



EL GRITO DESESPERADO DE UN USUARIO QUE SÓLO QUERÍA ACCEDER A INTERNET.

**Consulta sobre reclamación planteada ante los servicios de consumo de la
Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.**

**- Ana I. Mendoza Losana-
Profesora de Derecho Civil.**

Sumario. INTRODUCCIÓN. 1. HECHOS. 2. RESPUESTA JURÍDICA. 2.1. Incumplimiento de deberes en materia de contratación telefónica y electrónica. 2.2. Demora en la activación del servicio. 2.3. Facturación de servicios no contratados. 2.4. Facturación de servicios no prestados. 2.5. Solicitud no atendida de baja. 2.6. Ingreso en registro de morosos. 2.7. Servicios de atención al cliente. 3. CONCLUSIÓN: ¿QUÉ PUEDE HACER LA ADMINISTRACIÓN DE CONSUMO ANTE RECLAMACIONES COMO LA ANALIZADA?

INTRODUCCIÓN.

La Dirección General de Consumo de la Consejería de Sanidad de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, a través del Servicios de Consumo de Toledo traslada al Centro de Estudios de Consumo de la UCLM una reclamación presentada por un usuario contra un conocido proveedor de acceso a Internet. Desgraciadamente, la reclamación –que bien podría titularse “el grito de un usuario desesperado”- es un supuesto típico cuyos hechos motivan gran parte de las reclamaciones referentes al sector de las telecomunicaciones que se presentan tanto ante los servicios de consumo como ante la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información (SETSI).

1. HECHOS



El 23 de enero de 2007 el usuario contrata telefónicamente el servicio de acceso a Internet mediante tecnología ADSL. Como es habitual, la empresa proveedora da todas las facilidades para darse de alta en el servicio y promete su activación a la mayor brevedad. Después de varios intentos infructuosos de instalación, la empresa solicita al usuario un plazo de veinte días para resolver una “incidencia” y activar el servicio, asegurando que en caso contrario podrá darse de baja “sin problemas”. Transcurridos los veinte días, el usuario llama al servicio de atención al cliente donde le confirman que el servicio no está activo y le informan sobre el procedimiento para darse de baja. El 19 de marzo, el usuario envía mediante SEUR el kit ADSL y carta certificada solicitando la baja en el servicio que nunca recibió. A pesar de esto y ante la sorpresa del usuario que sólo había contratado un servicio de acceso a Internet del que nunca disfrutó, recibe facturas por llamadas realizadas a través de otro operador correspondientes a dos períodos de facturación: enero-febrero y marzo - abril. El usuario ordena la devolución de estas facturas. En abril, la baja se hace efectiva, pero el operador reclama el importe de las facturas impagadas incluso mediante una empresa de gestión de cobros que exige el pago mediante lo que la propia empresa denomina “vía ejecutiva” (carta en la que se comunica la existencia de la deuda con el operador, la obligación de cumplir los contratos celebrados por vía electrónica en los términos de los artículos 23 y 54 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información, se “insta” al pago de la deuda en la entidad bancaria y cuenta indicada y se facilita un número 902 para obtener información sobre el particular). En contra de la denuncia del usuario, de la documentación aportada no se deduce que el usuario haya quedado incluido en un registro de este tipo. La carta emitida por la empresa de gestión de cobros no implica necesariamente la inclusión en una lista de morosos. Si bien es cierto que de persistir la deuda, acabará en un registro de este tipo.

A lo largo de esta atormentada y tormentosa relación contractual, el usuario ha realizado numerosas e infructuosas llamadas al servicio de atención al cliente, un número 902 con el correspondiente coste, en el que en reiteradas ocasiones se le ha dicho que “todo estaba solucionado” pero que las facturas por llamadas internacionales han de ser pagadas.



El usuario reclama ante los servicios de consumo solicitando: 1º) la baja en el servicio; 2º) la cancelación de las facturas pendientes de pago; 3º) la salida del registro de morosos.

Como en otras ocasiones, la base fáctica de la reclamación roza lo rocambolesco. Bienintencionadamente, cabe pensar que el problema se debe a una deficiente organización interna y gestión de incidencias por el operador. Ilustra estas afirmaciones el relato de la “aventura” de otro usuario que el 12 de diciembre de 2003 solicita la baja en un servicio ADSL que nunca llegó a prestarse, dando orden a su banco de la devolución de facturas emitidas y reclamando al operador el reintegro de lo cobrado indebidamente. Tras recibir varios requerimientos de pago realizados por una empresa de gestión de cobros (abril y julio 2005), presenta reclamación ante los Servicios de Consumo (7-7-2005), gracias a cuya mediación consigue que el proveedor de acceso a Internet reconozca que no se ha prestado el servicio y cancele los cargos pendientes (24-8-2005). Sin embargo, persisten las cartas y llamadas intimidatorias de la empresa de gestión de cobros, que incluso envía el texto de una demanda judicial que se presentará contra el cliente y su padre en cuanto cabeza de familia. El usuario vuelve a reclamar ante la Administración de Consumo y finalmente, con fecha de 20 de abril de 2006, es decir, transcurridos casi dos años y medio desde que se suscitó el conflicto, el operador contesta afirmando que ha habido un error de gestión y no se han cancelado las facturas pendientes, por lo que ruega disculpas y ordena la anulación de todos los cargos pendientes.

2. RESPUESTA JURÍDICA

Dada la complejidad del supuesto y la mezcla de problemas e incumplimientos de diversas normas, –habitual en cualquier reclamación sobre servicios de telecomunicaciones-, se analizan por separado las respuestas jurídicas a cada uno de las cuestiones concurrentes. A saber:

- Incumplimiento en relación a la información, perfección y confirmación del contrato celebrado por vía electrónica o telefónica;
- Demora en la activación del servicio;
- Facturación de servicios no contratados;
- Solicitud no atendida de baja;

- Cesión de datos del abonado para su inclusión en ficheros de información sobre solvencia patrimonial (“registro de morosos”);
- Carencias del servicio de atención al cliente.

2.1. Incumplimiento de deberes en materia de contratación telefónica y electrónica.

En la reclamación no se expresa con claridad si el usuario contrató el servicio telefónicamente o a través de Internet. Del relato de hechos parece deducirse que se contrató telefónicamente, aunque en la carta enviada por la empresa de gestión de cobros se le recuerda que cuando “se registró, aceptó expresamente las condiciones expuestas por nuestro cliente (el operador), y que de acuerdo con lo establecido en los artículos 23 y 54 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico y del Código de Comercio, respectivamente:

- “Los contratos celebrados por vía electrónica producirán todos los efectos previstos por el ordenamiento jurídico, cuando concurren el consentimiento y los demás requisitos necesarios para su validez...”

- “. ... En los contratos celebrados mediante dispositivos automáticos hay consentimiento desde que se manifiesta la aceptación”

Como es sabido, en nuestro Derecho contractual rige el principio de libertad de forma. El contrato existe desde que las partes consienten en obligarse, independientemente de la forma de manifestación del consentimiento contractual (arts. 1254, 1258, 1261, 1262 y 1278 CC). En el ámbito de la contratación a distancia, el principio de libertad de forma se recoge en el artículo 11.1 Ley 7/1996, de Ordenación del Comercio Minorista (LOCM)¹. Los contratos celebrados por vía telefónica o electrónica son válidos y eficaces, incluso aunque una de las partes sea un consumidor o usuario final, sin que

¹ *Artículo 11 LOCM. Forma de los contratos.*

1. Los contratos de compraventa a que se refiere la presente Ley no estarán sujetos a formalidad alguna con excepción de los supuestos expresamente señalados en los [Códigos Civil](#) y de [Comercio](#) y en esta o en otras leyes especiales.

2. Esto no obstante, cuando la perfección del contrato no sea simultánea con la entrega del objeto o cuando el comprador tenga la facultad de desistir del contrato, el comerciante deberá expedir factura, recibo u otro documento análogo en el que deberán constar los derechos o garantías especiales del comprador y la parte del precio que, en su caso, haya sido satisfecha.

3. En todo caso, el comprador podrá exigir la entrega de un documento en el que, al menos, conste el objeto, el precio y la fecha del contrato.

sea necesario el acuerdo previo sobre la utilización de tales medios (art. 23.1 y 2 LSSI).

No obstante, en ocasiones, el legislador exige ciertos requisitos de forma escrita con el fin de tutelar los derechos de los consumidores (ej. Ley de Crédito al Consumo, Ley de Venta a Plazos de Bienes Muebles, entre otras). Se trata de deberes de información precontractual y de confirmación de la contratación efectuada. La legislación de contratos a distancia contiene algunos de estos requerimientos. Para las ventas a distancia, se impone al vendedor el deber de informar por escrito y en la lengua utilizada en la propuesta de contratación (art. 47 LOCM). También el RD 1906/1999, por el que se regula la contratación telefónica o electrónica con condiciones generales impone este deber de informar de la contratación efectuada. Su artículo 3.1 establece el deber del predisponente de enviar al adherente justificación de la contratación realizada inmediatamente y, a más tardar, en el momento de la entrega de la cosa o comienzo de la ejecución del contrato, por escrito o, a propuesta del mismo, en cualquier soporte duradero adecuado al medio de comunicación empleado².

