

TELECOMUNICACIONES, ¿SECTOR SIN LEY?

- Informe sobre las quejas y reclamaciones de los usuarios de servicios de telecomunicaciones en Castilla-La Mancha-.

ANA I. MENDOZA LOSANA

CENTRO DE ESTUDIOS DE CONSUMO

UNIVERSIDAD DE CASTILLA-LA MANCHA

AUTORA:

ANA I. MENDOZA LOSANA.

**Profesora de Derecho Civil
Universidad de Castilla-La Mancha**

**ENTIDADES
FINANCIADORAS:**

**DIRECCIÓN GENERAL DE
CONSUMO. Junta de
comunidades de Castilla-
La Mancha**

**CENTRO DE ESTUDIOS DEL
CONSUMO. Universidad de
Castilla-La Mancha**

SUMARIO

TELECOMUNICACIONES, ¿SECTOR SIN LEY?.

- Informe sobre las quejas y reclamaciones de los usuarios de servicios de telecomunicaciones en Castilla - La Mancha -.

INTRODUCCIÓN: PRESENTACIÓN DEL ESTUDIO.

- 1. DATOS DEL ESTUDIO.**
- 2. OBJETIVOS.**
- 3. ESTRUCTURA Y CONTENIDO.**
- 4. AGRADECIMIENTOS.**

CAPÍTULO I

MARCO JURÍDICO REGULADOR DE LOS DERECHOS DE LOS USUARIOS EN EL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES.

- 1. LA LEY GENERAL DE TELECOMUNICACIONES Y NORMAS DE DESARROLLO**
- 2. ÁMBITO DE APLICACIÓN.**
 - 2.1. Redes y servicios de comunicaciones electrónicas.**
 - 2.2. Usuarios de telecomunicaciones: concepto y categorías**
- 3. LAS TELECOMUNICACIONES COMO SERVICIOS DE INTERÉS GENERAL**
 - 3.1. Obligaciones de servicio público. El servicio universal.**
 - 3.2. Control administrativo sobre calidad y precios.**
 - 3.2.1. Calidad de los servicios.***
 - 3.2.2. Régimen de precios.***
- 4. DERECHOS DE LOS USUARIOS. EN PARTICULAR, DERECHOS EN RELACIÓN CON EL SERVICIO TELEFÓNICO DISPONIBLE AL PÚBLICO.**
 - 4.1. Información.**
 - 4.2. Factura detallada.**
 - 4.3. Derecho a la desconexión de ciertos servicios**
 - 4.4. Derecho a figurar en la guía.**
 - 4.5. Conservación de los números telefónicos (portabilidad) y cambio de operador.**
 - 4.6. Compensación por interrupción temporal del servicio.**
 - 4.7. Depósitos de garantía**
 - 4.8. Derecho a la suspensión temporal del servicio.**
- 5. TUTELA CONTRACTUAL: CONTRATOS-TIPO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES.**

- 5.1. **Intervención administrativa: aprobación, comunicación y modificación.**
 - 5.2. **Perfección del contrato.**
 - 5.2.1. **Contratos presenciales.**
 - 5.2.2. **Contratación a distancia. En particular, el problema de la contratación a distancia bajo condiciones generales.**
 - A) *Concurrencia de normas*
 - B) *Libertad de forma.*
 - C) *Deberes de información pre y postcontractual: soportes y contenidos.*
 - C.1. *Contratación electrónica.*
 - C.2. *Contratación telefónica.*
 - D) *Prueba de los contratos celebrados por vía electrónica o telefónica.*
 - 5.2.3. **Conclusión sobre la perfección a distancia de contratos de acceso a red o prestación de servicios de comunicaciones electrónicas.**
 - 5.3. **Contenido contractual y cláusulas abusivas.**
 - 5.3.1. **Contenido mínimo.**
 - 5.3.2. **Prácticas de facturación. En particular, las cláusulas de “redondeo”.**
 - 5.3.3. **Otras cláusulas abusivas**
 - 5.4. **Extinción del contrato**
 - 5.4.1. **Derecho a causar baja, vinculación mínima y cláusulas penales**
 - 5.4.2. **Resolución por incumplimiento. Carga de la prueba.**
 - 5.4.3. **Suspensión e interrupción del servicio por falta de pago.**
 - 5.4.4. **Resolución por modificación de condiciones contractuales.**
6. **SERVICIOS TELEFÓNICOS DE CONTENIDO CUALIFICADO.**
- 6.1. **Servicios de información telefónica (118).**

- 6.2. **Servicios telefónicos de tarificación adicional (STA): régimen jurídico, fraudes y mecanismos de defensa.**
- 6.3. **El mercado de los tonos, politonos y análogos (Servicios *Premium*).**

- 7. **RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS.**
 - 7.1. **Diversos mecanismos de resolución de conflictos.**
 - 7.2. **Servicio de atención al cliente: régimen jurídico, carencias frecuentes y tramitación de reclamaciones.**
 - 7.3. **Sistema arbitral de consumo.**
 - 7.3.1. ***Elementos subjetivos.***
 - 7.3.2. ***Algunas cuestiones sobre el objeto de la controversia.***
 - A) *Nuevas conexiones a red telefónica.*
 - B) *Equipos y terminales.*
 - C) *Servicios de Tarificación Adicional.*
 - 7.4. **Procedimiento ante la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información.**
 - 7.4.1. ***Sujetos.***
 - 7.4.2. ***Objeto de la controversia. Cuestiones excluidas.***
 - 7.4.3. ***Inicio y tramitación del procedimiento.***
 - 7.4.4. ***Resolución del procedimiento.***
 - 7.5. **Otros procedimientos. Arbitrajes distintos al de consumo.**

- 8. **SECRETO DE LAS COMUNICACIONES Y PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES EN EL ÁMBITO DE LAS TELECOMUNICACIONES.**
 - 8.1. **Consideraciones generales.**
 - 8.2. **Cesión de datos con fines de promoción comercial.**
 - 8.3. **Régimen de las comunicaciones comerciales.**
 - 8.3.1. ***Comunicaciones por vía electrónica.***
 - 8.3.2. ***Comunicaciones telefónicas.***
 - 8.4. **Inclusión en fichero de morosos.**

CAPITULO II

MANUAL DE CASOS PRÁCTICOS

INTRODUCCIÓN: MOTIVOS MÁS FRECUENTES DE RECLAMACIÓN.

1. **PRESTACIONES DE SERVICIO UNIVERSAL**
 - 1.1. **Conexión a red telefónica fija y traslados de domicilio.**
 - 1.2. **Tecnología TRAC, ¿“calidad y continuidad” del servicio?.**

2. **ESTRATEGIAS DE CAPTACIÓN DE CLIENTES: OFERTAS, PUBLICIDAD Y CONTRATOS CON PRIMA O REGALO.**
 - 2.1. **Publicidad engañosa.**
 - 2.1.1. *Packs integrados: información falsa o incompleta sobre precios.*
 - 2.1.2. *Omisión de información sobre condiciones restrictivas de permanencia en plan especial de tarifas*
 - 2.2. **Contratos con prima o regalo y envíos no solicitados.**

3. **CONTRATOS: CAPACIDAD, EXISTENCIA, VALIDEZ Y EFICACIA.**
 - 3.1. **Contratación por menores.**
 - 3.2. **Contratación no consentida.**

4. **OPERADOR - USUARIO Y TERCEROS EN DISCORDIA: PROVEEDORES DE EQUIPOS Y DISTRIBUIDORES AUTORIZADOS.**
 - 4.1. **Falta de coordinación operador – distribuidor.**
 - 4.1.1. *Información deficiente facilitada por distribuidor.*
 - 4.1.2. *Negativa del operador a entregar regalo promocional prometido por distribuidor autorizado a nuevos clientes.*
 - 4.2. **Adquisición de terminal defectuoso.**
 - 4.2.1. **Cobertura y requisitos de la garantía.**
 - A) *Accesorios consumibles: batería.*
 - B) *Requisitos de la garantía: plazos, embalajes y otros.*

4.2.2. Reparación, sustitución y resolución del contrato de adquisición del terminal.

**4.2.3. Defectos del terminal y prestación del servicio.
Problemática de los contratos vinculados y mecanismos de defensa del usuario.**

5. CALIDAD DE LOS SERVICIOS

5.1. CUESTIONES COMUNES A DIVERSOS SERVICIOS.

5.1.1. Demora en el alta del servicio.

5.1.2. Interrupción del servicio, reparación de averías y compensaciones asociadas.

5.1.3. Interrupción del servicio a petición del usuario debido a su mala calidad.

5.2. EN PARTICULAR, SERVICIOS DE TELEFONÍA MÓVIL.

5.2.1. Llamadas fallidas o interrumpidas: compensación y solicitud de baja..

5.2.2. Cobertura insuficiente: solicitud de baja y devolución del precio del terminal.

6. FACTURACIÓN INDEBIDA E INCLUSIÓN EN REGISTROS DE MOROSOS.

6.1. Facturación de conceptos no previstos en el contrato.

6.2. Facturación de servicios no solicitados.

6.3. Facturación de servicios utilizados involuntariamente debido a defectos probados del terminal.

6.4. Facturación de servicios no prestados.

7. PROCESOS DE CAMBIO DE OPERADOR.

7.1 Cambio de operador no consentido. *Slamming* o preselección fraudulenta.

7.2. Cambio de operador y facturación indebida de tarifas planas o planes especiales.

7.3. Portabilidad.

7.3.1. Tramitación de la solicitud de portabilidad. Plazo de efectividad.

7.3.2. Cancelación de la solicitud de portabilidad.

7.3.3. Portabilidad no consentida.

7.3.4. Pérdida de saldo de tarjeta prepago.

8. DERECHO A CAUSAR BAJA.

8.1. Plazo para comunicar la decisión de causar baja (plazo de preaviso).

8.2. Solicitud no atendida de baja.

8.3. Solicitud no atendida de baja e ingreso en registro de morosos.

9. CLÁUSULAS ABUSIVAS MÁS FRECUENTES.

9.1. Cláusulas de permanencia y penalización

9.1.1. Cómputo del plazo de permanencia.

9.1.2. Duplicación de cláusulas de penalización: sanción por conceptos aparentemente distintos.

9.1.3. Ejecución unilateral de cláusulas penales

9.2. Imposición de renunciaciones o limitaciones a los derechos del consumidor.

9.2.1. Derecho de desistimiento unilateral en la contratación a distancia.

9.2.2. Obstaculización del derecho a causar baja.

9.2.3. Limitaciones a la facultad del usuario de resolver el contrato por incumplimiento del operador.

9.3. Falta de reciprocidad, limitación de responsabilidad y vinculación del contrato a la voluntad del profesional

9.3.1. Interrupción del servicio.

9.3.2. "Hasta" 20 Megas.

10. INTERRUPCIÓN Y SUSPENSIÓN DEL SERVICIO POR FALTA DE PAGO.

10.1. Retraso o falta de pago del servicio telefónico fijo.

10.2. Retraso o falta de pago de otros servicios.

11. RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS: SERVICIOS DE ATENCIÓN AL CLIENTE, ARBITRAJE DE CONSUMO Y OTROS PSEUDO ARBITRAJES.
 - 11.1. Servicios de atención al cliente. Crónica de una pesadilla.
 - 11.2. Escasa adhesión al sistema arbitral de consumo
 - 11.3. Arbitrajes distintos al de consumo en cláusulas aparentemente negociadas.

CAPÍTULO III

ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA: DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS Y PRÁCTICA DIARIA.

1. INTRODUCCIÓN.
2. ADMINISTRACIONES COMPETENTES: ADMINISTRACIÓN DE TELECOMUNICACIONES, ADMINISTRACIÓN DE CONSUMO Y OTRAS.
 - 2.1. Administración de Telecomunicaciones.
 - 2.2. Administración de Consumo.
 - 2.3. Otras.
3. DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIA TERRITORIAL.
4. DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIA FUNCIONAL.
 - 4.1. Criterios de reparto competencial.
 - 4.1.1. *Prevalencia de la competencia estatal exclusiva sobre “telecomunicaciones” (art. 149.1.21ª CE).*
 - 4.1.2. *La “defensa de los consumidores” como competencia de las CCAA.*
 - 4.1.3. *Necesaria interpretación restrictiva del título competencial “telecomunicaciones”.*
 - 4.1.4. *Necesaria ponderación de los títulos competenciales concurrentes.*

- 4.2. **Atribución de competencias sobre resolución de reclamaciones. Razones que justifican la mediación de los Servicios de Consumo.**
 - 4.3. **Atribución de competencias sancionadoras**
 - 4.3.1. *Origen del problema competencial.*
 - 4.3.2. *Respuesta legal y jurisprudencial.*
 - 4.3.3. *Conclusiones.*
 - 4.3.4. *Críticas y propuestas.*
5. **ACTUACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN DE CONSUMO: COMENTARIOS, CARENCIAS Y EXCELENCIAS.**
- 5.1. **Consideraciones generales.**
 - 5.2. **Fase previa a la presentación de la reclamación.**
 - 5.3. **Presentación de la reclamación.**
 - 5.4. **Acuse de recibo y requerimiento al reclamado.**
 - 5.5. **Prueba.**
 - 5.6. **Resolución.**

CAPITULO IV CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

- 1. **CONCLUSIONES: NOTAS CARACTERÍSTICAS DEL SECTOR DE LAS COMUNICACIONES ELECTRÓNICAS EN CASTILLA-LA MANCHA.**
 - 1.1. **Sector altamente conflictivo y escasamente respetuoso con los derechos de los usuarios.**
 - 1.2. **Tendencia a la búsqueda de soluciones particulares y escasos esfuerzos por mejorar de forma global la prestación de los servicios.**
 - 1.3. **Deficiencias de calidad en la gestión comercial y especialmente en los servicios de atención al cliente.**
 - 1.4. **Cumplimiento generalizado de obligaciones de servicio universal.**

- 1.5. Deficiencias de equipos y aparatos, origen de numerosas reclamaciones sobre la prestación de los servicios.
- 1.6. Incumplimiento generalizado de la legislación sobre contratación a distancia.
- 1.7. Desaparición de las reclamaciones sobre servicios de tarificación adicional.

