



www.uclm.es/centro/cesco

SOLICITUD DE PORTABILIDAD Y BAJA DE “TODOS LOS SERVICIOS ASOCIADOS”

Ejecutada la portabilidad, ¿puede el operador donante seguir facturando por “servicios asociados”?

- Ana I. Mendoza Losana-

Anaisabel.Mendoza@uclm.es

Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil

Centro de Estudios de Consumo

<http://www.uclm.es/centro/cesco/>

Universidad de Castilla-La Mancha

Fecha: julio de 2011

1. MOTIVO DE LA CONSULTA

Se plantea consulta al Centro de Estudios de la Universidad de Castilla-La Mancha (CESCO) sobre el concepto de "servicios asociados a la línea de teléfono". El problema surge de la práctica adoptada por algún operador de cable que sigue facturando el servicio de acceso a Internet a usuarios que han solicitado la portabilidad de la línea (número de teléfono). El nuevo operador receptor tramita la portabilidad e informa al consumidor de que “se ocupa de todo”. Sin embargo, el usuario portado sigue recibiendo facturas de las dos compañías. El operador donante, operador de cable en este caso, manifiesta “que el usuario tiene que comunicarle la baja del servicio de internet porque la portabilidad del número no implica la baja del servicio de internet” y que “sigue prestando el servicio aunque el usuario no lo use”.

En concreto, se cuestiona si se podría sancionar al operador de cable por cobrar por un servicio "no prestado".

2. NORMATIVA APLICABLE

Dos normas sectoriales se refieren expresamente al supuesto considerado: el artículo 10 del RD 899/2009, de 22 de mayo, por el que se aprueba la Carta de Derechos del Usuario de los Servicios de Comunicaciones Electrónicas (CDUSCE) (BOE núm. 131, de 30-5-2009) y el artículo 7.2 de la de la Orden 1030/2007, de 12 de abril, por la que se regula el procedimiento de resolución de las reclamaciones por controversias entre

usuarios finales y operadores de servicios de comunicaciones electrónicas y la atención al cliente por los operadores (BOE núm. 95, 20-4-2007). A continuación se reproducen ambas:

Artículo 10 CDUSCE. Procesos de cambio de operador

1. Con independencia de los mecanismos que utilicen los operadores para el acceso a las redes, los procesos de cambio de operador se realizarán, con carácter general, a través de la baja del usuario final con el operador de origen y el alta con el de destino. A los efectos de tramitación de la baja, el abonado deberá comunicarla directamente al operador de origen conforme al procedimiento que figure en el contrato.

*No obstante lo establecido en el párrafo anterior, **la recepción por el operador de origen de una solicitud válida de cambio de operador con conservación de número implicará la baja con dicho operador de todos los servicios asociados al servicio telefónico identificado por la numeración portada. La baja surtirá efectos a partir del momento en que el operador de origen deje de prestar efectivamente el servicio.***

*Asimismo, en caso de que un operador preste servicios soportados por una línea de acceso de titularidad de otro operador, una notificación por éste a aquél, a través de los procedimientos regulados para el acceso a las redes, de **baja técnica que haga imposible la continuación en la prestación del servicio deberá ser considerada por ese operador como una baja contractual, una vez haya dejado de tener acceso a la red.***

Artículo 7 Orden MITC 1030/2007. Prueba de la celebración del contrato y de su extinción.

2. En los procesos de cambio de operador, en caso de que el operador de origen continúe facturando por no haberse solicitado la baja, se tendrá en cuenta si el usuario ha facultado al nuevo a que tramite dicha baja. En ese caso, el nuevo operador deberá soportar el coste de las facturas que se hayan generado. En caso contrario, será el usuario el que deba soportarlo.

3. PORTABILIDAD Y FACTURACIÓN ULTERIOR DE SERVICIOS ASOCIADOS

3.1. Solicitud de portabilidad y solicitud de baja

La solicitud de portabilidad podrá ser presentada por el usuario por cualquier medio que permita tener constancia de la misma (petición escrita, consentimiento verbal con verificación de tercero o firma electrónica reconocida). En cualquier caso, debe quedar

clara la voluntad del abonado de causar baja en el operador donante y conservar su número.