Tratándose de *contratación vía electrónica*, el deber de información precontractual se cumple si el predisponente publica en su web la información a la que se refieren los artículos 105 y 109 RSU³, 40 LOCM y 27.1 LSSI⁴ y en particular, si facilita las

² Sobre la perfección de los contratos celebrados por vía telefónica o electrónica, los deberes de información precontractual y de confirmación de la contratación v. Sobre el soporte en el que ha de constar la confirmación del contrato y el contenido de dicha confirmación v. mi informe *Telecomunicaciones, ¿sector sin ley?. Informe sobre las quejas y reclamaciones de los usuarios de servicios de telecomunicaciones en Castilla-La Mancha*, <http://www.uclm.es/cesco/investigacion/2007> pág. 45 y ss. y la bibliografía allí citada.

³ RD 424/2005, de 15 de abril, por el que se aprueba el Reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios (BOE núm. 102, de 29 abril 2005).

⁴ *Artículo 27. Obligaciones previas al inicio del procedimiento de contratación.*

1. Además del cumplimiento de los requisitos en materia de información que se establecen en la normativa vigente, el prestador de servicios de la sociedad de la información que realice actividades de contratación electrónica tendrá la obligación de informar al destinatario de manera clara, comprensible e inequívoca, y antes de iniciar el procedimiento de contratación, sobre los siguientes extremos:

- a) Los distintos trámites que deben seguirse para celebrar el contrato.
- b) Si el prestador va a archivar el documento electrónico en que se formalice el contrato y si éste va a ser accesible.
- c) Los medios técnicos que pone a su disposición para identificar y corregir errores en la introducción de los datos, y
- d) La lengua o lenguas en que podrá formalizarse el contrato.

condiciones generales de la contratación, “de manera que éstas puedan ser almacenadas y reproducidas” por los potenciales contratantes (art. 27.4 LSSI vs. art. 2 RD 1906/1999⁵). Cabe entender que la publicación en la web de las CGC aplicadas de forma que puedan ser almacenadas y reproducidas por el destinatario es una forma de remisión de tales CGC por un medio adecuado a la técnica de comunicación empleada (a través de Internet). En otros términos, el deber de información previa queda satisfecho, si el predisponente pone a disposición del destinatario, a través de su página web (art. 23.3 LSSI⁶), la información exigida por la legislación sectorial de telecomunicaciones, así como las condiciones generales de la contratación⁷, de modo

2. El prestador no tendrá la obligación de facilitar la información señalada en el apartado anterior cuando:

a) Ambos contratantes así lo acuerden y ninguno de ellos tenga la consideración de consumidor, o

b) El contrato se haya celebrado exclusivamente mediante intercambio de correo electrónico u otro tipo de comunicación electrónica equivalente, cuando estos medios no sean empleados con el exclusivo propósito de eludir el cumplimiento de tal obligación.

3. Sin perjuicio de lo dispuesto en la legislación específica, las ofertas o propuestas de contratación realizadas por vía electrónica serán válidas durante el período que fije el oferente o, en su defecto, durante todo el tiempo que permanezcan accesibles a los destinatarios del servicio.

4. Con carácter previo al inicio del procedimiento de contratación, el prestador de servicios deberá poner a disposición del destinatario las condiciones generales a que, en su caso, deba sujetarse el contrato, de manera que éstas puedan ser almacenadas y reproducidas por el destinatario.

⁵ *Artículo 2. Deber de información previa.* Previamente a la celebración del contrato y con la antelación necesaria, como mínimo en los tres días naturales anteriores a aquélla, el predisponente deberá facilitar al adherente, de modo veraz, eficaz y completo, información sobre todas y cada una de las cláusulas del contrato y remitirle, por cualquier medio adecuado a la técnica de comunicación a distancia utilizada, el texto completo de las condiciones generales.

⁶ *Art. 23.3.* “Siempre que la Ley exija que el contrato o cualquier información relacionada con el mismo conste por escrito, este requisito se entenderá satisfecho si el contrato o la información se contiene en un soporte electrónico”.

⁷ En este sentido, la Dirección General de Registros y Notariado, ha señalado en la Resolución de 29 de marzo de 2000, sobre la consulta formulada por la Asociación Española de Comercio Electrónico en orden a la interpretación del Real Decreto por el que se regula la contratación telefónica o electrónica, que tal requisito de información previa, cuando se trate de Internet, se entenderá cumplido si tales condiciones han sido puestas a disposición de los adherentes en la página web correspondiente al menos con tres días de antelación. Al corresponder la carga de la prueba sobre la existencia y contenido de la información previa y de la remisión de las condiciones generales al predisponente, éste podrá probar que esas condiciones generales son las que se dieron a conocer por vía telemática y que no han variado desde determinada fecha, depositándolas en la Sección del Registro de Condiciones Generales de la Contratación de los Registros de Bienes Muebles, a cargo de los Registradores Mercantiles de cada provincia. En la página web deberá constar los datos correspondientes a la inscripción de las condiciones generales en el citado Registro.

que puedan ser almacenadas y reproducidas por el destinatario⁸. La Orden ITC/1030/2007⁹ concreta las exigencias de información precontractual estableciendo que “sin perjuicio de lo que se establezca en cualquier otra normativa sobre protección de los consumidores y usuarios” (art. 11.4), el operador deberá informar “en el momento de contratar el servicio” de los siguientes aspectos: 1º) el plazo para la conexión inicial que figura en el contrato-tipo y la prevista para ese contrato; 2º) la existencia, en su caso, de un período mínimo de contratación, y la posible compensación por su incumplimiento; 3º) su derecho a poner fin al contrato a través de la misma forma en que celebra, así como las otras formas de darse de baja del servicio, en caso de existir (art. 11.3).

No parece que el operador reclamado haya cumplido estos deberes de información precontractual, pues el usuario ni conoce la fecha concreta de activación del servicio (se dice “a la mayor brevedad posible”), ni es consciente de los servicios contratados (cree haber contratado únicamente acceso a Internet y la empresa pretende facturar servicios de voz). Tampoco parecen haberse cumplido los deberes de confirmación de la contratación por un medio que permita el almacenamiento o archivo de la información (art. 28 LSSI), tales como el correo electrónico u otro medio de comunicación electrónica equivalente a la dirección señalada por el aceptante (ej. SMS¹⁰) o por un medio equivalente al utilizado en el procedimiento de contratación (ej. aceptación automática emitida por el sistema una vez concluido el proceso de contratación) (cfr. art. 28 LSSI).

⁸ En la contratación electrónica, esto se podría garantizar a través de una página de visualización forzosa, donde se recogieran los diferentes pasos técnicos a llevar a cabo para la celebración del contrato y donde quedarán escritas cuáles son las consecuencias jurídicas de su aceptación, aceptación que se producirá pulsando un icono situado en esta página para estos fines. Sería una página que se podría imprimir para facilitar su lectura y reflexión. Tanto la confirmación por escrito de la información dada al consumidor, si aquella se produce antes de la celebración del contrato, como la página de Internet, sirven como prueba de que el consumidor ha tenido a su disposición la información obligada.

⁹ Orden ITC/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, de 20 abril 2007).

¹⁰ La confirmación verbal mediante llamada telefónica no es un medio de comunicación equivalente al correo electrónico en cuanto no puede ser almacenada o archivada por el destinatario. No es un soporte duradero de los exigidos por el art. 47.2 LOCM y art. 3 RD 1906/1999.

Si la *contratación* ha sido *telefónica*, en virtud del principio de libertad de forma y por aplicación analógica del art. 5.2. LCGC, el contrato puede quedar perfeccionado de forma inmediata, siempre que el operador advierta al adherente de la existencia de condiciones generales de la contratación y de la posibilidad de conocimiento real antes de la celebración del contrato. Si, facilitada dicha información, el adherente no hace uso de su derecho a conocer previamente las condiciones generales, se entenderá que renuncia al mismo. En caso de que el adherente ejerza su derecho a conocer previamente las condiciones generales, la publicación de éstas exclusivamente en la web no satisface las exigencias de información precontractual de los arts. 40.2 LOCM y 2 RD 1906/1999. No es un medio de facilitar información previa “adecuado a la técnica de comunicación a distancia utilizada”, ni acorde con el principio de buena fe que ha de regir las transacciones comerciales¹¹. El artículo 109.2 RD 424/2005 prevé varios canales de información sobre el contenido mínimo de los contratos de prestación de servicios de comunicaciones electrónicas: pagina de Internet; por escrito y sin gastos, si lo solicita un usuario final y en el teléfono de atención al público. Tales canales son opcionales para los usuarios, no para los operadores, debiendo éstos facilitar información por escrito y sin gasto de recepción, si así lo solicita el usuario final. En este contexto y dado el medio de contratación elegido (telefónico), “por escrito” ha de entenderse como soporte papel, salvo que el usuario acepte el soporte electrónico (art. 2 RD 1906/1999)¹². Puesto que resulta impensable que el operador informe verbalmente de todas las condiciones aplicables, el medio adecuado a la técnica de comunicación utilizada es el envío del texto completo de las condiciones generales en soporte papel, salvo que el propio adherente acepte recibir la información por otro medio. Al igual que para la contratación vía electrónica, la Orden ITC/1030/2007 concreta las condiciones sobre las que se debe informar en el momento de contratar (arts. 11.3 y 4).