2. RECOMENDACIONES.

2.1. Al regulador.

2.2. A los usuarios.

2.2.1. *Antes de contratar.*

- A) *Cautela sobre los datos personales.*
- B) *Conservación de publicidad y otros elementos probatorios.*

2.2.2. *Al contratar, exigir justificante de la contratación en soporte duradero.*

2.2.3. *Durante la vigencia del contrato.*

- A) *Atención a las facturas.*
- B) *Actuación ante incumplimientos del operador.*
- C) *Actuación ante la emisión de facturas con las que el usuario no está de acuerdo.*

2.2.4. *Al reclamar.*

- A) *El operador, primer destinatario de la reclamación.*
- B) *Forma y contenido de la reclamación.*
- C) *Reclamar para mejorar.*

2.3. A los operadores.

2.3.1. *Mejorar la atención al cliente.*

2.3.2. *Entregar justificante de la contratación.*

2.4. A la Administración.

2.4.1. *Filtrado de reclamaciones.*

2.4.2. *Control de la competencia funcional: reclamaciones de consumo versus denuncias por el mal*

funcionamiento de los servicios de telecomunicaciones.

2.4.3. Mayor cautela en la persecución de infracciones de la legislación general de defensa de consumidores y usuarios

2.4.4. Mayor cooperación entre Administraciones.

ABREVIATURAS

BIBLIOGRAFIA

TELECOMUNICACIONES, ¿SECTOR SIN LEY?.

**- Informe sobre las quejas y reclamaciones de los usuarios
de telecomunicaciones en Castilla-La Mancha - .**

**Ana I. Mendoza Losana
Centro de Estudios del Consumo
Universidad de Castilla-La Mancha**

INTRODUCCIÓN: PRESENTACIÓN DEL ESTUDIO

1. DATOS DEL ESTUDIO.

El estudio se ha realizado sobre un total de 1058 reclamaciones de presentadas por los usuarios de servicios de telecomunicaciones¹ durante el año 2005 y primer trimestre de 2006 en las Delegaciones Provinciales de la Dirección General de Consumo de la Consejería de Sanidad de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

No se incluyen las reclamaciones tramitadas por las diversas Oficinas Municipales de Información al Consumidor.

Por provincias, es Toledo donde se registran un mayor número de reclamaciones en este sector.

2. OBJETIVOS

Este Estudio no pretende ser un estudio estadístico de las reclamaciones presentadas en el sector de las telecomunicaciones, función que ya cumplen

¹ A lo largo del estudio se utilizaran indistintamente y con valor de sinónimos los términos “servicios de telecomunicaciones” y “servicios de comunicaciones electrónicas”.

los Anuarios de Consumo publicados por la Dirección General de Consumo de la Consejería de Sanidad de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha².

En contra de lo que pudiera deducirse del título, tampoco pretende quedarse en la descripción más o menos amarga de la situación de los derechos de los usuarios en el ámbito de los servicios de telecomunicaciones. No quiere ser un documento de denuncia o escarnio contra los operadores de telecomunicaciones. El objetivo es realizar una crítica constructiva y construir una especie de guía o manual que sirva para orientar a los usuarios en sus relaciones con los operadores, a la Administración, -sectorial o de consumo-, en su que actividad diaria y proporcione a los operadores un conocimiento práctico, útil para mejorar la calidad de sus servicios y maximizar el grado de satisfacción de los usuarios. Por estas razones y especialmente en los casos en los que se ponen de manifiesto prácticas abusivas o ilegales, se evita la identificación de los operadores implicados.

3. ESTRUCTURA Y CONTENIDO

El estudio comienza con un Capítulo dedicado al **“MARCO JURÍDICO REGULADOR DE LOS DERECHOS DE LOS USUARIOS EN EL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES”**, que pretende proporcionar una visión general y sumaria de la normativa sectorial, así como de las normas generales de defensa de consumidores y usuarios de mayor transcendencia en relación con el sector de las comunicaciones electrónicas. Aunque tratándose de un sector intensamente regulado no es una empresa fácil, se ha procurado tener en consideración las últimas reformas legales, en particular, la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de Mejora de la Protección de los Consumidores y Usuarios y la Orden ITC/1030/2007, de 12 de abril, por la que se regula el procedimiento de resolución de reclamaciones entre usuarios finales y operadores de telecomunicaciones y la atención al cliente.

² V. <http://www.jccm.es/sanidad/consumo/anuarios/mem2003/index.html> donde se publican estos Anuarios de Consumo desde 2003 y hasta 2006.

Tras la exposición de la regulación de los derechos de los usuarios de servicios de telecomunicaciones, el Capítulo II, **“MANUAL DE CASOS PRÁCTICOS”** pretende reflejar la realidad del sector a través de las quejas y reclamaciones más frecuentes presentadas ante los Servicios Provinciales de Consumo. Sin hacer mención alguna a datos identificativos de los reclamantes, reclamados o Delegaciones Provinciales ante las que se ha presentado la reclamación, se han seleccionado algunos de los expedientes más significativos, se describen los hechos que motivan la reclamación, pretensiones de los reclamantes y la respuesta jurídica dada por la legislación vigente.

El Capítulo III, **“ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA: DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS Y PRÁCTICA DIARIA”** analiza el complejo problema de la distribución de competencias entre diversas Administraciones públicas con atribuciones en materia de telecomunicaciones y consumo. Sin perjuicio de las imprescindibles argumentaciones jurídicas, se ha pretendido huir de planteamientos excesivamente teóricos, proponiendo criterios que aporten claridad a la actuación diaria de las Administraciones implicadas. Este Capítulo III también analiza comparativamente, -pero sin aportar datos identificativos-, la actuación de los diversos Servicios Provinciales de consumo. A partir de la observación de su intervención en relación a las numerosas reclamaciones relacionadas con la prestación de servicios de telecomunicaciones, se formulan ciertos comentarios, poniendo de manifiesto las principales excelencias y carencias de la práctica diaria de cada una de las Delegaciones Provinciales de la Dirección General de Consumo. Lejos de cualquier propósito de evaluación, que en absoluto corresponde realizar a la autora de este estudio, el objeto de este análisis es elaborar y proponer una especie de modelo de actuación administrativa ante las reclamaciones más habituales en el sector de las telecomunicaciones, que aglutine los elementos más positivos y eficaces de cada Delegación, a fin de maximizar la eficiencia de la actuación de todas ellas.

El estudio concluye con el Capítulo IV, **“CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES”**. Las conclusiones reflejan la situación del sector de las telecomunicaciones en Castilla-La Mancha desde el prisma de las

reclamaciones presentadas por los usuarios ante los Servicios de Consumo. Las recomendaciones se dirigen a todos los agentes implicados (usuarios, operadores, Administración) y conforme a los objetivos de este estudio, pretende ser una guía para mejorar la calidad de los servicios prestados, incrementar la confianza de los usuarios en las ventajas de la liberalización del mercado de las telecomunicaciones y servicios de la Sociedad de la Información y maximizar la eficacia de la Administración Pública como garante de los derechos de los consumidores y usuarios.

4. AGRADECIMIENTOS.

Sería ingrato concluir la presentación de este estudio sin encomiar la labor del personal de la Dirección General de Consumo y de las diversas Delegaciones Provinciales de Consumo de la Consejería de Sanidad de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha. Con su trabajo diario, alejado de consideraciones abstractas y teóricas, su “mano izquierda” para afrontar los rigores del procedimiento administrativo, su amabilidad en la atención al público y su tesón en la resolución de reclamaciones logran unos sorprendentes índices de éxito y solución satisfactoria para los usuarios.

A todos ellos y muy especialmente a sus Jefes de Servicio y/o de Sección – Alejandro Salcedo y Eduardo Mora (Dirección General); Carmela Ortega y Antonio Alfaro (Albacete); Carmina Holgado y Manuel Jiménez (Ciudad Real); Ángel Tomás Godoy y Lucía de la Osa (Cuenca); Carmen Lucio y Virginia Roperó (Guadalajara); María Castellanos y Julián Brasero (Toledo);- he de agradecer la colaboración prestada. Sin su ayuda, este trabajo no hubiera sido posible y por ello, a ellos va dedicado.

Ana I. Mendoza
Toledo, Junio 2007.

CAPÍTULO I

MARCO JURÍDICO REGULADOR DE LOS DERECHOS DE LOS USUARIOS EN EL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES.

1. LA LEY GENERAL DE TELECOMUNICACIONES Y NORMAS DE DESARROLLO

La **Ley 32/2003**, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones³, -en adelante, LGTel-, deroga su homónima de 1998 y transpone al ordenamiento español el nuevo marco comunitario regulador de las comunicaciones electrónicas, integrado a los efectos que aquí interesan por la Directiva 2002/21/CE, relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas; la Directiva 2002/22/CE, relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas y la Directiva 2002/58/CE, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas, modificada por la Directiva 2006/24/CE.

La Ley define como uno de sus objetivos y principios “defender los intereses de los usuarios, asegurando su derecho al acceso a los servicios de comunicaciones electrónicas en adecuadas condiciones de elección, precio y calidad...” y permite imponer obligaciones a los prestadores de los servicios para garantizar tales derechos [art. 3,e)]. Dedicar su artículo 38 a los derechos de los consumidores y usuarios. Pero una completa exposición *status* de los usuarios exige tomar en consideración otros preceptos legales que, directa o indirectamente, les afectan, tales como los dedicados a salvaguardar el secreto de las comunicaciones o la protección de los datos personales (arts. 33-36 y 38.3 y 4), los referentes al régimen de las obligaciones de servicio público (arts. 20-25) y en particular, del servicio universal (arts. 22-24).

³ BOE núm. 264, de 4-11-2003.

El régimen de protección de consumidores y usuarios se completa con el **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 (en adelante, RSU o Reglamento del Servicio Universal)⁴, modificado por **RD 776/2006**, de 23 de junio⁵; la **Orden PRE/361/2002**, de 14 de febrero, de desarrollo, en lo relativo a los derechos de los usuarios y a los servicios de tarificación adicional, del título IV del RD 1736/1998⁶, modificada por **Orden PRE/2410/2004**, de 20 de julio⁷ y vigente tras el RD 424/2005 (DT 8ª RD 424/2005); 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 electrónicas (Orden de Calidad)⁸; la **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 operadores⁹ y **otras** más específicas referentes a ciertos servicios (ej. información telefónica a través de 118), al procedimiento de cambio de operador, a la conservación del número, ... que serán citadas en los apartados pertinentes.

Naturalmente, esta regulación sectorial no excluye la **aplicación de la normativa general de defensa de consumidores y usuarios** (Ley 26/1984, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y las correspondientes normas autonómicas¹⁰) (cfr. art. 38.8 LGTel y 102.2 RSU).

2. ÁMBITO DE APLICACIÓN.

2.1. Redes y servicios de comunicaciones electrónicas.

⁴ BOE núm. 102, de 29 abril 2005.

⁵ BOE núm. 150, de 24 junio 2006.

⁶ BOE núm. 46, de 22 febrero 2002.

⁷ BOE núm. 236, de 30 septiembre 2004.

⁸ BOE núm. 77, de 31 marzo 2006.

⁹ BOE núm. 95, de 20 abril 2007.

¹⁰ En particular, la Ley 11/2005, de 15 de diciembre, del Estatuto del Consumidor de Castilla-La Mancha.

La LGTel define su objeto como “la regulación de las *telecomunicaciones*, que comprenden la explotación de las redes y la prestación de los servicios de *comunicaciones electrónicas* y los recursos asociados” (cfr. art. 1.1 y Anexo II, apdo. 32 LGTel LGTel)¹¹. En síntesis, la LGTel se aplica a todos los servicios que consisten, total o principalmente, en el transporte de señales a través de redes de comunicaciones electrónicas, por lo general a cambio de una remuneración (cfr. Anexo II, apdos. 25 y 28). Entre otros, son servicios de comunicaciones electrónicas los servicios telefónicos de voz fijo y móvil, los servicios de transmisión de datos por la red telefónica (SMS, MMS), el acceso a Internet, independientemente de la tecnología utilizada (red telefónica conmutada fija o móvil, RDSI, cable, ADSL, PLC¹²) o el acceso a los servicios de radiodifusión sonora y televisiva (ej. TV de pago).

Se **excluyen** del ámbito de aplicación de la LGTel los contenidos de carácter audiovisual transmitidos a través de las redes, el régimen básico de los medios de comunicación social de naturaleza audiovisual, la regulación de los servicios que suministren contenidos mediante redes y servicios de comunicaciones electrónicas, de las actividades que consistan en el ejercicio del control editorial sobre dichos contenidos y los servicios de la Sociedad de la Información, regulados en la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico, que no consistan, en su totalidad o principalmente, en el transporte de señales a través de redes de comunicaciones electrónicas (ej. comercio electrónico, suministro de información por vía telemática, vídeo bajo demanda, o cualquier otro servicio

¹¹ En la legislación española, “telecomunicaciones” y “comunicaciones electrónicas” son términos sinónimos, v. CARRASCO PERERA, A Y MENDOZA LOSANA, A.I., “La protección de los consumidores y usuarios en el nuevo régimen jurídico del mercado de las telecomunicaciones: estudio comparativo de las leyes 32/2003 y 11/1998” en CARRASCO PERERA (Coord), *Estudios sobre Telecomunicaciones y Derecho de Consumo*. Thomson-Aranzadi, 2005, págs. 85-184, concr. págs. 88-92.

¹² Ya es una realidad los servicios de voz y el acceso a Internet a través de la toma de conexión a la red eléctrica (tecnología *Power Line Communication*, PCL), servicio que de forma experimental prestan algunas empresas (ej. Endesa e Iberdrola) en diversas ciudades españolas. Permite la conexión a velocidades equiparables o incluso superiores a la tecnología ADSL (128, 300 o 600 Kbits/s) y requiere un módem de cabecera en los centros de transformación eléctricos; la instalación de un pequeños repetidor en los cuadros de contadores de cada edificio y un módem PLC, en casa del usuario.

de distribución de contenidos que se preste a petición individual de los usuarios (ej. descarga de software, de vídeos, música...etc) (art. 1.2 LGTel)¹³.

