

**SOLICITUD DE PORTABILIDAD REALIZADA POR VÍA TELEFÓNICA:  
PRESUPUESTOS LEGALES PARA LA EXCLUSIÓN DEL DESISTIMIENTO Y  
EXENCIÓN DE GASTOS PARA EL USUARIO QUE DESISTE\***

*M<sup>a</sup> del Sagrario Bermúdez Ballesteros*  
*Prof. Ayudante (Doctora) del área de Derecho civil*  
*Centro de Estudios de Consumo*  
*Universidad de Castilla-La Mancha*

*Fecha de publicación: 19 de febrero de 2016*

**1. Objeto de la consulta**

Se plantea una consulta al Centro de Estudios de Consumo sobre el posible carácter abusivo de determinadas prácticas, habituales en la contratación de servicios de telecomunicaciones, relativas a la posible exclusión del derecho a desistir de la portabilidad de servicios telefónicos y ADSL, así como a la procedencia o no de repercusión de gastos en el usuario que desiste. Concretamente, son dos las cuestiones planteadas:

1. Si en la solicitud de portabilidad realizada por vía telefónica (con consentimiento verbal verificado por tercero), en la que –según alega la operadora- el cliente conoce y acepta la cláusula que establece que “*tras la instalación del servicio de fibra en su domicilio comienza la ejecución del servicio*”, ha de entenderse (en todo caso) excluido el derecho de desistimiento al amparo de lo dispuesto en el art. 103. a) TRLGDCU<sup>1</sup>.

---

\* Trabajo realizado en el marco de la Ayuda del Programa Estatal de Fomento de la Investigación Científica y Técnica de Excelencia (Subprograma Estatal de Generación de Conocimiento) del Ministerio de Economía y Competitividad, otorgada al Grupo de investigación y Centro de investigación CESCO, *Mantenimiento y consolidación de una estructura de investigación dedicada al Derecho de consumo*, dirigido por el Prof. Ángel Carrasco Perera, de la UCLM, ref. DER2014-56016-P.

<sup>1</sup> Entre las modificaciones introducidas en el TRLGDCU de 2007 por la Ley 3/2014, de 27 de marzo (de transposición de la Directiva 2011/83/UE, de 25 de octubre, de derechos de los consumidores) se encuentra la exclusión al derecho de desistimiento contemplada en la letra a) del nuevo art. 103, que establece: “*El derecho de desistimiento no se aplicará a los contratos que se refieran a: a) La prestación de servicios, una vez que el servicio hay 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*”.

2. Si, en caso de desistimiento de la solicitud de portabilidad, es posible repercutir “gastos de instalación” en el consumidor o si, por el contrario, tal práctica ha de considerarse abusiva.

Es frecuente que cuando un usuario solicita la portabilidad a un nuevo operador, el inicial proceda a hacer una contraoferta para evitar que finalmente se lleve a cabo aquella. De ocurrir esto, la compañía con la que el usuario había comenzado a tramitar la portabilidad, creyendo haber captado un nuevo cliente, se encuentra con que ha realizado unos gastos de gestión e instalación (gastos de "preparación de la portabilidad"), que corre el riesgo de no poder recuperar si, al final, el usuario permanece con su compañía telefónica inicial<sup>2</sup>. Ello ha provocado la realización de diversas “maniobras” (cuya licitud se cuestiona) por los operadores de telecomunicaciones para evitar las pérdidas que la gestión y posterior cancelación o desistimiento de la portabilidad pudiera ocasionarles. Entre ellas: (i) es frecuente exigir a quien pretende contratar con ellos, un depósito por costes de gestión que será devuelto al cliente si la portabilidad de su número de teléfono móvil se lleva a cabo satisfactoriamente, (ii) declarar (improcedentemente) excluido el derecho a desistir de la portabilidad al amparo de la exclusión contemplada en el art. 103.a) TRLGDCU], (iii) o repercutir en el cliente que desiste determinados gastos en concepto de “gestión o instalación”.