¹¹ A las razones de tipo jurídico que se exponen en el texto se puede añadir otra de tipo técnico o material. Y es que, por lo general, si el usuario está contratando telefónicamente la conexión a la red telefónica o un servicio de acceso a Internet es porque carece de este servicio. Es probable que sólo incurriendo en gastos o molestias adicionales (ej. acceso a Internet desde cibercafé o desde una biblioteca pública) pueda acceder a la Web y conocer la información sobre la contratación proyectada.

¹² La referencia del art. 23.3 LSSI a la equivalencia entre constancia escrita y soporte electrónico ha de circunscribirse al ámbito de los contratos celebrados por vía electrónica.



En cuanto a la confirmación documental de la contratación telefónica efectuada, el artículo. 3.1 RD 1906/1999 es de plena aplicación. El operador ha de enviar confirmación por escrito (en soporte papel) o en otro soporte duradero, si lo solicita el usuario, no sólo de la contratación efectuada sino también de “todos los términos de la misma”, incluyendo la información exigida por la legislación sectorial (arts. 105 y 109 RSU) e información sobre el derecho de desistimiento y el documento para el ejercicio del mismo (arts. 47.1 LOCM y 4 RD 1906/1999).

Sin ánimo de entrar en disquisiciones doctrinales¹³, en el marco de la legislación sobre contratación a distancia bajo condiciones generales de la contratación, no creemos que se pueda invocar la nulidad o anulabilidad de los contratos en los que se han incumplido las formalidades exigidas. La contratación telefónica y/o electrónica de servicios de comunicaciones electrónicas es válida y eficaz desde que concurren oferta y aceptación, entendiéndose por tal, el momento en el que el oferente conoce la aceptación del destinatario (art. 1262.II CC y 54 CCom). No en vano el art. 3 RD 1906/1999 habla de “confirmación documental de la *contratación efectuada*”. Sin embargo, sí se prevén en la normativa expuesta sanciones específicas de carácter administrativo [arts. 65.1.ñ) LOCM] y civil, como la no incorporación al contrato de las CGC.

El derecho a recibir información previa se atribuye a los consumidores con carácter irrenunciable [art. 27.2 a) LSSI]. Su incumplimiento constituye una infracción administrativa grave, sancionable por la Administración autonómica [art. 38.3, e) LSSI y 65.1 ñ) LOCM], amen de consecuencias civiles como es la no incorporación de las condiciones generales que el adherente no ha tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la elaboración del contrato [arts. 5 y 7 a) LCGC] o la prolongación del plazo para el ejercicio del derecho de desistimiento o resolución (art. 4.3 RD 1906/1999 y 44 LOCM), a menos que el empresario o profesional pueda probar que el cliente consintió en las mismas pudiendo conocer previamente su contenido (art. 5 RD 1906/1999).

¹³ Sobre las diversas posiciones doctrinales en relación a la validez o nulidad de los contratos en caso de incumplimiento de estos deberes formales v. mi informe *Telecomunicaciones, ¿sector sin ley?*, <http://www.uclm.es/cesco/investigacion/2007>., Cap.II, apdo. 5.2.2., pág. 48 y ss.

Del mismo modo, el incumplimiento de los deberes de confirmación contractual constituye una infracción administrativa grave o leve, en función de que el incumplimiento sea o no “habitual” [arts. 38.3, f) y 38.4, f) LSSI]. Aunque no afecta a la validez civil del contrato, sí amplía el plazo para el ejercicio del derecho de desistimiento, confiriendo al destinatario un derecho a la resolución (desistimiento) en el plazo de tres meses desde su perfección, debiendo el operador soportar los gastos asociados (ej. devolución de kit ADSL) (art. 44.5 LOCM). En el plano de las consecuencias civiles del incumplimiento de deber de justificación, se plantean dudas sobre la incorporación de las CGC (incorporación “ex post”). El incumplimiento de tal deber no se contempla como causa de no incorporación al contrato ya celebrado (art. 7 LCGC). La doctrina acepta que habiendo cumplido correctamente el deber de información previa, el incumplimiento del deber de confirmación no impide la incorporación de CGC¹⁴, pero sí agrava la carga de la prueba para el predisponente que tendrá que demostrar que ya se facilitaron previamente y que su contenido es el que ahora se quiere hacer valer (lo que es especialmente difícil en contratación electrónica)¹⁵.

Celebrado un contrato vía telefónica o electrónica bajo condiciones generales de la contratación, la carga de la prueba de la existencia del contrato y de la incorporación de las condiciones generales de la contratación corresponde al operador, quien tendrá que acreditar el cumplimiento de los deberes de información precontractual y de confirmación del contrato, así como la correspondencia entre información previa y contenido del contrato definitivo (art. 5.1 RD 1905/1999)¹⁶. La Orden ITC/1030/2007 atribuye al operador el deber de acreditar que la contratación de un determinado servicio se ha producido (art. 7.1). Si la normativa exige la solicitud por escrito del abonado (ej. contratación de acceso a servicios de tarificación adicional en los que la cuarta cifra es superior a 5, ej. 803 6XX), dicho escrito acreditará la contratación. En los demás supuestos, se considerará acreditada la contratación cuando conste en

¹⁴ CARRASCO PERERA, A. Y MARTÍNEZ ESPÍN, P., “Propuesta de desarrollo reglamentario del artículo 5.3 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación”, *EC*, 1999, págs. 102 y ss., concr. pág. 124.

¹⁵ V. GONZALEZ PACANOWSKA, I., “Artículo 5” en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (COORD.), *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*. Aranzadi, 1999, págs. 139-192, concr. pág. 153.

¹⁶ Sobre la prueba de los contratos celebrados por vía electrónica o telefónica v. mi informe *Telecomunicaciones, ¿sector sin ley?*, <http://www.uclm.es/cesco/investigacion/2007> Cap. II, apdo. 5.2.D., pág. 68.

alguno de los siguientes soportes: i) Contrato celebrado mediante firma electrónica reconocida; ii) Contrato firmado por escrito; iii) Contrato celebrado mediante el sistema de contratación verbal con verificación por terceros independientes¹⁷. Para otro tipo de soportes se resolverá en cada caso concreto.

En conclusión, haya contratado por vía telefónica o electrónica, lo que parece claro es que el usuario no ha tenido acceso a las condiciones de contratación del servicio (ej. no indica el plazo concreto para su activación, desconoce el procedimiento para darse de baja y no es consciente de haber contratado el servicio telefónico de voz que el operador se empeña en facturar). En atención a los hechos y a falta de otros elementos probatorios, se deduce que **se han incumplido las normas sobre contratación telefónica y electrónica que obligan a facilitar las condiciones generales y particulares bajo las que se contrata y a enviar justificante del contrato en formato papel o vía electrónica**. Por ello y sin perjuicio de la solución satisfactoria al caso concreto, **corresponde a la Administración autonómica iniciar expediente sancionador por incumplimiento de la normativa sobre contratación a distancia [cfr. arts. 38.3, e), 38.3,f), 38.4,f) LSSI y 65.1 ñ) LOCM]**.

2.2. Demora en la activación del servicio.

El proveedor de acceso a Internet ha incumplido el plazo indicado para activar el servicio. Ante este incumplimiento contractual, el cliente solicita la baja en un servicio que nunca ha utilizado debido a una incidencia no imputable a él.

La respuesta jurídica a este problema se halla en los arts. 8, 13 LGDCU; 105.2,c), 105.4, III, 106, 109 RSU; 9.2 y 11.3 Orden ITC/1030/2007; 39-44 Ley 11/2005, del Estatuto del Consumidor de Castilla-La Mancha.

La fecha prevista para facilitar la conexión inicial al servicio ha de constar en los contratos [art. 105.2,c) y 106 RSU], en la publicidad (art. 109 RSU) y en caso de contratación vía telefónica o telemática, en el momento de contratar, el operador

¹⁷ Hasta el momento de publicación de esta Orden, ninguna de las formas de contratación mencionada se utilizan habitualmente en el tráfico. Sólo en ocasiones y especialmente en la contratación de servicios de telefonía móvil, existe contrato firmado por escrito.



deberá informar particularmente sobre el plazo para la conexión inicial que figura en el contrato-tipo y el previsto para el caso concreto (art. 11.3.1º Orden ITC/1030/2007). Esta fecha integra el contenido del contrato y como tal, es vinculante para el operador (arts. 8 y 13 LGDCU).

Sin perjuicio de las consecuencias jurídicas propias de cualquier incumplimiento contractual (arts. 1101 y 1124 CC), la legislación sectorial prevé expresamente las consecuencias de la demora en el alta del servicio. Cuando el operador incumpla el plazo para su inicio, el usuario podrá darse de baja con **carácter inmediato**, sin necesidad de esperar el plazo de quince días de preaviso que marca la normativa sectorial (art. 105.4.III RSU) y se declarará improcedente el cobro de cuota alguna por el alta o la baja [art. 9.2,b) Orden ITC/1030/2007¹⁸]¹⁹.

Los hechos relatados en la reclamación no concretan la fecha inicial de activación del servicio, pero sí se refieren al compromiso asumido por el operador de “agilizar los trámites y activar el servicio a la mayor brevedad”²⁰. Ante la imposibilidad de cumplir este compromiso, se solicita al usuario un plazo adicional de veinte días. La aceptación de este plazo no significa que el usuario renuncie a su derecho a darse de baja con carácter inmediato. Supone que se prolonga el plazo para el cumplimiento de la obligación de activar el servicio. Vencido el plazo e incumplida la obligación, el usuario puede ejercer su derecho a causar baja de forma inmediata [art. 105.4.III

¹⁸ *Art. 9.2 Orden ITC/1030/2007.* En particular, la resolución podrá: b) Declarar la improcedencia del cobro de cuota alguna por el alta o la baja del usuario, en caso de que el usuario contrate un servicio y se incumpla por el operador el plazo de conexión inicial, si el usuario decide darse de baja.

