una de las técnicas utilizadas por el legislador para proteger los derechos de los consumidores. Conviene aclarar que no estamos ante un derecho que se reconozca al consumidor en cualquiera de los contratos de consumo, tal y como vienen definidos en el art. 59 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (BOE n.º 287, de 30.11.2007) (en adelante TRLGDCU). Que este texto legal recoja el régimen común del derecho de desistimiento en sus arts. 68 y ss. no debe conducir a la equivocada consideración de que toda persona física o jurídica que, actuando en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional con fines privados, celebra contratos de bienes y servicios como destinatario final, va a disponer de la facultad de dejar sin efecto el negocio realizado (Beluche Rincón, *El derecho*, p. 39; Busto Lago *et al.*, 2020, p. 262). En realidad sólo cabe el desistimiento en los casos expresamente reconocidos en la ley, especialmente en los siguientes: A) Contratos celebrados a distancia y contratos celebrados fuera del establecimiento mercantil [arts. 92 y 102-108 TRLGDCU]. B) Los contratos de venta a plazos de bienes muebles [art. 9 de la Ley 28/1998, de 13 de julio]. C) Contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico [art. 12 de la Ley 4/2012, de 6 de julio]. D) Contratos de comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores [art. 10 de la Ley 22/2007, de 11 de julio]. E) Contratos con consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito (arts. 20 y 21 de la Ley 2/2009, de 31 de marzo). F) Contratación de viajes combinados (art. 160 TRLGDCU).

Conviene poner de relieve que el hecho de celebrar el contrato a distancia, aunque la posibilidad de desistimiento venga regulada en otro texto legal al margen de la normativa sobre consumidores, puede suponer la aplicación del derecho de desistimiento contemplado en el TRLGDCU. Así se destaca en la STS 203/2021, de 14 abril (ECLI:ES:TS:2021:1346) relativa a un contrato

de obra celebrado a distancia. Aunque el desistimiento tiene una regulación específica en el art. 1594 CC, el TS considera que prevalece la especialidad derivada del modo de contratación a distancia. Teniendo en cuenta lo dispuesto en el art. 92.1 TRLGDCU, entiende el tribunal que si el contrato que ligaba a las partes se celebró sin la presencia física simultánea de los contratantes, en el marco de un sistema de prestación de servicios organizado por un empresario, mediante una comunicación vía internet (correo electrónico y utilización de formularios alojados en la página web del empresario) y no está incluido en el listado de exclusiones del art. 93, debe concluirse que el contrato es un contrato a distancia con consumidores y se rige por los arts. 92 a 113 TRLGDCU. En definitiva, para el TS la «obra» contratada se considera un «servicio» a efectos de la aplicación de esta normativa. De hecho, el Considerando 26 de la Directiva 2011/83/UE, de 25 de octubre, sobre derechos de los consumidores, destaca expresamente que se incluyen en su ámbito de aplicación los contratos que no supongan una transformación «sustancial» de edificios.

Algunos autores consideran que el derecho de desistimiento reconocido al consumidor es una institución diferente y con un fundamento diverso del desistimiento previsto para otro tipo de contratos (Beluche, 2009, p. 28). Esta postura se justifica porque sólo se reconoce al consumidor, por tener como finalidad proteger la posición más débil de éste y la libre formación de su consentimiento, por ser de ejercicio gratuito y por tener efectos *ex tunc* desde el momento de celebración del contrato. Sin embargo, la mayoría de la doctrina considera que estamos ante un mismo derecho de desistimiento, que encaja con la figura clásica del desistimiento unilateral en materia de contratos (García Vicente, 1997, pp. 140 y ss.; Klein, 1997, p. 312; Pasquau Liaño, 1997, p. 341; Álvarez Moreno, 2000, p. 22; Sola Teyssiere, 2002, p. 510). Creo que el dato de que solo se reconozca este derecho al consumidor, su ejercicio gratuito, el momento desde el que el desistimiento produce efectos, o incluso su carácter imperativo, forman parte del régimen jurídico aplicable a este concreto supuesto de desistimiento unilateral. Pero ello no debe hacernos perder la perspectiva general de que estamos ante un mismo derecho de desistimiento unilateral, que admite diversas modalidades, cada una con un régimen jurídico que puede ser diferente, pero que en todo caso supone que uno de los contratantes puede poner fin discrecionalmente a la relación obligatoria. En este caso, parece claro que un derecho de desistimiento unilateral a favor del empresario no tendría validez (arts. 85.3 y 4, y 87.3 TRLGDCU), pero sí sería posible el pacto que autorizara tanto al empresario como al consumidor para desistir del contrato discrecionalmente (art. 87.3 TRLGDCU).

