

¿ANTE QUIÉN DEBE RECLAMAR EL USUARIO DE TELEFONÍA MÓVIL QUE UTILIZA EL SERVICIO “PAGOS”?¹

Ana I. Mendoza Losana
M^a Nieves Pacheco Jiménez
Centro de Estudios de Consumo
Universidad de Castilla-La Mancha

Fecha de publicación: 12 de diciembre de 2014

I. CONSULTA

El presente informe pretende dar respuesta a la consulta realizada por la OMIC de Miajadas (Cáceres) sobre los posibles problemas que conlleva el uso de teléfonos móviles y *smartphones* para realizar operaciones de pago. Se plantea el supuesto habitual del cliente que, negando haber autorizado conscientemente el pago, reclama a las operadoras de red de telefonía por la inclusión en su factura de un cargo por pago (“pagos Vodafone”, “pagos Movistar”) realizado a terceras empresas prestadoras de servicios, y aquéllas se declaran como simples intermediarias de la operación de pago, negándose a devolver el importe cargado.

Es preciso señalar que el caso planteado entraña cierta dificultad, tanto por la normativa sectorial aplicable como por la compleja interrelación de los sujetos intervinientes. No obstante, se tratará de resolver lo más didácticamente posible las dudas sobre la procedencia o no de aplicar la regulación sobre servicios de pago a este tipo de supuesto, así como ofrecer soluciones viables en lo atinente a la devolución de cantidades indebidamente cobradas.

II. ¿APLICABILIDAD DE LA NORMATIVA DE SERVICIOS DE PAGO?

1. Modalidades de pago a través de teléfonos móviles/*smartphones*

En primer lugar es necesario determinar si al supuesto descrito en la consulta remitida se le aplica la Ley de Servicios de Pago (Ley 16/2009, de 13 de noviembre; en lo sucesivo, LSP)².

¹ Trabajo realizado en el marco 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.

Es cierto que la referida norma se presenta como un texto complejo de entender por el usuario. Esto choca de lleno con la práctica realidad, en la que la mayoría de los consumidores cuenta con una tarjeta de pago y un dispositivo electrónico (v. gr., teléfono móvil, *smartphone*, *tablet*) con el que realizar operaciones de pago rápidas y desde cualquier ubicación.

Dado que los teléfonos móviles y *smartphones* se han convertido en un instrumento imprescindible para gran parte de la población y el uso de tarjetas (débito y crédito) ha disminuido, sobre todo para importes pequeños (menos de 20 euros)³, los Bancos (emisores de tarjetas) y operadoras de telecomunicaciones han encontrado un nicho de mercado rentable⁴.

Para comprender si al supuesto objeto de consulta le es o no de aplicación la LSP, es preciso abordar brevemente las modalidades para realizar pagos a través de móviles y *smartphones*. A saber:

1) “Pagos” de cada operadora de telefonía⁵ (v. gr., Movistar, Vodafone): Se realizan a través de mensajes cortos y sin necesidad de facilitar datos bancarios o números de tarjeta a los prestadores de bienes o servicios. El mecanismo para cargar el importe de las compras hechas a terceros en la factura de telefonía móvil es el siguiente: el cliente selecciona desde el móvil el contenido que le interesa, autoriza el cargo en su factura y acepta el pago mediante el envío de un SMS Premium (en adelante, SMS). Si el cliente está registrado, podrá ver todas sus compras y los intentos de compra o cobro que no se han confirmado o no han sido finalmente aceptados, controlando así los movimientos realizados. El pago mediante la factura del operador de red evita suministrar los datos de una tarjeta de crédito pero también supone un riesgo al no ser plenamente conscientes del gasto hasta recibir la factura. Esta modalidad se

² (BOE núm. 275, de 14 de noviembre de 2009).

Desarrollada por Real Decreto 712/2010, de 28 de mayo, de régimen jurídico de los servicios de pago y de las entidades de pago (BOE núm. 131, de 29 de mayo de 2010), modificado por RD 256/2013, de 12 de abril, que incorpora a la normativa de las entidades de crédito los criterios de la Autoridad Bancaria Europea de 22 nov. 2012, sobre la evaluación de la adecuación de los miembros del órgano de administración y de los titulares de funciones clave); y por la Orden EHA/1608/2010, de 14 de junio, sobre transparencia de las condiciones y requisitos de información aplicables a los servicios de pago (BOE núm. 148, de 1 de junio de 2010), modificada por OM EHA/2899/2011, de 28 de octubre, sobre transparencia y protección del cliente de servicios bancarios.