2.2. Usuarios de telecomunicaciones: concepto y categorías

La LGTel define las distintas clases de usuarios y aunque regula con carácter general los derechos de los *consumidores y usuarios finales* (art. 38 LGTel), establece distinto régimen de protección en función de los distintos tipos de usuarios (cfr art. 38, apdos. 2, último párrafo, 4 y 5):

- **Usuario.** Es cualquier persona física o jurídica que *utiliza o solicita* un servicio de comunicaciones electrónicas disponible para el público (Anexo II, apdo. 34 LGTel). Es una categoría general, que comprende todas las demás (consumidores, usuarios finales y abonados);
- **Consumidores.** Personas físicas o jurídicas (ej. asociaciones, fundaciones) que utilicen o soliciten un servicio de comunicaciones electrónicas disponible para el público para fines no profesionales (Anexo II, apdo. 4 LGTel). En el lenguaje comercial, “clientes residenciales”;
- **Usuarios finales.** Son aquellos usuarios que no explotan redes públicas de comunicaciones ni prestan servicios de comunicaciones electrónicas disponibles para el público ni tampoco los revenden (Anexo II, apdo. 34 LGTel). En lenguaje comercial, “autónomos, empresas o profesionales”. La definición de usuarios finales abarca a los consumidores en los términos definidos por la legislación de consumo, pero también a los usuarios profesionales o empresariales (autónomos, PYMES...), incluyendo los usuarios que utilizan recursos de red para la autoprestación de servicios de telecomunicaciones en grupo cerrado de usuarios (ej. Banco que establece su red de datos entre diversas sucursales; cadena de distribución comercial que establece red telefónica entre sus diversos establecimientos...) y los usuarios que contratan la prestación de un servicio para ponerlo a

¹³ Sobre el ámbito de aplicación de la LGTel v. CARRASCO PERERA Y MENDOZA LOSANA, “La protección de los consumidores...”, *op.cit.*, págs. 88-99.

disposición de terceros mediante un precio (ej. explotación de teléfonos públicos de pago situados en propiedad privada o prestadores de servicios de tarificación adicional¹⁴).

- **Abonado.** Cualquier persona física o jurídica que haya *celebrado un contrato* con un proveedor de servicios de comunicaciones electrónicas disponibles para el público para la prestación de dichos servicios (Anexo II, apdo. 1). También han de considerarse abonados, los usuarios prepago o de tarjeta, cuando ésta se asocie a un contrato de acceso a red (se facilita al usuario un número telefónico) y prestación de servicio telefónico en modalidad prepago durante un tiempo limitado, prorrogable mediante cada recarga de la tarjeta (ej. clientes prepago de telefonía móvil) (art. 105.4 RSU).

Esta categoría se contrapone a la de los *usuarios esporádicos* que “utilizan” los servicios de comunicaciones electrónicas de forma puntual, no existiendo una relación continua de prestación del servicio de acceso a red o de tráfico (ej. usuario de teléfonos públicos de pago o adquirentes de tarjetas telefónicas internacionales utilizables desde cualquier terminal¹⁵). Los abonados y usuarios esporádicos tendrán la consideración de consumidores y usuarios finales, según el uso, -personal o profesional-, de los servicios de comunicaciones electrónicas.

3. LAS TELECOMUNICACIONES COMO SERVICIOS DE INTERÉS GENERAL

¹⁴ A pesar de la similitud con los enumerados en el texto, no ostentan la condición de usuarios finales los titulares de locutorios, que realizan una actividad de reventa de tráfico telefónico previamente adquirido a los operadores de servicios telefónicos.

¹⁵ Obsérvese la diversa naturaleza y funcionamiento de las tarjetas prepago: en el caso del contrato de acceso a red y prestación de servicio telefónico modalidad prepago, el usuario adquiere un terminal [vinculado] y suscribe un contrato de prestación de servicio con un operador concreto, que le asigna un número, permitiéndole realizar y recibir llamadas; en el caso de la tarjeta prepago de uso esporádico, el usuario adquiere minutos de tráfico que puede utilizar desde distintos terminales marcando un número de acceso, no hay asignación de número telefónico y no se pueden recibir llamadas. Es un contrato de adquisición de un bien (minutos de tráfico) y no un contrato de prestación de servicio telefónico. Además, frecuentemente, el contrato no se celebra con un operador de telecomunicaciones, sino con un revendedor.

La LGTel califica los servicios de telecomunicaciones como “servicios de interés general que se prestan en régimen de libre competencia” (art. 2.1), quedando superada la calificación de las telecomunicaciones como “servicios esenciales de titularidad estatal”¹⁶. De esta nueva calificación derivan importantes consecuencias jurídicas, tales como la imposición a los operadores de obligaciones de servicio público y en particular, las de servicio universal (art. 21 y ss LGTel) y el estrecho control administrativo de la actividad económica (v.gr regulación de calidad y precios)¹⁷.

3.1. Obligaciones de servicio público. El servicio universal.

El concepto de “obligaciones de servicio público” es inherente a la calificación de las telecomunicaciones como “servicios de interés general”. Por ser servicios de este tipo, se justifica la imposición de obligaciones de servicio público a operadores que realizan su actividad económica en un mercado en competencia, a fin de garantizar la prestación de determinados servicios en unas condiciones definidas y para la consecución de ciertos objetivos (arts. 2.2, II y 20.1 LGTel), como la promoción del acceso a los nuevos servicios de telecomunicaciones en condiciones de igualdad; el impulso de la cohesión territorial, económica y social; la defensa de los intereses de los usuarios, asegurando su derecho al acceso a los servicios de comunicaciones electrónicas en adecuadas condiciones de elección, precio y calidad; o la protección de los grupos sociales con necesidades especiales, como las personas con discapacidad (art. 3 LGTel). Tales obligaciones de servicio

¹⁶ Sobre el concepto de servicios de interés general v. *Comunicación de la Comisión sobre los Servicios de Interés General en Europa* (DO C 281, de 26-9-1996); Dictamen del Comité Económico y Social 949/99, sobre “Los servicios de interés general” aprobado en el Pleno de 20 y 21-10-1999 (ponente, Sr. Hernández Bataller) (DO C 368, 20-12-1999); Comunicación de la Comisión de 29-9-2000 (COM(2000)) 580 final) y Dictamen del Comité Económico y Social 23/2002, sobre “Los servicios de interés general”, aprobado en el Pleno de 17 y 18-7-2002 (ponente, Sr. Hernández Bataller) (DO 241, de 7-10-2002).

¹⁷ No corresponde analizar aquí el concepto de servicios de interés general, sus implicaciones regulatorias y las diversas categorías de obligaciones de servicio público. Para un estudio más detallado de estas cuestiones v. CARRASCO PERERA Y MENDOZA LOSANA, “La protección de los consumidores”, *op. cit.*, págs. 106-143.

público se regulan en el Título III de la LGTel, arts. 20-25, desarrollados por el RD 424/2005¹⁸.

Se distinguen dos tipos de obligaciones de servicio público: el *servicio universal*, cuyo contenido queda definido en el artículo 22 de la Ley, aunque el Gobierno, de conformidad con la normativa comunitaria, podrá revisar el alcance de tales obligaciones de servicio universal [art. 22.4 LGTel y 23,a) RSU]; *otras obligaciones de servicio público* impuestas por razones de interés general (art. 25) [ej. obligación de encaminar gratuitamente las llamadas a los números de emergencia (art. 25.4 LGTel y 23,c) RSU]¹⁹. El cumplimiento de estas obligaciones se efectuará conforme a los principios de *no discriminación, continuidad, adaptabilidad, disponibilidad y permanencia* (“leyes naturales del servicio público”²⁰) y *en los términos y condiciones que reglamentariamente se determinen* (arts. 20.3 LGTel y 26 RSU). Corresponde al MITC el control del cumplimiento y en su caso, modificación de las obligaciones de servicio público (arts. 20.3 LGTel y 25 y 26 RSU).

Se entiende por **servicio universal** el *conjunto definido* de servicios cuya prestación se garantiza para *todos los usuarios finales* con independencia de su localización geográfica, con una *calidad determinada* y a un *precio asequible* (art. 22.1). Reglamentariamente, se determinan los términos y condiciones en los que se ha de garantizar la prestación del servicio universal (arts. 27 a 52 RSU). El objetivo es garantizar la prestación de un conjunto de servicios mínimos de calidad, a precio asequible a colectivos de usuarios que por su ubicación geográfica o por sus necesidades personales (discapacitados) no resultan rentables económicamente. La regulación pretende llegar donde el mercado por sí solo no llegaría.

¹⁸ Junto a las obligaciones de servicio público, se mantienen algunos servicios calificados como “servicios públicos” (v. art. 4 LGTel), cuyo análisis excede del ámbito de este estudio.

¹⁹ Cfr. art. 25 y DT 6ª y 7ª.4 LGTel; arts. 23, 26 RSU y DT 4ª RSU..

²⁰ ROLLAND, *Cours de Droit administratif*, París, 1943-1944, pág. 178.

Actualmente, el **contenido mínimo** del servicio universal está constituido por las siguientes prestaciones (cfr. arts. 22 LGTel, 27 RSU)²¹:

- i. Conexión a red telefónica desde una ubicación fija, que permita el acceso al servicio telefónico, de fax y acceso funcional a Internet (cfr. arts. 28 y 29 RSU)²²;
- ii. Guía general y servicio de información sobre abonados²³ (cfr. arts. 20,b, 30, 67, 68 y DT 7ª RSU);
- iii. Oferta suficiente de teléfonos públicos de pago, accesibles, situados en dominio público no afecto a servicio público (cfr. art. 32 RSU);
- iv. Acceso por usuarios finales discapacitados a prestaciones de servicio universal en condiciones equiparables al resto de usuarios (cfr. arts. 32.4 y 33 RSU);
- v. Tarifas especiales para usuarios que sean personas físicas con necesidades sociales especiales, “cuando se establezca reglamentariamente” (cfr., art. 35.2 RSU)²⁴.

Se adoptan diversas medidas tendentes a garantizar la prestación de estos servicios a **precios asequibles** (art. 35 RSU). Junto al abono social y los programas de precios para usuarios con discapacidad, se otorga a la Administración la potestad de imponer tarifas especiales, limitaciones de precios o controles “cuando proceda” [v. art. 22, f) LGTel] y se articulan mecanismos de **control del gasto**. El RSU impone directamente algunos de los mecanismos que ha de ofrecer el operador obligado a prestar el servicio universal (ej. posibilidad de elección por el usuario de la frecuencia de facturación, debiendo permitir, como mínimo, la frecuencia mensual y la

²¹ Para el análisis del contenido, alcance y vicisitudes de estas prestaciones, me remito a CARRASCO PERERA Y MENDOZA LOSANA, “La protección de los consumidores...”, *op.cit.*, págs.132-139.

²² Se considera “velocidad suficiente”, que permite el acceso de “forma funcional”, la utilizada de manera generalizada para acceder a Internet por los abonados al servicio telefónico fijo disponible para el público con conexión a la red mediante pares de cobre y módem para banda vocal.

²³ Este servicio se presta actualmente a través del número 11818 de Telefónica.

²⁴ El RSU deja abierta la definición de los colectivos con necesidades sociales especiales. Declara como beneficiarios del abono social a “jubilados y pensionistas cuya renta familiar no exceda del indicador que se determine, en cada momento, por la CDGAE...” (art. 35.2.a.1º).

bimestral; posibilidad de restringir, mediante procedimiento sencillo y sin coste, las llamadas internacionales y las realizadas a STA o facilitar sin coste un nivel básico de detalle en las facturas); otros, -v.gr. tarjetas prepago y pago fraccionado de la cuota de alta o de conexión a la red telefónica-, quedan diferidos hasta una ulterior intervención de la SETSI [cfr. art. 35.2,f)].

Corresponde al MITC designar uno o más operadores para la prestación del servicio universal en todo el territorio nacional o en determinadas zonas geográficas, en los términos regulados legal y reglamentariamente (cfr. arts. 23 LGTel, 36-38 RSU). La Ley no exige que los operadores designados ostenten poder significativo en el mercado (OPSM). Conforme a la Directiva comunitaria sobre servicio universal, el método de designación no debe excluir *a priori* a ningún operador. Hasta el 31 de diciembre de 2007, el operador obligado a prestar el servicio universal es *Telefónica de España, S.A.U* (DT 2ª LGTEL y DT 2ª RSU).

3.2. Control administrativo sobre calidad y precios.

De la calificación de las telecomunicaciones como servicios de interés general, deriva la potestad administrativa para controlar la calidad y los precios de tales servicios.

3.2.1. Calidad de los servicios.

En ejercicio de sus funciones de control de calidad de los servicios de comunicaciones electrónicas (arts. 20.3 LGTel, 34 RSU), el MITC ha establecido los parámetros de calidad, su cuantificación y los métodos de medición en la **Orden ITC/912/2006**, de 29 de marzo (en adelante, Orden de Calidad), cuyo Anexo I define y cuantifica los parámetros mínimos de calidad para el servicio telefónico (fijo y móvil), acceso a Internet y consulta telefónica sobre números de abonado (118).

Sin perjuicio de los niveles mínimos determinados para el servicio universal (cfr. art. 13 Orden ITC/912/2006), los operadores han de fijar contractualmente

sus compromisos de calidad en relación a los parámetros definidos por la Orden (art. 10.1), que impone un contenido mínimo y exige que los operadores determinen sus compromisos de calidad “al menos, con respecto al parámetro tiempo de interrupción del servicio” (art. 10.2). En el contrato, se han de determinar los niveles individuales de calidad que el operador se compromete a ofrecer y los supuestos en que su incumplimiento dé derecho a exigir una indemnización [arts. 38.2,j) LGTel, 105 y 106 RSU y 10.1 Orden Calidad].

La Orden ITC 912/2006 dedica su Capítulo V a la calidad de la facturación. Regula los requisitos que configuran el sistema global de aseguramiento de la calidad de la facturación (art. 18 y Anexo II)²⁵, al que están sometidos entre otros, todos los prestadores de servicio telefónico disponible al público (fijo y móvil) (cfr. art. 17).

El incumplimiento de parámetros de calidad tiene consecuencias jurídicas de Derecho público y de Derecho Privado. Es sancionable por el MITC [arts.53 m), 54,o) y 55,e); 58 c) LGTel] y sin perjuicio de la indemnización de otros daños derivados del incumplimiento (ej. pérdida de clientela por interrupción del servicio) (arts. 1124 y 1101 CC), el incumplimiento de los parámetros de calidad es en sí mismo fuente de una obligación indemnizatoria [art. 105.2,d) y art. 11 Orden Calidad]. Los contratos han de especificar el método de cálculo de la indemnización asociada al incumplimiento de los compromisos de calidad (art. 11.1.I Orden), así como si la compensación es automática o precisa petición previa, en cuyo caso deberán determinar el plazo y procedimiento de reclamación, que se presentará ante el servicio de atención al cliente (art. 11.2). La indemnización prevista contractualmente se acumula a las compensaciones que se imponen imperativamente para la interrupción del servicio telefónico disponible al público (arts. 11.1.II Orden y 115.1 RSU) y para el servicio de acceso a Internet (art. 115.1.II Orden).