## 2. Relato de los hechos

El usuario solicitó a determinado operador (Jazztel), por vía telefónica, la portabilidad de sus servicios telefónicos y ADSL, en fecha 16 de junio de 2015; el referido operador envió al día siguiente a un técnico al domicilio del cliente.

El usuario, transcurridos dos o tres días desde la solicitud, decidió anular la portabilidad en fecha 23 de junio de 2015, bien porque su antigua compañía le hizo una contraoferta o bien porque, simplemente, se lo pensó mejor.

Tras la cancelación de la portabilidad, la compañía pasó un cargo al cliente de 240 € en concepto de gastos de instalación; al no estar éste conforme con dicho cargo, tramitó la

---

<sup>2</sup> Según manifestó la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (CMT), en Resolución de fecha 28 de abril de 2011, “se trata de gastos que se consideran recuperables cuando la portabilidad se realiza. Sin embargo, en el caso de que la portabilidad numérica se cancele, esos costes ya no serían recuperables”.

correspondiente reclamación solicitando la anulación del mismo, a lo que la compañía se negó.

La razón esgrimida por el operador de telefonía para negarse a anular el cargo realizado es la exclusión en el caso del derecho de desistimiento. En concreto, afirma Jazztel que se trata de un contrato celebrado por vía telefónica, en el que (según se hace constar en la documentación que se aporta) el cliente conoce y acepta las estipulaciones contractuales que establecen<sup>3</sup>:

- *“Tras la instalación del servicio de fibra en su domicilio comienza la ejecución del servicio, por lo que, de acuerdo con lo previsto en el artículo 103 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, no será de aplicación el derecho de desistimiento recogido en dicha norma”.*
- *“En el caso de que el cliente solicite la cancelación del servicio tras esta instalación y antes de la fecha de activación del mismo, deberá abonar los gastos en los que el operador haya incurrido hasta el momento de la resolución (gastos administrativos de gestión / instalación), siendo este importe de 240 €”.*

Es habitual que las compañías incluyan alguna cláusula en el contrato que señale que “se facturará al cliente por los gastos en que haya incurrido en la gestión de su portabilidad”. Igual que ocurre en el caso que se consulta, las compañías se amparan en la conformidad expresada por el consumidor durante la grabación de verificación del consentimiento verbal, en la que declara conocer y aceptar el cobro de dichos gastos. Sin embargo, como veremos, las cosas no son así de “fáciles”.

En el caso que se consulta, el cliente cuestiona el posible carácter abusivo de las cláusulas expuestas. Por un lado, considera que la compañía abusa pues al enviar al técnico a su domicilio al día siguiente para la ejecución de los trámites de portabilidad, está limitando su derecho de desistimiento. Por otro, estima igualmente abusivo el cobro de los “gastos de gestión/instalación” por parte del operador<sup>4</sup>.

---

<sup>3</sup> Únicamente reproducimos las estipulaciones contractuales relacionadas con las cuestiones planteadas en la consulta.

<sup>4</sup> Un estudio realizado por una página web de comparación de precios, asegura que las penalizaciones para quienes se arrepienten al cambiar de proveedor pueden llegar a alcanzar los 240 euros aunque, en general, la media ronda los 157 euros de penalización al cancelar una portabilidad pese a que se haga dentro del plazo establecido por la ley. Según se desprende del estudio realizado, basado en los datos de las compañías proveedoras de servicios de Internet con más cuota de mercado en España (Movistar, Jazztel, Vodafone, ONO y Orange), estas operadoras sancionan al usuario sin tener en cuenta el plazo establecido para ejercitar el derecho al desistimiento (14 días naturales). Y las cuantías no son precisamente bajas.

### 3. Reconocimiento y régimen jurídico aplicable al derecho a desistir de la portabilidad

El derecho de desistimiento, regulado con carácter general en los arts. 68 a 79 TRLGDCU, no se reconoce a todo consumidor con carácter general (en cualquier relación de consumo), sino sólo en los supuestos previstos legal o reglamentariamente (desistimiento legal) y cuando así se le reconozca en la oferta, promoción, publicidad o en el propio contrato (desistimiento convencional) (art. 68.2 TRLGDCU).

