Centro de Estudios de Consumo

www.uclm.es/centro/cesco

¿ES ABUSIVO QUE EL ESTABLECIMIENTO DISTRIBUIDOR DE TELEFONÍA EXIJA 150 € POR CANCELAR LA PORTABILIDAD EN CONCEPTO DE DEPÓSITO POR LA RESERVA DE UN TERMINAL?[1]

Ana I. Mendoza Losana
Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil
Centro de Estudios de Consumo
Universidad de Castilla-La Mancha

Fecha de publicación: *12 de marzo de 2014*

1. OBJETO DE LA CONSULTA

Desde una OMIC se envía consulta al Centro de Estudios de Consumo de la Universidad de Castilla-La Mancha (CESCO) en los siguientes términos:

El reclamante solicita la portabilidad a una empresa de telefonía móvil (Yoigo) a través de la tienda del operador en su localidad. En el momento de celebrar el contrato, se presentaron para la firma diversos documentos que el usuario no comprobó. Debido a que su operador de origen le hizo una contraoferta interesante, solicitó la cancelación de la portabilidad. Acudió a la tienda para comunicar la cancelación de la portabilidad y le dijeron que ya se pondrían en contacto con él. Al día siguiente le llamaron preguntándole el motivo de la anulación, a lo que respondió que se debía que su compañía había mejorado sus condiciones.

Al poco tiempo, el usuario recibe un cargo en cuenta de 150 Euros de la empresa YESKTEL, titular del establecimiento de Yoigo en una localidad próxima y distinta a la de la tienda en la que se celebró el contrato.

Cuando comprueba la documentación, -que no comprobó al perfeccionar el contrato y que se acompaña a la consulta-, el cliente observa que entre ésta figura un contrato de "depósito reserva terminal", en el que se obliga a abonar un importe de 150 euros por la reserva de un Samsung Galaxy Trend, cuya existencia no recordaba.

[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.

El reclamante manifiesta haber dado orden a su entidad bancaria de devolver el recibo por considerar la cantidad manifiestamente abusiva.

Cuestiona la OMIC la legalidad de este tipo de contratos de depósito vinculados a una solicitud de portabilidad.

1. EL DERECHO A REVOCAR LA PORTABILIDAD

Prácticas similares a la descrita en las que se pretende cobrar una penalización por revocar la solicitud de portabilidad ya han sido objeto de diversos informes de CESCO, en los que se ha llegado a la conclusión de que cualquiera que sea el concepto (fianza, penalización, señal…), por el que el operador o el distribuidor autorizado pretenden cobrar al usuario por ejercer su derecho a cancelar la solicitud de portabilidad será considerado abusivo (arts. 68.1, 73 y 87.6 TR LGDCU en relación a arts. 18 de la Ley 32/2003, General de Telecomunicaciones[2] y 4º,c,3 Circular CMT 1/2009[3]) [4].

No obstante, en este caso, la cuestión es algo más compleja porque no se trata de una condición predispuesta incluida en un clausulado de condiciones generales de la contratación, sino de un contrato "de depósito reserva de terminal" aparentemente separado del contrato de prestación de servicios telefónicos y expresamente aceptado por el cliente.

2. SOBRE EL DENOMINADO "CONTRATO DE DEPÓSITO RESERVA TERMINAL"

Como se ha dicho, entre la documentación aportada por el reclamante figura un contrato denominado "contrato de depósito reserva de terminal" suscrito con un

[2]BOE núm. 264, de 4-11-2003.
[3]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).
[4]V. MENDOZA LOSANA, A.I., "Portabilidad: precios, fianzas y revocación", http://www.uclm.es/centro/cesco/pdf/trabajos/7/2011/7-2011-1.pdf Y BERMUDEZ BALLESTEROS, S., "Solicitud de portabilidad: ¿es posible repercutir gastos en el consumidor en caso de desistimiento?", http://blog.uclm.es/cesco/files/2014/02/Solicitud-de-portabilidad-es-posible-repercutir-gastos-en-el-consumidor-en-caso-de-desistimiento.pdf