Se obliga a los operadores a publicar y facilitar información al MITC sobre los niveles de calidad ofrecidos y realmente conseguidos, así como sobre los

²⁵ Tal sistema global se descompone en varios procesos, como medición y registro del consumo, tarificación, facturación de saldo, emisión y envío de facturas, gestión de reclamaciones..., entre otros.

parámetros y métodos de medición (arts. 110.1 y 2 RSU, 18º Orden PRE 361/2002, 2-9 Orden calidad)²⁶. En la web de la SETSI (<http://www.usuariostelesco.es/>), se publica una lista de los operadores que han iniciado ya la publicación trimestral de los niveles de calidad del servicio.

La Orden crea la Comisión para el Seguimiento de la Calidad en la Prestación de los Servicios de Telecomunicaciones (art. 26.2).

3.2.2. Régimen de precios.

Los operadores de redes y servicios de telecomunicaciones determinarán libremente los precios. Sin embargo, por ser servicios de interés general, la Administración puede regular condiciones de prestación (art. 8 LGTel). En atención a las circunstancias de cada mercado (costes de prestación, grado de concurrencia...), la CDGAE puede fijar transitoriamente precios máximos, mínimos o criterios para su fijación y control para garantizar la competencia en el mercado y el acceso de todos los ciudadanos a precios asequibles (DT 3ª LGTel) y el mismo organismo garantizará el carácter asequible de los precios de las prestaciones de servicio universal (art. 35 RSU). La intervención administrativa sobre los precios tiende a minimizarse a medida que avanza el proceso de instauración de la competencia.

No obstante, en la fecha de la última redacción de este estudio (principios de junio de 2007), desde la Unión Europea se tramita un Reglamento que pretende regular los precios de las llamadas internacionales de telefonía móvil (servicio de roaming)²⁷.

²⁶ V. Informe General sobre la Calidad de Servicio relativa a la Prestación del Servicio Telefónico Fijo en España correspondiente al año 2005 publicado por MITC, 28 de junio de 2006 (<http://www.mityc.es/Telecomunicaciones/Secciones/calidadservicio/Informes/>) y [Estudio sobre la calidad de los servicios de telefonía móvil en España](#) [publicación por primera vez datos comparativos de la calidad de servicio de la telefonía móvil ofrecida por los tres operadores nacionales Telefónica, Vodafone y Amena (<http://www2.setsi.mityc.es/Novedades/calidadtelefoniamovil.htm>)]

²⁷ El pleno del Parlamento Europeo aprobó el 23 de mayo de 2007 este Reglamento que recortará en un 70% el precio del uso del móvil en el extranjero. El reglamento establece que la tarifa máxima de 'roaming', conocido como 'eurotarifa' o 'tarifa de protección al consumidor', bajará hasta los 49 céntimos por minuto para las llamadas realizadas y a 24 para las recibidas. Por su parte, el precio mayorista -el que paga un operador por usar la red de otra compañía en

Actualmente, la normativa estatal sólo se establece ciertos controles sobre los servicios prestados por *Telefónica* e incluidos en el servicio universal a fin de garantizar su asequibilidad. En 2007, ha quedado eliminado el control de precios mediante el sistema *price cap*²⁸ y *Telefónica* deja de estar sometida al régimen de autorización previa de sus ofertas y descuentos. Así, la Orden PRE/531/2007, de 5 marzo, por la que se publica el Acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, de 25 de enero de 2007, por el que se aprueban las condiciones para garantizar la asequibilidad de las ofertas aplicables a los servicios incluidos en el servicio universal²⁹ establece la estructura tarifaria del servicio telefónico fijo, obliga a facturar por segundos desde el establecimiento de la llamada (apdo. 2³⁰); exige incluir planes

el extranjero- queda en 30 céntimos. Tras la aprobación del pleno, el único trámite pendiente para que la nueva normativa entre en vigor es la ratificación de la misma por parte de los ministros de Telecomunicaciones de los 27, prevista para el 7 de junio de 2007. El reglamento entrará en vigor al día siguiente a su publicación en el Diario Oficial de la UE, previsiblemente a finales de junio de 2007. A partir de ese momento, los operadores tienen un plazo de un mes para ofrecer a sus clientes la "eurotarifa" u otras ofertas alternativas más ventajosas. En septiembre, la 'tarifa de protección del consumidor' cubrirá automáticamente a todos los consumidores que no hayan optado por una alternativa.

La 'eurotarifa' irá disminuyendo durante los tres años que esté en vigor el reglamento, dos céntimos el primer año y tres céntimos el segundo. En 2008 será de 46 céntimos para llamadas realizadas, 22 para las recibidas y 28 para los mayoristas; y en 2009 caerá hasta 43, 19 y 26 céntimos respectivamente. Después, la norma dejará de aplicarse salvo que los precios no hayan bajado y la Comisión considere que es necesario prorrogarla con las enmiendas necesarias y cuente con el apoyo de Parlamento y Consejo.

El reglamento incluye exigencias de transparencia a los operadores. Cuando un cliente entre en otro Estado miembro, su compañía de telefonía móvil de origen estará obligada a enviarle de forma automática y gratuita un mensaje de texto que debe contener información básica sobre las tarifas de itinerancia aplicables (con el IVA incluido) y un número de teléfono de información gratuito para obtener información más detallada.

²⁸ Consiste en la determinación de un límite máximo de incremento de los precios de los servicios incluidos en su ámbito de aplicación, definido por "cestas" y "subcestas". El operador puede subir o bajar los precios de cada servicio aisladamente, siempre que no supere el tope máximo previsto para el conjunto. Ello permite conjugar la intervención administrativa y la libertad del operador al fijar sus precios. Restringe la natural tendencia del operador dominante a reducir, en perjuicio de sus competidores, los precios de los servicios sobre los que existe una mayor presión competitiva y a incrementar aquellos sobre los que no existe competencia.

²⁹ BOE núm. 60, 10-3-2007.

³⁰ Anexo. Apdo. 2 Orden PRE/531/2007. *Estructura de la oferta de servicio universal relativa al servicio telefónico fijo*. En particular, el operador designado deberá disponer de, al menos, una oferta del servicio telefónico disponible al público de uso privado, desde una ubicación fija a la que podrán acogerse los abonados residenciales que lo deseen, que incluya el desglose de las siguientes componentes de precios: Cuota de conexión de líneas individuales; Cuota de abono de líneas individuales; Llamadas automáticas hacia ubicaciones fijas de ámbito: Metropolitano, Provincial, Interprovincial e Internacional; Llamadas automáticas de fijo a móvil de ámbito nacional.

El precio de las llamadas se facturará al abonado por segundos desde su establecimiento. El precio de cada llamada podrá incluir un coste de establecimiento de la misma.

especiales de precios para colectivos con necesidades sociales especiales y medidas de control del gasto (apdo. 4³¹) e impone ciertas exigencias en relación a los teléfonos públicos de pago (apdo.5³²). Eliminado el control previo

Esta oferta deberá ir acompañada de los programas de precios, y de las medidas de control del gasto que se establecen en los puntos a) al f) del apartado 2º del artículo 35 del Reglamento aprobado por Real Decreto 424/2005 y, en particular, incluirá los planes de precios que se establecen en el punto 4 de este anexo.

El operador designado no podrá realizar modificaciones de la estructura de la oferta establecida en este punto sin la aprobación previa de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos (CDGAE).

³¹ Anexo. Apdo. 4 Orden PRE/531/2007. *Planes de precios.*-Se establecen los siguientes planes de precios:

a) Abono Social, destinado a jubilados y a pensionistas cuya renta familiar sea inferior al IPREM, consistente en la aplicación de:

Una reducción del 70 por 100 en el importe de la cuota de alta del servicio telefónico fijo disponible al público o cuota de conexión de líneas individuales, sobre el precio establecido para dicha componente en la oferta a la que se refiere el apartado segundo.

Una reducción del 95 por 100 en el importe de la cuota de abono de la línea individual, sobre el precio establecido para dicha componente en la oferta a la que se refiere el punto segundo.

A los efectos de la aplicación de este plan de precios, se entenderá por pensionista todo perceptor de una pensión pública o privada reconocida por resolución judicial.

b) Plan de precios aplicable a abonados invidentes o con graves dificultades visuales, y a aquellos abonados en cuya unidad familiar exista alguna persona en tales circunstancias, consistente en:

La aplicación de una franquicia de 10 llamadas mensuales gratuitas al servicio de consulta telefónica sobre números de abonado al que se refiere el artículo 31 del Reglamento sobre Servicio Universal.

La posibilidad de recibir de modo gratuito las facturas y la publicidad e información suministrada a los demás abonados de telefonía fija en sistema Braille o en letras grandes.

Los planes de precios referidos en los puntos a) y b) anteriores serán acumulables para los abonados que acrediten reunir las circunstancias exigidas para ser beneficiario de cada uno. El operador designado podrá requerir de modo fehaciente a los abonados beneficiados en el momento del alta y posteriormente, con una periodicidad no inferior a la anual, para que acrediten las circunstancias que dan derecho a dichos planes, pudiendo suprimir su prestación cuando no se hubieran justificado dichas circunstancias en el plazo de dos meses, desde que el abonado hubiera recibido fehacientemente el requerimiento.

c) Plan de precios aplicable a usuarios sordos o con graves dificultades auditivas consistente en la aplicación del precio establecido en la oferta a la que se refiere el punto 2 de este anexo para las llamadas metropolitanas, a las llamadas realizadas desde cualquier punto del territorio nacional al centro de servicios de intermediación para teléfonos de texto, con el objeto de establecer comunicación entre dos abonados, de los cuales, al menos, uno de ellos precisa de la utilización de teléfonos de texto.

El operador designado realizará las actuaciones necesarias para dar a conocer la existencia de estos tres planes entre los colectivos destinatarios y, en particular, facilitará a las principales asociaciones de discapacitados la información necesaria para permitir su solicitud o uso.

³² Anexo. Apdo. 5 Orden PRE/531/2007. *Oferta relativa a los teléfonos de uso público.*-El operador designado para garantizar la existencia de la oferta de teléfonos públicos de pago a los que se refiere el artículo 32 del Reglamento aprobado por el Real Decreto 424/2005, de 15 de abril, deberá aplicar, para los teléfonos que se incluyan en dicha oferta, precios uniformes a nivel nacional en los tipos de llamadas correspondientes a cada una de las componentes de precios citadas en el punto 2.

Los precios a los que se refiere el párrafo anterior deberán ser comparables a los precios correspondientes aplicados en la oferta a la que se refiere el punto 2, teniendo en cuenta los costes unitarios de prestación de las citadas componentes a través de teléfonos públicos de pago.

sobre ofertas y promociones, *Telefónica* sólo ha de comunicar la modificación de sus ofertas a los Ministerios de Economía y Hacienda e Industria, Turismo y Comercio con 21 días de antelación a su aplicación efectiva³³.

Tras varios años de liberalización del mercado, se observa que los controles sobre los precios minoristas de *Telefónica* arrojan un balance desigual. En telefonía fija, se han reducido los precios de los servicios sobre los que existe mayor presión competitiva (llamadas provinciales, interprovinciales e internacionales), pero se han incrementado los precios de acceso a la red, - consecuencia del reequilibrio tarifario- y de las llamadas locales. Si a esto se une el incremento del tráfico fijo-móvil y los elevados precios de este servicio, - fruto de la falta de competencia en el mercado mayorista-, resulta un incremento global de la factura telefónica. Por otra parte, la estrategia empresarial en telefonía móvil, basada en la captación y fidelización de clientes a través de subvenciones del terminal, planes de descuentos a llamadas *on-net*... hace que el usuario no siempre se haya beneficiado de los efectos de la competencia sobre los precios³⁴.

En consecuencia, los citados precios aplicados a las llamadas desde teléfonos públicos de pago no excederán los precios correspondientes aplicados a la oferta referida en el punto 2 anterior en una cantidad superior al recargo del 51,56 por 100, vigente a la entrada en vigor de este Acuerdo.

Asimismo, el cobro por la prestación de las referidas llamadas se llevará a cabo al final de la comunicación, devolviendo el saldo sobrante sobre la base de las monedas previamente depositadas. A tal efecto, cuando los terminales de uso público establecidos en el marco de la presente oferta cobren con monedas, percibirán el precio en múltiplos de 0,05 euros.

³³ Tras el análisis del mercado de la telefonía fija, la CMT considera que ha de finalizar el control de las tarifas de *Telefónica* en este ámbito [Rss. de la Presidencia de la CMT de 17 de febrero de 2006, por la que se hace pública la de 9 de febrero de 2006, por la que se aprueba la definición y análisis de los mercados de servicios telefónicos locales y nacionales disponibles al público prestados desde una ubicación fija a clientes residenciales, servicios telefónicos internacionales disponibles al público prestados desde una ubicación fija a clientes residenciales, servicios telefónicos locales y nacionales disponibles al público prestados desde una ubicación fija a clientes no residenciales y servicios telefónicos internacionales disponibles al público prestados desde una ubicación fija a clientes no residenciales, la designación de los operadores con poder significativo de mercado y la imposición de obligaciones específicas, y se acuerda su notificación a la Comisión Europea (BOE 1-3-2006)].

³⁴ V. CARRASCO PERERA, ARROYO JIMÉNEZ, MENDOZA LOSANA, "Impacto de la evolución de la liberalización de las telecomunicaciones en la protección del consumidor", en CARRASCO PERERA (Coord.), *Estudios sobre Telecomunicaciones*, op.cit., págs. 185-229, concr. págs. 203-214.