³ Vid. Barómetro Anual de las Tarjetas en España 2013, presentado por Mastercard:

<http://www.expansion.com/2013/12/11/empresas/banca/1386790453.html?a=8fa057cedfaed4559a0bece1e0b775f&t=1417260990>

⁴ Un 58% de los españoles querría pagar directamente con su teléfono móvil en los comercios, y un 56% de los usuarios de teléfonos móviles ya usa sus terminales para realizar compras. (Vid. <http://www.expansion.com/2014/03/22/empresas/digitech/1395503415.html>)

⁵ Vid. tabla de países donde se puede usar la facturación del operador de telefonía móvil para comprar aplicaciones y contenido digital en: <https://support.google.com/googleplay/answer/2651410>

encuentra activada por defecto debiendo proceder el cliente a la correspondiente desconexión del servicio.

2) Con la evolución de la tecnología, hace más de un año los tres principales operadores de red españoles (Movistar, Vodafone y Orange) hicieron públicos sus planes para lanzar comercialmente sus aplicaciones de pago por móvil⁶. Estas aplicaciones permiten el pago a través de dos vías⁷:

A) Tarjetero o monedero virtual (“wallet”): Especie de cartera electrónica vinculada a una tarjeta que permite, a través de las correspondientes aplicaciones (*apps*), pagar *on-line* multitud de transacciones diarias. El uso del monedero es fácil: al tocar la tarjeta deseada en la pantalla del *smartphone*, se selecciona la aplicación correspondiente, se activa y, a continuación, se puede utilizar para realizar un pago. Es más, los monederos de última generación incluyen también la posibilidad de que los bancos ofrezcan todos sus servicios móviles en una sola aplicación para el *smartphone*, pudiendo el usuario realizar operaciones bancarias a través de él⁸.

B) Conectividad NFC: “*Near Field Communication*” es un sistema de comunicación inalámbrico de corto alcance (< 5 cm), funcionando por proximidad, integrado en *smartphones* y *tablets*, que permitirá a sus usuarios realizar pagos de forma segura almacenando de modo seguro los medios transaccionales (tarjetas y cuentas bancarias) en el dispositivo y posteriormente autorizándose cada transacción con un número único de un solo uso. Asimismo, también se pueden realizar pagos en establecimientos físicos que dispongan de un terminal TPV con chip NFC⁹. De este modo, acercando el móvil al terminal, se efectuaría el pago.

⁶ Los primeros en crear una alianza para desarrollar negocios digitales, incluyéndose la implementación de un “*wallet*” para permitir servicios de pago de dinero a través del móvil, fueron CaixaBank, Santander y Telefónica. Posteriormente, Mastercard y Orange firmaron un acuerdo estratégico para potenciar y acelerar soluciones de pago a través del móvil por medio de la tecnología NFC. El último acuerdo ha sido el de La Caixa con Telefónica, Vodafone, Orange y Visa Europe para el lanzamiento de su servicio de pago con el móvil.

⁷ En ambas vías la seguridad de la transacción se basa en que los datos referentes al “monedero virtual” se almacenan cifrados en una memoria específica del dispositivo (módulos de chip seguros) que no es accesible para el resto del sistema operativo ni a sus aplicaciones. Aquí entra en juego el denominado *Trusted Service Manager* (vid. http://www.gi-de.com/es/trends_and_insights/tsm_for_nfc/trusted_service_manager/tsm_1.jsp). Su tarea consiste en evitar el acceso por terceros a números PIN u otros datos sensibles del *smartphone*, lo que hará distribuyendo la memoria de éste de forma segura para que las áreas del proveedor de servicios se puedan separar entre sí.

⁸ Vid. http://www.gi-de.com/es/trends_and_insights/tsm_for_nfc/wallet/wallet.jsp

⁹ La Caixa ha llegado a un acuerdo con Visa y las tres grandes operadoras de telefonía en España, Movistar, Vodafone y Orange, para el lanzamiento de una tarjeta virtual que puede ser usada en los 300.000 a 500.000 TPV contactless. (Vid. <http://www.expansion.com/2014/03/22/empresas/digitech/1395503415.html> y http://cincodias.com/cincodias/2013/12/16/mercados/1387198539_990170.html).