El usuario solicitante de portabilidad puede optar por dos procedimientos:

- a) Solicitud de alta dirigida al nuevo operador y de baja al operador de origen según el procedimiento establecido en el contrato (art. 10.1.I CDUSCE);
- b) Solicitud de cambio de operador con conservación de número dirigida al operador receptor que a su vez enviará dicha solicitud al operador de origen (art. 10.1.II). En este caso, es el operador receptor el responsable de que dicha solicitud sea perfectamente válida. Dicha solicitud servirá como garantía de la decisión inequívoca del abonado de cambiar de operador conservando su numeración y por ello, el abonado deberá quedar perfectamente identificado de manera que el operador receptor, directamente o mediante algún agente intermediario tendrá que asegurarse de la identidad del abonado para evitar que se pueda cursar una solicitud sin la autorización expresa del propio abonado que ha contratado el servicio previamente con el operador donante.

Con el fin de conservar el número, la solicitud por parte del abonado de alta en el nuevo operador incluye una petición a éste para tramitar su baja. A tal fin, dicha petición debe ser efectuada por el abonado, mediante cualquier medio que permita tener constancia de la misma y dirigida a la entidad de la que pretenda darse de baja, comunicando su deseo de causar baja y de conservar su numeración. La solicitud deberá contener la información detallada en la especificación técnica de los procedimientos administrativos para la conservación de la numeración geográfica y de red inteligente en caso de cambio de operador (portabilidad fija) aprobada por la CMT (julio 2009)¹.

La recepción por el operador de origen de una solicitud válida de portabilidad “**implicará la baja con dicho operador de todos los servicios asociados al servicio telefónico identificado por la numeración portada**” y “la baja surtirá efectos a partir del momento en que el operador de origen deje de prestar efectivamente el servicio” (art. 10.1.II CDUSCE). Llegados a este punto y como plantea la consulta objeto de este documento, la cuestión a responder es ¿qué se entiende por “servicios asociados” al servicio telefónico identificado por la numeración portada?

3.2. Servicios asociados al número portado

La portabilidad del número, -también denominada portabilidad de línea-, ha de implicar un cambio de operador prestador de todos los servicios asociados a ese número (es

1

http://www.cmt.es/es/documentacion_de_referencia/numeracion/anexos/ESPECIFICACION_DT2008_352.pdf).

decir, los servicios prestados sobre esa línea), entendiéndose por tales los servicios de tráfico (servicio telefónico de voz, el servicio de acceso a datos o conexión a Internet y en su caso, el servicio de acceso a televisión de pago), así como otros posibles servicios suplementarios (llamada a tres, desvío inmediato, indicación de llamada en espera, buzón de voz...). No obstante, si el usuario lo solicita expresamente, en función de la oferta de cada operador y de sus relaciones mayoristas, el usuario, debidamente informado, podrá reducir su solicitud de portabilidad a determinados servicios.

Por ejemplo, el abonado podrá solicitar únicamente la portabilidad de la línea ADSL lo que implica que este servicio será prestado por un operador distinto; podrá solicitar la portabilidad de la línea y del servicio telefónico, que incluye que el nuevo operador factura la cuota de abono y también los servicios de buzón de voz, llamada a tres, desvío de llamadas..., pero no el servicio de grupo cerrado de usuarios del que el usuario deberá ser dado de baja (v. apdos. 1.2.2 y 1.2.3 Oferta de Acceso Mayorista a la Línea Telefónica (AMLT) de Telefónica de España SAU actualizada a abril de 2011)