¹⁹ Aunque la Orden ITC/1030/2007 se refiere a éste como uno de los posibles contenidos de la resolución dictada por la SETSI en el marco de un procedimiento de resolución de conflictos (arts. 104.4 RSU y 9 Orden), en mi opinión el alcance de la norma va más allá del meramente procedimental. Esto es, se reconoce un derecho subjetivo que el usuario podrá hacer valer a través de las diversas vías de resolución de conflictos disponibles: procedimiento ante la SETSI; vía arbitral; vía judicial o incluso como pretensión restitutoria y/o indemnizatoria en el marco de un procedimiento sancionador (arts. 130 Ley 30/1992, 44 Estatuto del Consumidor de CLM y 36.4 LGDCU en redacción dada por Ley 44/2006).

²⁰ Según las condiciones generales del operador reclamado publicadas en su web a fecha 11 de octubre, “el plazo de conexión inicial del servicio será de un máximo de 30 (treinta) días” (condición 3.6.) (<http://acceso.ya.com/ccgg/>).



RSU), sin penalización alguna y en su caso, recuperando lo pagado indebidamente [art. 9.2,b) Orden ITC 1030/2007].

De los hechos se deduce que este “plazo de gracia” ha sido negociado por ambas partes, en cuyo caso, nada cabe reprochar. En otro caso, esto es, si el operador hubiera impuesto de forma unilateral y arbitraria un plazo adicional para cumplir la obligación, cuyo incumplimiento es resolutorio de forma inmediata, se estaría ante una práctica abusiva. Se advierte esto porque en las condiciones generales del operador reclamado se observa la siguiente cláusula: “Si se produjese el incumplimiento de alguna de sus obligaciones por parte de YA.COM, el CLIENTE deberá notificar a éste dicho incumplimiento de forma inmediata y fehaciente. **Transcurridos QUINCE (15) días desde la notificación sin que mediere subsanación por YA.COM del incumplimiento**, el CLIENTE podrá optar por dar por finalizado el contrato, sin necesidad de devolver los Descuentos Aplicados a los que se refiere la Condición Séptima. **Ambas Partes acuerdan que éste será el único efecto en caso de resolución contractual por esta causa**” (condición 6ª.VI). Aunque no constituye objeto de esta consulta, -en la medida en que el plazo de 20 días ha sido negociado-, cabe señalar que tal cláusula es abusiva por varios motivos: 1º) Entraña un fraude de ley, en la medida en que vulnera el artículo 105 RSU que distingue entre baja voluntaria y baja por incumplimiento, sólo en el primer caso se prevé un plazo de 15 días de preaviso para que la baja sea efectiva. En caso de incumplimiento del operador, la baja ha de ser “inmediata”; 2º) No se prevé un plazo similar para el caso de incumplimiento de obligaciones por el usuario, pues en tal supuesto, “YA.COM se reserva el derecho a interrumpir el Servicio de Acceso ... ADSL o **resolver de modo inmediato** la relación con el CLIENTE, si detecta un uso del mismo contrario a las presentes Condiciones Generales, a la legislación vigente o en caso de impago por parte del CLIENTE de alguna de las cantidades debidas” (condición 6ª.VII); 3º) Impone un acuerdo según el cual el único efecto de la resolución por incumplimiento es la no devolución de descuentos aplicados en caso de que el incumplimiento se produzca durante el período inicial obligatorio, privando al usuario de su derecho a exigir la reparación de daños derivados del incumplimiento.



El incumplimiento del plazo de activación del servicio puede ser calificado como infracción de consumo por fraude a los consumidores (arts. 8.3, 34.4 LGDCU y 3.1.3 RD 1945/1983); pero si el cumplimiento de los plazos de activación del servicio se califica contractualmente como parámetro de calidad puede considerarse infracción de la LGTel [art. 53,m) 53,q),55.e)] y por ende, corresponderá a la Administración sectorial la sanción de este tipo de comportamientos (DA 2ª Ley 44/2006)²¹.

Consultadas las condiciones generales de Ya.com, el operador se compromete a prestar el servicio en las condiciones de calidad fijadas legalmente²². No se asume ningún compromiso concreto de calidad respecto al parámetro “tiempo de suministro de accesos a Internet” que es uno de los parámetros de calidad generales previstos por la Orden ITC/912/2006, de 29 de marzo, por la que se regulan las condiciones relativas a la calidad de servicio en la prestación de los servicios de comunicaciones electrónicas²³ (Anexo 1, parte I.2). Por esto, no cabe calificar la demora como incumplimiento de parámetros de calidad, sino como simple incumplimiento del contrato, subsumible en la genérica tipificación del “fraude a los consumidores”, sancionable por la Administración autonómica (arts. 8.3, 34.4 LGDCU, 35-44 Ley 11/2005 y 3.1.3 RD 1945/1983).

²¹ Sobre los problemas de distribución de competencias entre la Administración autonómica de Consumo y la Administración estatal de telecomunicaciones v. mi estudio *TELECOMUNICACIONES, ¿SECTOR SIN LEY?. Informe sobre las quejas y reclamaciones de los usuarios de servicios de telecomunicaciones en Castilla-La Mancha-*, Cap. III, apdo. 4.3 (<http://www.uclm.cesco.es/>), pág. 254.

²² *Condición 8.2. Calidad del Servicio.* YA.COM se compromete a cumplir con los niveles de calidad de cada uno de los servicios contratados por el CLIENTE, conforme a los parámetros y métodos que la legislación determine.

YA.COM indemnizará al CLIENTE por interrupciones temporales del servicio de más de 24 horas a lo largo de un periodo de facturación, contadas a partir de su notificación por el CLIENTE y producidas por causas imputables a YA.COM. El CLIENTE percibirá el importe correspondiente a la parte proporcional del período de interrupción del servicio incrementado en un 10%, sin que esta cantidad pueda superar el importe correspondiente a una mensualidad.

El CLIENTE deberá solicitar la aplicación de la referida indemnización en el plazo de dos semanas una vez finalizado el periodo facturado. YA.COM procederá a su aplicación en los siguientes periodos de facturación.

²³ BOE núm. 77, de 31 marzo 2006.



2.3. Facturación de servicios no contratados.

Según el relato de hechos, el usuario ha contratado exclusivamente el servicio de acceso a Internet mediante tecnología ADSL y no el servicio telefónico (que presta otro operador), por lo que la facturación de llamadas es una forma de imposición de servicios no contratados o cambio forzado de operador (*slamming* telefónico).

La respuesta jurídica a estos hechos se encuentra en los arts. 8 LCGC; 10 bis, 12, DA 1ª.23 y 24, 34.9 LGDCU; 38.2,b), 38.2,d) Ley 34/2002, General de Telecomunicaciones (LGTel), 105.2,c); 113 RSU; 3.1,a), 7, 9.2,a) Orden ITC/1030/2007; DA 2ª Ley 44/2006; 39-44 Ley CLM 11/2005.

No consta en los hechos que el usuario haya contratado la prestación del servicio de voz. Según las condiciones generales de Ya.com, para la contratación de servicios de voz junto al servicio ADSL, es preciso que el usuario acepte expresamente las condiciones particulares para la prestación de tal servicio²⁴. Ante la falta de documento contractual aportado por el usuario, los indicios indican que el operador ha prestado el servicio sin el consentimiento del usuario.

La imposición de servicios no solicitados por el usuario constituye una práctica abusiva y por ello nula (arts. 8 LCGC, 10 bis.2, DA 1ª.23 y 24 LGDCU) y sancionable por la Administración de Consumo (arts. 34.9 LGDCU y 39 Ley CLM 11/2005).

Si se aprecia que el usuario ha sido indebidamente dado de alta en cualquier servicio (en el caso, servicio telefónico de voz), procede la tramitación de la baja inmediata y en su caso, la restitución de las cantidades indebidamente cobradas [art. 9.2,a) Orden

²⁴ Condición 4.6. Servicio de Voz a través de Preselección o Marcación Directa: "YA.COM podrá poner a disposición del CLIENTE en el marco de las Ofertas Comerciales de ADSL ofrecidas en cada momento, un Servicio de Voz en la modalidad de acceso indirecto a través de preselección o marcación directa, que será suministrado por YA.COM. Las Condiciones Particulares aplicables a este Servicio serán puestas a disposición del CLIENTE y deberán ser aceptadas por éste en el momento de la contratación del Servicio expresa y adicionalmente a las presentes Condiciones Generales" (<http://acceso.ya.com/ccgg/index.html>, 11 octubre 2007).



ITC/1030/2007]²⁵. En cualquier caso, corresponde al operador probar la contratación del servicio en cuestión (art. 7.1 Orden ITC/1030/2007).

La práctica de los servicios de consumo muestra que en casos similares al descrito, el operador suele acceder a la pretensión de baja y cancelación de deuda, reconociendo que ha habido un “error de gestión” o “error informático”, pero siempre tras la presentación de la correspondiente reclamación ante los Servicios de Consumo, precedida de varias reclamaciones infructuosas ante el servicio de atención al cliente.