establecimiento (YESKTEL) distinto al que tramita la portabilidad y domiciliado fuera de la localidad de éste, por el que el cliente se obliga a "personarse en el establecimiento donde realiza la actividad YESKTEL, para la firma de esta RESERVA Y COMPRA DE LOS TERMINALES a YESKTEL"; el cliente solicita a YESKTEL el terminal del modelo indicado (Samsung Galaxy Trend) y declara que "RECONOCE Y ENTIENDE QUE [LA RESERVA DEL TERMINAL] LLEVA ASOCIADO UN DEPÓSITO DE **150 €** impuestos incluidos por la RESERVA DE CADA UNO DE LOS TERMINALES COMPRADOS…"[5]. Además, el cliente declara expresamente que "**NO hace entrega del DEPOSITO en la tienda, pero RECONOCE Y ENTIENDE que si pasados 15 días no hace la compra de los terminales que ha reservado en el establecimiento donde ejerce su actividad YESKTEL, EL IMPORTE QUE DEBERÍA HABER DEPOSITADO EN CONCEPTO DE RESERVA DE TERMINAL LE SERÁ RECLAMADO VÍA AMISTOSA O VÍA JUDICAL".**

Este contrato suscita varias dudas que a continuación trataremos de resolver:

- ¿Se trata de un contrato realmente negociado individualmente o es un contrato de adhesión predispuesto por el establecimiento?
- ¿Cuál es la naturaleza de este contrato de "depósito reserva terminal" y su vinculación con el contrato principal de prestación de servicios de telefonía?

2.1. Contrato negociado *versus* contrato de adhesión

Del relato de los hechos, se deriva que el documento contractual se entrega como documento aparte y no incluido en un clausulado de condiciones generales de la contratación en el que aparece impreso en negrita y a gran tamaño la cantidad que el usuario se compromete a abonar. En este contexto, resulta complejo invocar con éxito el error o el desconocimiento. En principio, de la documentación facilitada se deriva que el cliente ha sido informado del depósito y su cuantía. Sin embargo, varios argumentos permiten cuestionar que se trate de un contrato individual realmente negociado y aceptado por el cliente.

Falsa apariencia de negociación individual

[5]Obsérvese que cuando se reproducen las cláusulas del contrato se ha mantenido la misma tipografía que figura en el citado contrato, imitando el uso de mayúsculas y la inclusión de ciertos caracteres en negrita y a gran tamaño.

No es ajena a la práctica de los operadores de telecomunicaciones y de los establecimientos que con ellos colaboran la utilización de instrumentos tendentes a crear la falsa apariencia de negociación individual. La jurisprudencia se ha pronunciado en varias ocasiones sobre la nulidad de la sumisión a arbitrajes distintos al de consumo en contratos o cláusulas aparentemente negociadas individualmente [SSAP Jaén, de 11-11-2002 (JUR 2003,18571); Madrid de 15-7-2002 (JUR 2003,48793); de 23-4-2004 (JUR 2004,151041); 26-5-2004 (2004,150815); de 2-7-2004 (JUR 2004, 257554); 2-11-2004 (AC 2004,2141) 16-6-2005 (JUR 2005,186747) y 12-7-2005 (AC 2005,1499); Valencia 3-10-2005 (AC 2005,1914); Madrid 1-6-2006 (AC 2006,1917) y 5-2-2008 (JUR 2008/113637)]. Cabe argumentar que también en este caso nos encontramos ante un contrato sobre el que se pretende generar la apariencia de negociación, pero en realidad se trata de un contrato de adhesión que se presenta a la firma del cliente como parte integrante de la solicitud de portabilidad sometida a condiciones generales de la contratación.