Aparte de lo anterior, desde que se introdujo el derecho de desistimiento a través de la Directiva 85/577/CEE del Consejo, de 20 de diciembre de 1985, sobre protección de los consumidores en el caso de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales (desarrollada inicialmente por la actualmente derogada Ley 26/1991, de 21 de noviembre), se produjo un debate doctrinal a torno a si su ejercicio afectaba a un contrato ya perfeccionado, provocando su extinción, o si por el contrario el contrato no quedaba perfeccionado hasta que transcurría el plazo previsto para el desistimiento, que vendría a funcionar como un período de reflexión. Esta segunda manera de enfocar las cosas se puede considerar hoy minoritaria (defendida por Fernández-Albor, 1993, pp. 589 y ss.; Vergez Sánchez, 1995, pp. 4030 y ss.; Llobet i Agudo, «El período», pp. 153 y ss.), entendiendo la generalidad de la doctrina que el desistimiento opera sobre un contrato ya perfeccionado (entre otros muchos, Klein, 1997, pp. 280 y ss.; Clemente Meoro, 2006, p. 175; Beluche, 2009, p. 50; Domínguez Luelmo, 2011, pp. 618 y ss.; Noval Lamas, 2018, p. 142).

En realidad, los contratos en que se admite el derecho de desistimiento del consumidor generan obligaciones para ambas partes a partir del momento en que se produce el acuerdo de voluntades, sin que el reconocimiento del derecho a desistir pueda alterar la consideración de contrato ya perfeccionado. Intentar obviar la cuestión de la naturaleza del desistimiento, sobre la base de considerar no perfeccionado el contrato hasta que transcurre el plazo correspondiente sin desistir, sólo supone trasladar el problema de las relaciones entre las partes a otro momento temporal, y no aclara correctamente la entrega de la cosa o prestación del servicio por parte del empresario, ni el eventual pago que pueda efectuar el consumidor en un momento anterior. La regulación que se recoge en el TRLGDCU abona esta interpretación: el art. 68.1 habla de «dejar sin efecto el contrato celebrado»; y el art. 74 se refiere a la necesidad de que las partes se restituyan recíprocamente las prestaciones y se remite a los arts. 1303 y 1308 CC.

El plazo para el ejercicio del derecho de desistimiento es variable en función de que empresario haya cumplido o no con el deber de información y documentación establecidos legalmente (art. 71 TRLGDCU). Si ha cumplido con dicho deber, el plazo es de catorce días naturales, computados desde la recepción del bien objeto del contrato o desde la celebración de éste si el objeto del contrato fue la prestación de servicios. En los contratos a distancia y fuera del establecimiento mercantil, el plazo de catorce días se amplía a treinta días naturales cuando se han celebrado en el contexto de visitas no solicitadas efectuadas por el empresario en el domicilio del consumidor o usuario, o de excursiones organizadas por el empresario con el objetivo o efecto de pro-

mocionar o vender bienes o servicios (art. 102.1 TRLGDCU). En caso contrario, es decir, cuando no se ha cumplido con el deber información y documentación, el plazo es de doce meses (arts. 71.3 y 105.1 TRLGDCU.. Aunque se ha querido identificar este segundo supuesto con una resolución del contrato, estamos ante el mismo derecho de desistimiento, ejercitable durante un plazo mayor en función del incumplimiento, no de la prestación del empresario, sino de su deber de información. No obstante, además de la ampliación del plazo para desistir, dicho incumplimiento puede acarrear consecuencias más desfavorables para el empresario. La imposibilidad de devolver la prestación por parte del consumidor no le privan del ejercicio del derecho de desistimiento, pero cuando la imposibilidad de devolución le sea imputable (con arreglo a un criterio de diligencia media: la del buen padre de familia de los arts. 1094 y 1104 CC), aquél responde del valor de mercado que hubiera tenido la prestación en el momento del ejercicio del derecho de desistimiento. No obstante, cuando no se ha informado de la existencia del derecho de desistimiento, la imposibilidad de devolución sólo será imputable al consumidor cuando éste hubiera omitido la diligencia que le es exigible en sus propios asuntos (Domínguez Luelmo, 2012, p. 232).