4. DERECHOS DE LOS USUARIOS. EN PARTICULAR, DERECHOS EN RELACIÓN CON EL SERVICIO TELEFÓNICO DISPONIBLE AL PÚBLICO.

La LGTel proclama entre sus objetivos y principios defender los intereses de los usuarios, asegurando su derecho al acceso a los servicios de comunicaciones electrónicas en adecuadas condiciones de elección, precio y calidad, y salvaguardar, en la prestación de éstos, la vigencia de los imperativos constitucionales, en particular, el de no discriminación, el del respeto a los derechos al honor, a la intimidad, a la protección de los datos personales y al secreto en las comunicaciones, el de la protección a la juventud y a la infancia y la satisfacción de las necesidades de los grupos con necesidades especiales, tales como las personas con discapacidad” [art. 3, e)].

Además de otros derechos dispersos por el texto legal [v.gr. el derecho de los abonados a la selección y preselección de operador (art. 19) o a la conservación de los números telefónicos (art. 18)], la LGTel de 2003 establece el catálogo de “derechos de los consumidores y usuarios finales”. Particular mención merece el art. 38.2, que establece el contenido mínimo de las normas reguladoras de las condiciones de utilización de los servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público. La norma llamada a desarrollar el precepto legal es el citado RD 424/2005 que deroga el RD 1736/1998 pero mantiene vigentes sus normas de desarrollo en tanto no se opongan al nuevo Reglamento (DD única y DT 2ª y 3ª).

En principio, son destinatarios de la protección conferida por el artículo 38 LGTel los consumidores y usuarios finales. Mediante real decreto, se podrá extender este régimen de protección a las demás categorías de usuarios (cfr. art. 38. 2 *in fine*).

Sin perjuicio del análisis de otros derechos de los usuarios en apartados específicos, -particularmente, en el dedicado a la tutela contractual o al secreto de las comunicaciones y la protección de datos-, se exponen aquí algunos de los derechos más significativos de los usuarios de servicios de

telecomunicaciones y en particular, de los usuarios del servicio telefónico (fijo y móvil).

4.1. Información.

El derecho a recibir información correcta sobre los diferentes productos o servicios es uno de los derechos básicos de los consumidores y usuarios [arts. 2.1.d) y 10-17 LGDCU]. La legislación sectorial impone deberes específicos de publicidad y transparencia (cfr. art. 109 RSU). Todos los operadores han de facilitar información sobre el contenido mínimo de los contratos. Los canales de información son varios: la página de Internet; por escrito y sin coste de recepción, si lo solicita el usuario o a través del teléfono de atención al usuario, en cuyo caso el precio máximo de la llamada será el precio ordinario del servicio de telecomunicaciones sin recargo (art. 109.2)³⁵. Con diez días de antelación, han de informar sobre sus contratos y modificaciones a la Administración (al MITC, la CMT, el INC, la Agencia de Protección de Datos y el Consejo de Consumidores y Usuarios) y a través de ésta, a las asociaciones de consumidores y usuarios (cfr. arts. 109 y 111 RSU).

La LGTel se refiere en particular al derecho a recibir información comparable sobre la calidad de los servicios [art. 38.2,j)]. Todos los operadores que presten servicios de comunicaciones electrónicas están obligados a ofrecer información comparativa sobre la calidad de los servicios, tanto la ofertada, como la realmente conseguida [art. 9.1,d) LGTel y art. 110.1.I RSU]. La Orden ITC/912/2006, por la que se regulan las condiciones relativas a la calidad de servicio en la prestación de los servicios de comunicaciones electrónicas concreta los deberes de información sobre la calidad de los servicios telefónicos disponibles al público (fijo y móvil); acceso a Internet y servicios de consulta telefónica sobre números de abonado (arts. 2 a 9).

³⁵ Ello significa que no cabe habilitar números de tarificación adicional como números de información sobre las condiciones de prestación de los servicios. Obsérvese la diferencia, para *usuarios*, el precio de la llamada para recibir información no puede ser superior al precio ordinario del servicio de telecomunicaciones sin recargo (art. 109.2); para *clientes*, el servicio ha de ser gratuito (art. 104.1).

Sin perjuicio de lo dispuesto en cualquier otra norma sobre protección de los consumidores y usuarios (v.gr. LGCDC, LCGC o RD 1906/1999), los deberes de información en el momento de contratar y durante la vigencia del contrato se concretan en la Orden ITC/1030/2007³⁶. En el momento de contratar por vía telefónica o telemática, se informará al cliente sobre la “selección” de condiciones contractuales enumeradas por el art. 11.3, en concreto:

- 1º) El plazo para la conexión inicial que figura en el contrato-tipo y la prevista para ese caso concreto;
- 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 lo celebra, así como las otras formas de darse de baja del servicio, en caso de existir.

Durante la vigencia del contrato, los operadores deberán informar en cada factura periódica que remitan a sus abonados sobre los siguientes aspectos [art. 12,a) O[art. 12,a) Orden ITC/1030/2007]:

- 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;
- ii) El número telefónico de atención al usuario de la Oficina de Atención al Usuario de Telecomunicaciones del MITC, el precio de las llamadas telefónicas a dicho número y el nombre de su página de Internet;
- iii) Los operadores adheridos al Sistema arbitral de consumo deberán indicar, además, el nombre de la página web del Instituto Nacional de Consumo en la que se puede acceder a las direcciones de las distintas Juntas Arbitrales de Consumo y el número de teléfono de la Oficina de Información y atención al ciudadano del Ministerio de Sanidad y Consumo, así como el precio de las llamadas al mismo.

³⁶ Si con carácter general, la Orden entró en vigor al día siguiente de su publicación en el BOE, esto es el 21 de abril de 2007 (DF 4ª), estas obligaciones relativas a la información al cliente no serán exigibles hasta transcurridos tres meses desde su entrada en vigor (DT Única).

Además, con periodicidad al menos semestral, se deberá informar sobre los derechos de los usuarios reconocidos por la normativa sectorial según el modelo que figura como anexo a la Orden [art. 12.b) Orden ITC/1030/2007].

4.2. Factura detallada.

Los consumidores y usuarios finales del servicio telefónico disponible al público tienen derecho a recibir facturas desglosadas por los cargos en los que hayan incurrido. Correlativamente, tienen derecho a recibir facturas no desglosadas si así lo solicitan [arts. 38.3,c) LGTel, 66.I y 112 RSU y DA 1ª y 2ª Orden ITC 912/2006]. El RSU no define el nivel de detalle que han de alcanzar las facturas. Sólo exige que éstas contengan “de forma obligatoria y debidamente diferenciados los conceptos de precios que se tarifican por los servicios que se prestan”, remitiéndose a una orden ministerial para la determinación del nivel de detalle mínimo (art. 112). Las DA 1ª y 2ª Orden ITC 912/2006 concretan el precepto reglamentario³⁷.

³⁷ *DA 1ª Orden ITC 912/2006. Desglose de la facturación detallada.*

1. De acuerdo con lo establecido en el artículo 112 del Reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios, los consumidores que sean personas físicas y otros usuarios finales tendrán derecho a que los operadores del servicio telefónico disponible al público les presenten facturas por los cargos en que hayan incurrido, diferenciando debidamente los conceptos de precios que se tarifican por los servicios que se prestan, e incluso, previa solicitud, a que les presenten facturas independientes para los servicios de tarificación adicional y otros servicios de tarifas superiores.

2. Asimismo, los usuarios finales del servicio telefónico disponible al público tendrán derecho a obtener facturación detallada, sin perjuicio del derecho de los abonados a no recibir facturas desglosadas, con el nivel básico de detalle definido como el que incluye la identificación separada de los siguientes elementos:

a) El período de facturación.

b) La cuota mensual fija.

c) Otros cargos mensuales fijos.

d) Cualquier cuota fija no recurrente.

e) Detalle de todas las comunicaciones facturadas, excluidas las comunicaciones encuadradas en grupos tarifarios de bajo precio, tales como, las metropolitanas, las de tarifa en horario normal inferior al equivalente de 3 céntimos de euro por minuto o a las de tarifa en horario normal inferior a 20 céntimos de euro por comunicación. Este detalle debe incluir: el número llamado, la fecha y hora de la llamada, la duración de la llamada, la tarifa aplicada y el coste total de la llamada. Las llamadas que tengan carácter gratuito para el abonado que efectúa la llamada no figurarán en la factura detallada de dicho abonado.

f) Datos agregados por grupos tarifarios diferenciados, tales como: metropolitanas, nacionales, internacionales, a móviles y tarificación adicional, que incluyan el número de llamadas efectuadas, el número total de minutos y el coste total de cada grupo.

g) Total facturado.

Tratándose del servicio telefónico fijo incluido en el servicio universal y a fin de que los consumidores puedan ejercer un nivel razonable de control sobre sus facturas, el operador designado deberá ofrecer un nivel básico y gratuito de detalle en las facturas [art. 35.2.e) RSU y DA 1ª.2 y 3.I Orden ITC/912/2006]. La facturación consistente en un extracto de los importes clasificados únicamente por tipos de gastos no reúne los requisitos mínimos de detalle exigidos por la normativa comunitaria, pues no permite al consumidor el control del gasto y la comprobación eficaz del mismo³⁸.

Para el resto de servicios telefónicos no incluidos en el servicio universal, se deberá especificar el precio de esta facilidad en las condiciones de prestación del servicio. En todo caso, cuando una factura sea objeto de reclamación, el operador deberá ofrecer gratuitamente el nivel básico de detalle de la factura reclamada (DA 1ª.3.II Orden ITC/912/2006).

h) Total IVA o impuesto equivalente que se le sea de aplicación.

i) Importe total de la factura, impuestos incluidos.

3. De acuerdo con lo establecido en el artículo 35.2.e) del Reglamento referido en el apartado 1 anterior, el nivel básico de detalle de las facturas del servicio telefónico disponible al público será ofrecido de forma gratuita por el operador que lo preste como obligación de servicio universal.

En los demás casos, cuando los operadores no ofrezcan con carácter gratuito dicho nivel básico de detalle, deberán especificar su precio dentro de las condiciones de prestación del servicio. No obstante, cuando una factura sea objeto de reclamación, de acuerdo con el procedimiento establecido en el apartado 2 del artículo 104 del Reglamento antes citado, el operador deberá facilitar gratuitamente, previa solicitud del abonado, el nivel básico de detalle de la factura reclamada.

4. El desglose establecido en esta disposición adicional se entiende sin perjuicio de lo establecido en los apartados octavo y undécimo de la [Orden PRE/361/2002, de 14 de febrero](#) de desarrollo, en lo relativo a los derechos de los usuarios y a los servicios de tarificación adicional, del [título IV del Real Decreto 1736/1998, de 31 de julio](#), por el que se aprueba el Reglamento por el que se desarrolla el título III de la Ley General de Telecomunicaciones, en la redacción dada por [Orden PRE/2410/2004, de 20 de julio](#).

DA 2ª Orden ITC 912/2006. Modalidades de presentación de la facturación desglosada a efectos de la protección de los datos personales.

Sin perjuicio del derecho de los abonados a no recibir facturas desglosadas, previsto en el [artículo 38.3](#) de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, éstos, previa solicitud, tendrán derecho a que los operadores le presenten el nivel básico de detalle de las facturas del servicio telefónico disponible al público, referido en la disposición adicional primera de esta Orden, en la modalidad de presentación consistente en la ocultación de las últimas tres cifras del número llamado.

Por resolución del Secretario de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información, se podrá modificar la modalidad de presentación anterior y añadir otras nuevas.

³⁸ STJCE de 14-9-2004 (TJCE 2004,239), dictada en el asunto C-411/02, Comisión Europea contra República de Austria.

Además, los usuarios tienen derecho a obtener, previa solicitud, facturas independientes para los servicios de tarificación adicional y otros servicios de tarifas superiores (ej. Mensajes *Premium*) (art. 112 RSU y DA 1ª.1 Orden ITC 912/2006).

Para preservar su intimidad, los usuarios pueden solicitar distintas formas de presentación de la factura (ej. omisión de algunas cifras de los números llamados u omisión de los números llamados cuando el pago se realiza mediante tarjeta de crédito), en los términos determinados por la SETSI (art. 66.II y DA 2ª Orden ITC/912/2006).

4.3. Derecho a la desconexión de ciertos servicios

Los operadores que presten el servicio telefónico disponible al público deberán garantizar a sus abonados el derecho a la desconexión de, al menos, el servicio de llamadas internacionales y el de llamadas a servicios de tarifas superiores, en especial, a servicios de tarificación adicional (números 803,806, 807 y 907) [cfr. arts. 38.2,d) LGTel, 113.1 RSU y apdos. 2 y 3 Orden PRE/361/2002 mod. por Orden 2410/2004].

Sin perjuicio de los mínimos determinados reglamentariamente, el contrato ha de establecer el procedimiento para ejercer el derecho de desconexión. El operador ha de proceder a la desconexión en el plazo máximo de diez días desde la recepción de la solicitud del abonado. Si la desconexión no se produce tras esos diez días por causas no imputables al abonado, serán de cargo del operador los costes derivados del servicio cuya desconexión se solicita (art. 113.2 RSU).

4.4. Derecho a figurar en la guía.

Se reconoce a los abonados al servicio telefónico disponible al público el derecho a figurar en la guía general de números de abonados, sin perjuicio de las normas que regulen la protección de los datos personales y el derecho a la

intimidad [arts. 22.1,b) y 38.6 LGTEL]. La Ley configura este derecho como prestación de servicio universal [art. 22.1,b) LGTEL].

La elaboración y comercialización de las guías de abonados a los servicios de comunicaciones electrónicas y la prestación de los servicios de información sobre ellos se realizará en régimen de libre competencia, garantizándose, en todo caso, a los abonados el derecho a la protección de sus datos personales, incluyendo el de no figurar en dichas guías (art. 38.6).

Sobre el procedimiento de elaboración, contenido y distribución de las guías de abonados cfr. arts. 38.6 y DA 9ª LGTel, arts. 30, 67 y DT 7ª RD 424/2005. La Orden **CTE/711/2002**, de 26 de marzo³⁹, por la que se establecen las condiciones de prestación del servicio de consulta telefónica sobre números de abonado regula las condiciones de prestación de los servicios de información telefónica a través de números 118.