Será entonces preciso probar que el establecimiento ha utilizado técnicas contrarias a la buena fe (dolo contractual), para justificar que el usuario no se percatara en el momento de la contratación de que estaba aceptando un contrato "de depósito reserva terminal" (en puridad, de compraventa con cláusula penal) vinculado al contrato de prestación de servicios. Como es sabido, el hecho de que el usuario no haya leído el contrato celebrado con el establecimiento no significa que este contrato o alguna de sus cláusulas queden invalidadas. Para llegar a tal conclusión habrá que valorar si el usuario ha tenido la posibilidad de leerlo, aunque *de facto* no lo haya hecho; también habrá que analizar si el establecimiento ha utilizado técnicas encaminadas a recabar la firma sin informar al usuario de que estaba celebrando dos contratos, uno de prestación de servicios con el operador de servicios telefónicos y otro de venta con penalización ("depósito") con un establecimiento de distribución distinto al encargado de gestionar la solicitud de portabilidad. Sobre el establecimiento recae la carga de probar que ha puesto a disposición del usuario la información en el momento de la celebración del contrato y que el contrato ha sido negociado; mientras que recae sobre el usuario la carga de probar que el establecimiento actúo de forma dolosa (ej. presentó a la firma todos los documentos diciendo que eran varios ejemplares de un mismo contrato)[6]. Si el

[6]V. MENDOZA LOSANA, A. I., "Cláusulas de permanencia y penalización impuestas por los establecimientos de distribución de servicios de telecomunicaciones", http://blog.uclm.es/cesco/files/2014/02/Cláusulas-de-permanencia-y-penalización-impuestas-por-los-establecimientos-de-distribución-de-servicios-de-telecomunicaciones.pdf, febrero 2014.

establecimiento informó de la doble contratación, el contrato existe y ha de producir efectos, por el contrario, si el contrato "se encubrió o disimuló" entre el resto de documentación que acompaña a la solicitud de portabilidad, sin advertir el usuario que además de solicitar la portabilidad, estaba celebrando un contrato de adquisición de terminal con un tercer establecimiento, el contrato no ha de vincular al usuario.

Falta de firma

El documento no está firmado por el cliente. Con carácter general, no es necesaria la firma para que el contrato obligue (art. 1278 CC), pero en este caso la firma se configura como obligación nacida del propio contrato cuya tercera condición dispone: "el cliente o representante debe personarse en el establecimiento donde realiza la actividad la YESKTEL, *para la firma* de esta RESERVA Y COMPRA DE LOS TERMINALES a YESKTEL". Si vulnerando las condiciones del propio contrato, éste no está firmado, es un indicio de que el cliente ni era consciente de la existencia del contrato, ni aceptó su perfección y cumplimiento.

2.2. Naturaleza del contrato de "depósito reserva terminal"

A pesar de la denominación dada a este contrato, lo cierto es que sus características no se corresponden con los rasgos propios del depósito. En principio, se trataría de un depósito irregular, pues lo que "se deposita" es una cantidad de dinero (150 € por la reserva del terminal). Según el artículo 1758 del Código Civil, el depósito se caracteriza por la entrega de la cosa ajena para que el depositario la guarde y la restituya. Es cierto que a menudo, la finalidad de guarda y custodia se diluye, convirtiéndose en una finalidad de garantía. Pero en este caso, ni hay entrega de la cosa, -rasgo esencial al contrato de depósito-, ni obligación del depositario (establecimiento) de restituir el dinero depositado. La finalidad de la entrega de dinero es exclusivamente garantista. Se "garantiza" que el usuario acudirá a retirar el terminal y en caso contrario, el establecimiento podrá reclamar la entrega de 150 €.

En realidad, lo que se está celebrando es una compraventa (de terminales) con una cláusula penal (150 €). Si se hiciera entrega efectiva de esta cantidad en el momento de celebrar el contrato, hablaríamos de arras penales pero en este caso no se hace entrega efectiva de cantidad alguna, sino que se pacta un compromiso de entrega futura. Esta cantidad cumple la función propia de las

cláusulas penales en cuanto anticipa el cálculo de la indemnización de los daños que un eventual incumplimiento del contrato ocasionaría al vendedor. Si el comprador "desiste" de la compraventa (no acude a recoger el terminal), el vendedor reclamará la entrega y en su caso, hará suya la cantidad comprometida en concepto de cláusula penal.

