



**INFORME SOBRE LA LICITUD DE LA APLICACIÓN DE LA EXCEPCIÓN AL DERECHO DE DESISTIMIENTO EN LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS, PREVISTA EN EL ARTÍCULO 103 a) DEL TEXTO REFUNDIDO DE 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 BASE A LA EJECUCIÓN DE LA INSTALACIÓN DE LA LÍNEA NECESARIA PARA LA POSTERIOR PRESTACIÓN DEL SERVICIO.**

---

**I. Consulta planteada**

La Dirección General de Comercio y Consumo de la Consejería de Economía, Empleo y Hacienda de la Comunidad de Madrid, conforme al procedimiento aprobado por la 8ª Conferencia Sectorial de Consumo, plantea consulta sobre la licitud de la aplicación de la excepción al derecho de desistimiento en la prestación de servicios, prevista en el artículo 103.a) del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007 (en adelante TRLGDCU), de 16 de noviembre, en base a la ejecución de la instalación de la línea necesaria para la posterior prestación del servicio.

Desde la entrada en vigor de la Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el TRLGDCU, algunas empresas de servicios están invocando el nuevo artículo 103.a) del mencionado texto refundido para evitar la aplicación del derecho de desistimiento en contrataciones a distancia de servicios de telefonía, internet y televisión por cable, asimilando la instalación de la línea necesaria para la posterior prestación del servicio con la ejecución completa del servicio prevista en dicho precepto. Así, incluso están incluyendo dentro del clausulado de sus condiciones generales, cláusulas como la que sigue:

*"De acuerdo con la normativa vigente, en caso, de que antes del transcurso de los 14 días citados el servicio se encuentre activo y, por tanto, completamente ejecutado, con su consentimiento expreso, no será de aplicación el citado derecho de desistimiento".*



De tal manera que el consumidor y usuario pierde su derecho de desistimiento y la única posibilidad que le quedará será la de resolver el contrato abonando una penalización que en algunos casos llega a más de 200 euros.

En función de las dudas que se plantean por la Comunidad de Madrid en torno a la interpretación jurídica de las normas del TRLGDCU y del interés general del asunto, la Agencia Española de Consumo, Seguridad Alimentaria y Nutrición considera oportuno proceder a su tramitación de conformidad con el procedimiento aprobado en la 8ª Conferencia Sectorial de Consumo.

## **II. Marco jurídico**

**DIRECTIVA 2011/83/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**

### **Artículo 8** *Requisitos formales de los contratos a distancia*

[...]

8. *En caso de que un consumidor desee que la prestación de servicios o el suministro de agua, gas o electricidad —cuando no estén envasados para la venta en un volumen delimitado o en cantidades determinadas— o de calefacción mediante sistemas urbanos dé comienzo durante el plazo de desistimiento previsto en el artículo 9, apartado 2, el comerciante exigirá que el consumidor presente una solicitud expresa en tal sentido.*

[...]

### **Artículo 9** *Derecho de desistimiento*

1. *Salvo en caso de aplicación de las excepciones establecidas en el artículo 16, el consumidor dispondrá de un período de 14 días para desistir de un contrato a distancia o celebrado fuera del establecimiento, sin indicar el motivo y sin incurrir en ningún coste distinto de los previstos en el artículo 13, apartado 2, y en el artículo 14.*



2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 10, el plazo de desistimiento a que se refiere el apartado 1 del presente artículo concluirá a los 14 días contados a partir de:

a) en el caso de los contratos de servicios, el día de la celebración del contrato;

[...]

#### **Artículo 10** Omisión de información sobre el derecho de desistimiento

1. Si el comerciante no ha facilitado al consumidor la información sobre el derecho de desistimiento, tal como se establece en el artículo 6, apartado 1, letra h), el período de desistimiento expirará 12 meses después de la fecha de expiración del período de desistimiento inicial, determinada de conformidad con el artículo 9, apartado 2.

2. Si el comerciante ha facilitado al consumidor la información contemplada en el apartado 1 en el plazo de 12 meses a partir la fecha contemplada en el artículo 9, apartado 2, el plazo de desistimiento expirará a los 14 días de la fecha en que el consumidor reciba la información.

#### **Artículo 13** Obligaciones del comerciante en caso de desistimiento

[...]

3. Cuando un consumidor ejerza el derecho de desistimiento tras haber realizado una solicitud de conformidad con lo dispuesto en el artículo 7, apartado 3, o en el artículo 8, apartado 8, el consumidor abonará al comerciante un importe proporcional a la parte ya prestada del servicio en el momento en que el consumidor haya informado al comerciante del ejercicio del derecho de desistimiento, en relación con el objeto total del contrato. El importe proporcional que habrá de abonar el consumidor al comerciante se calculará sobre la base del precio total acordado en el contrato. 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.