4.5. Conservación de los números telefónicos (portabilidad) y cambio de operador.

La portabilidad o el derecho de los abonados a la conservación del número telefónico, previa solicitud, es principalmente una medida para impulsar la competencia en el mercado. El cambio de número telefónico es una rémora al cambio de operador por las molestias y costes asociados (ej. modificación de rótulos, tarjetas...). Por ello, no se incluye en el capítulo de la LGTel dedicado a la protección de consumidores y usuarios, sino en el Título II referente a la explotación de redes y prestación de servicios de comunicaciones electrónicas en régimen de libre competencia (art. 18 LGTel desarrollado por arts. 42 a 46 RD 2296/2004⁴⁰). No obstante, es también una medida de protección de los usuarios en cuanto facilita su derecho a la elección y cambio de prestador de servicios (art. 114 RSU).

³⁹ BOE núm. 82, 4-4-2002.

⁴⁰ RD 2296/2004, de 10 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento sobre mercados de comunicaciones electrónicas, acceso a las redes y numeración (BOE núm. 314, de 30 diciembre 2004).

Se reconoce el derecho a la conservación del número en caso de cambio de operador para el servicio telefónico fijo, sin cambio de servicio ni de ubicación geográfica; para el servicio de telefonía móvil, aunque cambie la modalidad del servicio (ej. contrato/tarjeta) y para los servicios de tarifas especiales y de numeración personal, cuando no haya modificación del servicio (art. 46 RD 2296/2004).

Los mecanismos de selección y preselección de operador han sido un instrumento clave para impulsar la competencia en el mercado y facilitar el cambio de operador. Actualmente, sólo Telefónica y para el servicio de telefonía fija está obligada a implantar en su red esta facilidad (cfr. arts. 19 LGTel y 13-16 RD 2296/2004)⁴¹, prohibiéndosele realizar prácticas de recuperación de abonados preasignados en el plazo de cuatro meses contados desde la fecha de activación de la solicitud de preselección (art. 5.5 Circular 1/2001, modificado por art. 3 Circular 2/2002, de 18 de julio). El procedimiento es sencillo, no se requiere solicitud escrita y firmada del abonado, basta una llamada realizada por el operador que pretende captar al nuevo cliente, grabada y verificada por un tercero (Circular 1/2004).

Además de los cada vez más frecuentes supuestos de *slamming* o preselección fraudulenta (cambios de operador no consentidos por el usuario), los procesos de cambio de operador son un motivo habitual de quejas y reclamaciones. Los usuarios reclaman porque encuentran dificultades para causar baja en el operador originario, de modo que, solicitada la preasignación telefónica o en su caso, el cambio de proveedor de acceso a Internet, siguen recibiendo facturas de su antiguo operador (cuotas fijas, bonos, tarifas planas,

⁴¹ Varias Circulares de la CMT han regulado la introducción de estos mecanismos (calendario de implantación, centrales para las que debían de estar disponibles, procedimiento de solicitud...etc.): Resolución de 4-11-1999, de la Presidencia de la CMT, por la que se hace pública la Circular 1/1999, de 4 de noviembre, sobre la implantación de la preasignación de operador por los operadores dominantes en el mercado de redes públicas de telecomunicaciones fijas (BOE núm. 270, de 11-11-1999); derogada por Resolución de 21 de junio de 2001, de la Presidencia de la CMT, por la que se hace pública la Circular 1/2001 de 21 de junio, sobre la implantación de la preselección de operador por los operadores de acceso obligados a proveerla en el mercado de redes públicas de telecomunicaciones fijas (BOE núm. 179, de 27 de julio de 2001); modificada por Resolución de 7 de junio de 2004, de la Presidencia de la CMT, por la que se hace pública la Circular 1/2004, de 27 de mayo, de la CMT, por la que se introduce el consentimiento verbal con verificación por tercero en las tramitaciones de preselección de operador (BOE núm. 163, de 7 de julio de 2004).

planes especiales o incluso la doble facturación de servicios que presta y factura el nuevo operador). Ante esta situación, la Orden ITC/1030/2007 prevé que 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 este 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 (art. 7.2).

Sin ánimo de menospreciar la buena intención del regulador, lo cierto es que en principio, esta disposición resulta escasamente tuitiva de los derechos del usuario. En primer lugar, no deja de sorprender que en un contexto en el que los operadores acostumbran a poner todo tipo de trabas a la baja de los clientes⁴², el operador de origen no asuma ningún coste, siendo él quien está en mejores condiciones para dejar de facturar servicios no prestados o planes, tarifas o promociones que han perdido su razón de ser, una vez que el usuario ha preseleccionado a otro operador⁴³. Por otra parte, no concreta en qué consiste “tener en cuenta si el usuario ha facultado al nuevo [operador] a que tramite dicha baja” y sobre todo, como acreditar este extremo, máxime si se tiene en cuenta que la solicitud de preselección no requiere solicitud escrita, basta la solicitud verbal con verificación de tercero. En la mayoría de los expedientes de reclamación, el usuario manifiesta que el nuevo operador aseguró en conversación telefónica que se encargaba de tramitar la baja y que el usuario “no debía preocuparse de nada”. Tampoco ayudan en este caso las reglas sobre la carga probatoria previstas en el art. 7 de la Orden, pues de ellas deriva la imposición al nuevo operador de una prueba diabólica, la prueba de un hecho negativo (que el usuario no le habilitó para tramitar la baja). Hubiese sido más útil establecer una presunción según la cual, el nuevo operador se presume habilitado para tramitar la baja (técnica y comercial), salvo que el usuario manifieste expresamente su voluntad en contra, quedando

⁴² El antiguo operador suele invocar una distinción, -considero que artificial-, entre baja técnica y baja comercial, según la cual la baja por preasignación no implica necesariamente la baja en los planes o promociones especiales que hubiera contratado el usuario.

⁴³ ¿Qué incentivos tiene el operador de origen para dejar de facturar servicios que ya no presta o planes y tarifas que han perdido su razón de ser? Si el operador beneficiario de la preselección puede acreditar que el usuario no le ha facultado para tramitar la baja, pagará el usuario; en caso contrario, pagará el nuevo operador.

obligado a facilitar información al cliente sobre cualquier posible obstáculo relativo a la baja (técnica y/o comercial) (art. 6.5 Circular 1/2001⁴⁴).

4.6. Compensación por interrupción temporal del servicio.

El artículo 38.2,e) LGTel atribuye a todos los consumidores que sean personas físicas y otros usuarios finales el derecho a obtener una compensación por la interrupción temporal del servicio en los términos regulados por el Reglamento de desarrollo. Originariamente, el RD 424/2005 reconoce este derecho sólo a los usuarios del servicio telefónico (fijo y móvil) disponible al público (art. 115 RSU). El RD 776/2006 amplía este derecho a los usuarios del servicio de acceso a Internet (art. 120 RSU), aunque difieren las fórmulas de cómputo de la indemnización (cfr. arts. 115.1⁴⁵ y 120.1⁴⁶).

⁴⁴ *Art. 6 Circular 1/2001.* El operador beneficiario de la preselección tendrá las siguientes obligaciones:

5. Informar al abonado sobre las condiciones y características de la prestación de los servicios de preselección y en particular sobre las condiciones que resultan aplicables a las facilidades suplementarias del servicio telefónico público, responsabilidad en caso de averías, y otras condiciones comerciales que resulten del pacto entre el operador beneficiario de la preselección y el operador de acceso.

⁴⁵ *Art. 115 RSU. Derecho a indemnización por la interrupción temporal del servicio telefónico disponible al público:*

1. Cuando, durante un período de facturación, un abonado sufra interrupciones temporales del servicio telefónico disponible al público, el operador deberá indemnizar con una cantidad que será, al menos, igual a la mayor de las dos siguientes:

a) El promedio del importe facturado por todos los servicios interrumpidos durante los tres meses anteriores a la interrupción, prorrateado por el tiempo que haya durado la interrupción. En caso de una antigüedad inferior a tres meses, se considerará el importe de la factura media en las mensualidades completas efectuadas o la que se hubiese obtenido en una mensualidad estimada de forma proporcional al período de consumo efectivo realizado.

b) Cinco veces la cuota mensual de abono vigente en el momento de la interrupción, prorrateado por el tiempo de duración de ésta.

⁴⁶ *Artículo 120. Derecho a compensación por la interrupción temporal del servicio de acceso a Internet.*

1. Cuando, durante un período de facturación, un abonado sufra interrupciones temporales del servicio de acceso a Internet, el operador deberá compensar al abonado con la devolución del importe de la cuota de abono y otras cuotas fijas, prorrateadas por el tiempo que hubiera durado la interrupción. A estos efectos, el operador estará obligado a indemnizar automáticamente al abonado, en la factura correspondiente al período inmediato al considerado, cuando la interrupción del servicio suponga el derecho a una compensación por importe superior a 1 euro.

El contrato de abono del servicio de acceso a Internet deberá recoger los términos y condiciones en que se dará cumplimiento a esta obligación.

El contrato de abono ha de establecer la forma de cumplimiento de esta obligación [cfr. arts. 105.2,g), 115.1.VI y 120.1.II RSU y 11 Orden ITC/912/2006], estando obligado el operador a indemnizar automáticamente en la factura correspondiente al período inmediato al considerado, cuando el importe de la indemnización sea superior a un euro (art. 115.1.II y 120.1.I).

En interrupciones por causas de fuerza mayor, el operador se limitará a compensar automáticamente al abonado con la devolución del importe de la cuota de abono y otras independientes del tráfico (ej. cuotas por buzón de voz, por servicio llamada a tres...), prorrateado por el tiempo que hubiera durado la interrupción (art. 115.1.V). Por esta razón, se entenderán por no puestas aquellas cláusulas contractuales que excluyan cualquier reembolso o compensación derivado de la interrupción del servicio por causa de fuerza mayor o intervención de tercero, salvo que la interrupción sea imputable exclusivamente al usuario.

La Orden ITC/912/2006 establece el parámetro “tiempo de interrupción del servicio” como parámetro mínimo sobre el cual el prestador del servicio ha de fijar contractualmente su compromiso sobre los niveles individuales de calidad (cfr. art. 10.1). La indemnización asociada al incumplimiento de los niveles de calidad y en concreto de este parámetro es acumulable a la compensación por interrupción prevista en el artículo 115.1 (cfr. art. 11 Orden)⁴⁷.

La compensación por interrupción del servicio o incumplimiento del correspondiente parámetro de calidad es independiente y acumulativa con otras posibles indemnizaciones de los daños derivados de la interrupción, exigibles conforme a la legislación civil (arts. 102.3 y 120.4 RSU)⁴⁸. La indemnización también se aplica en los supuestos en los que la interrupción ha

⁴⁷ Además de las medidas indemnizatorias (art. 115 RSU y 11 Orden Calidad), la interrupción del servicio telefónico disponible al público puede dar lugar a la adopción por la SETSI de medidas correctoras para salvaguardar los derechos de los usuarios en los casos de interrupción especialmente grave (cfr. arts 22-24 ITC/912/2006, Orden de calidad).

⁴⁸ La st. AP Barcelona de 23-11-2004 (AC 2005/256) condena a Telefónica indemnizar a la propietaria de un hostel situado en un lugar inhóspito de los Pirineos, al que no llegaba la telefonía móvil por el lucro cesante sufrido derivado de las continuas averías e interrupciones del servicio telefónico.

sido solicitada por el propio usuario, debido a la mala calidad del servicio (st. AP Alicante de 4-3-2002, AC 2002/825⁴⁹).

4.7. Depósitos de garantía

Los operadores del *servicio telefónico fijo* podrán exigir la constitución de depósitos de garantía en los casos regulados por el artículo 117 RSU con carácter *numerus clausus* y asociados a supuestos de morosidad (letras a y b), fraude (letra e) o uso especial del servicio telefónico (letras c y d)⁵⁰. La cuantía de los depósitos, su duración, el procedimiento para su constitución y si serán remunerados o no se determinará mediante orden ministerial (actualmente, apdos. 12 a 17 Orden PRE/361/2002, mod. por Orden PRE/2410/2004). Para el *resto* de servicios, la constitución de depósitos de garantía se regulará contractualmente (art. 116 RSU).

⁴⁹ La st. AP Alicante, de 4-3-2002 (AC 2002/825) reconoce al usuario un derecho a la indemnización por interrupción del servicio, aunque la interrupción fue solicitada por el propio abonado ante los defectos técnicos del servicio y su uso fraudulento por terceros, que generó facturas desproporcionadas correspondientes a períodos de ausencia del domicilio. Ante la falta de información por parte de la compañía y la no subsanación de estos defectos, el abonado solicitó la interrupción para evitar males mayores. Por ello, procede estimar la pretensión de indemnización de perjuicios derivados de la falta de disponibilidad de uso del teléfono, ya que fue la actitud de la suministradora con sus reticencias informativas, la que obligó a interesar la baja en orden a evitar mayores perjuicios (FJ 2º).

⁵⁰ *Artículo 117 RSU. Depósitos de garantía.*

1. Los operadores únicamente podrán exigir a los abonados al servicio telefónico disponible al público desde una ubicación fija la constitución de un depósito de garantía, tanto en el momento de contratar como durante la vigencia del contrato, en los siguientes supuestos:

a) En los contratos de abono al servicio telefónico disponible al público desde una ubicación fija solicitado por personas físicas o jurídicas que sean o hayan sido con anterioridad abonados al servicio y hubieran dejado impagados uno o varios recibos, en tanto subsista la morosidad.

b) En los contratos de abono al servicio telefónico disponible al público desde una ubicación fija cuyos titulares tuvieran contraídas deudas por otro u otros contratos de abono, vigentes o no en ese momento, o bien que de modo reiterado se retrasen en el pago de los recibos correspondientes.

c) Para los abonados al servicio telefónico disponible al público desde una ubicación fija titulares de líneas que dan servicio a equipos terminales de uso público para su explotación por terceros en establecimientos públicos.

d) En los contratos de abono cuyos titulares presten servicios de tarificación adicional.

e) En aquellos supuestos en que excepcionalmente lo autorice la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información, a petición de los operadores, en casos de existencia de fraude o tipos de fraude detectados de modo cierto y para asegurar el cumplimiento del contrato por los usuarios finales.

2. La cuantía de los depósitos, su duración, el procedimiento para su constitución y si serán remunerados o no se determinará mediante orden ministerial.

4.8. Derecho a la suspensión temporal del servicio.

Los abonados al *servicio telefónico fijo* tienen derecho a solicitar y obtener la suspensión temporal del servicio (art. 118.3 RSU). La suspensión será por período no menor a un mes, ni superior a tres meses y en ningún caso, el período podrá exceder de noventa días por año natural. Económicamente, la suspensión conlleva la reducción de la cuota de abono en la mitad del importe proporcional correspondiente al tiempo que afecte. Para el *resto de servicios*, este derecho se atribuirá en los términos definidos en el contrato (art. 116 RSU).