En estas dos vías el usuario del *smartphone* será el ordenante de operaciones de pago a través de su dispositivo (*ex art. 1.2 g) LSP*), que, con la tecnología citada, permitirá configurar un “monedero virtual” y transferir los datos de su tarjeta de crédito o débito. El proveedor de servicios de pago será la entidad bancaria emisora de la tarjeta, debiendo ejecutar correctamente la operación al proveedor del beneficiario (prestador de bienes y servicios). Concretamente el operador de red actúa como intermediario¹⁰, no sustituyendo a la entidad bancaria (proveedor de servicios de pago), sino actuando como vehículo para realizar las transacciones en base a un contrato mediante el cual cobrará un alquiler a la entidad por aceptar sus tarjetas en los móviles de sus clientes.

En definitiva, de la consulta remitida se infiere que se trata de un supuesto de la modalidad “Pagos”, donde el operador de telecomunicaciones se limita a ofrecer servicios de telecomunicaciones al usuario que envía el SMS, y puede que también y simultáneamente al usuario beneficiario/destinatario de SMS (prestador de bienes y servicios o proveedor de servicios de pago). Pueden existir diversas alternativas en función del modelo de negocio elegido por los agentes implicados.

2. El pago a través de operadora de red mediante la modalidad “Pagos”

2.1. Agentes implicados

Como se ha indicado anteriormente, el sistema de pagos mediante el envío de SMS puede configurarse sobre distintos modelos de negocio basados en la prestación de servicios de tarificación adicional (STA). Antes de analizarlos, y para identificar el rol y la responsabilidad de cada uno de los agentes implicados, conviene definir algunos conceptos:

- *Usuario emisor*: usuario que envía el SMS con la orden de pago.

¹⁰ Este papel de intermediario desaparecía con la tercera vía, creada por Bankinter al margen de las operadoras de red, inicialmente con Visa aunque también se prevé para MasterCard y American Express. El servicio facilitado por la Tarjeta Virtual Móvil, para el que es necesario un móvil con tecnología NFC, no intercambia datos en la red ni necesita cobertura. Así, el cliente se descarga en su *smartphone* una aplicación gratuita, abre una cuenta a través de la web del Banco y registra con firma electrónica las tarjetas de crédito o debito deseadas para los cargos. Tras estos pasos el móvil queda habilitado como medio de pago. El mecanismo de funcionamiento es el siguiente: cada vez que haga un pago en un terminal de punto de venta (TPV) de una tienda a través de la tecnología NFC, la aplicación genera una tarjeta virtual, que desaparece una vez que se termina la transacción cargada en la cuenta. La entidad defiende la seguridad de este sistema ya que no hay que incluir el número de tarjeta del cliente en la SIM del móvil. Esta aplicación podrá ser utilizada también por otras entidades, a las que Bankinter cobraría derechos de propiedad industrial. Cada banco puede definir de forma autónoma su propio modelo de negocio e imagen de marca en medios de pago móvil, sin la intervención de intermediarios.

(Vid. <http://www.expansion.com/2013/12/11/empresas/banca/1386790453.html?a=8fa057cedefaed4559a0bece1e0b775f&t=1417260990>
http://cincodias.com/cincodias/2013/12/06/empresas/1386353551_614857.html)

- *Usuario receptor* (o prestador de STA en la terminología de la normativa reguladora de estos servicios): cualquier persona física o jurídica, pública o privada que celebre un contrato (contrato-tipo) con un operador de servicios de red de tarificación, por el que obtiene el derecho a utilizar un número de tarificación adicional (TA) a cambio del pago de un precio. Este usuario receptor puede ser el prestador de bienes y servicios, beneficiario del pago o puede ser un prestador de servicios de pago que a su vez ejecuta la orden de pago dada a través de SMS en favor del prestador de bienes o servicios en las condiciones de un contrato marco.
- *Operador de servicios de red de TA* (coincidente o no con el operador de acceso): operador de red y/o servicios de telecomunicaciones titular del número de TA, que presta el servicio de almacenamiento y reenvío de mensajes sujetos a TA en los términos del contrato-tipo celebrado con el usuario receptor.
- *Operador de acceso*: operador de red que facilita al usuario emisor la conexión y el servicio telefónico. Es el encargado de facturar el servicio y está obligado a informar al usuario de su derecho a la desconexión de STA

A continuación se enumeran sucintamente las distintas alternativas en función de los operadores implicados:

- *Supuesto 1.* Un operador de telecomunicaciones, al que llamaremos A, es simultáneamente operador de acceso y operador de red de STA. El mismo operador A es operador de acceso de los diversos usuarios implicados, es decir, facilita el acceso a la red y presta el servicio de telecomunicaciones al usuario emisor del SMS, y ofrece idéntico servicio al receptor del mensaje. Además, el mismo operador A es titular de la numeración utilizada para el envío de SMS y presta al receptor el servicio de tarificación adicional (operador de red de STA).
- *Supuesto 2.* Un operador de telecomunicaciones (A) es operador de acceso y servicios de telecomunicaciones de los usuarios implicados y un segundo operador (B) es el operador de red de STA, titular de la numeración utilizada para enviar los SMS que facilita su uso al receptor del mensaje y le presta el servicio de almacenamiento y reenvío de mensajes sujetos a tarificación adicional.
- *Supuesto 3.* El operador A facilita acceso a red y servicios de telecomunicaciones al usuario emisor del SMS, el operador B facilita al receptor del SMS el servicio de red de tarificación adicional y un tercer operador C facilita acceso a red y servicios de telecomunicaciones al usuario receptor.

Según los términos y condiciones legales previstos por las operadoras de telecomunicaciones, los contenidos y servicios a los que el cliente accede a través del servicio “Pagos” son prestados por terceras empresas (usuario receptor o prestador de STA). Las posibilidades de compra son dos: mediante acceso único (única remuneración) y mediante acceso recurrente o

suscripción (contraprestación periódica). En cualquiera de las dos opciones la contraprestación será cobrada al cliente a través de la factura telefónica o descontando dicha cantidad de su saldo prepago.

Por su parte, el operador de telecomunicaciones se compromete a: a) suministrar el servicio “Pagos” con el estándar más alto de calidad del mercado, instalando y manteniendo siempre funcional la interfaz tecnológica necesaria para la correcta gestión de solicitudes de los clientes; b) no infringir ninguna patente, copyright, marca registrada o secreto industrial o cualquier derecho de terceros; c) suministrar un servicio de atención a los clientes de los asuntos relacionados con la facturación procesada.

Pues bien, para aceptar el cargo en la factura, el usuario tiene que haber confirmado el mismo sobre una pantalla donde aparecen las condiciones de la misma, llegando posteriormente un SMS de confirmación (en caso de no recibirlo la compra no debería haberse completado).

En la modalidad “Pagos”, el operador de red (que facilita el servicio) actúa como intermediario entre el usuario, que autoriza la operación mediante su dispositivo móvil, y el prestador de bienes y servicios. Por tanto, dicha condición le exime de exigirle las obligaciones atinentes al proveedor de servicios de pago¹¹.

2.2. Naturaleza del servicio “Pagos”

En cuanto a la naturaleza del servicio prestado concretamente mediante la modalidad “Pagos” se contemplan dos posibles alternativas:

1ª. ¿Es un servicio de pago de los previstos en el artículo 1.2 g) de la LSP¹²?:

El operador de telecomunicaciones es un operador de red y un prestador de servicios de telecomunicaciones que actúa como intermediario entre el usuario que envía el SMS y el prestador de bienes o servicios. Transmite el SMS que contiene la orden de pago pero esta orden se dirige al propio operador (supuesto 1 de los enumerados arriba) o a otro operador de

¹¹ Según el art. 2.1.9º LSP, son proveedores de servicios de pago “*los organismos públicos, entidades y empresas autorizadas para prestar servicios de pago en España o en cualquier otro Estado miembro de la Unión Europea, (...), que se dediquen profesionalmente a la prestación de servicios de pago*”; y una vez obtenida dicha autorización, “*las entidades de pago deberán, antes de iniciar sus actividades, quedar inscritas en el Registro Especial de Entidades de Pago que se creará en el Banco de España*”.

Consultado este Registro (vid. <http://app.bde.es/ren/html/inicio.htm>), los operadores de telecomunicaciones no estarían autorizados como entidades de pago.