El desistimiento de los consumidores desde luego tiene perfiles propios, y la cuestión se puede reconducir a la discusión dogmática sobre las ventajas e inconvenientes de incorporar o no al Código civil la normativa sobre consumo. El caso de Alemania sirve para valorar las consecuencias que ha tenido su incorporación al BGB, tras el esfuerzo realizado por el legislador para armonizar el Derecho de contratos general y el relativo a los consumidores. Ebers (2017, pp. 158 y ss.) destaca los numerosos problemas que esta técnica ha provocado (es muy gráfico el símil que utiliza, comparando la incorporación de la Directiva 1999/44 con un «caballo de Troya» dentro del Código), analizando cómo se integraron las Directivas sobre consumo en el BGB, y cómo se fusionaron con el Derecho de Contratos codificado; e igualmente destacando el papel que ha tenido el Tribunal Supremo alemán en la «descodificación» de algunas materias, por la negativa de los tribunales alemanes a interpretar el BGB en la misma línea que las sentencias del TJUE.

En mi opinión, creo que es mejor regular el Derecho de Consumo al margen del Código civil, formando un Código de Consumo o un Texto Refundido como cuerpo separado. Como destaca el propio Ebers (2017, pp. 163 y ss.), uno de los principales problemas que se ha tenido que afrontar en Alemania es que, al compás de los cambios que exige la aprobación de nuevas Directivas, cualquier cambio en el BGB afecta al resto del sistema y a los principios que lo inspiran. A ello añade que el TJUE puede imponer una interpretación in-

compatible con el desarrollo de que haya sido objeto la materia en el Derecho interno [como ocurrió en el caso *Heininger*, resuelto por la STJUE de 13 de diciembre de 2001 (asunto C-481/99, ECLI:EU:C:2001:684)]. E igualmente se muestra crítico con la técnica de las Directivas de armonización plena, que no dejan ningún margen de maniobra al legislador, lo que impide a éste mantener la coherencia del sistema para ajustarlo a los principios generales, y provoca la aparición de microsistemas dentro del Código.

8. SUPUESTOS EN QUE SE PUEDE ADMITIR UN DESISTIMIENTO UNILATERAL AUNQUE LA LEY NI EL NEGOCIO JURÍDICO CONCEDAN UNA FACULTAD SEMEJANTE

Llegados a este punto, podemos ya afirmar que, para admitir el libre ejercicio del desistimiento en un contrato en el que ni la ley ni las partes han previsto esta posibilidad, cabe inducir las características que debe reunir ese contrato de los diversos supuestos contemplados en la ley y de la jurisprudencia recaída sobre la materia:

1.º Relaciones obligatorias duraderas en las que no se haya pactado una duración predeterminada. Los supuestos recogidos en la jurisprudencia citada son muy numerosos, amparándose en la regulación legal prevista para la sociedad civil o el contrato de agencia. No cabe, en cambio, en las relaciones con una prestación única, aunque se fragmente en varias sucesivas, como ocurre con la compraventa a plazos. En las relaciones jurídicas de tracto único sólo se puede admitir excepcionalmente con un régimen específico, cuando así se haya previsto, como ocurre con la compraventa con facultad de desistimiento derivada del pacto de arras penitenciales [art. 1454 CC, y SSTs 507/2018, de 20 septiembre (ECLI:ES:TS:2018:3182) y 583/2018, de 17 octubre (ECLI:ES:TS:2018:3513)].

2.º Relaciones obligatorias en las que no se haya previsto un plazo de duración temporal, de manera que su duración pueda considerarse indefinida. Está claro que un contrato puede tener una duración indefinida, pero no cabe una vinculación perpetua. En tales casos, Díez-Picazo (2008, pp. 366 y ss.) propone tres alternativas: realizar una interpretación integradora del contrato, aplicar la solución del art. 1128 CC, y permitir a las partes la posibilidad de liberarse través del desistimiento, que encontraría su fundamento «en la idea de la imposibilidad de mantener indefinidamente vinculadas a las partes y, además, en el hecho de que constituye una regla muy extendida en todas aque-

llas relaciones obligatorias que suponen una vinculación indefinida». Para este autor, no obstante, el ejercicio de esta facultad debe estar condicionado por las exigencias de la buena fe y los usos de los negocios (art. 1258 CC), que deben impedir el desistimiento antes de que transcurra el tiempo mínimo necesario para que la relación produzca los efectos que le son propios, y que pueden imponer la necesidad de un preaviso, con un margen de tiempo razonable previo a que el desistimiento produzca efectos.