5. TUTELA CONTRACTUAL: CONTRATOS-TIPO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES.

5.1. Intervención administrativa: aprobación, comunicación y modificación.

En cumplimiento del art 38.2,f) y 38.2,g) LGTel, el Reglamento del Servicio Universal establece cuatro categorías de contratos en orden a los trámites administrativos previos a su aplicación:

- i) *Contratos* para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas sometidos a *obligaciones de servicio público* (ej. conexión a la red telefónica fija, servicio telefónico fijo, acceso a Internet de banda estrecha). Han de ser *aprobados por la SETSI*, previo informe de la CMT, de la AEPD, del INC y con audiencia de las asociaciones de consumidores y usuarios, a través del Consejo de Consumidores y Usuarios (art. 108.1 RSU)⁵¹.

⁵¹ A pesar del tiempo transcurrido desde la entrada en vigor del RSU, la SETSI todavía no ha aprobado el contrato-tipo de Telefónica para la prestación del servicio telefónico incluido en el servicio universal. En la web de Telefónica se publica un contrato-tipo actualizado a 31 de marzo de 2005 (<http://www.telefonicaonline.com/qx/manual/Contratodeabono.pdf>), que, según nota incluida en el propio texto “se encuentra pendiente de adecuación a las disposiciones establecidas en el Real Decreto 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, publicado en el Boletín Oficial del Estado Número 102 con fecha 29 de abril de 2005”.

- ii) *Contratos para la prestación de servicios de tarifas superiores* (cfr. art. 108.2 RSU). Entre éstos se incluyen los de tarificación adicional, a los que se somete a un régimen de *aprobación preceptiva*, previo informe de la Comisión de Supervisión de Servicios de Tarificación Adicional (CSSTA), de la AEPD, del Consejo de Consumidores y Usuarios y de la CMT (art. 108.3)⁵²;
- iii) Los *contratos-tipo* para la prestación de *otros servicios* (ej. acceso a Internet de banda ancha, telefonía móvil, acceso a servicios de televisión de acceso condicional...) deberán ser *comunicados al MITC*.

En cualquier caso, los operadores remitirán los contratos y sus modificaciones con al menos diez días de antelación a su entrada en vigor, al MITC, a la CMT, al INC, a la AEPD y al Consejo de Consumidores y Usuarios, que lo pondrá a disposición de las asociaciones de consumidores y usuarios (art. 109.1).

Las competencias del MITC no se reducen a la aprobación de los contratos-tipo, también podrá exigir la modificación de cláusulas para evitar el trato abusivo a los usuarios. Según se deduce del tenor literal del art. 38.7 LGTel (atribuye esta potestad sobre los contratos celebrados entre los consumidores que sean personas físicas y usuarios finales y los operadores, sin más precisiones), el MITC podrá exigir la modificación de las condiciones contractuales tanto de los contratos sometidos a autorización previa como de aquellos simplemente notificados⁵³.

5.2. Perfección del contrato.

Junto a las normas generales sobre la perfección y validez de los contratos, contenidas en el Código Civil y en el Código de Comercio y la normativa sectorial que disciplina las condiciones de prestación de servicios de

⁵² La SETSI podrá exigir la aprobación previa de los contratos de otros servicios de tarifas superiores (cfr. MENDOZA LOSANA, A.I., "El nuevo Reglamento del Servicio Universal de Telecomunicaciones" en CARRASCO PERERA (Coord.), *Estudios sobre Telecomunicaciones y Derecho de Consumo*, *op.cit.*, págs. 265-306, conr. pág. 284-286).

⁵³ En foros especializados en los que han participado funcionarios del MITC se ha declarado la escasa utilización de esta norma, pues el cúmulo de cláusulas, contratos y ofertas comunicadas por los operadores hace impracticable el control al que se refiere la norma.

comunicaciones electrónicas, el régimen jurídico de la celebración de contratos de acceso a redes o prestación de servicios de comunicaciones electrónicas se integra por las normas protectoras de los consumidores y usuarios (Ley 26/1984, General de Defensa de los Consumidores y Usuarios, modificada por Ley 44/2006, de Mejora de la Protección de los Derechos de los Consumidores y Usuarios y normas autonómicas), por las normas sobre ordenación de la actividad comercial (fundamentalmente, Ley 7/1996, de Ordenación del Comercio Minorista y normas autonómicas); por las normas reguladoras de la contratación bajo condiciones generales de la contratación (Ley 7/1998, de Condiciones Generales de la Contratación y RD 1906/1999) y en su caso, por las normas que regulan la contratación por vía electrónica o telemática (Ley 34/2002, de Servicios de la Sociedad de la Información y RD 1906/1999).

Como cualquier otro contrato, los contratos de acceso a redes de telecomunicaciones (ej. conexión a red telefónica fija) o prestación de servicios de comunicaciones electrónicas (servicio telefónico fijo o móvil, acceso a Internet, servicios de TV de pago...) pueden celebrarse **entre presentes o a distancia**.

5.2.1. Contratos presenciales.

No ofrece peculiaridades la contratación entre presentes ya sea en el establecimiento del operador o fuera de éste (ej. en el domicilio del usuario). En tal caso, serán de aplicación las normas generales sobre perfección de los contratos contenidas en los Códigos Civil y de Comercio, las normas de protección de consumidores y usuarios, las normas sobre condiciones generales de la contratación y en su caso, las normas sobre contratación fuera del establecimiento mercantil (Ley 26/1991, de Protección de los Consumidores en el caso de Contratos celebrados fuera de los Establecimientos Mercantiles). En síntesis y sin ánimo de profundizar en cuestiones sobradamente analizadas por la doctrina, el contrato se perfecciona desde que concurre el consentimiento de las partes sobre el tipo de servicio y el precio del mismo,

obligando desde ese momento a las partes, independientemente de la forma de celebración (arts. 1254, 1258, 1262.I, 1278 CC). Se ha de informar al usuario de las condiciones del contrato (arts. 8 y 13 LGDCU) y en particular, del contenido mínimo regulado por la normativa sectorial (arts. 105, 106 y 109 RSU).

Por ser contratos de tracto sucesivo, cuya ejecución se prolonga en el tiempo y sin perjuicio de las exigencias de documentación contenidas en ciertas normas (ej. art. 3 Ley 26/1991, sobre Contratos Celebrados Fuera de los Establecimientos Mercantiles), la buena fe exige su constancia documental⁵⁴, así como la entrega de un ejemplar de las condiciones generales de la contratación redactadas de forma clara y comprensible o la remisión a un folleto o impreso que pueda recogerse en el mismo momento y lugar de celebración del contrato, pues se trata de garantizar que durante la vida del contrato y en cualquier momento el adherente disponga de la información necesaria y no puedan producirse alteraciones en el texto original. Dado el medio de contratación elegido (contratación presencial), es contrario a la buena fe contractual sustituir la entrega del texto de las CGC por la remisión a una dirección electrónica, en la que éstas se ponen a disposición del adherente. A las razones de tipo jurídico⁵⁵, se añaden las de tipo práctico (el usuario que contrata un servicio de acceso a Internet sólo tendrá conocimiento de las c.g.c. publicadas en la web con posterioridad a la celebración del contrato y además tampoco tiene instrumentos para controlar la eventual alteración de estas condiciones y asegurarse de cuáles estaban vigentes en el momento de la contratación).

Por formalizarse por escrito, la aceptación de las CGC se plasma mediante la firma del documento contractual en el que se contengan las CGC o una

⁵⁴ 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, conr. pág. 153.

⁵⁵ Analógicamente, cabe aplicar la argumentación de la SAP Madrid 11 julio de 1995 que entendió que no es suficiente la remisión a la "normativa aprobada por la Delegación del Gobierno", según el Reglamento de servicio que figuraba inserto en las páginas informativas de la guía telefónica, porque se priva al adherente de conocer en qué condiciones se contrata (en el caso, en qué casos resultaba procedente el depósito de cierta cantidad en garantía del cumplimiento del contrato).

referencia expresa a las mismas (art. 5.1 LCGC). Esta firma no es esencial para la existencia o validez del contrato, sino un elemento para probar la aceptación de las CGC y por ende su incorporación al contrato (forma “ad probationem” y forma “de integración”). Si el contrato en el que se contienen las CGC o la remisión a las mismas no está firmado, se presume que tales condiciones no han sido aceptadas por el adherente y por ello, no integrarán el contenido contractual [art. 7.a) LCGC], correspondiendo al predisponente la carga de desvirtuar tal presunción⁵⁶.

5.2.2. Contratación a distancia. En particular, el problema de la contratación a distancia bajo condiciones generales.

A) Concurrencia de normas

Mayores problemas plantea la contratación a distancia de los servicios de comunicaciones electrónicas. Concurren diversas normas que pueden generar cierta confusión, a menudo aprovechada por los operadores para reducir el nivel de protección de los usuarios que optan por esta vía de contratación. Por la diversidad de normas aplicables, se plantean dudas respecto a la constancia de la aceptación del adherente, así como a las obligaciones de los operadores en materia de información precontractual y confirmación del contrato. En particular, se cuestiona el soporte –papel u otro- en el que se debe facilitar tal información, el contenido de la misma y la exigencia de firma convencional del adherente. A continuación, hacemos un breve repaso de las distintas normas que pueden dar respuesta a estas cuestiones:

- i) *Legislación sobre telecomunicaciones [arts. 38.2 f) y g) LGTel; 105.1 y 2, 106 y 109.2 RSU; 11.3 y 4 Orden 1030/2007].* Estas normas no se pronuncian sobre la perfección de los contratos de acceso a red o de provisión de servicios de telecomunicaciones. Se limitan a proclamar el derecho de los usuarios finales a celebrar contratos con el contenido

⁵⁶ V. Sts. AP Málaga 7-2-2006 (JUR 2006, 186673); Ciudad Real 2-5-2005 (JUR 2005,113299); Burgos 31-1-2000 (AC 2000, 418) y 14-1-2000 (AC 2000, 709), entre otras muchas.

mínimo establecido reglamentariamente y en su caso, aprobados por la Administración, que debe constar en las condiciones generales y particulares aplicables (art. 105.3 RSU). La cuestión de la formalización y celebración del contrato queda remitida a la normativa específica aplicable, en especial a la de defensa de los consumidores y usuarios y de ordenación del comercio minorista (arts. 105.1.II , 106 RSU⁵⁷ y 11.4 Orden ITC/1030/2007).

Independientemente de la forma de perfección de los contratos de conexión a red o prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, los usuarios tienen derecho a recibir información del contrato con el contenido mínimo establecido reglamentariamente (art. 109 RSU y 11.3 Orden ITC/1030/2007). Los medios a través de los que los operadores han de facilitar esta información son: (i) su página de Internet; (ii) por escrito, si así *lo solicita* un consumidor que sea persona física u otro usuario final, que no deberá afrontar gasto alguno por su recepción; (iii) en el teléfono de atención al público, cuyas llamadas tendrán el coste máximo del precio ordinario del servicio de telecomunicaciones sin recargo (art. 109.2 RSU). Obsérvese que los diversos cauces informativos son opcionales para el usuario, no para los operadores y en particular, para los prestadores de servicios telefónicos que facilitarán por los medios indicados la información regulada reglamentariamente (cfr. art. 109.3 RSU).

En conclusión, dado que la normativa sectorial no resuelve la cuestión de la perfección y formalización de los contratos, habrá que buscar la

⁵⁷ No se entiende bien la distinción realizada por el regulador reglamentario entre contratos con los operadores que facilitan la conexión o el acceso a la red telefónica pública, regulados en el art. 105 RSU, y el resto, regulados en el art. 106 RSU. Correlativamente, tampoco se entiende porqué a la formalización de aquéllos sólo será de aplicación “la normativa general sobre protección de los consumidores y usuarios” (art. 105.1.II), mientras que a la celebración de éstos se aplicarán “las normas específicas aplicables, en especial las de defensa de los consumidores y usuarios y de ordenación del comercio minorista” (art. 106.1). Entiendo que esta distinción obedece más al escaso rigor técnico del RSU que a ningún otro fundamento objetivo. Por ello, parece más razonable entender que a la celebración y formalización de cualquier contrato de acceso a red o de prestación de servicios de comunicaciones electrónicas serán aplicables las normas específicas, de defensa de los consumidores y usuarios (ej. LGDCU, LCGC y su Reglamento de desarrollo) y de ordenación del comercio minorista (ej. normas sobre contratación a distancia).

respuesta en otras normas del Ordenamiento. En concreto, en la legislación sobre condiciones generales de la contratación, contratación a distancia y contratación electrónica.

- ii) *Legislación sobre condiciones generales de la contratación (arts. 5.3 Ley 7/1998; 2 y 3 RD 1906/1999).* Dadas las peculiaridades de la contratación bajo condiciones generales de la contratación en las que el consentimiento contractual se manifiesta a través de la adhesión al clausulado prerredactado por una de las partes, la regulación establece ciertos requisitos para garantizar que el adherente conoce o al menos, dispone de la posibilidad de conocer las condiciones bajo las que contrata, incluso cuando la contratación se produce por vía electrónica o telefónica. Son los controles de incorporación de los artículos 5.3 y 7 a) LCGC.

El art. 5.3 LCGC establece que en los casos de contratación telefónica o electrónica será necesario que conste la aceptación de todas y cada una de las cláusulas del contrato, sin necesidad de firma convencional. La Ley se remite a la regulación mediante Reglamento de los términos en los que ha de constar tal aceptación. En este supuesto, se enviará inmediatamente al consumidor justificación escrita de la contratación efectuada, donde constarán todos los términos de la misma. El RD 1906/1999, de 17 de diciembre por el que se regula la contratación telefónica o electrónica con condiciones generales⁵⁸ desarrolla el citado art. 5.3 de la Ley 7/1998, imponiendo al predisponente deberes de información precontractual (art. 2) y de confirmación documental de la contratación efectuada (art. 3), que serán analizados con mayor detalle en los apartados siguientes.