Con todo y sin perjuicio de la eventual solución satisfactoria al caso concreto, la imposición y facturación de servicios no solicitados es una práctica abusiva (DA 1ª.V. 23 y 24 LGDCU) y constituye una infracción de consumo (arts. 34.5 y 34.9 LGDCU), sancionable por la Administración autonómica (art. 39 Ley CLM 11/2005).

Siendo conscientes de las dificultades prácticas y controversias doctrinales que suscita la interposición de pretensiones privadas en procedimientos administrativos, se ha de admitir que de tramitarse el procedimiento administrativo sancionador por la comisión de una infracción de consumo, el usuario también podrá pedir la restitución de lo indebidamente cobrado o en el caso, la cancelación de facturas indebidas y la liquidación de los daños probados derivados del incumplimiento (ej. coste de reiteradas llamadas a número 902) (arts. 130.2 Ley 30/1992, 36.4 LGDCU y 44 Ley CLM 11/2005)²⁶.

²⁵ La Orden ITC/1030/2007 se refiere a estos deberes como posibles contenidos de la resolución dictada por la SETSI en el marco de un procedimiento de resolución de conflictos (arts. 104.4 RSU y 9 Orden). Sin embargo, se ha de considerar que el alcance de la norma va más allá del meramente procedimental, esto es, se reconocen a los consumidores y usuarios finales derechos subjetivos de carácter sustantivo, que el usuario podrá hacer valer a través de las diversas vías de resolución de conflictos disponibles: procedimiento ante la SETSI; vía arbitral; vía judicial o incluso como pretensión restitutoria en el marco de un procedimiento sancionador (arts. 130.2 Ley 30/1992, 36.4 LGDCU en redacción dada por Ley 44/2006 y 44 Ley CLM 11/2005).

²⁶ Adviértase que los artículos 36.4 LGDCU y 44.2 Ley 11/2005, Estatuto del Consumidor de Castilla-La Mancha facultan al usuario para solicitar la liquidación de los daños sufridos en el marco de un procedimiento sancionador por la comisión de una infracción *de consumo*. Algunos sectores de la doctrina ven en el art. 130.2 Ley 30/1992 una posibilidad de extender esta facultad a cualquier otro procedimiento sancionador. Hasta el momento, la doctrina administrativista más autorizada [v.gr. GARCIA DE ENTERRÍA, *Curso de Derecho Administrativo*. Civitas, 5ª Edic, 1998, págs. 195 y 196; REBOLLO-PUIG, “Artículo 36” en BERCOVITZ R. Y SALAS J., *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los*

Estos daños sólo podrán ser liquidados en vía judicial (lo que desde el punto de vista práctico no parece probable), pues la interpretación imperante del art. 130.2 Ley 30/1992 es excesivamente restrictiva.

2.4. Facturación de servicios no prestados.

Según el relato de hechos, el usuario ha contratado exclusivamente el servicio de acceso a Internet y no el servicio telefónico, por lo que la facturación de llamadas es una forma de imposición de servicios no contratados, que debe resolverse en los términos expuestos en el apartado precedente. No obstante, si se pudiera demostrar que el usuario también contrató el servicio telefónico de voz, pero que debido a la falta de activación del servicio, Ya.com no prestó tal servicio sino que lo ha prestado otro operador (en el caso, *Telefónica*), los hechos podrían ser calificados como un supuesto de facturación de servicios no prestados.

La respuesta jurídica a los hechos calificados como facturación de servicios no prestados se halla en los arts. 1101, 1124, 1274, 1895, 1896, 1901 CC; 53,m), 54,q) y 55,e) LGTel; 34, 105.4.III, 110.3, 112 RSU; 17-21 y Anexo II Orden ITC/912/2006.

La facturación de servicios no prestados constituye una prestación sin causa (art. 1274 CC). Todo usuario tiene derecho a que el operador le presente factura por los cargos *en que haya incurrido* (art. 112 RSU). La facturación de servicios no prestados, - consideremos que por error informático o de administración-, conlleva el derecho del usuario a la devolución de lo indebidamente cobrado (art. 1895 CC) o en el caso analizado, a la cancelación de las facturas emitidas.

Consumidores y Usuarios. Civitas, 1992, págs. 998-1000) ha negado esta posibilidad, considerando que, como establece el art. 22.1RD 1398/1993, el pronunciamiento administrativo sobre la reposición de la situación originaria o sobre la liquidación de daños derivados de la infracción se circunscribe a los supuestos en los que el perjudicado es la propia Administración. No obstante, nuevas normas como el art. 44.2 del Estatuto del Consumidor de Castilla-La Mancha o el nuevo art. 36.4 LGDCU reflejan un cambio de tendencia, de modo que la condena a la reparación se amplía a todos los daños derivados de la infracción, ya se causen a la Administración o a los particulares [v. CORDERO LOBATO, E., "La liquidación de daños entre particulares en el procedimiento administrativo". *Working Paper* nº 132. Barcelona, abril 2003 (www.indret.com) y "Resolución y liquidación de la responsabilidad civil jurídico privada en los procedimientos administrativos de consumo", enero 2003 (<http://www.uclm.es/cesco/investigacion/7.pdf>)].



También cabe calificar la facturación de servicios no prestados como una forma de incumplimiento contractual (arts. 1101 CC), que, de ser grave o reiterado, - incumplimiento resolutorio ex art. 1124 CC y jurisprudencia que lo interpreta-, justificaría la resolución del contrato por el usuario de forma inmediata y sin penalización alguna (art. 105.4.III RSU)²⁷.

Junto a las consecuencias puramente privadas, las deficiencias en materia de facturación también tienen trascendencia en el ámbito del Derecho administrativo. La facturación de servicios no prestados es una forma de fraude de los derechos de los consumidores (arts. 3.1.4, 3.2.4 RD 1945/1983) y como tal, sancionable por la Administración de Consumo.

A partir de la Orden ITC/912/2006 las deficiencias en los procedimientos de facturación constituyen también incumplimiento de parámetros de calidad y por ello, infracción de la normativa de telecomunicaciones (arts. 53,m), 54,q) y 55,e) LGTel, 34 y 110.3 RSU, 17-21 y Anexo II Orden), sancionable por la Administración sectorial. La situación del operador en cuanto al cumplimiento de los requisitos sobre calidad de la facturación establecidos por la Orden de Calidad es uno de los elementos a considerar por la SETSI al resolver la reclamación sobre el contenido de las facturas (art. 21 Orden 912/2006). Entiendo que no hay obstáculo para que también la Administración autonómica que conozca de la reclamación y en su caso, inicie el expediente sancionador por fraude a los consumidores pueda tomar en consideración esta situación junto con los demás elementos de juicio disponibles.

2.5. Solicitud no atendida de baja.

La solicitud no atendida de baja es uno de los motivos más habituales de reclamación. El usuario ha dirigido su petición por varios cauces: reiteradas llamadas al servicio de atención al cliente (número 902) y carta certificada. Aunque en el servicio de atención al cliente manifiestan la aceptación de la solicitud de baja, se facturan llamadas

²⁷ No son infrecuentes los supuestos en los que el operador, ignorando reglas básicas en materia contractual, pretende exigir el pago de una penalización por baja anticipada en aquellos casos en los que la baja se solicita tras la facturación de servicios no prestados o conceptos no contemplados en el contrato.



realizadas durante el tiempo de vigencia del contrato de acceso a Internet y tras la comunicación de la baja.

La respuesta jurídica se encuentra en los arts 12.3.II y DA 1ª.17 bis LGDCU en redacción dada por Ley 44/2006; 105.2.j) y 105.4 RSU y 9.2 Orden ITC/1030/2007.

Ya antes de la Ley 44/2006, de Mejora de la Protección de los Consumidores y Usuarios, la normativa sectorial obligaba a los operadores de telecomunicaciones a prever en los contratos procedimientos para solicitar su extinción por decisión unilateral del abonado, absteniéndose de facturar y cobrar cualquier cantidad devengada por causa no imputable al usuario, con posterioridad al plazo de quince días en que debió surtir efectos la baja [arts. 105.2,j) y 105.4 RSU]. No se regulaba el procedimiento para comunicar la decisión de baja. La discrecionalidad del operador para determinar este procedimiento sólo se sometía a algunas restricciones: a) el plazo de preaviso no podía exceder de 15 días naturales (art. 105.4.I); b) tratándose de baja motivada por el incumplimiento del operador, ha de ser inmediata, sin preaviso (art. 105.4.III); c) el procedimiento debía permitir al usuario tener constancia del contenido de su solicitud de baja [arts. 104, 105.2,j) y 105.4 RSU)].

La Ley 44/2006 restringe la libertad de los operadores en este ámbito en cuanto exige que el procedimiento para poner fin a la relación contractual coincida con el procedimiento requerido para su constitución (art. 12.3.II LGDCU). Tipifica como infracción de consumo conductas como la falta de previsión de procedimiento para causar baja, la imposición de limitaciones o exigencias injustificadas o la falta de comunicación al usuario del procedimiento para darse de baja (art. 34.11 LGDCU) y califica como cláusula abusiva, entre otras, la imposición de formalidades distintas a las previstas para contratar (DA 1ª. 17 bis LGDCU). La Ley establece un plazo de dos meses desde su entrada en vigor para la adaptación de los contratos con consumidores a las nuevas exigencias, transcurrido el cual, las cláusulas contrarias a la Ley son nulas de pleno derecho (DT 1ª Ley 44/2006).