Respecto al reconocimiento del derecho a desistir en el caso que se somete a consulta -solicitud de portabilidad celebrada por vía telefónica-, entre la abundante normativa sectorial existente en la materia, es la Circular 1/2009<sup>5</sup>, de la CMT la que reconoce, en los supuestos de solicitud de portabilidad con consentimiento verbal, **el derecho de revocación por el abonado, ejercitado de conformidad con la normativa vigente, “sin incurrir en penalización ni gasto alguno por parte del abonado, el cual deberá ser asumido por el operador beneficiario”** [art. 4 c) 3 de la Circular].

La cuestión reside en determinar cuál sea la “normativa vigente” (a que alude el art. 4 de la Circular 1/2009, de la CMT), determinante del régimen jurídico de este “derecho de revocación”<sup>6</sup>.

---

Las dos compañías que sancionan con una cantidad mayor pueden llegar a solicitar al usuario hasta 240 euros en el caso de anular una portabilidad de fibra óptica. Es el caso de **Jazztel y Vodafone**, aunque la operadora de color rojo establece una diferencia clara si el arrepentimiento se produce antes de que se realice la instalación (90 euros) o después (240 euros).

**Movistar es la operadora que menos penaliza** a los clientes que anulen la portabilidad, con 100 euros, independientemente de si se trata de fibra o ADSL. **De cerca le sigue Orange**, que cobra 137,80 euros en cualquiera de los dos casos, **un poco más que ONO**, que asciende hasta los 150 euros de penalización. Jazztel y Vodafone, por su parte, son las únicas del estudio que diferencian entre fibra y ADSL, siendo de 150 euros el coste que deben pagar los usuarios que se arrepientan al paralizar una portabilidad de ADSL. Esta información está disponible en el sitio web. <http://www.expansion.com/blogs/vidalowcost/2015/01/23/arrepentirte-de-una-portabilidad-en-adsl.html> (Fecha de consulta: 10/02/2016)

<sup>5</sup> Circular 1/2009, de 16 de abril de 2009, de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, por la que se introduce el consentimiento verbal con verificación por tercero en la contratación de servicios mayoristas regulados de comunicaciones fijas, así como en las solicitudes de conservación de numeración (BOE núm. 111, de 07-5-2009), modificada por la Circular 1/2012, de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (BOE núm. 97, de 23-4-2012).

<sup>6</sup> Vid. MENDOZA LOSANA, Ana I. “Portabilidad: precios, fianzas y revocación”, publicado en CESCO, marzo de 2011, <http://www.uclm.es/centro/cesco/pdf/trabajos/7/2011/7-2011-1.pdf> y “Nueve preguntas claves sobre la contratación de servicios de telecomunicaciones por vía telefónica”, publicado en CESCO, abril 2011, <http://www.uclm.es/centro/cesco/pdf/trabajos/7/2011/7-2011-2.pdf>

Tratándose de un contrato celebrado a distancia, por vía telefónica (mediante consentimiento verbal con verificación de tercero), el derecho de desistimiento se regirá por lo dispuesto en la normativa general de protección del consumidor: arts. 102 a 108 TRLGDCU<sup>7</sup>.

Asimismo, al ser un contrato con condiciones generales de la contratación, además de aplicarse lo dispuesto en el TRLGDCU, será de aplicación la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación (LCGC)<sup>8</sup>.

