



DESISTIMIENTO EN UN CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS CELEBRADO FUERA DE ESTABLECIMIENTO MERCANTIL: ¿ES POSIBLE REPERCUTIR GASTOS EN EL CONSUMIDOR?¹

Dra. M^a del Sagrario Bermúdez Ballesteros
Profesora ayudante de Derecho Civil
Centro de Estudios de Consumo
Universidad de Castilla-La Mancha

Fecha de publicación: 27 de mayo de 2014

I. CONSULTA PLANTEADA

La OMIC de Fuenlabrada se pone en contacto con el Centro de Estudios de Consumo (CESCO) planteando una consulta –secuencia de otra anterior- respecto a la posibilidad de repercutir gastos en el consumidor que desiste de un contrato de prestación de servicios celebrado fuera de establecimiento mercantil.

Para facilitar el seguimiento del caso, comenzamos recordando el relato de los hechos y las cuestiones que se planteaban en la primera consulta:

Se trataba de un contrato de prestación de servicios en el que Canal Plus “capta” como cliente al consumidor telefónicamente, procediéndose en el momento de la instalación del servicio en el domicilio del consumidor a la entrega y firma del contrato. Al pretender ejercitar el consumidor el derecho de desistimiento, Canal Plus se opone argumentando que el contrato celebrado no tiene la consideración de contrato a distancia, al haberse realizado en presencia física del cliente y el instalador de Canal Plus.

Eran dos las cuestiones planteadas respecto al contrato celebrado:

- ¿Se trata de un contrato celebrado a distancia o fuera de establecimiento mercantil?
- ¿Tendría el consumidor derecho a desistir del contrato? En caso afirmativo, ¿cuál sería el régimen?

¹ Trabajo realizado dentro del Proyecto de Investigación DER2011-28562, del Ministerio de Economía y Competitividad (“Grupo de Investigación y Centro de Investigación CESCO: mantenimiento de una estructura de investigación dedicada al Derecho de Consumo”), que dirige el Prof. Ángel Carrasco Perera.

De manera resumida, la respuesta² que se daba a ambos interrogantes era: se trataba de un contrato encuadrable en la modalidad de los celebrados fuera de establecimiento mercantil y el consumidor tenía reconocido por ley el derecho a desistir del contrato. Además, la respuesta al caso se ofrecía desde los dos posibles escenarios de regulación, teniendo en cuenta el régimen transitorio estipulado por la Ley 3/2014, de 27 de marzo: el anterior y el posterior a la fecha de 13 de junio de 2014³.

La cuestión que ahora se formula es:

Tratándose de un contrato de prestación de servicios celebrado fuera de establecimiento mercantil, ¿puede el empresario reclamar al consumidor -que desiste dentro de plazo- los costes de instalación, la cuota de inscripción y el importe de la primera mensualidad por el disfrute del servicio?

II. RESPUESTA A LA CONSULTA

De nuevo, aunque la consulta planteada se circunscribe a un contrato de prestación de servicios celebrado fuera de establecimiento mercantil sometido al régimen de desistimiento previsto en el TRLGDCU anterior a la reforma introducida por la Ley 3/2014 (por haberse celebrado el contrato antes del 13 de junio de 2014), plantearemos la respuesta a la luz de los dos regímenes aplicables: el anterior y el posterior a la fecha de 13 de junio de 2014.

La cuestión es trascendente pues, como veremos, si bien *en el primer caso* el principio que inspira el régimen del desistimiento es el de la total y absoluta indemnidad económica del consumidor respecto a cualquier gasto o coste que se pretenda repercutir en él en caso de que desista, incluso respecto de los servicios prestados durante el plazo de ejercicio del mismo, *en el segundo*, para el supuesto de que el consumidor desista de un contrato de prestación de servicios que hayan comenzado a prestarse durante el plazo

² La respuesta detallada se puede consultar en: BERMÚDEZ BALLESTEROS, M^a. S., “Contrato ofertado por vía telefónica y perfeccionado en el domicilio del consumidor: ¿Se trata de un contrato celebrado a distancia o fuera de establecimiento mercantil?”. Publicado en: <http://blog.uclm.es/cesco/files/2014/05/Contrato-ofertado-por-vía-telefónica-y-perfeccionado-en-el-domicilio-del-consumidor.pdf>

³ Dicha Ley, que modifica el TRLGDCU (entre otras novedades, incorpora una nueva noción de “contrato celebrado a distancia” y “contrato celebrado fuera de establecimiento mercantil” e introduce un nuevo y único régimen para desistir en ambos tipos de contratos), y que según establece su Disp. Final decimotercera, entró en vigor el día siguiente al de su publicación en el BOE, sin embargo, difiere la aplicación de las disposiciones contenidas en la misma a los contratos con consumidores celebrados a partir del 13 de junio de 2014 (Disp. Transitoria única).

de desistimiento, se establece un régimen de restitución más compensado o equilibrado en el que el consumidor tendrá que abonar al empresario la parte proporcional al servicio efectivamente prestado.