En el supuesto motivo de consulta, el operador de cable recibe una solicitud de portabilidad de la línea telefónica y continúa facturando el servicio de acceso a Internet. Es decir, aplica la portabilidad de la línea básica, pero no del servicio de Internet, que sigue facturando. Esta práctica conlleva la facturación de servicios no prestados, ya que el usuario que ha solicitado la portabilidad de la línea no puede, -ni quiere-, acceder a tal servicio. Si el usuario quiere mantener el servicio de acceso a Internet con el operador de origen debe solicitarlo expresamente. El nuevo operador facturará la cuota de línea, así como los servicios ofrecidos a través de la misma. **El abonado que solicita la portabilidad de la línea quiere cambiar de operador y darse de baja de todos los servicios ofrecidos por el operador de origen, salvo petición expresa de mantenimiento de tales servicios.** Obligarle a pagar por un servicio que ya no quiere es sencillamente una práctica abusiva (art. 87.6 Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, TR LGDCU)².

3.3. La distinción “baja técnica” / “baja administrativa o comercial”

² Un supuesto similar resuelve la Audiencia Provincial de Burgos en sentencia de 27 de julio de 2010 (AC 2010, 1163). El usuario había solicitado la portabilidad de la línea, que incluía el servicio telefónico y el servicio ADSL de acceso a Internet, además del cambio de titularidad de la citada línea que era el padre del usuario demandante. El operador de origen accede a la portabilidad de la línea ADSL, pero no de la línea básica. El usuario recibe facturas de ambos operadores: el operador de origen factura el servicio telefónico y el nuevo operador factura un pack completo que incluye línea, servicio de acceso a Internet y servicio telefónico. Ambos operadores alegan que la errónea información transmitida por el usuario demandante, que no facilitó los datos del padre titular de la línea, fue la causa que motivó la defectuosa tramitación de la portabilidad. La AP considera a ambos operadores responsables solidarios de la defectuosa tramitación de la portabilidad, obligándoles a restituir al usuario lo indebidamente cobrado, así como los gastos en los que incurrió (ej. coste de burofax) y a indemnizar los daños ocasionados.

En ocasiones, los operadores utilizan una doble terminología para referirse a la solicitud de baja del abonado, distinguiendo entre “baja técnica” y “baja comercial”. Con el término “baja técnica” se denomina la solicitud del abonado de darse de baja en los llamados servicios básicos (ej. servicio telefónico o servicio de acceso a Internet), mientras que la “baja comercial” implica además la baja en las promociones, paquetes, planes o tarifas especiales contratadas por dicho abonado (ej. bono de minutos de conversación, planes “amigos”). De este modo, en procesos de preselección de operador o de portabilidad, el usuario sigue recibiendo facturas del antiguo operador en concepto de “productos especiales”.

En la respuesta a ciertas reclamaciones por este motivo, los operadores argumentan que el operador preseleccionado o el operador receptor, en caso de portabilidad, se ha limitado a solicitar “la baja técnica” y no la “baja comercial”. Otras ocasiones, alegan la falta de adecuada comunicación entre su departamento técnico o de gestión de bajas y su departamento comercial o de promociones o dificultades técnicas para ejecutar la solicitud de baja. En cualquier caso, estos errores o problemas técnicos o de comunicación solo son imputables a los operadores implicados en el proceso y por tanto, no deben perjudicar al usuario.

Como agravante, a veces, ante la escasa cuantía de cada una de las facturas por “productos especiales”, consideradas aisladamente, el operador opta por acumular facturas (ej. envió a los cuatro meses de facturas bimestrales correspondientes a dos períodos de facturación), de modo que cuando el usuario tiene conocimiento del problema, el importe adeudado es muy superior a lo que sería de haber conocido la primera factura generada indebidamente.

3.4. Facturación de servicios asociados tras la ejecución de la portabilidad

El referido artículo 7.2 de la Orden 1030/2007, prevé que “en caso de que el operador de origen continúe facturando por no haberse solicitado la baja, se tendrá en cuenta si el usuario ha facultado al nuevo para que tramite dicha baja. En ese caso, el nuevo operador deberá soportar el coste de las facturas que se hayan generado. En caso contrario, será el usuario el que deba soportarlo”. No se puede decir que esta norma proteja adecuadamente los derechos del usuario solicitante de portabilidad, que se verá obligado a probar que ha facultado al operador receptor para solicitar la baja, lo cual será especialmente difícil en casos de solicitud verbal de portabilidad (solicitud grabada por el operador, no por el usuario)³. De lo contrario, tendrá que ser el propio abonado quien asuma tales facturas.