En las líneas que siguen, sin entrar a detallar todas las condiciones de ejercicio de este derecho, nos centraremos en responder las dos cuestiones principales que se consultan. No obstante, con carácter previo, resulta esencial una breve precisión:

Si bien la normativa sectorial en la materia establece un plazo para la ejecución de la portabilidad<sup>9</sup>, el reconocimiento legal del derecho a desistir del consumidor (de 14 días naturales, contados desde la celebración del contrato) no podrá verse reducido, obstaculizado o excluido por el referido plazo de ejecución de la portabilidad. De manera que:

- Si el usuario, requerido por el operador, da su consentimiento expreso para que comience la ejecución del servicio durante el plazo del desistimiento, será a partir de ese momento cuando habrá de hacerse efectiva la portabilidad en el tiempo legalmente establecido. En este caso, el consumidor perderá el derecho a desistir.
- Si el usuario no ha consentido expresamente el inicio de la prestación del servicio durante el plazo para desistir, será al expirar tal plazo cuando el operador deba comenzar la ejecución del servicio, so pena de incurrir en unos gastos (de

---

<sup>7</sup> Tales preceptos conforman el Capítulo III (“Derecho de desistimiento”), del Título III (“Contratos celebrados a distancia y contratos celebrados fuera del establecimiento mercantil”), que supone una de las novedades introducidas la estructura y contenido del TRLGDCU por la Ley 3/2014, de 27 de marzo.

<sup>8</sup> Dispone al respecto el art. 59.3 TRLGDCU: “*Los contratos con consumidores y usuarios que incorporen condiciones generales de la contratación están sometidos, además, a la ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación*”.

<sup>9</sup> En cuanto a las portabilidades móviles, desde el 1 de junio de 2012, se realizan en el plazo de un día laborable. Las portabilidades fijas, desde el 11 de noviembre de 2013, se llevan a cabo en el plazo de un día laborable, excepto si se cambia de compañía de fijo y banda ancha al mismo tiempo, en cuyo caso el máximo es de seis días.

“preparación de portabilidad”, “de gestión e instalación”, etc.) que, legalmente, no podrá recuperar si finalmente el usuario desiste de la portabilidad.

### **3.1. ¿Sería correcta la exclusión del derecho de desistimiento por aplicación al caso del art. 103.a TRLGDCU?**

El art. 103 TRLGDCU recoge, entre otras excepciones al desistimiento, la siguiente:

*“a) La prestación de servicios, una vez que el servicio hay 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”<sup>10</sup>.*

Los presupuestos que han de concurrir para que proceda la exclusión serían:

- (i) Que comience la prestación del servicio dentro del período de 14 días para desistir. Dispone al respecto el art. 98.8 que el empresario exigirá que el consumidor presente una solicitud expresa en tal sentido.
- (ii) Que exista previo consentimiento expreso del consumidor en tal sentido y, además, sea consciente (la “consciencia” se derivará de la información que al respecto le haya proporcionado el empresario) de que, con esa decisión y una vez que el servicio haya sido completamente ejecutado, habrá perdido su derecho de desistimiento.

Por la esencial vinculación entre “información y desistimiento”, debemos detenernos necesariamente en exponer las obligaciones de información previa, forma y confirmación posterior que el TRLGDCU impone al empresario en los contratos a distancia para, finalmente, determinar la procedencia o no de la exclusión del desistimiento en el caso que se consulta<sup>11</sup>. Así:

---

<sup>10</sup> Antes de la reforma operada en el TRLGDCU por la Ley 3/2014, de 27 de marzo, la exclusión que comentamos tenía su referente en el antiguo art. 102 TRLGDCU, que establecía: <<Salvo pacto en contrario, lo dispuesto en el artículo anterior no será aplicable a los siguientes contratos: (...) e) Contratos de prestación de servicios cuya ejecución haya comenzado, con el acuerdo del consumidor y usuario, antes de finalizar el plazo de siete días hábiles”.

- Por un lado, el art. 97.1.1) (“Información precontractual de los contratos a distancia y los contratos fuera de establecimiento mercantil”) obliga al empresario a facilitar al consumidor *“antes de que quede vinculado por cualquier contrato a distancia”* y de *“forma clara y comprensible”* la información relativa a la exclusión del desistimiento en los siguientes términos: *“Cuando con arreglo al art. 103 no proceda el derecho de desistimiento, la indicación de que al consumidor y usuario no le asiste, o las circunstancias en que lo perderá cuando proceda”*.

El apartado 8 del mismo precepto declara que corresponde al empresario la carga de la prueba en relación con el cumplimiento de los requisitos de información establecidos en el mismo.

