

## **PARTICULARIDADES DEL DERECHO DE DESISTIMIENTO EN LA CONTRATACIÓN A DISTANCIA DE SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES<sup>1</sup>**

*Lourdes García Montoro*  
*Centro de Estudios de Consumo*  
*Universidad de Castilla-La Mancha*

*Fecha de publicación: 19 de diciembre de 2015*

Se recibe consulta en CESCO de la OMIC mancomunada de Campo de Calatrava en la que se plantean una serie de cuestiones relacionadas con la contratación a distancia de servicios de telecomunicaciones, que procedemos a responder.

- 1. En un contrato a distancia en el que se solicita la portabilidad de líneas telefónicas y ADSL, ¿cuándo comienza a contar el plazo de 14 días para desistir?: cuando se realiza la contratación a través de una grabación de voz, cuando se recibe el router en casa o cuando se comienza a disfrutar de la prestación del servicio**

La contratación de servicios de telecomunicaciones se realiza en la mayoría de los casos de forma telemática, ya sea a través de internet o mediante una llamada telefónica. La utilización de técnicas de contratación a distancia es ya una constante en lo que a prestación de servicios de telecomunicaciones se refiere, pero la protección del consumidor y usuario en este tipo de contratación sigue generando problemas en la práctica.

El legislador, consciente de las dificultades que plantea esta modalidad de contratación, dedicó el Título III del TRLGDCU a la regulación de los contratos celebrados a distancia y fuera de establecimiento mercantil, preceptos que, como marco de protección del consumidor, se utilizarán como norma supletoria a la normativa sectorial que resulte de aplicación por razón de la materia, en este caso,

---

<sup>1</sup> Trabajo realizado en el marco del Proyecto Convenio de colaboración entre la UCLM y el Ilustre Colegio Notarial De Castilla-La Mancha (17 enero 2014) (OBSV) con referencia CONV140025, que dirige el Prof. Ángel Carrasco Perera

la Ley 9/2014, General de Telecomunicaciones<sup>2</sup> y otras normas que se hubieran dictado en desarrollo de ésta.

El artículo 53 de la LGTel establece los requisitos relativos a la información precontractual que los operadores de servicios de telecomunicaciones tienen que facilitar al futuro usuario, indicando que la información mínima a incluir será la prevista en el TRLGDCU, a lo que añade algunos requisitos adicionales. Dado que la obligatoriedad de facilitar información al usuario final sobre su derecho de desistimiento en la contratación a distancia está recogida en el artículo 97.1 i) del TRLGDCU, analizaremos las previsiones contenidas en esta norma.

En particular, por lo que al plazo de ejercicio del derecho de desistimiento respecta, el artículo 104 del TRLGDCU establece que el plazo para desistir 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.*

Es decir, que el plazo para ejercitar el derecho de desistimiento comenzará a computarse desde que se realice la grabación de voz confirmando la contratación del servicio. A partir de esta conversación telefónica, dispone el usuario de 14 días naturales para ejercer su derecho de desistimiento, siempre que el empresario le haya informado debidamente de ello y de la forma en que debe ejercitarlo. A falta de esta información, de conformidad con lo previsto en el artículo 105 TRLGDCU, “*el periodo de desistimiento finalizará doce meses después de la fecha de expiración del periodo de desistimiento inicial.*” Si el empresario no hubiera facilitado la información sobre el derecho de desistimiento en el momento de la contratación, pero lo hubiera hecho en un momento posterior dentro de los doce meses siguientes a la expiración de lo que debería haber sido el plazo inicial de desistimiento, el consumidor y usuario dispondrá de 14 días naturales a partir del momento en que reciba la información para ejercitar su derecho de desistimiento.

## **2. ¿Sirve un SMS como soporte duradero para confirmar la formalización de un contrato y el envío del documento de desistimiento?**

La información precontractual deberá facilitarse al consumidor y usuario de forma gratuita y al menos en castellano, tal y como se prevé en el artículo 60.4 TRLGDCU, a lo que añade el artículo 53.4 de la LGTel la necesidad de que los operadores entreguen a los usuarios por escrito o en cualquier otro soporte duradero el contrato celebrado.

---

<sup>2</sup> En adelante, LGTel.