4. El consumidor no asumirá ningún coste por:

a) la prestación de los servicios o el suministro de agua, gas o electricidad —cuando no estén envasados para la venta en un volumen delimitado o en cantidades determinadas— o de calefacción mediante sistemas urbanos, de forma total o parcial, durante el período de desistimiento, cuando:

i) el comerciante no haya facilitado información con arreglo al artículo 6, apartado 1, letras h) o j), o bien



ii) *el consumidor no haya solicitado expresamente que la prestación del servicio se inicie durante el plazo de desistimiento con arreglo al artículo 7, apartado 3, y al artículo 8, apartado 8, o bien*

[...]

**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 y otras leyes complementarias.**

**Artículo 98.** *Requisitos formales de los contratos a distancia.*

[...]

8. *En caso de que un consumidor y usuario desee que la prestación de servicios o el suministro de agua, gas o electricidad –cuando no estén envasados para la venta en un volumen delimitado o en cantidades determinadas– o de calefacción mediante sistemas urbanos dé comienzo durante el plazo de desistimiento previsto en el artículo 104, el empresario exigirá que el consumidor y usuario presente una solicitud expresa en tal sentido.*

[...]

**Artículo 102.** *Derecho de desistimiento.*

1. *Salvo las excepciones previstas en el artículo 103, el consumidor y usuario tendrá derecho a desistir del contrato durante un periodo de 14 días naturales sin indicar el motivo y sin incurrir en ningún coste distinto de los previstos en los artículos 107.2 y 108.*

2. *Serán nulas de pleno derecho las cláusulas que impongan al consumidor y usuario una penalización por el ejercicio de su derecho de desistimiento o la renuncia al mismo.*

**Artículo 103.** *Excepciones al derecho de desistimiento.*

*El derecho de desistimiento no será aplicable a los contratos que se refieran 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.

[...]

**Artículo 104.** *Plazo para el ejercicio del derecho de desistimiento.*

*Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 105, el plazo de desistimiento concluirá a los 14 días naturales contados a partir de:*

a) *En el caso de los contratos de servicios, el día de la celebración del contrato.*

[...]

**Artículo 105.** *Omisión de información sobre el derecho de desistimiento.*

1. *Si el empresario no ha facilitado al consumidor y usuario la información sobre el derecho de desistimiento, tal como se establece en el artículo 97.1.i), el periodo de desistimiento finalizará doce meses después de la fecha de expiración del periodo de desistimiento inicial, determinada de conformidad con el artículo 104.*

2. *Si el empresario ha facilitado al consumidor y usuario la información contemplada en el apartado 1, en el plazo de doce meses a partir de la fecha contemplada en el artículo 104, el plazo de desistimiento expirará a los 14 días naturales de la fecha en que el consumidor y usuario reciba la información.*

**Artículo 108.** *Obligaciones y responsabilidad del consumidor y usuario en caso de desistimiento.*

[...]

3. *Cuando un consumidor y usuario ejerza el derecho de desistimiento tras haber realizado una solicitud de conformidad con lo dispuesto en el artículo 98.8 o en el artículo 99.3, abonará al empresario un importe proporcional a la parte ya prestada del servicio en el momento en que haya informado al empresario del ejercicio del derecho de desistimiento, en relación con el objeto total del contrato. El importe proporcional que habrá de abonar al empresario se calculará sobre la base del precio total acordado en el contrato. 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.*

*4. El consumidor y usuario no asumirá ningún coste por:*

*a) La prestación de los servicios o el suministro de agua, gas o electricidad –cuando no estén envasados para la venta en un volumen delimitado o en cantidades determinadas– o de calefacción mediante sistemas urbanos, de forma total o parcial, durante el período de desistimiento, cuando:*

*1.º El empresario no haya facilitado información con arreglo al artículo 97.1.i) o k); o bien*

*2.º El consumidor y usuario no haya solicitado expresamente que la prestación del servicio se inicie durante el plazo de desistimiento con arreglo al artículo 98.8 y al artículo 99.3; o bien*

*b) 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.*

*[...]*

### **III. Observaciones sobre el fondo del asunto**

En relación con la consulta planteada por la Comunidad de Madrid se formulan las siguientes consideraciones:

La Ley 3/2014, de 27 de marzo, modificó el texto refundido de Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias con objeto de proceder a la transposición de la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, por medio de la cual se armonizó a nivel europeo el régimen jurídico existente de los contratos a distancia y de los celebrados fuera del establecimiento mercantil, que dota de especial relevancia al derecho de desistimiento que puede ejercer el consumidor una vez perfeccionado el contrato.