- Por otro, el art. 98. 1 (“Requisitos formales en los contratos a distancia”) impone al empresario la obligación de *facilitar al consumidor en la lengua utilizada en la contratación y, al menos, en castellano la información exigida en el art. 97.1 o ponerla a su disposición de forma acorde con las técnicas de comunicación a distancia utilizadas, en términos claros y comprensibles*. Además, recuerda el precepto la obligación del empresario de *respetar el principio de buena fe en las transacciones comerciales*.
- Respecto a la obligación de confirmar el contrato celebrado, el art. 98.7 señala que *el empresario deberá facilitar al consumidor y usuario la confirmación del contrato celebrado en un soporte duradero y en un plazo razonable después de la celebración de un contrato a distancia, a más tardar antes del inicio de la prestación del servicio*. Además, tal confirmación deberá incluir *toda la información que figura en el art. 97.1, salvo si el empresario ya la ha facilitado antes de la celebración del contrato en un soporte duradero*.

Corresponde al empresario la prueba del cumplimiento de las obligaciones anteriormente expuestas (art. 98.9).

En la normativa sectorial aplicable, entre las pautas que la Circular 1/2009 establece como obligatorias en los procedimientos de solicitud de portabilidad, destacamos las siguientes:

1. Se establece que el operador beneficiario de la portabilidad podrá iniciar la tramitación de una solicitud cuando haya recabado previamente el consentimiento verbal del abonado con verificación por tercero, siempre y

cuando haya cumplido todas y cada una de las condiciones y plazos establecidos por la propia Circular (art. 2).

2. Entre tales condiciones, se recoge el deber del operador beneficiario de remitir al abonado la confirmación documental del contrato telefónico acordado y de la verificación del mismo, una vez recibida la comunicación de verificación positiva (art. 4 c).
3. Entre la documentación a incluir se incluye la relativa a la información sobre el derecho de revocación por el abonado, indicando el procedimiento a seguir (al menos, el operador beneficiario dispondrá de un número telefónico perteneciente al rango 901, donde el abonado podrá revocar su solicitud) y plazo para ejercitarlo, de conformidad con la normativa vigente, “sin incurrir en penalización ni gasto alguno por parte del abonado, el cual deberá ser asumido por el operador beneficiario” (art. 4 c) 3).

Volviendo al supuesto de exclusión contemplado en el art. 103 a) TRLGDCU, el legislador no sólo exige *consentimiento expreso*, sino *reconocimiento y consciencia* por parte del usuario acerca del efecto legal que con él se desencadena: la pérdida del derecho de desistimiento. Se trataría del “consentimiento informado” o “consentimiento reforzado” a que alude la doctrina<sup>12</sup> en estos casos. El *reconocimiento y consciencia* en cuanto a los efectos excluyentes del desistimiento habrá de valorarse sobre la base de la información que el operador haya suministrado al respecto. Por tanto, para tomar una decisión sobre la exclusión o no del derecho a desistir, habría que considerar:

1. Si, efectivamente, existió la solicitud expresa de petición de inicio de ejecución de los servicios de portabilidad en período de desistimiento por parte del cliente (a requerimiento del operador receptor). Parece que en este

---

<sup>12</sup> Vid. CÁMARA LAPUENTE S., “La nueva protección del consumidor de contenidos digitales, tras la Ley 3/2014, de 27 de marzo”, págs. 77 y ss., publicado en: <http://www.uclm.es/centro/cesco/pdf/trabajos/proteccionConsumidor.pdf>. Afirma el autor, con relación al “consentimiento expreso” impuesto por el art. 103 m) TRLGDCU, que “la norma exige que el consentimiento del consumidor a que la ejecución contractual se inicie (con la consecuencia de perder el derecho a desistir) debe ser “expreso”. Con esa mención, y a la luz de otras reformas introducidas en el TR-LGDCU para transponer la Directiva 2011/83, debe patrocinarse una interpretación del art. 103.m) en línea con el nuevo art. 60 bis TR-LGDCU (consentimiento expreso para pagos adicionales). En consecuencia, debe entenderse que la aceptación por el consumidor al inicio de la ejecución se realice “sobre una base de opción de inclusión”; es decir, no cabe presumir emitido el consentimiento expreso a los efectos del art. 103.m) (y, por tanto, podrá desistir aun comenzada la ejecución del contrato) cuando el empresario “lo ha deducido utilizando opciones por defecto que [el consumidor] debe rechazar para evitar esa consecuencia legal”.