La STS de 14 de marzo de 1986 ya marcó la diferencia entre contrato indefinido y vínculo perpetuo. La STS 672/2016, de 16 noviembre (ECLI:ES:TS:2016:5103) dispone que «la atribución del desistimiento *ad nutum*, contemplada incluso legalmente en algunos supuestos, trae causa de la prohibición de que una vinculación obligatoria sea indefinida o perpetua (art. 1583 CC), en aras, en última instancia, según autorizada doctrina, de la necesaria protección de la libertad individual». Y reiterando la doctrina de la STS 870/1997, de 9 octubre (recurso n.º 2494/1993) afirma que «asiste a los contratantes facultad de liberación, mediante su receso, producido por la resolución unilateral, condicionada dentro de los parámetros de la buena fe, ya que las partes no deben permanecer indefinidamente vinculadas».

3.º Relaciones obligatorias basadas en la confianza entre las partes contratantes, con un fuerte componente de su carácter *intuitu personae* o *intuitu instrumenti*. El desistimiento puede reconocerse incluso en contratos de duración determinada, como ocurre con el mandato (art. 1733 CC, o la comisión mercantil (arts. 279 CCom y 541-14 ACM).

4.º Contratos de prestación de servicios o cuyo objeto directo consista en prestaciones de hacer. En su caso, la posibilidad de desistimiento sólo debe reconocerse al principal, con efectos *ex nunc*, y manteniendo la indemnidad del prestador del servicio que sufre la extinción contractual al margen de su voluntad.

9. EJERCICIO Y EFECTOS DEL DESISTIMIENTO

Para terminar, procede hacer una reflexiones sobre el ejercicio y efectos del desistimiento, pensando en una regulación general de este derecho, que luego puede tener sus especialidades en cada tipo de contratos. El ejercicio del desistimiento requiere en todo caso una declaración de voluntad dirigida a la otra parte contratante, de carácter recepticio. No se exige justificación en su ejercicio, lo que no debe confundirse con la necesidad de que se cumplan determinados presupuestos, para el reconocimiento de la posibilidad de desistir en algunos casos.

Por regla general, el ejercicio del desistimiento no requiere de una forma especial, pero puede someterse al cumplimiento de ciertas formalidades en función de las circunstancias, o a que se ejercite dentro de un determinado plazo (desistimiento de los consumidores). Salvo en los casos en que el ejercicio del derecho de desistimiento sea enteramente libre, con carácter general la declaración de desistir debe ser realizada de buena fe (Díez-Picazo, 2008, p. 1088; Klein, 1997, p. 160; Cimmino, 2000, pp. 28 y 64 y ss.; Franzoni, 2013, p. 332). Así aparece reflejado en los arts. 1705 y 1706 CC dentro del contrato de sociedad, y en el art. 13 LSP para las sociedades profesionales. La exigencia de buena fe puede implicar la necesidad de un preaviso como ocurre en los contratos duraderos, especialmente por tiempo indefinido [art. 24.d) LAR, art. 11 LAU y art. 25 LCA]. Sin embargo, no siempre la buena fe exigirá dicho preaviso. Como destaca Carrasco (2021, pp. 589 y ss.) el preaviso «sólo será preciso en los contratos en que sea razonable esperar que la parte adversa haya incurrido en gastos para cuya amortización requiera un tiempo, o que debe buscar una ocupación alternativa a los activos liberados por el desistimiento».

Por ello, la buena fe puede igualmente imponer la necesidad de que la relación contractual se prolongue durante un tiempo razonable para permitir que la otra parte adopte las medidas necesarias para cubrir la necesidad que le provoca la extinción del vínculo obligatorio, y evitar los perjuicios que se le pueden producir (art. 1737 CC). Según Díez-Picazo (2008, p. 1088) la contravención de la buena fe no impide la extinción de la relación obligatoria, y genera únicamente el deber del resarcimiento de daños y perjuicios (v. gr., por no respetar el plazo de preaviso, que se concretaría en el pago de las retribuciones por el tiempo de preaviso no respetado). Sin embargo, ello no es admisible en los casos en que el plazo de preaviso tenga la consideración de requisito para reconocer precisamente la posibilidad de desistir [art. 24.d) LAR, art. 11 LAU].