Independientemente de la fecha de perfección del contrato objeto de consulta, por el carácter imperativo de las normas indicadas (RSU y Ley 44/2006), han de considerarse como nulas o no puestas todas aquellas cláusulas que impongan plazos

de preaviso superiores al fijado reglamentariamente y a partir de la entrada en vigor de la Ley 44/2006 (1 marzo 2007, DT 1ª), aquéllas que impongan en perjuicio del usuario formalidades para darse de baja distintas a las requeridas para darse de alta. No obstante, como hace el usuario reclamante, sigue siendo recomendable comunicar la solicitud de baja por un medio que permita tener constancia de su recepción por el operador y del contenido de la misma (correo certificado con acuse de recibo, burofax, documento sellado por establecimiento...), pues es este el medio de prueba del que dispone el usuario para hacer valer su derecho a no pagar facturas emitidas a partir de los quince días tras la solicitud de baja (art. 105.4 RSU) o en caso de incumplimiento, la baja inmediata.

A falta de otras pruebas que los hechos no aportan, no parece que Ya.com haya incurrido en infracción *de consumo* en relación con los plazos y mecanismos para solicitar la baja²⁸. Sin embargo, *sí ha incumplido la normativa sectorial de telecomunicaciones* en cuanto no ha informado al usuario de su derecho a recibir constatación escrita de su solicitud de baja [arts. 104, 105.2,j) y 105.4 RSU)] y lo que es más importante, no ha hecho efectiva la solicitud de baja de forma inmediata como exige el art. 105.4.III RSU. La decisión de causar baja motivada en el incumplimiento del operador del plazo de activación del servicio se ha comunicado verbalmente antes del 13 de marzo y por correo certificado el 19 de marzo. El operador pretende facturar servicios correspondientes a los meses de marzo y abril.

La injustificada falta de atención a una solicitud de baja constituye una infracción de consumo en cuanto “negativa injustificada a satisfacer las demandas del consumidor o usuario [...], producidas de buena fe o conforme al uso establecido” (art. 3.2.8 RD

²⁸ Así se deduce de la condición Sexta del clausulado publicado en la web del operador (<http://acceso.ya.com/ccgg/>).

Condición Sexta. Duración y Terminación. “La baja voluntaria en el Servicio de Acceso Ya.com ADSL por parte del CLIENTE podrá ser notificada por el mismo con una antelación de al menos QUINCE (15) días a la fecha efectiva de baja empleando cualesquiera de los siguientes procedimientos: i) Notificación por escrito a YA.COM, al Apartado de Correos núm. 1058, 28108 Alcobendas (Madrid), adjuntando copia de su Documento Nacional de Identidad ii) A través del teléfono de Atención al Cliente 902 902 886 facilitando sus datos personales (Nombre, dirección, D.N.I., etc.) así como su voluntad inequívoca de darse de baja en el Servicio, siguiendo las instrucciones que se le facilitarán iii) A través del espacio habilitado a tal efecto en la página Web Área de Cliente, cumplimentando el formulario habilitado al efecto con sus datos personales así como su voluntad inequívoca de darse de baja en el Servicio, siguiendo las instrucciones que se le facilitarán”.



1945/1983). La normativa sectorial no tipifica expresamente las infracciones en relación al derecho a causar baja. No obstante, cabría considerar que el incumplimiento de los deberes impuestos por el art. 105.4 RSU constituye una infracción administrativa de la normativa de telecomunicaciones y en concreto, de las condiciones de prestación del servicio, calificadas como obligaciones de carácter público [arts. 53, l) en relación a art. 38 LGTel, 53, s) en relación art. 8.1; 54, o) en relación a art. 38 y 55,e) LGTel]. Esta ambigua tipificación en la Ley General de Telecomunicaciones de la vulneración del derecho del usuario a darse de baja permite cuestionar si a tenor de la DA 2ª Ley 44/2006, la competencia sancionadora corresponde a la Administración de Telecomunicaciones o si por el contrario, es la Administración de Consumo quien ha de sancionar al operador que ignora u obstaculiza el ejercicio del derecho del usuario a darse de baja. Como ya he argumentado en otras ocasiones²⁹, parece que la sede natural para sancionar estas conductas es consumo³⁰, sin embargo dada la compleja distribución de competencias entre Administración de telecomunicaciones y de consumo, la cuestión puede desembocar en un concurso de normas sancionadoras, en el que debe prevalecer la normativa sectorial de telecomunicaciones (normativa más específica, que impone mayores multas). Por ello, la competencia sancionadora corresponde a la Administración de Telecomunicaciones [SETSI ex art. 58, c) LGTel].

Declarada la infracción (no de consumo, sino de telecomunicaciones), parece poco viable que el usuario perjudicado pueda exigir la reposición de la situación contractual al momento anterior al incumplimiento (cancelación de facturas) y la reparación de los daños ocasionados derivados de la solicitud no atendida de baja (ej. gastos de correo o llamadas telefónicas a los servicios de atención al cliente para reiterar la solicitud de baja y manifestar su queja por la continuidad de la facturación). Estos daños sólo podrán ser liquidados en vía judicial (lo que desde el punto de vista práctico no parece probable), pues la interpretación imperante del art. 130.2 Ley 30/1992 es excesivamente restrictiva³¹.

²⁹ V. mi Informe *Telecomunicaciones, ¿sector sin ley?*, *op. cit.*, Cap. III, apdo. 4.3. pág. 254.

³⁰ Incluso antes de la publicación de la Ley 44/2006, la injustificada falta de atención a una solicitud de baja constituía una infracción de consumo en cuanto "negativa injustificada a satisfacer las demandas del consumidor o usuario [...], producidas de buena fe o conforme al uso establecido" (art. 3.2.8 RD 1945/1983).

³¹ V. *supra* nota 26.



En caso de que el usuario decida iniciar el procedimiento ante la SETSI, el órgano administrativo podrá obligar al operador a tramitar inmediatamente la baja y devolver todos los importes indebidamente facturados o en este caso, cancelar las facturas pendientes [v. arts. 9.1 y 9.2, c) Orden ITC/2007].

2.6. Ingreso en registro de morosos.

A pesar de haber solicitado la baja según el procedimiento indicado en el teléfono de atención al cliente y de estar ésta fundada en la falta de activación del servicio contratado, el operador requiere el pago de facturas indebidas a través de una empresa de gestión de cobros, que exige el pago mediante lo que la propia empresa denomina “vía ejecutiva” (carta en la que se comunica la existencia de la deuda con el operador, la obligación de cumplir los contratos celebrados por vía electrónica en los términos de los artículos 23 y 54 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información, se “insta” al pago de la deuda en la entidad bancaria y cuenta indicada y se facilita un número 902 para obtener información sobre el particular). En contra de la denuncia del usuario, de la documentación aportada no se deduce que el usuario haya quedado incluido en un registro de este tipo. La carta emitida por la empresa de gestión de cobros no implica necesariamente la inclusión en una lista de morosos. Si bien es cierto que de persistir la deuda, la experiencia muestra que acabará en un registro de tal tipo.

La respuesta a este supuesto se encuentra en los arts. 27, 29 LO 15/1999, de Protección de Datos de Carácter Personal y en la Instrucción 1/1995, de 1 de marzo, de la Agencia de Protección de Datos relativa a prestación de servicios de información sobre solvencia patrimonial y crédito.

Para la lícita inclusión en un fichero de información sobre solvencia patrimonial y crédito además de otros requisitos, es imprescindible que exista una deuda cierta, vencida y exigible³². No concurre esta circunstancia cuando se facturan servicios no

³² Una exposición completa y detallada de los requisitos legales en relación a estos ficheros de datos se contiene en el Informe *Telecomunicaciones, ¿sector sin ley?, op.cit.*,

solicitados o no prestados o cuando se facturan servicios tras la solicitud de baja inmediata fundada en el incumplimiento grave de las obligaciones del operador (falta de activación del servicio, facturación de servicios prestados por otro operador).

La facturación de servicios tras la solicitud de baja y en su caso, la correlativa inclusión en el registro de morosos constituye una práctica doblemente ilegal: ni es válido el consentimiento del interesado para el tratamiento de sus datos, ni existe una deuda cierta, vencida y exigible. Incurrir en infracción el operador que facilita datos a un registro de morosos sin haber comprobado previamente la existencia real de la deuda (ej. inclusión en registro por falta de pago de servicios facturados tras la solicitud de baja o por el impago de facturas anuladas por servicios no prestados) o sin haber realizado el correspondiente requerimiento de pago (art. 29 LOPD)³³.

El justificante de la solicitud de baja motiva por el incumplimiento y comunicada al operador ha de servir para impedir el ingreso de los datos en el registro de morosos o en su caso, para su salida del mismo (Norma Primera Instrucción 1/1995 APD).

La inclusión o mantenimiento en un fichero de este tipo por deudas inexistentes [art. 44.3,f) LOPD], sancionadas por la APD con multas de 60.101,21 a 300.506,05 euros (art. 45.2 LOPD)³⁴.