En cuanto a la contratación a distancia o fuera de establecimiento mercantil, establece el artículo 97.1 i) del TRLGDCU que antes de que el usuario quede vinculado por cualquier contrato de esta índole, el empresario le facilitará de forma clara y comprensible: *“cuando exista un derecho de desistimiento, las condiciones, el plazo y los procedimientos para ejercer ese derecho, así como el modelo de formulario de desistimiento.”*

Cuando, tal y como ocurre en el caso objeto de estudio, la contratación se realice de forma telefónica, el artículo 98.6 del TRLGDCU obliga al empresario a *“confirmar la oferta al consumidor y usuario por escrito, o salvo oposición del mismo, en cualquier soporte de naturaleza duradera. El consumidor y usuario sólo quedará vinculado una vez que haya aceptado la oferta mediante su firma o mediante el envío de su acuerdo por escrito, que, entre otros medios, podrá llevarse a cabo mediante papel, correo electrónico, fax o sms.”*

La obligación del empresario de facilitar al consumidor y usuario la confirmación del contrato celebrado en un soporte duradero se ratifica en el párrafo 7 del artículo 98, que describe la información que debe incluir dicha confirmación contractual, en particular:

*“a) Toda la información que figura en el artículo 97.1, salvo si el empresario ya ha facilitado la información al consumidor y usuario en un soporte duradero antes de la celebración del contrato a distancia, y*

*b) Cuando proceda, la confirmación del previo consentimiento expreso del consumidor y usuario y del conocimiento por su parte de la pérdida del derecho de desistimiento de conformidad con el artículo 103.”*

Si atendemos a lo previsto en el RD 899/2009, por el que se aprueba la Carta de Derechos del Usuario de los Servicios de Comunicaciones Electrónicas, el artículo 12.1 establece que *“los operadores de servicios de comunicaciones electrónicas publicarán sus condiciones generales de contratación en un lugar fácilmente accesible de su página de Internet. Asimismo, facilitarán dichas condiciones por escrito, si así lo solicita un usuario final, que no deberá afrontar gasto alguno por su recepción, e informarán sobre ellas en el teléfono de atención al público”*.

La cuestión de qué debe entenderse por soporte duradero no ha estado exenta de polémica, pues la progresiva implantación de las nuevas tecnologías en la vida cotidiana ha propiciado la aparición de nuevos medios que pudieran utilizarse como soporte duradero en el que facilitar la información contractual al consumidor y usuario. Además, el sector de las telecomunicaciones en general y de la portabilidad de servicios de telefonía en particular, asienta su negocio en la contratación

telefónica con consumidores, y estos deberes de documentación de la contratación suponen una carga para los operadores que les está costando bastante asumir.

Todas las previsiones relativas al derecho de desistimiento en la contratación a distancia o fuera de establecimiento mercantil previstas en el TRLGDCU se han visto modificadas por la Ley 3/2014, que ha fortalecido estos requisitos de documentación buscando obtener una mayor protección del usuario, pero obviando las perversas consecuencias que estas limitaciones pueden acarrear<sup>3</sup>.

El artículo 98.6 TRLGDCU establece la posibilidad de que el empresario confirme la oferta en cualquier soporte de naturaleza duradera, pero sólo cuando el usuario se hubiera opuesto a que esta confirmación se realice por escrito. Sin embargo, la facultad que el mismo precepto le otorga al usuario de aceptar la oferta mediante papel, correo electrónico, fax o sms, y atendiendo a la buena fe en las relaciones comerciales que debe regir la relación empresario-consumidor, no parece inadecuado pensar que el envío del sms por parte del empresario con la información precontractual y la confirmación de la contratación pudiera considerarse un soporte duradero, pues otorga al usuario la posibilidad de guardar la comunicación en su dispositivo y acceder a la información contenida en el sms en cualquier momento.

Tradicionalmente, los operadores de telecomunicaciones han realizado la confirmación de la contratación de forma telefónica o vía sms, incluyendo en este último caso la información relativa al sitio web en el que se encuentran publicadas las condiciones generales de la contratación del servicio acordado y, normalmente, donde también se encuentra disponible el documento para que el usuario ejercite su derecho de desistimiento si así lo considera conveniente.

El TJUE se pronunció en una cuestión prejudicial resuelta en 2012<sup>4</sup> sobre la imposibilidad de considerar soporte duradero la información publicada en la web del empresario, puesto que no permite al consumidor almacenar dicha información dirigida personalmente a él, ni garantiza que no se ha alterado su contenido, así como su accesibilidad por un periodo adecuado. Sin embargo, reconoce que el hecho de enviar un vínculo al consumidor a través del cual se puede acceder a la información contractual debe considerarse suficiente para considerar que tiene conocimiento de la misma, y que en cualquier caso debe acceder a través de ese vínculo.