caso, fue la propia compañía quien tomó la iniciativa de mandar al técnico al domicilio al día siguiente de la solicitud, sin que mediase solicitud expresa en tal sentido por parte del cliente.

2. Si el operador informó (antes, durante y después de la contratación) sobre la pérdida del derecho de desistimiento prevista para los casos de comienzo y conclusión de la prestación del servicio durante el período de ejercicio del derecho (14 días), promovida por la solicitud expresa del usuario.

Desconocemos (por los datos que se nos facilitan) si en este caso se cumplieron las obligaciones de información previa a la celebración del contrato [art. 97.1.1)] o de confirmación documental posterior (art.98.7) que incluyera la relativa a la pérdida del derecho de desistimiento. En la grabación de la verificación que se adjunta en la consulta, en ningún momento se aprecia transmisión clara y específica de la aludida información.

Además de los anteriores presupuestos, debería tenerse en cuenta si, por la forma en que se transmite la información al cliente, puede entenderse cumplida la exigencia de consentimiento “informado” o “reforzado” para que el mismo tenga la virtualidad excluyente del desistimiento. Se trataría de analizar si a la vista de la grabación que se adjunta (a falta de otras pruebas) la forma en que la operadora “recita” las condiciones del contrato, a gran velocidad, sin hacer pausas ni apenas vocalizar, cumple, por un lado, con los requisitos de “claridad y comprensibilidad” exigidos legalmente en la transmisión de información respecto a la pérdida del desistimiento y, por otro, permiten sostener el “conocimiento y consciencia” de tal pérdida por parte del consumidor. Al contrario, en ningún momento se advierte claramente al consumidor sobre la existencia del derecho a desistir de la portabilidad o de perderlo si solicita el comienzo de la ejecución durante el período de 14 días; además, cuando se “recitan” las cláusulas controvertidas, el cliente manifiesta incompreensión al respecto y desconcierto, aunque finalmente, con inseguridad, declare aceptarlas<sup>13</sup>.

---

<sup>13</sup> En este sentido, a efectos de valoración de la grabación de verificación, reproducimos lo previsto por el art. Quinto (*Criterios de verificación*) de la Circular 1/2009: “El operador beneficiario de los servicios objeto de esta Circular no tramitará la actuación si la verificación del consentimiento verbal del abonado resultase negativa.

A los efectos de la presente Circular, la verificación será negativa si se produce cualquier incumplimiento de esta Circular, y, en particular, si se diera cualquiera de las siguientes circunstancias:

- a) La llamada de verificación no ha sido grabada.
- b) La grabación no resulta audible o entendible.
- c) La grabación no incluye la transacción completa.
- d) La llamada de verificación es iniciada por el verificador.

Por otro lado, en la copia del parte de instalación que el técnico de Jazztel entrega al cliente, en el margen inferior del mismo y con un tamaño excesivamente reducido se reproducen de nuevo las estipulaciones controvertidas, pero esta vez con una diferencia: la información que se proporciona, además de no ser clara, es desfasada, pues la referencia que se hace a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y usuarios (como fundamento de la exclusión del desistimiento), lo es al antiguo y modificado art. 102<sup>14</sup>; en la actualidad su homólogo (con variaciones) sería el art. 103 a) TRLGDCU.

Cabe recordar al respecto que:

- ✓ Para que una condición general sea aplicable, ha de ser conocida por el consumidor. A tenor de los arts. 5 y 7 LCGC, no quedarán incorporadas aquellas condiciones generales de la contratación que el consumidor no ha tenido ocasión de conocer.