¹² “*La ejecución de operaciones de pago en las que se transmita el consentimiento del ordenante a ejecutar una operación de pago mediante dispositivos de telecomunicación, digitales o informáticos y se realice el pago a través del operador de la red o sistema de telecomunicación o informático, que actúa únicamente como intermediario entre el usuario del servicio de pago y el prestador de bienes y servicios*”.

telecomunicaciones (supuestos 2 y 3) . En cualquiera de los casos, los operadores de telecomunicaciones no son proveedores de servicios de pago porque ni tienen autorización ni están en el registro correspondiente. Aceptando este esquema, podría entenderse que el operador perdería la condición de mero intermediario porque factura una cantidad (la correspondiente al STA a cargo del usuario receptor del mensaje) ya que de facto actúa como proveedor de servicios de pago (pero en realidad no lo es). Y esto plantea un conflicto interpretativo del artículo 3 LSP, según el cual: *“esta Ley no se aplicará a las siguientes actividades: j) los servicios prestados por proveedores de servicios técnicos como soporte a la prestación de servicios de pago, sin que dichos proveedores lleguen a estar en ningún momento en posesión de los fondos que deban transferirse, incluidos el tratamiento y almacenamiento de datos, servicios de confianza y de protección de la intimidad, autenticación de datos y entidades, la tecnología de la información y el suministro de redes de comunicación, suministro y mantenimiento de terminales y dispositivos empleados para los servicios de pago”*. En la modalidad “Pagos” el operador de telecomunicaciones sí está en posesión de los fondos, que cobra a través de las facturas de telecomunicaciones y que después ingresa en cuenta del usuario-beneficiario o del prestador de servicios de pago. La cuestión a plantearse aquí es la siguiente: si el operador posee los fondos, con obligación de restitución, ¿debería darse de alta como entidad de pago? El objeto principal de este servicio no es la posesión temporal de fondos sino la prestación de servicios de telecomunicaciones (proveedor de red y de servicios a usuario-ordenante, a usuario-beneficiario y/o a entidad de prestación de servicios de pago), y como tal se debe dar prioridad a la condición de intermediario-proveedor de red. Por ello no se aplicará la LSP, sino la normativa reguladora de la prestación de servicios de tarificación adicional.

2ª. No es un servicio de pago, sino un servicio de telecomunicaciones que da acceso a servicios de tarificación adicional (en lo sucesivo STA):

El operador de telecomunicaciones se limita a ofrecer servicios de telecomunicaciones al usuario que envía el SMS y, en su caso, también al usuario beneficiario/destinatario de SMS (que ha contratado el acceso a un número de tarificación adicional)¹³.

Ya que únicamente son STA los calificados así por la normativa correspondiente, habrá que comprobar si los mensajes analizados utilizan los rangos de numeración especificados en el artículo 4 de la Orden ITC/308/2008, de 31 de enero, por la que se dictan instrucciones sobre la utilización de recursos públicos de numeración para la prestación de servicios de mensajes

¹³ Aquí podría haber una variante y es que quien ha contratado el acceso a la red con el operador de telecomunicaciones y percibe el ingreso de lo obtenido a través de la factura telefónica puede ser un prestador de servicios de pago que ejecuta la orden de pago contenida en el SMS en la cuenta del usuario beneficiario (prestador de bienes o servicios) en las condiciones del contrato marco (*vid. infra*, p. 9).

cortos de texto y mensajes multimedia¹⁴. Si los mensajes mediante los que se da la orden de pago se corresponden con esos números, se aplicará la normativa de tarificación adicional¹⁵.

Nos hallaríamos ante servicios de tarificación adicional basados en el envío de mensajes: “*los servicios de comunicaciones electrónicas prestados tanto mediante mensajes cortos de texto (siglas en inglés SMS), como mediante mensajes multimedia (siglas en inglés MMS), que supongan el pago por los usuarios, de forma inmediata o diferida, de una retribución, añadida al precio del servicio de envío de mensajes sobre el que se soportan en concepto de remuneración por la prestación de algún servicio de información, comunicación, entretenimiento u otros*” (art. 3.1 Código de Conducta para la prestación de los servicios de tarificación adicional basados en el envío de mensajes aprobado por Resolución de la SETSI de 8 de julio de 2009)¹⁶.

III. RELACIONES CONTRACTUALES OBSERVADAS EN EL SUPUESTO OBJETO DE CONSULTA

¹⁴ Tipos servicios SMS/MMS Premium (Anexo I CC Premium):

- a) Código 2: precio inferior a 1,2 euros: Códigos de cinco dígitos que empiezan por 25 y 27 y 280AB (este último para campañas benéficas y solidarias).
- b) Código 3: Precio entre 1,2 y 6 euros; Códigos de cinco dígitos que empiezan por 35 y 37.
- c) Código 79: Suscripción, precio inferior a 1,2 euros por mensaje recibido; Códigos de seis dígitos que empiezan por 795 y 797.
- d) Código 99: Adultos con precio inferior a 6 euros: Códigos de seis dígitos que empiezan por 995 y 997.