Con carácter general, de manera especial en el caso de relaciones obligatorias duraderas, los efectos del desistimiento no deben ser retroactivos. Los efectos se producen *ex nunc*, por lo que las prestaciones ya ejecutadas y las atribuciones patrimoniales realizadas como consecuencia de las mismas quedan consolidadas (Díez-Picazo, 2008, p. 1088).

Finalmente, el ejercicio de derecho de desistimiento no legitima para reclamar daños y perjuicios. No obstante, es posible que, dependiendo de los casos, la ley imponga el pago de determinadas cantidades por dicho ejercicio, lo que en puridad no debe considerarse como un resarcimiento de daños derivados del incumplimiento (Carrasco, 2021, p. 1209). Así, ocurre en el desistimiento con arras penitenciales (art. 1454 CC). En el caso del art. 1594 CC el dueño de la obra debe indemnizar al contratista «de todos sus gastos, trabajo y utilidad que

podiera obtener de ella»; pero en todo caso, como se afirma en la STS 679/2005, de 29 septiembre (recurso n.º 1025/1999), «sin que para su cuantificación puedan tenerse en cuenta circunstancias relativas al cumplimiento o incumplimiento por los contratantes de sus obligaciones, susceptibles de ser invocadas al amparo del art. 1124 CC, o relativas a los móviles que impulsaron al comitente a desistir de la prosecución de la obra». En el caso del art. 11 LAU, el arrendatario que desiste debe indemnizar al arrendador con una cantidad equivalente a una mensualidad de la renta en vigor por cada año del contrato que reste por cumplir. Pero como ya destacué, el arrendatario no tiene aquí ni siquiera la carga de la plena indemnidad al arrendador, al no estar obligado a satisfacer el lucro cesante que el arrendador hubiera obtenido de no haberse producido el desistimiento.

Para el contrato de agencia, el art. 29 LCA dispone que el empresario que desiste en un contrato de duración indefinida está obligado a indemnizar los daños y perjuicios que, en su caso, la extinción anticipada haya causado al agente, siempre que la misma no permita la amortización de los gastos que el agente, instruido por el empresario, haya realizado para la ejecución del contrato. Conviene, no obstante, dejar claro que dicha indemnización está desvinculada de un hipotético incumplimiento contractual, para evitar el error en que incurren las SSTS 991/2007, de 28 septiembre (recurso n.º 4137/2000), y 57/2009, de 13 febrero (recurso n.º 2200/2003), confundiendo los efectos del desistimiento y del incumplimiento contractual, al considerar compatible el art. 1101 CC con el contenido del art. 29 LCA.

10. BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ MORENO, M. T., *El desistimiento unilateral en los contratos con condiciones generales*, Edersa, Madrid, 2000.
- BELUCHE RINCÓN, I., *El derecho de desistimiento del consumidor*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.
- BUSTO LAGO, J. M. (coord.) –Álvarez Lata, N., Peña López, F., *Reclamaciones de consumo. Materiales para la construcción de un Tratado de Derecho de consumo*, 4.ª ed., Thomson Reuters – Aranzadi, 2020.
- CAÑIZARES LASO, A., «Condición potestativa, cumplimiento del contrato al arbitrio de una de las partes y derechos potestativos», *InDret*, 4/2017, pp. 1-29 (<https://www.raco.cat/index.php/InDret/article/view/332577/423356>).
- CARRASCO PERERA, Á., «Comentario al art. 11», en Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (Coord.), *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, 6.ª ed., Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2013, pp. 383-399.
- *Derecho de contratos*, 3.ª ed., Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2021.