---

<sup>3</sup> A este respecto, MENDOZA LOSANA, A.R.; Inminente reforma de la Ley General de Defensa de los Consumidores, CESCO, 2013, <https://www.uclm.es/centro/cesco/pdf/noticias/2013/inminenteReforma.pdf>

<sup>4</sup> STJUE (Sala Tercera) de 5 de julio de 2012, C 94/11; comentada por STROIE, IULIANA R., CESCO, 2012, [https://www.uclm.es/centro/cesco/pdf/derecho\\_informacion.pdf](https://www.uclm.es/centro/cesco/pdf/derecho_informacion.pdf)

A este respecto, debería haberse tenido en cuenta también la posibilidad de que el usuario, una vez accede al sitio web en el que se encuentran publicadas las condiciones de la contratación, imprima esa información y la almacene en formato papel o electrónico, señalando en ella la fecha en que realizó la consulta web y la dirección web a través de la que obtuvo la información, garantizando así la disponibilidad de la información en el tiempo y la seguridad de que no se altera su contenido.

Quizá era esta la intención del legislador al establecer la necesidad de que la confirmación contractual se realice por escrito, si el usuario no solicita que se le facilite por otro medio, aunque la cuestión podría haberse tratado de forma más laxa, respetando el principio de libertad de forma en la contratación establecido en el artículo 1278 CC.

Si bien la cuestión sigue siendo controvertida, de conformidad con el vigente TRLGDCU será necesario que el operador de telecomunicaciones facilite al usuario la documentación contractual por escrito, a no ser que este se oponga y solicite el envío por sms u otro soporte adecuado.

**3. Cuando el SMS dice que se adjunta el contrato y el documento de desistimiento, ¿debe demostrar el consumidor que el SMS no adjuntaba ningún tipo de documentación?**

De conformidad con el artículo 97.5 del TRLGDCU “*corresponderá al empresario probar el correcto cumplimiento de sus deberes informativos y, en su caso, el pacto expreso del contenido de la información facilitada antes de la celebración del contrato.*”

Según esto, la carga de la prueba del cumplimiento de las obligaciones de información que atañen al empresario, como lo son la entrega del contrato y del documento de desistimiento del mismo, recaen sobre el empresario y no sobre el consumidor y usuario.

Sin embargo, procede aquí realizar una precisión técnica. ¿Es posible adjuntar algún tipo de documentación en un sms? El servicio de mensajería sms se encuentra normalmente limitado al envío de un texto, pero no cabe la posibilidad de incluir documentos adjuntos como sí sería posible de haberse utilizado otras técnicas de comunicación como el correo electrónico.

De tratarse del supuesto en el cual se facilita al usuario mediante sms el vínculo al sitio web donde se encuentra disponible la información contractual y el documento

de desistimiento, y habiendo accedido el usuario a utilizar este medio para sus comunicaciones con el empresario, no habría impedimento para entender que la documentación se ha facilitado adecuadamente. Ello sometido a la expresa aceptación del usuario respecto del uso de este medio de comunicación y habiendo renunciado a que se le facilite la información por escrito, en el sentido previsto por el artículo 98.6 TRLGDCU.

**4. En la grabación de voz de un contrato a distancia de telefonía, ¿se puede proponer al consumidor la renuncia al desistimiento con el fin de someter dicho contrato a lo dispuesto en el artículo 103 del TRLGDCU, modificado por Ley 3/2014? ¿Se trataría de una cláusula abusiva?**

El artículo 103 del TRLGDCU, tras la modificación introducida por la Ley 3/2014, establece una serie de excepciones al derecho de desistimiento, que no resultará de aplicación, por lo que aquí interesa, y de conformidad con el párrafo a) de dicho precepto, 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.”*

En cuanto a la ejecución del contrato a distancia, el artículo 109 del TRLGDCU prevé que *“salvo que las partes hayan acordado otra cosa, el empresario deberá ejecutar el pedido sin ninguna demora indebida y a más tardar en el plazo de 30 días naturales a partir de la celebración del contrato.”*

Pero, ¿qué debemos entender por ejecución del contrato? La prestación de servicios de telecomunicaciones, telefonía y ADSL, sería un contrato de tracto sucesivo, pues se trata de un servicio que se presta ininterrumpidamente y hasta la fecha de finalización del contrato o hasta su resolución por las causas legalmente previstas. Es decir, que el contrato no podrá perfeccionarse completamente hasta que finalice la fecha prevista de prestación de los servicios que, por regla general, se contratan por anualidades. Cuando nos referimos a ejecución del contrato en el ámbito de las telecomunicaciones o de otros servicios de suministro parece más razonable pensar que la ejecución del contrato se refiera al momento de efectivo comienzo de la prestación de servicios. En el caso de una portabilidad en telefonía, la ejecución del contrato tendría lugar cuando se obtenga el alta en la compañía en la que se ha solicitado la portabilidad.