Con arreglo al TRLGDCU, en el caso de los contratos a distancia, el consumidor y usuario dispone de un plazo de 14 días naturales para desistir del contrato sin indicar el motivo y sin incurrir en ningún coste que no sean los previstos legalmente, siendo nulas las cláusulas que le impongan por ello una penalización.

El momento en el que se inicia el cómputo de dicho plazo variará en función de que se trate de un contrato de venta o de servicios. Así, en la consulta planteada nos encontramos ante un contrato mixto cuyo objeto principal es la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas que a su vez lleva aparejado la transferencia de la propiedad de ciertos bienes (por ejemplo, el router, el descodificador...) como un medio, en este caso, para conseguir el objetivo real del mismo, que no es otro que el servicio concreto de que se trate (línea fija, internet, televisión por cable...).

Tal como se indica en el Documento de Orientación elaborado por la Dirección General de Justicia de la Comisión Europea, de junio de 2014, para la aplicación de la Directiva, en aquellos casos en que la transferencia de la propiedad de los bienes específicos no es el fin principal del contrato mixto, el contrato no debe considerarse como un contrato de venta. Esta interpretación utilizada para clasificar los contratos como de servicios o de venta en función del objetivo real del mismo ha sido avalada por la reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea relativa a la libre circulación de bienes y a la libre prestación de servicios. En tal sentido, cabe destacar el asunto C 20/03 Marcel Burmanjer, en el que el Tribunal afirmó que una actividad económica debe examinarse en el contexto de la libre circulación de mercancías o en el de la libre prestación de servicios si una de estas libertades *"es por completo secundaria con respecto a la otra y puede subordinarse a ella"*.

Por lo tanto, en el caso que examinamos, procede clasificar el contrato como de servicios, más aun teniendo en consideración que en nuestro país en bastantes casos el contrato no lleva aparejado la transferencia de la propiedad del router o descodificador como medio de conseguir el objetivo de la prestación del servicio; las operadoras que ofrecen estos dispositivos, entendiendo como tales los equipos necesarios para el acceso a los servicios, suelen hacerlo en diferentes modalidades, como cesión gratuita, alquiler que en ocasiones se bonifica en base al mantenimiento del contrato durante un determinado tiempo o venta, y, en función de ello, el plazo para el ejercicio del derecho de desistimiento concluirá a los 14 días naturales contados a partir del día de la celebración del contrato. Sin embargo, cuando un consumidor y usuario



desea que la prestación de servicios dé comienzo durante los mencionados 14 días, el empresario exigirá que éste presente una solicitud expresa en tal sentido.

A este respecto, el Documento de Orientación sobre aplicación de la Directiva señala que *"los términos «consentimiento expreso/solicitud expresa» en este contexto implican que el consumidor realice una acción positiva, como marcar una casilla en el sitio web"* y que *"probablemente el uso de una casilla premarcada o de una cláusula en las condiciones generales para este fin no cumpla estos requisitos"*. Por tanto, para que quede debidamente acreditada la solicitud expresa del consumidor no bastaría con recoger este punto en un condicionado general, sino que sería preciso que el consumidor manifestase expresamente su consentimiento al respecto de forma independiente a las condiciones generales del contrato. Además, debería tratarse de una opción que el consumidor pueda aceptar o rechazar y no una condición de obligada aceptación para que el contrato se celebre.

Por otra parte, para garantizar que el consumidor y usuario conoce su derecho a desistir del contrato, se establece igualmente la obligación del empresario de informar de su existencia, condiciones, plazo y procedimiento para ejercerlo, así como de entregar el modelo de formulario de desistimiento. Además, el empresario deberá informar al consumidor y usuario de que en el supuesto de que solicite el comienzo de la prestación del servicio y posteriormente ejerza su derecho a desistir del contrato, tendrá que afrontar unos gastos consistentes en un importe proporcional a la parte ya prestada del servicio en el momento en que haya informado del ejercicio de su derecho.