1. Contratos celebrados fuera de establecimientos mercantiles antes del 13 de junio de 2014

En estos casos el ejercicio del desistimiento se regirá por lo establecido en los arts. 68 a 79 TRLGDCU (régimen general de ejercicio del desistimiento) junto a las especialidades recogidas para esta modalidad contractual en los arts. 110 a 113 TRLGDCU (art. 110, párrafo primero TRLGDCU).

Centrándonos en los gastos vinculados al ejercicio del derecho de desistimiento, el TRLGDCU consagra la regla de indemnidad económica para el consumidor, liberando a éste de tener que correr con el pago de cualquier cantidad o gasto que pudiera conllevar su decisión de desistir. Dicha regla se pone de manifiesto en varios preceptos:

- El **art 73** (*Gastos vinculados al desistimiento*) dispone: “El ejercicio del derecho de desistimiento **no implicará gasto alguno para el consumidor y usuario**”.
- El **art. 74. 1 y 2** (*Consecuencias del ejercicio del desistimiento*) establece: “1. Ejercido el derecho de desistimiento, las partes deberán restituirse recíprocamente las prestaciones de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 1303 y 1308 del Código Civil”. “2. **El consumidor y usuario no tendrá que reembolsar cantidad alguna** por la disminución de valor del bien, que sea consecuencia de su uso conforme a lo pactado o a su naturaleza, o por **el uso del servicio**”.
- El **art. 76** (*Devolución de las sumas percibidas por el empresario*) señala: “Cuando el consumidor y usuario haya ejercido el derecho de desistimiento, **el empresario estará obligado a devolver las sumas abonadas por el consumidor y usuario sin retención de gastos**. La devolución de estas sumas deberá efectuarse lo antes posible y, en cualquier caso, en el plazo máximo de treinta días desde el desistimiento”.

Por otro lado, el **art. 68.1** TRLGDCU recoge la **prohibición de penalizar al consumidor por el ejercicio del derecho de desistimiento**, sancionando con la nulidad de pleno derecho la inclusión de cláusulas que le impongan penalización al respecto.

Tanto la regla de exención de gastos para el consumidor (art. 73) como la regulación de las condiciones en que la obligación restitutoria del empresario ha de ser cumplida (art. 76) manifiestan el propósito de que el desistimiento no conlleve coste alguno para el consumidor. Por lo que, en caso de desistimiento, el empresario estará obligado a reintegrar el importe total satisfecho por el consumidor, sin que tal cantidad se pueda ver reducida por el descuento de ningún gasto. En este sentido, la alusión que el art. 76 hace a la devolución de las “sumas abonadas” por el consumidor y no a la devolución del precio, ha de interpretarse en el sentido de reembolso por parte del profesional de aquellas cantidades que haya recibido tanto en concepto de precio (*v. gr.* primera mensualidad abonada por el disfrute del servicio) como en concepto distinto del de precio (*v. gr.* costes de instalación y cuota de inscripción).

Respecto a la obligación de restitución que se impone al consumidor (art. 74.2), tratándose de contratos de prestación de servicios, que por naturaleza son irrestituibles, el ejercicio del derecho de desistimiento en estos casos lo soporta exclusivamente el empresario: el consumidor de servicios podrá desistir, dentro del plazo establecido, sin necesidad de restituir ni siquiera el valor de la prestación recibida exigiendo la devolución del precio.

En estos casos, si el empresario no quiere exponerse a tener pérdidas por la prestación del servicio sin recibir nada a cambio, le convendrá comenzar a prestarlos una vez que haya expirado el plazo de desistimiento (siete días hábiles). En esta línea, el art. 102 e) TRLCU (dentro de la sección dedicada a la regulación del desistimiento en los contratos a distancia), prevé la posibilidad de que las partes excluyan el derecho de desistimiento en los “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”. Sin embargo, tal excepción no se prevé en la modalidad de contratos celebrados fuera de establecimiento, por lo que en estos casos se hace posible el desistimiento aun en el supuesto de que el servicio haya comenzado a prestarse al consumidor. En tales hipótesis –repetimos–, se aplicará la regla general que recoge el art. 74.2 *in fine*, de manera que “no tendrán que reembolsar cantidad alguna por la disminución del valor del bien, que sea consecuencia de sus uso conforme a lo pactado o a su naturaleza, o por el uso del servicio”.