Bajo la apariencia de este "depósito reserva terminal" se está encubriendo una cláusula penal para el caso de que el cliente no contrate finalmente el servicio, como ocurre en este caso, debido a la cancelación de la portabilidad. Como tal cláusula penal encubierta en un contrato de adhesión (solicitud de portabilidad y prestación de servicios telefónicos), estará sujeta al control de abusividad propio e las condiciones generales de la contratación[7].

3. 150 euros, una penalización desproporcionada

Si aceptamos que este contrato de depósito reserva terminal es un contrato vinculado a un contrato principal y "camuflado" entre las condiciones generales del contrato de adhesión (teoría de la falsa apariencia de negociación individual), cabe examinar si la cantidad exigida (150 € por reservar un Samsung Galaxy Trend) es una penalización desproporcionada y por tanto, abusiva por desistir de la portabilidad y correlativa compra del citado terminal Samsung Galaxy Trend:

1. *La indemnización no se corresponde con los daños efectivamente causados (art. 87.6 TRLGDCU).* La cuantía del depósito resulta desproporcionada en función del precio del modelo de terminal elegido, -que actualmente ronda los 120 €-. Cobrar como penalización un precio casi idéntico o incluso superior al precio del objeto adquirido encubre una indemnización que no se corresponde con los daños efectivamente causados (art. 87.6 TRLGDCU[8]);

[7]Adviértase de que en caso de no poder destruir la apariencia de negociación individual, habrá que aceptar que se trata de un contrato negociado y no cabrá someter la cláusula a la moderación judicial del artículo 1154 CC, pues en este caso la moderación se condiciona al cumplimiento parcial de la prestación pero no cabe si se ha producido un incumplimiento absoluto de la prestación (falta de retirada del terminal). Sobre esto v. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coordinador), *Comentarios al Código Civil*. Aranzadi, 2001, pág. 1349.

[8]*Artículo 87. Cláusulas abusivas por falta de reciprocidad*
Son abusivas las cláusulas que determinen la falta de reciprocidad en el contrato, contraria a la buena fe, en perjuicio del consumidor y usuario y, en particular:
6. Las estipulaciones que *impongan obstáculos onerosos o desproporcionados para el ejercicio de los derechos reconocidos al consumidor y usuario* en el contrato, […], el *abono de cantidades por servicios no prestados efectivamente*, la atribución al empresario de la facultad de ejecución unilateral de las

2. *La obligación de abonar 150 € como garantía del cumplimiento del contrato principal (adquisición de terminal y prestación de servicios) es claramente desproporcionada en función del riesgo asumido* (art. 88.1 TRLGDCU[9]). De nuevo, corrobora este argumento la comparación entre el precio del terminal reservado y la cantidad exigida en caso de no culminar la ejecución del contrato.

3. Hay una manifiesta falta de reciprocidad difícilmente admisible en los contratos de consumo, pues a la vista del contrato se revela que se utiliza este contrato accesorio al principal para introducir desequilibrios contractuales que el cliente no hubiera aceptado de haber reparado en esta contratación. Si se concibe como una condición general de la contratación anexa al contrato de prestación de servicios de telecomunicaciones, constituye una práctica abusiva por falta de reciprocidad la retención de cantidades abonadas por el consumidor por renuncia, sin contemplar la indemnización por una cantidad equivalente si renuncia el empresario (art. 87.2 TRLGDCU);

4. Pero sobre todo, la práctica es abusiva ex art. 87.6 TRLGDCU en cuanto supone obstaculizar el ejercicio de un derecho reconocido por la normativa sectorial como es el derecho a la portabilidad y correlativamente, a su cancelación (arts. 68.1, 73 y 87.6 TR LGDCU en relación a arts. 18 de la Ley 32/2003 y 4º,c,3 Circular CMT 1/2009), independientemente del nombre bajo el que se recaude este cargo[10]. Si el usuario cancela la portabilidad que va unida al contrato de depósito, deberá abonar una cantidad de 150 €. Naturalmente, este tipo de prácticas constituyen un obstáculo al ejercicio de la portabilidad y a su cancelación.