- CIMMINO, N. A., *Il recesso unilaterale dal contratto*, Cedam, Padova, 2000.
- CLEMENTE MEORO, M., «El ejercicio del derecho de desistimiento en los contratos a distancia», *RDPtr*, núm. 16, 2006, pp. 163-184.
- CRESPO ALLUÉ, F., *La revocación del mandato*, Montecorvo, Madrid, 1984.
- DIÉGUEZ OLIVA, R., «El derecho de desistimiento en el marco común de referencia», *InDret*, 2/2009, pp. 1-22 (https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/630_es.pdf).
- DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, II, *Las relaciones obligatorias*, 6.ª ed., Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2008.
- DOMÍNGUEZ LUELMO, A., «Comentario a los arts. 68 a 79», en Cámara Lapuente, S. (Dir.), *Comentarios a las normas de protección de los consumidores*, Colex, Madrid, 2011, pp. 615-695.
- «Derecho de desistimiento», en Cámara Lapuente, S. (Dir.), *La revisión de las normas europeas y nacionales de protección de consumidores*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2012, pp. 209-236.
- EBERS, M., «German consumer law 15 years after the «recodification»», Gramunt Fombuena, M., Florensa i Tomàs, C. A. (Dir.), *Codificación y reequilibrio de la asimetría negocial*, Dykinson, Madrid, 2017, pp. 151-174.
- FERNÁNDEZ-ALBOR BALTAR, Á., «El derecho de revocación del consumidor en los contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles: algunos problemas derivados de la Ley 26/1991», *Rev. Der. Mercantil*, núm. 208, 1993, pp. 589-614.
- FRANZONI, M., *Degli effetti del contratto*, Vol. I, *Efficacia del contratto e recesso unilaterale*, en Busnelli, F. (Dir.), *Il Codice civile. Commentario (arts. 1372-1373)*, Giuffrè, Milano, 2013.
- GARCÍA VICENTE, J. R., *Ley de contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles: el derecho de revocación*, Aranzadi, Pamplona, 1997.
- KLEIN, Michel, *El desistimiento unilateral del contrato*, Civitas, Madrid, 1997.
- LLOBET AGUADO, J., «El período de reflexión y la facultad de retractación. Algunas reflexiones en torno a la Ley 26/1991, de 21 de noviembre, sobre protección de los consumidores en el caso de contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles», *Revista General de Derecho*, núm. 604-605, 1995, pp. 143-159.
- MACANÁS VICENTE, G., «El mutuo disenso y su regulación en la Propuesta de Código civil de la APDC (Artículo 526-2 PPC)», en Ataz López, J., García Pérez, C. L., *Estudios sobre la modernización del Derecho de obligaciones y contratos*, Thomson Reuters-Aranzadi, 2019, pp. 145-188.
- «Presente y futuro del desistimiento del principal en contratos de servicios. Artículo 526-4 PPC», *Anuario de Derecho Civil*, núm., 2, 2020, pp. 635-712.
- MANRESA Y NAVARRO, J. M., *Comentarios al Código civil español*, VIII, Madrid, 1901.
- MORALES MORENO, A. M., *Incumplimiento del contrato y lucro cesante*, Civitas, Madrid, 2010.
- MUCIUS SCAEVOLA, Q., *Código civil*, XX, Madrid, 1904.

- NOVAL LAMAS, J. J., *El derecho de desistimiento en la comercialización a distancia de servicios financieros a consumidores*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2018.
- NÚÑEZ BOLUDA, M. D., *El mutuo disenso*, McGraw-Hill, Madrid, 1996.
- PASQUAU LIAÑO, Miguel, «Ventas a distancia», en Piñar Mañas, J. L., Beltrán Sánchez, E. (Dir.), *Comentarios a la Ley de Ordenación del Comercio Minorista y a la Ley Orgánica complementaria*, Civitas, Madrid, 1997, pp. 297-363.
- QUESADA GONZÁLEZ, C., *Disolución de la sociedad civil por voluntad unilateral de un socio*, Bosch, Barcelona, 1991.
- RODRÍGUEZ MARÍN, C., *El desistimiento unilateral (como causa de extinción del contrato)*, Montecorvo, Madrid, 1991.
- SÁNCHEZ ROMÁN, F., *Derecho civil español, común y foral, IV, Derecho de obligaciones, Derecho de la contratación*, 2.^a ed., Madrid, 1899.
- SOLA TEYSSIERE, J., *La venta a distancia en el comercio minorista. Régimen jurídico y control administrativo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.
- VALPUESTA GASTAMINZA, E., *La prohibición de la arbitrariedad en el ámbito contractual privado*, Eunsa, Pamplona, 1989.
- VALVERDE Y VALVERDE, C., *Tratado de Derecho civil español*, III, 4.^a ed. Valladolid, 1937.
- VÉRGEZ SÁNCHEZ, M., «Configuración y régimen jurídico de los contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles (análisis de la Ley núm. 26/1991, de 21 de noviembre)», en *Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje al Profesor Manuel Broseta Pont*, III, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, pp. 4011-4042.