Los eventuales daños sufridos por el usuario derivados de la inclusión indebida en un registro de morosos (ej. denegación de crédito bancario) habrán de ser liquidados en vía judicial o arbitral, salvo que se imponga la tesis, según la cual cabría la liquidación

Capítulo I, epgr. 8.4, pág. 116 y mi respuesta a una consulta planteada al CESCO, *Servicios telefónicos e inclusión en registro de morosos* (<http://www.uclm.es/cesco/investigacion/2007/>).

³³ V. Sts. AN 1 junio 2005; 27 octubre 2004 y Resoluciones APD 23 noviembre 2006, R/00896/2006 dictada en el procedimiento sancionador PS/00276/2005, instruido por la Agencia Española de Protección de Datos a las entidades CABLEUROPA, S.A.U. y ASNEF EQUIFAX, SERVICIOS DE INFORMACIÓN SOBRE SOLVENCIA Y CRÉDITO, S.L.; R/00900/2006 dictada en el procedimiento sancionador PS/00084/2006, instruido por la Agencia Española de Protección de Datos a la entidad FRANCE TELECOM ESPAÑA, S.A.; de 25 septiembre 2006, R/00626/2006 dictada en el procedimiento sancionador PS/00345/2005, instruido por la Agencia Española de Protección de Datos a las entidades ASNEF EQUIFAX, SERVICIOS DE INFORMACIÓN DE SOLVENCIA Y CRÉDITO, S.L., y a FRANCE TELECOM ESPAÑA, S.A.

³⁴ V. Resolución 23 noviembre 2006, R/00900/2006, France Telecom; de 25 septiembre 2006, R/00626/2006, France Telecom.



de daños en el marco de un procedimiento administrativo sancionador (arts. 130.2 Ley 30/1992).

2.7. Servicios de atención al cliente.

Como en otros muchos casos, el usuario denuncia las reiteradas e inútiles llamadas al servicio de atención al cliente atendido a través de un número 902. Es sólo una pequeña muestra de los frecuentes incumplimientos de los operadores de telecomunicaciones de la normativa sobre servicios de atención al cliente (SAC)³⁵.

Tanto el regulador sectorial como el regulador general han mostrado su empeño por combatir las deficiencias de los SAC, obligando a los operadores a establecer procedimientos de reclamación eficientes, sencillos y gratuitos que dispensen un trato personalizado a los usuarios, que permitan un seguimiento de la solicitud mediante la asignación de un número de incidencia o en su caso, del envío de documento electrónico o en soporte papel que acredite el contenido de la queja y en definitiva, faciliten una adecuada y satisfactoria resolución de las reclamaciones [arts. 104.1 y 104.4, 105.2.k) RSU; 11.1, 13.4 LGDCU en redacción dada por Ley 44/2006; 10 y 11 Orden ITC/1030/2007].

Según la normativa sectorial, los operadores deberán disponer de un servicio especializado y gratuito de atención al cliente que tendrá por objeto atender y resolver quejas, reclamaciones y cualquier otra incidencia contractual planteada por los clientes (cfr. art. 104.1 y 104.4 RSU). A estos efectos, la dirección postal y electrónica, los teléfonos y, en su caso, la página *web* deberán constar en los contratos suscritos con el usuario [art.105.2,k) RSU]. Ante cualquier reclamación presentada telefónicamente, el operador está obligado a comunicar al abonado el número de referencia de su reclamación para que éste pueda en todo momento probar su presentación [art. 104.1.I) RSU] y a informarle de su derecho a solicitar un documento que acredite la presentación y contenido de la queja o reclamación mediante cualquier soporte que permita tal acreditación [art. 104.1.III) RSU]. Si el cliente lo desea y sin perjuicio de los medios habituales (correo certificado

³⁵ V. Informe publicado por CECU, "La atención al cliente en las telecomunicaciones y la energía", realizado por primera vez en 2003 y reiterado en diciembre de 2006, constata que las irregularidades de los SAC se mantienen.

con acuse de recibo o burofax), el operador deberá mandar un comprobante que dé fe de la reclamación en el plazo de diez días desde la solicitud (art. 11.1 Orden ITC/1030/2007)³⁶. Éste se ha de enviar mediante documento electrónico con firma reconocido o mediante carta en soporte papel dirigida al abonado (art. 11.2.I Orden 1030/2007). No obstante, la SETSI valorará si cualquier otro soporte (ej. fax, e-mail, SMS,...) permite acreditar la presentación o contenido de la queja o reclamación (art. 11.2.II Orden ITC/1030/2007).

Según el tenor literal de los arts. 104.1 105.2,k) RSU, el servicio de atención al cliente y el procedimiento para resolver quejas y reclamaciones ha de ser de carácter “gratuito”. En relación a este carácter gratuito han de formularse algunas consideraciones: i) El RSU distingue entre servicio de atención *al cliente*, de carácter gratuito [art. 104.1 y 105.2, k)] y un genérico servicio de atención *al público*, que ofrece información a cualquier potencial usuario y que no necesariamente ha de ser gratuito, si bien su coste máximo será el precio ordinario del servicio de telecomunicaciones sin recargo (art. 109.2); ii) El carácter gratuito del servicio es también exigible a los denominados “Servicios Técnicos”³⁷; iii) La exigencia de gratuidad se compadece mal con la prestación de estos servicios a través de números de inteligencia de red (ej. 902)³⁸, que aun no siendo números de tarificación adicional (803, 806, 807 y 907), sí ocasionan gastos al usuario. Paradójicamente, el regulador parece dar cobertura a esta práctica y en contra del tenor literal del Reglamento, la Orden ITC/1030/2007 no exige la gratuidad del servicio especializado de atención al cliente (cfr. art. 10³⁹), al

³⁶ Algunas sentencias civiles aluden expresamente a la deficiente calidad de los servicios de atención al cliente y a la necesidad de acudir a medios complementarios, tales como fax, burofax o correo certificado, para acreditar la formulación de la queja o reclamación (SAP Cantabria, 30-9-2004, JUR 2004/286333, FJ 4º).

³⁷ Obsérvese que la exigencia de gratuidad se predica del servicio para atender quejas, reclamaciones y “cualquier otra incidencia contractual planteada por los clientes”.

³⁸ V. Informe publicado por FACUA en el que se analizan los diversos SAC de los operadores de telecomunicaciones (<http://www.facua.org/facuainforma/2005/5mayo2005.htm>).

³⁹ *Art. 10 Orden ITC/1030/2007*. Los operadores deberán disponer de un departamento o servicio especializado de atención al cliente, que tenga por objeto atender y resolver las quejas y reclamaciones y cualquier incidencia contractual que planteen sus clientes. Los titulares del departamento o servicio de atención al cliente serán los encargados de relacionarse, en su caso, con el titular del servicio administrativo de solución de controversias a que se refiere el capítulo II y al que remitirán copia de las actuaciones realizadas con indicación del número de referencia asignado a la correspondiente reclamación.



contrario, admite el pago de un precio por las llamadas telefónicas a dicho número [art. 12,a),i)⁴⁰].

La Ley 44/2006 en su propósito de mejorar la protección de los consumidores y usuarios ha regulado los servicios de atención al cliente. Reconoce el derecho de los usuarios a “reclamar con eficacia” en caso de error, defecto o deterioro de los bienes o servicios y a hacer efectivas las garantías de calidad y nivel de prestación y obtener la devolución equitativa del precio de mercado del producto o servicio, total o parcialmente, en caso de incumplimiento o cumplimiento defectuoso del contrato (art. 11.1 LGDCU en redacción dada por art. 1.5 LMPCU); impone el deber de asegurar que los clientes tengan constancia de sus quejas y reclamaciones y exige que las oficinas y servicios de información y atención al cliente que lleven a cabo sus funciones por vía telefónica o electrónica garanticen “una atención personal directa, más allá de la posibilidad de utilizar complementariamente otros medios técnicos a su alcance” (art. 13.4 LGDCU mod. art. 1.7 LMPCU).

Ante los flagrantes incumplimientos de la normativa indicada, si se quiere alcanzar la máxima eficiencia en la actuación administrativa y sin perjuicio de posibles acciones aisladas a raíz de denuncias concretas, la Administración debería iniciar de oficio expediente sancionador por los múltiples y reiterados incumplimientos en los que incurren los operadores en relación a sus SAC.

De nuevo, se plantea el problema de la distribución de competencias sancionadoras⁴¹: la infracción de las normas del Reglamento del Servicio Universal en relación a los SAC no se tipifican expresamente en la Ley General de Telecomunicaciones, salvo que se considere que forman parte de las condiciones de prestación del servicio (art. 8.1 LGTel) o que constituyen obligaciones de servicio público, en cuyo caso, debería sancionar la Administración de Telecomunicaciones a través de la SETSI o de la CMT (art. 58 LGTel en relación a arts. 53,l),s), 54,o), p), q), 55, e) y DA 2ª Ley 44/2006). En

⁴⁰ Art. 12 Orden ITC/1030/2007. Información al cliente.

Los operadores deberán informar al cliente en los siguientes términos:

a) En cada factura periódica que remitan a sus abonados, deberá indicarse:

i) El número telefónico de atención al cliente del operador, *el precio de las llamadas telefónicas a dicho número* y el nombre de su página de Internet.