En atención al principio *pro consumidor*, debe ser el operador receptor el responsable de estas facturas, ya que es él el responsable de la adecuada gestión de la solicitud de

³ Sobre esto v. mi Cuaderno Temático de Consumo, *Manual de gestión de reclamaciones de consumo en el sector de las telecomunicaciones*, editado por CESCO, págs. 100-106.

portabilidad que debe incluir la autorización para gestionar la baja. La diligencia exigible a un operador habituado a gestionar los procedimientos de portabilidad le obliga a extremar las cautelas para garantizar el éxito de la portabilidad y la adecuada protección de los derechos del usuario, -entre ellos, el de no tener que pagar por servicios que ya no utiliza-.

Sorprende que la norma comentada no prevea ningún tipo de responsabilidad del operador receptor derivada de la incorrecta gestión de la portabilidad y correlativa baja. Como se deriva del artículo 10. 1 de la CDUSCE, es este operador receptor quien está en mejores condiciones para dar de baja en aquellos planes y promociones que pierden su razón de ser una vez que el usuario solicita la portabilidad y se da de baja del acceso a la red telefónica y del servicio telefónico básico. Ciertamente, es posible que, a pesar de la manifestación “usted no tiene que preocuparse, nosotros nos encargamos de todo”, el operador receptor no haya solicitado la baja en los planes especiales o en otros servicios contratados, -si el usuario no le ha comunicado expresamente la previa contratación de tales servicios-, pero no es menos cierto que la solicitud de portabilidad lleva implícita la baja de todos los servicios asociados al número portado, salvo solicitud en contra del usuario. Y, como señala la AP de Navarra, la actuación del operador receptor en relación con la portabilidad, no debe ser la meramente pasiva, sino que, por el contrario, debe efectuar una valoración o contrastación mínima de la solicitud del abonado (SAP Navarra de 10-2-2010 [JUR 2010\179570]). Así lo demanda la buena fe aplicable a cualquier relación contractual (art. 7 y 1258 CC) y así se deriva de lo previsto expresamente en el artículo 10.1.II y III de la CDUSCE.

Sea como fuere, lo cierto es que **la facturación de servicios asociados al número portado, por errores imputables al operador receptor, que no solicitó adecuadamente la baja, o al operador donante que no tramitó la baja comercial a pesar de haber recibido la solicitud de baja técnica, no puede cargarse al usuario.** En palabras de la Audiencia Provincial de Burgos, “los problemas de portabilidad surgida entre ambas compañías telefónicas no deben repercutir en el cliente, sufrido consumidor que no fue informado con la debida diligencia y celeridad del problema existente y del proceso a seguir” (SAP Burgos 27-7-2010 [AC 2010,1163]).

Ante estos supuestos en los que el usuario sufre daños derivados de la defectuosa tramitación de la portabilidad (doble facturación, interrupciones del servicio...), por razones imputables a los operadores, se está abriendo una interesante línea jurisprudencial que declara a los **operadores implicados en el proceso de portabilidad responsables solidarios de los defectos del procedimiento y por ello, de las consecuencias negativas derivadas de los mismos** (ej. restitución o abono de facturas indebidas, pago de cláusulas de penalización, indemnización de daños morales por interrupción del servicio...) (v. SAP de Burgos de 27-7-2010, [AC 2010,1163] y SAP Navarra de 10-2-2010 [JUR 2010,179570]).

4. MECANISMOS DE REACCIÓN DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO Y RECOMENDACIONES AL USUARIO

Las prácticas descritas (facturación del servicio de acceso a Internet cuando se ha portado el número o facturación de productos especiales cuando se ha solicitado la baja en los servicios principales) son prácticas doblemente abusivas en cuanto implican la facturación de servicios no prestados (sencillamente, se factura por nada) e imponen obstáculos injustificados al derecho del usuario a darse de baja (art. 87.6 TRLGDCU). Por ello y por mucho que estén asentadas en el sector, tales prácticas deben ser sancionadas por la Administración de consumo.