No basta con lo anterior, además aquella debe respetar la legalidad vigente. Dispone el art 8 LCGC que serán nulas de pleno derecho las condiciones generales que contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en dicha Ley o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva.

- ✓ Reiterando los mismos criterios, el art. 80.1.a) y b) TRLGDCU establece que las cláusulas no negociadas individualmente que se utilicen en la contratación con consumidores y usuarios deberán cumplir los siguientes requisitos: *“a) Concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa, sin reenvíos a textos o documentos que no se faciliten previa o simultáneamente a la conclusión del contrato, y a*

- 
- e) El agente de ventas permanece conectado durante la llamada establecida entre el abonado y el verificador.
  - f) La verificación no se realiza por un agente de verificación por tercero en vivo.
  - g) El cliente responde negativamente al cambio de operador.
  - h) El cliente realiza preguntas o afirmaciones que denotan claramente que no entiende el proceso.
  - i) El verificador responde a preguntas del cliente sobre servicios que no tienen relación con los puntos del cuestionario de verificación.
  - j) No se completa el cuestionario de verificación en el orden establecido en la presente Circular.
  - k) El verificador induce de forma activa a la contestación del abonado en determinado sentido durante el proceso de verificación.
  - l) El verificador da su opinión sobre el servicio o sobre el operador beneficiario.
  - m) El verificador realiza una actividad que puede ser considerada como de promoción comercial del servicio de un operador”.

<sup>14</sup> Vid. Nota a pie núm. 10.

*los que, en todo caso, deberá hacerse referencia expresa en el documento contractual.*

*b) Accesibilidad y legibilidad, de forma que permita al consumidor y usuario el conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido. En ningún caso se entenderá cumplido este requisito si el tamaño de la letra del contrato fuese inferior al milímetro y medio o el insuficiente contraste con el fondo hiciese dificultosa la lectura”.*

En definitiva, **sólo si el operador receptor hubiese requerido el consentimiento del usuario para ejecutar la portabilidad antes del transcurso de 14 días naturales, siendo éste además consciente que al dar su consentimiento renunciaba expresamente a su derecho a desistir, hubiese quedado excluido el derecho de desistimiento.**

Insistimos, **la exclusión del derecho a desistir contemplada en el art. 103 a) TRLGDCU dependerá del correcto cumplimiento de los presupuestos exigidos legalmente para ello. Cuando los mismos no se hayan cumplido, sostener en todo caso la exclusión del derecho de desistimiento al amparo del art. 103 a) supondrá una práctica abusiva por limitar los derechos del consumidor y usuario (art. 82 TRLGDCU).**

El incumplimiento de la obligación de informar sobre el derecho de desistimiento (condiciones, plazo y procedimiento) así como de la de entregar el formulario de desistimiento, tiene como consecuencia la de prolongar el período para desistir, que finalizará doce meses después de la fecha de expiración del período de desistimiento inicial. Si durante ese extenso plazo cumple el operador con la obligación de informar, desde el momento en que el usuario reciba la información, correrá el cómputo del plazo de 14 días para desistir (art. 105 TRLGDCU).

### ***3.2. En caso de desistimiento de la portabilidad, ¿podrían repercutirse en el consumidor gastos de instalación?***

Reconocido el derecho del consumidor a desistir de la solicitud de portabilidad, le serán aplicables las siguientes reglas:

- El **art. 102 TRLGDCU** señala que “el consumidor y usuario tendrá derecho a desistir del contrato durante un período 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**”. Se añade que “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”.

- Respecto a los costes repercutibles cuando se trate de contratos de prestación de servicios, el **art. 108** establece una regla general (**apartado 3**) y una excepción (**apartado 4**):

- **Regla general:** Si el consumidor desiste tras haber realizado una solicitud expresa al empresario para que comience la ejecución del servicio durante el período de desistimiento, **deberá abonar el importe proporcional** a la parte ya prestada del servicio hasta la comunicación del desistimiento (**art. 108.3**).