Así las cosas, el operador de telecomunicaciones debería informar al usuario en el momento de la contratación de la pérdida del derecho de desistimiento una vez que se haya portado la línea al nuevo operador, y renunciar el usuario expresamente a su ejercicio una vez disfrute de los servicios prestados por el nuevo operador, con independencia del momento en que sea efectiva la portabilidad, que deberá ejecutarse sin demora indebida y a más tardar en los 30 días siguientes a la celebración del contrato.

A pesar de la irrenunciabilidad de los derechos reconocidos al consumidor y usuario contemplada en el artículo 10 TRLGDCU, según el cual “*la renuncia previa a los derechos que esta norma reconoce a los consumidores y usuarios es nula*”, el TRLGDCU prevé expresamente en su artículo 103 a) la posibilidad de que el usuario manifieste su renuncia al derecho de desistimiento cuando se haya ejecutado completamente el contrato a distancia, sin que pueda declararse la abusividad de una cláusula que faculta al empresario para actuar de esta forma y con el único requisito de que el usuario haya consentido de forma previa y reconocido que perderá su derecho a desistir una vez se haya ejecutado el contrato. Sin embargo, ello no quiere decir que se acuda a esta fórmula en todos los casos de contratación a distancia, si bien es verdad que algunas compañías podrían utilizarlo de forma perversa pues, si pudieran realizar la portabilidad de forma rápida, por ejemplo en 24 o 48 horas, el usuario se vería privado de ese plazo de gracia de 14 días en los que podría haber desistido unilateralmente del contrato sin indicar motivo alguno.

**5. ¿Es legal que a la hora de realizar la grabación de voz de un contrato no se le pregunte al consumidor si desea recibir dicho contrato y el documento de desistimiento por escrito?**

Como regla general, el artículo 98.6 TRLGDCU establece la obligación del empresario de confirmar la oferta al consumidor y usuario por escrito, salvo que éste se oponga, caso en el cual podrá facilitarse la confirmación en cualquier soporte de naturaleza duradera. Es decir, que en la contratación telefónica, si nada se dice al respecto o el usuario no manifiesta otra cosa, el empresario deberá facilitar a su cliente la documentación contractual por escrito.

Es habitual que los teleoperadores encargados de la contratación de servicios de telecomunicaciones con clientes “omitan” información en el momento de contratar, en este caso en relación a la posibilidad de solicitar que se le envíe el contrato y el documento de desistimiento por correo postal u otro medio que solicite el usuario, escudándose en las limitaciones del medio de comunicación utilizado. Pero el

legislador ya se ha ocupado de colmar esta laguna al establecer que la confirmación de la oferta se realizará “por escrito”, no bastando con la mera información a través de una conversación telefónica. La norma no obliga al empresario a ofrecer un abanico de posibilidades al usuario, quien sí puede solicitarlas, entendiéndose cumplida la obligación de facilitar la confirmación de la oferta de forma escrita cuando se facilite dicha documentación por escrito a través de alguno de los medios de contacto que el usuario hubiera indicado en el momento de la contratación.

Es decir, que la posibilidad de recibir la información de forma escrita por uno u otro medio, con independencia de que se ofrezcan o no varias posibilidades, la determina de forma tácita el propio usuario al indicar a la empresa sus datos de contacto; si no facilita su correo electrónico sino sólo su dirección postal, debería recibir la documentación por correo postal. Aunque habrá que tener en cuenta aquí también lo ya apuntado en respuesta a la pregunta 2 sobre la validez del sms como soporte duradero y la remisión a una página web para acceder a los documentos contractuales.

En cualquier caso, el consumidor puede indicar *motu proprio* sus preferencias en cuanto al medio a través del cual desea recibir la documentación contractual, sin necesidad de que la empresa le pregunte al respecto y siempre estando obligada ésta a facilitar la documentación por escrito o en otro soporte duradero.