En definitiva, el régimen de ejercicio del desistimiento en los contratos celebrados fuera de establecimientos mercantiles anteriores al 13 de junio de 2014 permite concluir que:

- En caso de desistimiento, **el consumidor queda exento de correr con cualquier gasto o penalización que el empresario pretenda repercutirle, ya sea en concepto de precio** (*v. gr.* primera mensualidad

abonada por el disfrute del servicio) **como en concepto distinto del de precio** (v. gr. costes de instalación y cuota de inscripción). Además, insistimos, **en caso de que los servicios hubieran comenzado a prestarse durante el plazo de desistimiento, no tendrá que satisfacer cantidad alguna por ello.**

- Y, **en caso de que las cantidades por los conceptos expuestos ya se hubiesen abonado por el consumidor, el empresario estará obligado a la restitución de las mismas.** En este último caso, el plazo de que dispone el empresario para proceder a la devolución deberá ser lo más corto posible, sin que su reintegro pueda dilatarse más de 30 días; si transcurre dicho plazo sin que el consumidor haya recibido la suma adeudada, a modo de sanción para el empresario, el consumidor podrá exigirle el importe duplicado, lo que no excluye, incluso, una indemnización de daños y perjuicios en lo que supere tal cuantía (art. 76 TRLGDCU).

2. Contratos celebrados fuera de establecimientos mercantiles después del 13 de junio de 2014

El régimen de desistimiento se contiene en los nuevos arts. 102 a 108 TRLGDCU.

Con relación a los costes repercutibles en el consumidor destacamos los siguientes preceptos:

- El **art. 102** comienza señalando 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**”. Añadiendo a continuación 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”.
- El **art. 108.3**, con relación a los supuestos de contratación a distancia o fuera de establecimiento en aquellos casos en que el consumidor desee que la prestación de servicios dé comienzo durante el plazo de desistimiento, establece que si el consumidor desiste, “abonará al empresario **un importe proporcional a la parte ya prestada del servicio en el momento en que el consumidor haya informado al empresario del ejercicio del derecho de desistimiento, en relación con el objeto total del contrato**”.

En estos supuestos el importe proporcional que debe abonar el consumidor se calcula sobre la base del precio total acordado en el contrato, salvo que éste sea

excesivo, en cuyo caso se calcula sobre la base del valor de mercado de la parte ya prestada del servicio.

- El **art. 107.1** obliga al empresario a **reembolsar “todo pago recibido del consumidor y usuario**, incluidos, en su caso, los costes de entrega, sin demoras indebidas y, en cualquier caso, antes de que hayan transcurrido 14 días naturales desde la fecha en que haya sido informado de la decisión de desistimiento del contrato del consumidor y usuario de conformidad con el artículo 106”.

El sistema de compensación de gastos establecido en el nuevo régimen, no debe suponer penalización alguna para el consumidor, ni retención o cobro de cantidad por desistir, sino que se trata de una medida tendente a evitar el enriquecimiento del consumidor, en detrimento del empresario.

En todo caso, el consumidor quedará exento de asumir dicho coste por desistir cuando:

- 1º. El empresario no le haya informado con carácter previo a la celebración del contrato de que le correspondía asumirlo.
- 2º. Cuando el consumidor no haya solicitado expresamente que comience la prestación del servicio durante el período de desistimiento (14 días naturales) (art. 108.4.a).

Concluyendo, el régimen de ejercicio del desistimiento en los contratos celebrados fuera de establecimientos mercantiles con posterioridad al 13 de junio de 2014 nos lleva a afirmar que:

- **El único coste que el consumidor debe asumir**, siempre que haya comenzado la prestación del servicio durante el plazo de desistimiento con su consentimiento expreso y el empresario le haya informado al respecto, **es el valor proporcional a la parte del servicio efectivamente prestado**. Si en el caso sometido a consulta se dan las anteriores condiciones, el consumidor únicamente tendría que correr con el importe proporcional de la parte de servicio prestado por Canal Plus.
- **Toda cantidad que haya abonado el consumidor, ya sea en concepto de precio, una vez descontado el importe proporcional a la parte del servicio prestado** (v. gr. la parte restante de la primera mensualidad abonada por el disfrute del servicio) **como en concepto distinto del de precio** (v. gr. costes de instalación y cuota de inscripción), **deberá ser devuelta por el empresario**. Y la devolución deberá llevarse a cabo sin demoras indebidas y, en todo caso, antes del transcurso de 14 días desde la fecha en que el empresario haya sido informado del desistimiento; si transcurre dicho plazo sin que el consumidor



www.uclm.es/centro/cesco

haya recibido la suma adeudada, a modo de sanción para el empresario, el consumidor podrá exigirle el importe duplicado, lo que no excluye, incluso, una indemnización de daños y perjuicios en lo que supere tal cuantía (art. 107.1 *in fine*).