⁴¹ V. mi informe *Telecomunicaciones, ¿sector sin ley?*, op. cit., Cap. III., epgr. 4.3, pág. 241 y ss.



otro caso, es decir, si se entiende que la falta de tipificación expresa en la LGTel no permite calificar estas infracciones como infracciones de telecomunicaciones en los términos de la DA 2ª Ley 44/2006, habrá de ser la Administración de Consumo quien adopte las correspondientes medidas sancionadoras por incumplimiento de las normas referentes a los SAC (art. 34.12 en relación con arts. 11.1 y 13.4 LGDCU). En cualquier caso, los eventuales concursos de infracciones se resolverán a favor de la tipificación sectorial⁴². Sea como fuere, conviene una acción integrada única a nivel nacional que imponga sanciones realmente preventivas y disuasorias.

3. CONCLUSIÓN: ¿QUÉ PUEDE HACER LA ADMINISTRACIÓN DE CONSUMO ANTE RECLAMACIONES COMO LA ANALIZADA?

La experiencia muestra que son muchas las reclamaciones de este tipo en las que la mediación administrativa conduce a una solución favorable para el usuario. Son numerosos los casos en los que tras el requerimiento de los servicios de consumo de información sobre los hechos denunciados por el usuario, el operador reconoce la existencia de un “error de gestión”, “error informático” o de cualquier otro tipo que conduce a la cancelación de la deuda, la salida de los registros de morosos y la petición de disculpas al usuario.

En cualquier caso, haya o no solución satisfactoria en el caso concreto. Los hechos denunciados pueden constituir diversas infracciones, que las Administraciones públicas han de perseguir para erradicar del sector de las telecomunicaciones prácticas fraudulentas que constituyen auténticos abusos y que ignoran derechos básicos de los usuarios. Ante los hechos denunciados, los servicios de consumo podrán adoptar las medidas que a continuación se detallan:

- 1º. Se ha de solicitar al usuario que aporte los documentos acreditativos de la contratación a fin de corroborar si ha habido o no incumplimiento de la normativa sobre contratación a distancia. En cualquier caso, corresponderá al operador probar el cumplimiento de estos deberes. De constatarse el incumplimiento, la Administración autonómica podrá iniciar expediente sancionador por

⁴² V. mi informe *Telecomunicaciones, ¿sector sin ley?*, *op.cit.*, Cap. III, apdo. 4.3.2, págs. 250 y 251.



incumplimiento de las normas que regulan la contratación a distancia [cfr. arts. 38.3, e), 38.3,f), 38.4,f) LSSI y 65.1 ñ) LOCM].

Obsérvese que el cumplimiento de estos deberes (envío de información previa a la contratación y confirmación de la contratación en soporte que pueda ser almacenado por el usuario) no es una cuestión puramente formal. De haberse cumplido, el usuario no estaría sumido en la confusión de no saber qué servicios ha contratado y en qué condiciones.

- 2º. Ante la demora en la activación inicial del servicio, el usuario ostenta el derecho a darse de baja con carácter inmediato, sin penalización alguna y en su caso, recuperando lo que hubiese pagado indebidamente [arts. 105.4.III RSU y 9.2,b) Orden ITC/1030/2007]. Este incumplimiento contractual es además subsumible en la genérica tipificación del “fraude a los consumidores”, sancionable por la Administración autonómica (arts. 8.3, 34.4 LGDCU , 35-44 Ley CLM 11/2005 y 3.1.3 RD 1945/1983);
- 3º. Respecto a la facturación de servicios no solicitados por el usuario, la práctica de los servicios de consumo muestra que en casos similares al descrito, el operador suele acceder a la pretensión de baja y cancelación de deuda, reconociendo que ha habido un “error de gestión” o “error informático”, pero siempre tras la presentación de la correspondiente reclamación ante los Servicios de Consumo, precedida de varias reclamaciones infructuosas ante el servicio de atención al cliente. Con todo y sin perjuicio de la eventual solución satisfactoria en el caso concreto, la imposición y facturación de servicios no solicitados es una práctica abusiva (art. 10 bis y DA 1ª.23 y 24 LGDCU) y constituye una infracción de consumo, sancionable por la Administración autonómica (arts. 34.5, 34.9 LGDCU y 35-44 Ley CLM 11/2005);
- 4º. Los hechos también pueden ser calificados como un supuesto de facturación de servicios no prestados en la medida en que el servicio de llamadas (internacionales) lo ha prestado otro operador (*Telefónica*). La facturación de servicios no prestados es una forma de fraude de los derechos de los consumidores (arts. 3.1.4, 3.2.4 RD 1945/1983) y como tal, sancionable por la



Administración de Consumo (arts. 34.5, 34.9 LGDCU y 35-44 Ley CLM 11/2005). No obstante, en virtud del principio *non bis in idem* se habrá de optar por la calificación de los hechos como imposición de servicios no contratados o como facturación de servicios no prestados. Todo parece indicar que el supuesto objeto de consulta se ha de calificar como imposición de servicios no contratados;

- 5º. El operador reclamado ha incumplido la normativa sectorial de telecomunicaciones en cuanto no ha informado al usuario de su derecho a recibir constatación escrita de su solicitud de baja [arts. 104, 105.2,j) y 105.4 RSU)] y lo que es más importante, no ha hecho efectiva la solicitud de baja de forma inmediata como exige el art. 105.4.III RSU. Desgraciadamente, poco puede hacer la Administración de Consumo ante la falta de atención a la solicitud de baja del usuario. Dada la compleja distribución de competencias entre Administración de telecomunicaciones y de consumo, la cuestión puede desembocar en un concurso de normas sancionadoras, en el que debe prevalecer la normativa sectorial de telecomunicaciones (normativa más específica, que impone mayores multas). Por ello, la competencia sancionadora corresponde a la Administración de Telecomunicaciones [SETSI ex art. 58, c) LGTel].

La Administración de Consumo deberá poner los hechos en conocimiento de la SETSI no para que resuelva la reclamación –dada la desdichada redacción del art. 3.2.g) Orden ITC/1030/2007⁴³-, sino para que inicie el correspondiente expediente sancionador por la negativa del operador a hacer efectiva la baja del usuario de forma inmediata.

- 6º. Calificados los hechos como infracción de consumo (práctica abusiva consistente en la imposición de servicios no contratados o fraude a los consumidores por facturación de servicios no prestados), aún admitiendo los problemas prácticos y discusiones doctrinales que suscita de esta vía, el usuario podrá exigir en el marco del procedimiento sancionador la cancelación de las facturas pendientes e incluso la liquidación de los daños ocasionados (coste de llamadas a número 902) (arts.

⁴³ Sobre este precepto, v. mi informe *Telecomunicaciones, ¿sector sin ley?*, Cap. I, apdo. 7.4.2, págs. 104 y ss. y Cap. III, apdo. 4.2, págs. 244 y ss.



130 Ley 30/1992, 44 Estatuto del Consumidor de CLM y 36.4 LGDCU en redacción dada por Ley 44/2006).

- 7º. En caso de que el usuario decida iniciar el procedimiento ante la SETSI, el órgano administrativo podrá obligar al operador a tramitar inmediatamente la baja y devolver todos los importes indebidamente facturados o en este caso, cancelar las facturas pendientes [v. arts. 9.1 y 9.2, c) Orden ITC/2007].
- 8º. A tenor de los hechos, los datos del abonado no están aún incluidos en un fichero de información sobre solvencia patrimonial y crédito. En caso de que el usuario acabe incluido en un fichero de este tipo, el operador incurriría en una infracción de la LO 15/1999, sobre Protección de Datos de carácter personal. La inclusión o mantenimiento en un fichero de este tipo por deudas inexistentes constituye una infracción administrativa [art. 44.3,f) LOPD], sancionada por la Agencia de Protección de Datos con multas de 60.101,21 a 300.506,05 euros (art. 45.2 LOPD). La Administración autonómica de consumo debería poner los hechos en conocimiento de la APD para que ésta inicie el correspondiente expediente sancionador, como ya ha hecho en varias ocasiones⁴⁴.
- 9º. En relación a las deficiencias de los servicios de atención al cliente, se plantea el problema de la distribución de competencias sancionadoras. La infracción de las normas del Reglamento del Servicio Universal en relación a los SAC no se tipifican expresamente en la Ley General de Telecomunicaciones, salvo que se considere que forman parte de las condiciones de prestación del servicio (art. 8.1 LGTel) o que constituyen obligaciones de servicio público, en cuyo caso, debería sancionar la Administración de Telecomunicaciones a través de la SETSI o de la CMT (art. 58 LGTel en relación a arts. 53,l),s), 54,o), p), q), 55, e) y DA 2ª Ley 44/2006). En otro caso, es decir, si se entiende que la falta de tipificación expresa en la LGTel no permite calificar estas infracciones como infracciones de telecomunicaciones en los términos de la DA 2ª Ley 44/2006, habrá de ser la Administración de Consumo quien adopte las correspondientes medidas sancionadoras por incumplimiento de las normas referentes a los SAC (art. 34.12 en relación con arts. 11.1 y 13.4

⁴⁴ V. Resolución 23 noviembre 2006, R/00900/2006 , France Telecom; de 25 septiembre 2006, R/00626/2006, France Telecom.



LGDCU). En cualquier caso, los eventuales concursos de infracciones se resolverán a favor de la tipificación sectorial. Sea como fuere, conviene una acción integrada única a nivel nacional que imponga sanciones realmente preventivas y disuasorias.

Toledo, a 31 de octubre de 2007.