En la esfera del Derecho contractual, las citadas prácticas implican una prestación sin causa (art. 1274 CC) y por tanto, justifican la restitución de lo facturado indebidamente (art. 1895 CC) y de probarse la mala fe del operador, el devengo de intereses desde la fecha del pago (art. 1896 CC). En caso de impago, no procede el ingreso de los datos del abonado en un registro de morosos por no existir una deuda cierta, vencida y exigible (art. 29 LOPD). Si el operador incluyera los datos del abonado en uno de estos registros por falta de pago de estas facturas incurriría en una infracción sancionable por la Agencia Española de Protección de Datos y debería responder de los daños ocasionados al titular de los datos⁴.

Además y sin perjuicio de los daños patrimoniales que se puedan generar, los problemas derivados de la gestión de la portabilidad ocasionan daño moral indemnizable al usuario (SAP Navarra de 10-2-2010 [JUR 2010\179570], Asturias de 7-6-2010 [JUR 2010\267622]; Burgos de 27-7-2010 [AC 2010,1163]). De nuevo, resultan muy ilustrativas las palabras de la Audiencia Provincial de Burgos al afirmar que “es un hecho evidente que no precisa de mayor acreditación que los problemas de portabilidad entre las operadoras ... han provocado al actor un estado de incomodidad, zozobra, impotencia o ansiedad ya que aunque por su parte ha realizado todos los tramites que le indicaron para llevar a cabo la portabilidad, solo consiguió la de la línea ADSL, no así la de la línea telefónica, cuando su deseo era unificar todos los servicios telefónicos con una única operadora” (SAP Burgos 27-7-2010).

Por otra parte, el operador de origen que sigue facturando servicios asociados a un número portado está incumpliendo la normativa sectorial de telecomunicaciones (art. 10.1.II CDUSCE) y por ello, podrá ser sancionado por la Administración de telecomunicaciones (art. 53, 1 y 54, o Ley 32/2003, General de Telecomunicaciones).

En cualquier caso y sin perjuicio de los mecanismos de reacción expuestos, a fin de evitar ulteriores conflictos, **conviene recomendar al usuario que curse la solicitud de baja por el procedimiento previsto en el contrato, -aunque haya solicitado la**

⁴ V. en la web del CESCO mi trabajo “Deudas de telecomunicaciones y registros de morosos”, julio 2011 (<http://www.uclm.es/centro/cesco/pdf/trabajos/7/2011/7-2011-5.pdf>).



portabilidad a través de un nuevo operador-, y exija expresamente la “baja técnica y comercial en los servicios básicos (voz, internet, televisión) y en cualquier servicio suplementario (buzón de voz, llamada a tres...) o producto especial que tenga contratado asociado a tales servicios (tarifas planas, bonos de conversación, planes amigos...)”. Dicha solicitud se ha de cursar por un medio que permita tener constancia de la recepción (correo certificado con acuse de recibo, fax, burofax, correo electrónico con confirmación de lectura...) o a través del medio de interlocución electrónica del que deben disponer los operados (art. 2 Ley 56/2007, de Medidas de Impulso de la Sociedad de la Información).

Por otra parte, conviene recordar que para evitar situaciones sorprendidas (acumulación de facturas indebidas), los operadores han de cumplir su deber de emitir facturas con la periodicidad prevista en el contrato, independientemente de su cuantía. La factura es el instrumento con el que cuenta el usuario para comprobar sus gastos, comprobar la efectividad de la solicitud de baja y en su caso, formular las pertinentes reclamaciones. Por ello y a fin salvaguardar adecuadamente los derechos de los usuarios, si se facturan cargos, el operador debe enviar el correspondiente justificante al usuario en los términos establecidos en el contrato independientemente del importe facturado. Lo contrario, constituye un incumplimiento del contrato además de una infracción administrativa de consumo.