- **Excepción:** El consumidor o usuario **no asumirá ningún coste** por la prestación de servicios, de forma total o parcial, durante el período de desistimiento **cuando (art. 103.4.a):**

- ✓ El empresario no le haya facilitado información relativa a la existencia y condiciones de ejercicio del derecho de desistimiento, así como la referente al pago del importe proporcional a la parte prestada del servicio cuando el consumidor haya solicitado expresamente la prestación del mismo durante el período de desistimiento; o bien
- ✓ El consumidor no haya solicitado expresamente el comienzo de la prestación del servicio durante el plazo de desistimiento.

Si se dan las anteriores circunstancias, el consumidor no pierde el derecho a desistir y tampoco debe pagar. Ello, incluso, en los casos en que la prestación del servicio haya sido totalmente ejecutada.

De manera que **toda cantidad que se repercuta en el consumidor con motivo del desistimiento, camuflado bajo el concepto de “gastos administrativos de gestión/instalación”, sería improcedente y la cláusula que lo recoja se consideraría abusiva, a tenor de lo dispuesto en los arts. 82.4 b) y 86.7 TRLGDCU.**

Sobre la repercusión de cuotas a los usuarios por cancelación de la solicitud de cambio de operador tuvo ocasión de pronunciarse la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (CMT) en Resolución de fecha 28 de abril de 2011. Tras

analizar la legislación sectorial y las normas generales de defensa de los consumidores y usuarios (arts. 68 y ss. TRLGDCU) y de ordenación del comercio minorista (art. 10), en especial, lo concerniente al derecho de desistimiento (antiguos arts. 101 y 102 TRLGDCU y 44 LOCM) y a las cláusulas contractuales abusivas (arts. 82 y ss. TRLGDCU), la CMT concluyó en su Resolución que "en ningún caso se podrá cobrar al usuario algún tipo de gasto incurrido por el operador como consecuencia de una solicitud de cambio de operador con conservación de la numeración, que posteriormente se cancela por el usuario", en relación con la portabilidad numérica móvil. Además, tampoco es posible fijar al abonado o usuario garantías o anticipos de pago previo a las prestación del servicio entrega del bien que garantice un eventual resarcimiento del operador para el caso de que se ejercite el derecho de desistimiento del contrato o cancelación de la solicitud de portabilidad numérica". Y de existir tales cláusulas contractuales, cabrá la posibilidad que éstas sean consideradas abusivas por nuestros tribunales y por tanto se declare su nulidad absoluta<sup>15</sup>.

---

<sup>15</sup> Recientemente, el TSJ Madrid (Sala de lo Contencioso-Administrativo) en Sentencia núm. 621/2015, de 8 de octubre (JUR 2015/252480), ha confirmado la sanción (de 80.000 €) impuesta (en 2013) a ONO por la comisión de dos infracciones en materia de protección de consumidores, y lo ha hecho con el siguiente argumento: *No cabe penalizar al consumidor que tiene derecho legal a desistir*. De acuerdo con las condiciones contenidas (en 2013) en la web de ONO, al usuario que no llegaba a culminar el llamado "proceso de portabilidad" a través de internet, con todos sus pasos, se le cargaba una penalización de 70€ (impuestos incluidos). El Tribunal considera que esta conducta es encuadrable en la infracción (tipificada en el art. 50.8 de la ley madrileña de consumidores) relativa a la inclusión de cláusulas limitativas abusivas de derechos legales reconocidos a los usuarios, como es el derecho a desistir sin penalización alguna en los contratos celebrados a distancia (arts. 86.7, 101 TRLCU). Puede consultarse al respecto CORDERO LOBATO, E., "Se confirma la sanción a ONO por incumplir la obligación de informar acerca del precio final completo y por penalizar el desistimiento de los clientes que contrataron a distancia", 4 febrero 2015, publicado en: <http://blog.uclm.es/cesco/files/2016/02/Se-confirma-la-sanci%C3%B3n-a-ONO-por-incumplir-la-obligaci%C3%B3n-de-informar-acerca-del-precio-final-completo-y-por-penalizar-el-desistimiento-de-los-clientes-.pdf>