¹⁵ Artículo 30 y DT 3ª RD 899/2009, de 22 de mayo, por el que se aprueba la carta de derechos del usuario de los servicios de comunicaciones electrónicas; Orden PRE/361/2002, de 14 de febrero, relativa a los derechos de los usuarios de los servicios de telecomunicaciones y de los servicios de tarificación adicional modificada por Orden PRE/2410/2004, de 20 de julio (BOE núm. 175, de 21-7-2004); Orden ITC/308/2008, de 31 de enero, por la que se dictan instrucciones sobre la utilización de recursos públicos de numeración para la prestación de servicios de mensajes cortos de texto y mensajes multimedia (BOE núm. 38, 13-2-2008) mod. por Orden ITC/3237/2008, de 11 noviembre (BOE núm. 274, 13-11-2008); Código de conducta para la prestación de los servicios de tarificación adicional basados en el envío de mensajes aprobado por Resolución de 8 de julio de 2009, de la SETSI (BOE 27-7-2009) mod. por Resolución de 2 de julio de 2010, de la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información, por la que se publica la modificación del Código de conducta para la prestación de los servicios de tarificación adicional basados en el envío de mensajes (BOE núm. 178, 23-7-2010) y la Resolución de 14 de noviembre de 2013, que habilita recursos públicos de numeración adicionales para la prestación de servicios de tarificación adicional basados en el envío de mensajes cortos y mensajes multimedia.

¹⁶ Es cierto que la modalidad “Pagos” descrita presenta un problema habitual: el de aquellos servicios que no se han contratado y se cargan a la factura. Es el caso de los “SMS Premium”: en algún momento el cliente rellena un formulario para participar en un sorteo, realiza una votación vía SMS o descarga algún contenido de Internet, facilitando el número de teléfono móvil; pero ello supone la suscripción encubierta a un servicio SMS que cobrará por cada mensaje recibido. Si bien nacieron como un medio para ofrecer información a cambio del coste de un mensaje, algunas empresas los utilizan para lucrarse engañando a los consumidores que no recuerdan haberse dado de alta. El Código de Conducta para la prestación de STA mediante mensajes SMS regula las obligaciones de transparencia y la necesidad de que el alta en un servicio de estas características conste expresamente mediante la palabra “ALTA”.

De lo expuesto hasta ahora todo apunta a que el servicio al que se refiere la consulta funciona como los servicios de tarificación adicional. Se pueden identificar, por tanto, varias relaciones contractuales:

1º) *Usuario (ordenante de servicios de pago) – prestador de servicios de telecomunicaciones (operador de acceso)*: Contrato de acceso a red y prestación de servicios de telecomunicaciones.

2º) *Prestador de servicios de telecomunicaciones del usuario ordenante del pago - operador de servicios de red de tarificación adicional (operador titular de los números a los que se dirigen los SMS) – prestador del servicio de telecomunicaciones del usuario destinatario del SMS (beneficiario)*: Estas relaciones contractuales son necesarias siempre que el operador titular del número de tarificación adicional no coincida con el operador u operadores que facilitan el acceso a red y la prestación de servicios de tráfico a los respectivos usuarios. Son acuerdos de interconexión o acceso a redes (intercambio de tráfico).

3º) *Operador de servicios de red de tarificación adicional (titular del número de TA) – usuario-beneficiario de servicios de pago (prestador de bienes o servicios) o proveedor de servicios de pago*: El operador de servicios de red de TA es el operador de red y/o servicios de telecomunicaciones titular del número de TA (coincidente o no con “operador de acceso”); el receptor de lo recaudado a cargo de la factura telefónica ha de estar adscrito a un número telefónico al que se destinan los SMS que contienen la orden de pago. Este beneficiario puede ser directamente el prestador de bienes o servicios (usuario-beneficiario) - es el formato de las campañas benéficas-, o podría ser un proveedor de servicios de pago que ejecutaría la orden de pago dada por el usuario y recibida a través de la red a favor del usuario beneficiario. El contrato por el que el prestador de servicios de tarificación adicional (operador de servicios de red de TA) permite a un usuario (beneficiario o proveedor de servicios de pago) el uso de un número es un contrato-tipo de prestación de servicios de telecomunicaciones (servicio de almacenamiento y reenvío de mensajes sujetos a tarificación adicional), aprobado por la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y Sociedad de la Información (art. 9º Orden 361/2002).