5. CONCLUSIONES

1ª. A pesar de la apariencia de contrato negociado individualmente, la falta de firma del documento titulado "contrato depósito reserva de terminal" parece acreditar

---

cláusulas penales que se hubieran fijado contractualmente o la *fijación de indemnizaciones que no se correspondan con los daños efectivamente causados*.

[9] *Artículo 88. Cláusulas abusivas sobre garantías*
En todo caso se consideraran abusivas las cláusulas que supongan:
1. La imposición de garantías desproporcionadas al riesgo asumido.

[10] V. MENDOZA LOSANA, A.I., "Portabilidad: precios, fianzas y revocación", http://www.uclm.es/centro/cesco/pdf/trabajos/7/2011/7-2011-1.pdf Y BERMUDEZ BALLESTEROS, S., "Solicitud de portabilidad: ¿es posible repercutir gastos en el consumidor en caso de desistimiento?", http://blog.uclm.es/cesco/files/2014/02/Solicitud-de-portabilidad-es-posible-repercutir-gastos-en-el-consumidor-en-caso-de-desistimiento.pdf

que no se trata de un contrato individualmente negociado, sino de un contrato vinculado o anexo al contrato principal de prestación de servicios telefónicos "camuflado" entre el contrato de adhesión [SSAP Jaén, de 11-11-2002 (JUR 2003,18571); Madrid de 15-7-2002 (JUR 2003,48793); de 23-4-2004 (JUR 2004,151041); 26-5-2004 (2004,150815); de 2-7-2004 (JUR 2004, 257554); 2-11-2004 (AC 2004,2141) 16-6-2005 (JUR 2005,186747) y 12-7-2005 (AC 2005,1499); Valencia 3-10-2005 (AC 2005,1914); Madrid 1-6-2006 (AC 2006,1917) y 5-2-2008 (JUR 2008/113637)]. Corresponde al establecimiento probar la negociación individual y aceptación de este contrato (no firmado por el cliente) y, al usuario la utilización, en su caso, de técnicas de ocultamiento de la doble contratación.

2ª. Si se acepta que estamos ante un contrato predispuesto por el establecimiento y cuya naturaleza es la de un contrato de compraventa (de terminal) con cláusula penal (pago de 150 €) para el caso de incumplimiento (no retirada del terminal Samsung Galaxy Trend), vinculado a un contrato de prestación de servicios telefónicos, cabe someter la citada cláusula penal al control de abusividad de las condiciones generales de la contratación.

3ª. Si no es posible probar lo establecido en la primera conclusión y no puede desvirtuarse su apariencia de contrato individual, negociado y aceptado por el usuario, el contrato vincula al usuario y no podrá invocarse la moderación judicial de la pena, pues no se cumple el presupuesto de cumplimiento parcial o defectuoso, sino que se trata de una absoluta falta de cumplimiento (art. 1154 CC). En este caso, la OMIC carece de facultades para exigir la cesación de estas prácticas, libremente aceptadas por los usuarios.

4ª. Aceptando que es un contrato sólo aparentemente negociado y que en puridad se trata de una condición general de la contratación vinculada al contrato principal (adquisición de terminal y prestación de servicios), la cláusula es abusiva porque la obligación de abonar 150 € como garantía del cumplimiento del contrato principal es claramente desproporcionada en función del riesgo asumido (art. 88.1 TRLGDCU); conlleva falta de reciprocidad pues no se prevén consecuencias similares para el caso de incumplimiento por el establecimiento (art. 87.2 TRLGDCU); supone la fijación de una indemnización que no se corresponde con los daños efectivamente causados (art. 87.6 TRLGDCU) y constituye un obstáculo para el ejercicio por el cliente de derechos reconocidos por la normativa sectorial de telecomunicaciones, como es el derecho a la

cancelación de la portabilidad (arts. 68.1, 73 y 87.6 TR LGDCU en relación a arts. 18 de la Ley 32/2003 y 4º,c,3 Circular 1/2009).

5ª. Si queda acreditado que el contrato forma parte de las condiciones generales de la contratación y que a pesar de su apariencia, no es un contrato negociado individualmente, la OMIC podrá ejercer las funciones que le son propias en relación a las cláusulas o prácticas abusivas.