Con arreglo a lo dispuesto en el artículo 108.4, a), 1.º y 2.º del TRLGDCU, el consumidor y usuario no tendrá que asumir ningún coste cuando el empresario no haya facilitado esta información o el consumidor y usuario no haya solicitado expresamente que la prestación del servicio se inicie durante el plazo de desistimiento, siendo igualmente de aplicación las disposiciones del artículo 105 del TRLGDCU:

*"1. Si el empresario no ha facilitado al consumidor y usuario la información sobre el derecho de desistimiento, tal como se establece en el artículo 97.1.i), el periodo de desistimiento finalizará doce meses después de la fecha de expiración del periodo de desistimiento inicial, determinada de conformidad con el artículo 104.*





*2. Si el empresario ha facilitado al consumidor y usuario la información contemplada en el apartado 1, en el plazo de doce meses a partir de la fecha contemplada en el artículo 104, el plazo de desistimiento expirará a los 14 días naturales de la fecha en que el consumidor y usuario reciba la información.”*

Por tanto, en el caso objeto de consulta, estaríamos ante el ejercicio por el consumidor y usuario de su derecho de desistimiento, una vez iniciada la ejecución del contrato de servicios y previa solicitud expresa por parte del mismo, pudiendo el empresario cobrar la parte proporcional del servicio ya prestado desde el inicio de la ejecución hasta el momento en que haya informado de su voluntad de ejercer el derecho de desistimiento. La regulación actual toma como base para el cálculo del importe proporcional, el precio total acordado. No obstante, en caso de que el precio total sea excesivo, la compensación se calculará sobre la base del valor de mercado de la parte ya prestada del servicio. En el considerando 50 de la Directiva se ofrecen explicaciones útiles sobre cómo determinar el valor de mercado: “[...] *El cálculo del importe proporcionado debe basarse en el precio acordado en el contrato, a menos que el consumidor demuestre que el precio total es ya de por sí desproporcionado, en cuyo caso el importe a pagar se calculará sobre la base del valor de mercado del servicio prestado. El valor de mercado se debe establecer comparando el precio de un servicio equivalente prestado por otros comerciantes en el momento de la celebración del contrato [...].”*

En el Documento de Orientación elaborado por la Dirección General de Justicia de la Comisión de Europea nos encontramos con varios ejemplos que vienen a clarificar esta cuestión:

*“Por ejemplo, un consumidor que desiste de un contrato de servicios de telefonía móvil después de utilizar el servicio durante 10 días tendría que pagar al comerciante un tercio de la suscripción mensual más el precio de los servicios adicionales recibidos durante ese período.”*

*“Por ejemplo, el comerciante puede incluir el coste de los trabajos de instalación en el lugar de residencia del consumidor efectuados como parte de un contrato de servicios de comunicación electrónica de telefonía fija antes de que el consumidor desista del contrato.”*

Estos mismos ejemplos sirven también para clarificar que en el caso que nos ocupa el empresario está equiparando erróneamente “servicio activo” a “servicio completamente ejecutado”. Un contrato se considera completamente ejecutado cuando éste ha llegado a su fin



(por ejemplo, la completa instalación de una puerta o una ventana en el domicilio del consumidor), cosa que no sucede en los contratos de tracto sucesivo o ejecución continuada, que se encuentran activos durante todo el período de vigencia de los mismos.

En consecuencia, el empresario no podrá evadirse de sus obligaciones e imponer sin más una penalización en base al artículo 103.a) del TRLGDCU, pues la excepción que en el mismo se contempla no resulta aplicable en este caso, al tratarse de un servicio que no ha sido completamente ejecutado.

#### **IV. Conclusión:**

En función de las consideraciones formuladas anteriormente, cabe responder a la consulta formulada por la Comunidad de Madrid en los siguientes términos:

En los contratos a distancia de servicios de telefonía, internet y televisión por cable se considera ilícita la aplicación de la excepción al derecho de desistimiento prevista en el artículo 103.a) del TRLGDCU, referida a la prestación de servicios, en base a la ejecución de la instalación de la línea necesaria para la posterior prestación del servicio, ya que no se cumple la exigencia que deriva del mencionado artículo de que el servicio haya sido completamente ejecutado, puesto que los servicios de tracto sucesivo no se ejecutan completamente en el acto de instalación de la línea, sino que permanecen activos durante todo el período de vigencia del contrato. El usuario podrá por tanto ejercitar su derecho a desistir en el plazo de 14 días naturales desde la celebración del contrato y, en tal caso, deberá hacer frente a los gastos derivados de la prestación del servicio y de los trabajos de instalación en el lugar de residencia del consumidor, efectuados como parte de un contrato de servicios de comunicación electrónica, siempre que haya sido debidamente informado por el empresario de que tendrá que afrontar estos gastos en el supuesto de que solicite el comienzo de la prestación del servicio y posteriormente ejerza su derecho a desistir del contrato.