4º) *Usuario (ordenante de servicios de pago) – usuario-beneficiario (prestador de bienes o servicios)*: En esta concreta relación, ¿cómo pasarían los fondos pagados por el usuario-ordenante en la factura del operador de telecomunicaciones al usuario-beneficiario? Caben dos vías: a) contrato de prestación de STA, de modo que este usuario-beneficiario es el titular del número utilizado para el envío de mensajes y el operador de telecomunicaciones actúa como intermediario o “recaudador” que ingresa lo obtenido en la cuenta indicada por este usuario (esquema de las campañas benéficas); b) contrato de prestación de STA entre el

operador de telecomunicaciones y una entidad de servicios de pago, titular del número telefónico al que se destinan los mensajes de pago y que entrega el dinero en la cuenta del usuario (beneficiario) en las condiciones del contrato marco. En este caso sí se aplicaría la LSP en un doble sentido: 1º) A la relación entre el usuario-beneficiario y el proveedor de servicios de pago; 2º) A la relación entre el usuario-ordenante del pago a través de SMS y el proveedor de servicios de pago (operación no cubierta por contrato marco). Pues bien, sería en esta última vía donde se observaría el esquema de actuación que permite la aplicación de la LSP:



IV. OBLIGACIONES EXIGIBLES A LOS AGENTES INTERVINIENTES

En este entramado de relaciones contractuales, a cada uno de los agentes intervinientes, la normativa sobre STA impone diversas obligaciones (art. 4.2 CConducta SMS Premium):

- El operador de telecomunicaciones titular del número a través del que se envían los mensajes debe garantizar el cumplimiento de deberes de información por el prestador de STA (prestador de servicios de pago o usuario beneficiario).
- El operador de acceso debe informar al usuario ordenante sobre su derecho a la desconexión de los servicios de tarificación adicional basados en el envío de mensaje y debe emitir facturación desglosada.

Por su parte, los artículos 5 y 6 del CConducta SMS Premium establecen las condiciones de prestación de este tipo de servicios:

- Especiales exigencias de información y transparencia (art. 30 CDUSCE; apdo. 18º.5 Orden PRE 361/2002, mod. por Orden PRE 2410/2004; art. 5 Orden ITC/308/2008). El operador de acceso sólo podrá facturar los servicios expresamente solicitados y efectivamente prestados (art. 4.2.2 CConducta Premium); la falta de respuesta al mensaje de petición de confirmación equivale a la renuncia a recibir el servicio; no se admite el consentimiento tácito y se prohíbe requerir el envío de dos o más mensajes sujetos a tarificación adicional para completar un

servicio (art. 5.1º Orden 308/2008 y 6.1.1.9 CConducta Premium); facturación adicional de mensajes de invocación, confirmación o rechazo de servicios (art. 5.5º Orden 308/2008). Además, el CConducta Premium exige gratuidad de estos mensajes.

- Desglose de factura (art. 22.1 y 22.4 RD 899/2009 y apdos. 8º y 11º Orden PRE 361/2002, mod. por Orden PRE 2410/2004, art. 10.5.III-VII RD ITC/308/2008). Para los casos en los que el usuario niega haber utilizado el STA, la normativa de STA prevé la obligación del operador de acceso de desglosar la factura (separar claramente la parte que corresponde a la prestación de servicios de telecomunicaciones y la que corresponde a STA) y autoriza al usuario a no pagar o a solicitar la devolución de la parte de la factura imputable a la prestación de STA, sin que ello implique la interrupción del servicio de telecomunicaciones (art. 20.1 CDUSCE; apdo. 8º Orden PRE 361/2002, mod. Orden PRE 2410/2004; art. 10.5º Orden ITC/308/2008). Además, si se reclama la factura ante la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información (SETSI) o ante Juntas Arbitrales, y se acompaña de la “consignación fehaciente” de lo adeudado en concepto de STA, con entrega de resguardo a operador, el usuario no sufrirá la suspensión o interrupción del STA (art. 27.3 CDUSCE y apdo. 22º Orden PRE 361/2002).

El fundamento es que no cabe utilizar la “vía coactiva”, que supone cargar lo adeudado a la factura telefónica, si el usuario niega haber solicitado el servicio. Tendría que ser el prestador del servicio de tarificación adicional (en este caso el prestador de bienes o servicios o su proveedor de servicios de pago) el que exija el pago de lo adeudado al usuario por los mecanismos legales al uso.

Para terminar, en el caso de que hubiera un proveedor de servicios de pago (que tiene contratado el uso de un número de TA con el operador), sin perjuicio de calificar la relación entre el usuario-ordenante y el operador de red como un contrato de prestación de servicios de telecomunicaciones, este tipo de operaciones también podrían ser calificadas como operaciones de pago sometidas a la LSP y no cubiertas por un contrato marco, en cuyo caso las obligaciones de transparencia recaerían sobre el proveedor de servicios de pago del beneficiario¹⁷. A estos efectos, resulta interesante el artículo 37.2 de la Propuesta de Directiva de 2013 que establece lo siguiente en lo que respecta a información general previa: “*si el contrato de servicio de pago aislado se ha celebrado, a instancias del usuario del servicio de pago, a través de un medio de comunicación a distancia que no permita al proveedor de*

¹⁷ Es más, de conformidad con el art. 47 LSP, “*en caso de que la responsabilidad de un proveedor de servicios de pago con arreglo al artículo 45 [no ejecución o ejecución defectuosa] sea atribuible a otro proveedor de servicios de pago o a un intermediario, aquel podrá repetir contra el proveedor o intermediario responsable las posibles pérdidas ocasionadas, así como las cantidades abonadas (...)*”.

servicios de pago cumplir lo dispuesto en el apartado 1 [el envío del SMS es un medio de esas características], dicho proveedor cumplirá las obligaciones impuestas en el referido apartado inmediatamente después de la ejecución de la operación de pago”.

V. RESPUESTA A LA CONSULTA

Aplicando lo expuesto hasta ahora al supuesto planteado en la consulta, se concluye que, si se se carga en la factura de telecomunicaciones el pago de un servicio que el usuario niega haber utilizado (atendiendo al concreto servicio “Pagos” se trataría de un SMS de tarificación adicional), independientemente de la resolución del conflicto sobre el uso del servicio, el usuario tiene derecho a la devolución del cargo realizado indebidamente por la operadora de red y/o servicios de telecomunicaciones, pero no por aplicación de la Ley de Servicios de Pago, sino por aplicación de la normativa de Servicios de Tarificación Adicional.

Este conflicto se resuelve ante la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información (SETSI), que con carácter general no resuelve problemas sobre servicios de tarificación adicional pero sí aquellos sobre la cuantía y los conceptos incluidos en las facturas de servicios de telecomunicaciones (art. 3.1,a Orden ITC/1030/2007). De este modo, el usuario debe formular, en el plazo de un mes desde la fecha de recepción de la factura, su queja ante el Servicio de Atención al Cliente de su operador y, ante la respuesta insatisfactoria (o falta de respuesta) dada en el plazo tres meses, podrá reclamar¹⁸ ante la Oficina de Atención al Usuario de Telecomunicaciones (adscrita a la SETSI). La Oficina tiene un plazo para resolver de seis meses, contados desde la fecha en que se presenta la reclamación ante ella. Su resolución agotará la vía administrativa, pudiendo interponerse contra ella recurso contencioso-administrativo.

Otra posible vía es que el usuario acuda a las Juntas Arbitrales de Consumo, con normativa reguladora propia (RD 231/2008, de 15 de febrero), como procedimiento rápido y sencillo para solicitar la devolución de la cantidad correspondiente. Adviértase que no es infrecuente que el operador de telecomunicaciones se oponga al arbitraje alegando que los servicios de tarificación adicional están excluidos de su oferta pública de adhesión. Sin embargo y sin perjuicio de un análisis más exhaustivo de cada una de las ofertas de adhesión, en la mayoría de las ocasiones la exclusión se refiere a “la forma de prestación de STA” y en este caso, el conflicto no se suscita sobre la forma de prestación sino sobre la facturación y correlativa devolución de cargos correspondientes a estos servicios. Es decir, el conflicto sería susceptible de arbitraje.

¹⁸ Vid. http://www.usuariostelesco.es/comoreclamar/Documents/Formulario_reclamaciones_v2.pdf



www.uclm.es/centro/cesco