- iii) *Legislación sobre contratación a distancia.* Los contratos celebrados por vía telefónica o electrónica son contratos a distancia por lo que junto a la normativa reguladora de la contratación bajo condiciones generales de

⁵⁸ BOE núm. 313, de 31 diciembre 1999.

la contratación, resulta de aplicación la regulación de los contratos a distancia contenida en la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista⁵⁹ (arts. 38 a 48 LOCM), que también impone deberes de información previa (art. 40 LOCM) y de confirmación documental del contrato (art. 47 LOCM), que serán examinados en epígrafes sucesivos.

En cualquier caso, se celebre el contrato por vía electrónica o telefónica, es un *contrato a distancia* y por ello, se han de reconocer al destinatario los derechos previstos en la regulación de esta modalidad de contratación. En concreto, el *derecho de desistimiento* sin necesidad de justificación o causa alguna, en un plazo de siete días hábiles, contados a partir del día siguiente al de la fecha de celebración del contrato de prestación de servicios (arts. 44 LOCM y 4 RD 1906/1999), salvo que se haya comenzado la prestación del servicio, de acuerdo con el consumidor, antes del transcurso de los siete días siguientes, en cuyo caso y sin perjuicio de la indemnización de daños y perjuicios, no procede el derecho de desistimiento (art. 44.3 LOCM)⁶⁰. Son nulas las cláusulas que impongan al consumidor penalización o renuncia al ejercicio del derecho de desistimiento (art. 44.3 LOCM); el *derecho a desistir o resolver el contrato* en el plazo de tres meses desde su celebración, si se han incumplido los deberes de información precontractual y de confirmación del contrato (art. 44.5 LOCM y 4.3 RD 1906/1999) y el derecho a resolver el contrato y *en su caso, a obtener una indemnización de daños y perjuicios* en el caso de que el profesional o empresario no ejecute el contrato en el plazo pactado por las partes, o en el subsidiario de treinta días desde la solicitud del servicio (art. 43.1 LOCM).

⁵⁹ BOE núm. 15, 17 enero 1996.

⁶⁰ Derechos similares se contienen en otras normas protectoras de los derechos de los usuarios. Por citar algunas, la Ley 21/1995, de 6 de julio, de Regulación de los Viajes Combinados (art. 9.4); la Ley 42/1998, de 15 de diciembre, sobre derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico y normas tributarias (art. 10.1); la Ley 26/1991, de 21 de noviembre, sobre contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles (arts. 5 - 7)..

- iv) *Legislación sobre contratación electrónica (arts. 27 y 28 Ley 34/2002).* Los contratos a distancia, celebrados bajo condiciones generales de la contratación y a través de medios electrónicos están sometidos a la legislación específica en relación al medio de contratación empleado, en concreto a la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información (en adelante, LSSI). La normativa sobre contratos a distancia proclama la aplicación preferente de la regulación sobre contratación electrónica (art. 38.6 y 7 LOCM⁶¹).

Por la necesidad de incentivar la contratación electrónica y adaptar los deberes legales al dinamismo de la contratación vía Internet, se han de flexibilizar los deberes de información precontractual y confirmación de la contratación regulados para la contratación telefónica y electrónica con condiciones generales de la contratación (arts. 5.3 LCGC, 2 y 3 RD 1906/1999). Sin embargo y a diferencia de lo que ocurre con la normativa sobre contratos a distancia, en los que la propia LOCM da criterios para la resolución de eventuales conflictos (art. 38.6, aplicación preferente de la legislación sobre contratación electrónica), no hay criterios legales para resolver un posible conflicto entre la normativa sobre contratación electrónica y la normativa sobre condiciones generales de la contratación. Son dos sectores normativos con finalidades distintas aunque no contrapuestas. La primera pretende incentivar la utilización real de los contratos electrónicos (DF 5ª LSSI y art. 9.1 Directiva 2000/31), sin descuidar la protección de los consumidores [arts. 1.2, 27.2 a) y 28.2 a) LSSI] y la segunda pretende preferentemente tutelar la posición del adherente como parte contractual más débil.

La LSSI resuelve la cuestión con una enigmática remisión al Gobierno para la modificación y adecuación del RD 1906/1999 al contenido de la

⁶¹ *Artículo 38. 6 LOCM.* Cuando la contratación a distancia de bienes o servicios se lleve a cabo a través de medios electrónicos, se aplicará preferentemente la normativa específica sobre servicios de la sociedad de la información y comercio electrónico;
Artículo 38.7 LOCM. Las comunicaciones comerciales por correo electrónico u otros medios de comunicación electrónica equivalentes se regirán por su normativa específica.

Ley, teniendo “especialmente en cuenta la necesidad de facilitar la utilización real de los contratos electrónicos, conforme al mandato recogido en el artículo 9.1 de la Directiva 2000/31/CE⁶²” (DF 5ª LSSI). Transcurridos casi cinco años de la publicación de la Ley, el Gobierno no ha cumplido aún el mandato legal de la citada DF 5ª, de la cual sólo cabe extraer un principio de interpretación de las normas sobre contratación electrónica, ya contenido en el artículo 9.1 Directiva 2000/31, y que podría sintetizarse como ***principio pro contratación electrónica***, de modo que cualquier duda interpretativa se resolverá de la forma más favorable a la “utilización real” de los contratos electrónicos, siempre que ello no suponga detrimento o restricción de la protección conferida al adherente a condiciones generales de la contratación y en particular, a los consumidores o usuarios finales (cfr. art. 1.2 LSSI).

Como ha puesto de manifiesto la doctrina⁶³, no resulta fácil compatibilizar la aplicación de la normativa sobre contratación a distancia bajo condiciones generales de la contratación y regulación de la contratación electrónica contenida en la LSSI. La situación actual de la regulación obliga a buscar soluciones a menudo forzadas y poco acordes con las exigencias de la contratación electrónica. Teniendo en cuenta las anteriores consideraciones, cabe extraer las conclusiones que se exponen en los epígrafes siguientes acerca del régimen actual de formalización y perfección de contratos de acceso a redes y prestación de servicios de comunicaciones electrónicas celebrados a distancia bajo condiciones generales de la contratación.

B) *Libertad de forma.*

⁶² *Artículo 9. Tratamiento de los contratos por vía electrónica*

1. Los Estados miembros velarán por que su legislación permita la celebración de contratos por vía electrónica. Los Estados miembros garantizarán en particular que el régimen jurídico aplicable al proceso contractual no entorpezca la utilización real de los contratos por vía electrónica, ni conduzca a privar de efecto y de validez jurídica a este tipo de contratos en razón de su celebración por vía electrónica.

⁶³ CARRASCO PERERA (Director), *El Derecho de Consumo en España: Presente y Futuro*. Instituto Nacional de Consumo, 2002, págs. 362-365 y 376.

En nuestro Derecho contractual rige como principio básico la 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 LOCM⁶⁴. Por ello y aunque resulte obvio, los contratos celebrados por vía telefónica o electrónica han de ser considerados válidos y eficaces, incluso aunque una de las partes sea un consumidor o usuario final, sin que sea necesario el previo acuerdo de las partes sobre la utilización de tales medios (art. 23.1 y 2 LSSI).

No obstante, en ocasiones, nuestro legislador ha instrumentalizado la forma del contrato con fines tuitivos, y, por ello, en algunas leyes relativas al consumo se exige el cumplimiento de ciertas formalidades (ej. Ley de Crédito al Consumo, Ley de Venta a Plazos de Bienes Muebles, entre otras). También la legislación de contratos a distancia contiene ciertos requerimientos de forma escrita. Así, el artículo 11.2 LOCM establece el deber del comerciante de expedir factura, recibo u otro documento análogo cuando la perfección del contrato y la entrega del objeto no sean simultáneas o cuando el comprador pueda desistir del contrato, haciendo constar los derechos y garantías del comprador y la parte del precio que se haya satisfecho. Para las ventas a distancia, el mismo deber de informar se impone al vendedor en el artículo 47 de la citada Ley, que además indica que dicha información, cuyo contenido especifica, deberá suministrarse al comprador por escrito y en la lengua utilizada en la propuesta de contratación. También contempla este deber de informar de la contratación efectuada el RD 1906/1999, por el que se regula la contratación telefónica o electrónica con condiciones generales, cuyo artículo 3.1 establece el deber del

⁶⁴ *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.

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 empleado.

Se suscitan dudas respecto al valor de tales formalidades en relación a la existencia y validez del contrato. Para algunos sectores constituyen auténtica forma esencial o “ad solemnitatem”, de modo que el incumplimiento de las formalidades, conlleva la nulidad o anulabilidad del contrato⁶⁵; para otros estas formalidades son simplemente un instrumento adicional de protección del usuario, pero no afectan a la validez del contrato⁶⁶. Sin ánimo de entrar en tales disquisiciones doctrinales, en el marco de la legislación sobre contratación a distancia bajo condiciones generales de la contratación, no creemos que se pueda aplicar la sanción de nulidad o anulabilidad a los contratos en los que se han incumplido las formalidades exigidas⁶⁷. Esta normativa prevé sanciones específicas de carácter administrativo [arts. 65.1.ñ) LOCM] y civil, como la no incorporación al contrato de las CGC que el adherente no ha tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la elaboración

⁶⁵ Según MARTÍN BRICEÑO M. R., “las obligaciones formales previstas en distintas leyes de protección a los consumidores van referidas al momento de la celebración del contrato y, por tanto, actúan como requisito de validez del mismo, cumpliendo con una triple finalidad: mantener debidamente informado al consumidor; integrar el contrato; y preconstituir un medio de prueba idóneo. De modo que podemos referirnos a una nueva categoría de forma esencial de los contratos en el ámbito del consumo”; “No nos cabe ninguna duda sobre el carácter esencial que tiene la forma en algunas leyes de protección a los consumidores. Consideramos que la forma exigible es solemne porque actúa como requisito de validez del contrato, en cuyo caso su incumplimiento total o parcial nos lleva a la invalidez del mismo. El término ‘invalidez’ niega la fuerza jurídica vinculante de un contrato por ser contrario a Derecho [...]. Por ello, se afirma que la invalidez sólo se podrá aplicar cuando la ley lo imponga expresamente. Cuando ésta no lo determine categóricamente, tendremos que realizar una labor interpretativa con el fin de desentrañar cuál es la finalidad de la norma infringida, aplicando, o no, en consecuencia, la sanción de la invalidez” [“La protección de los intereses del consumidor a través de la forma del contrato”, *Aranzadi Civil* núm. 6, 2001, (BIB 2001,500)].

⁶⁶ PÉREZ CONESA, “Contratación electrónica (contratación celebrada por medios telemáticos)”, *Aranzadi Civil*, núm. 20/2001 (2002) (BIB 2002,21); ERDOZÁIN LÓPEZ, J.C., “Firma electrónica. Aspectos procesales: valor probatorio. Modelos de responsabilidad de los prestadores de servicios de certificación”, *Aranzadi Civil*, núm. 1/2003 (2003) (BIB 2003\237).

⁶⁷ PASQUAU LIAÑO, señala que la forma escrita ni es requisito de formación ni actúa como condición resolutoria de eficacia del contrato, sino que tiene estrictamente carácter de carga (“Artículo 47” en *Comentarios a la Ley de Ordenación del Comercio Minorista*, Universidad San Pablo CEU, Edit. Civitas. Madrid, 1997, pág. 360).

del contrato [art.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)⁶⁸.

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*”.

En ocasiones, los usuarios fundamentan su oposición a las pretensiones de los operadores en la inexistencia de contrato firmado por el usuario, considerando que la conversación telefónica en la que se ha aceptado determinada oferta no puede ser vinculante ni alcanzar categoría contractual. Es un argumento erróneo. El contrato existe y produce efectos entre las partes. Los problemas se plantean en cuanto a la prueba de la existencia del contrato, la incorporación de condiciones generales que, en ocasiones, el usuario ni siquiera sabe que existen y el ejercicio por el usuario de los derechos que le asisten en cuanto contratante a distancia, en particular, el derecho de desistimiento del art. 44 LOCM, llamado “derecho de resolución” en el art. 4 RD 1906/1999.

Sin perjuicio de la existencia y validez del contrato celebrado por vía electrónica o telefónica bajo condiciones generales de la contratación, independientemente de la forma de manifestación del consentimiento –vía electrónica o telefónica-, corresponde ahora analizar los deberes de información pre y postcontractual impuestos a los operadores que utilizan esta vía de contratación. No sólo a efectos de evitar las sanciones administrativas previstas para su incumplimiento [arts. 65.1.ñ LOCM, 38.3, e) y f) LSSI y la normativa de consumo que sanciona el incumplimiento de los deberes de información al consumidor], sino también a efectos de determinar si quedan o no incorporadas las condiciones generales de la contratación [art. 7 a) LCGC] y preservado el

⁶⁸ En el mismo sentido, PÉREZ CONESA, C., “Contratación electrónica ...”, *op. cit.*, BIB 2002,21.

derecho del adherente a desistir del contrato (arts 44 LOCM y 4 RD 1906/1999).

C) *Deberes de información pre y postcontractual: soportes y contenidos.*

A pesar de que el RD 1906/1999 se refiere conjuntamente a la contratación telefónica y electrónica bajo condiciones generales de la contratación, consideramos que son dos formas de contratación radicalmente distintas y por ello, el régimen de cumplimiento de los deberes pre y postcontractuales no ha de ser idéntico.

C.1. *Contratación electrónica.*

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 RSU, 40 LOCM y 27.1 LSSI⁶⁹ y en particular, si facilita las condiciones generales de la contratación, “de manera

⁶⁹ *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.

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.

que éstas puedan ser almacenadas y reproducidas” por los potenciales contratantes (art. 27.4 LSSI vs. art. 2 RD 1906/1999⁷⁰)⁷¹. Leídos sosegadamente, no se encuentra contradicción entre el deber de información previa del art. 2 RD 1906/1999 y el art. 27 LSSI. Áquel establece que *“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”*. Por su parte, el art 27.4 LSSI prevé que *“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”*. No hay contradicción si se entiende 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).

Por tanto y en cuanto al soporte en el que consta la información previa a la contratación, ha de entenderse que el deber de información previa queda satisfecho, si el predisponente pone a disposición del destinatario, a través de su página web (art. 23.3 LSSI⁷²), la información exigida por la legislación sectorial de telecomunicaciones, así como las condiciones generales de la

⁷⁰ *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.

⁷¹ Sobre los requisitos y contenido mínimo de la oferta de contratación por vía electrónica v. PEREZ CONESA, C., “Contratación electrónica (contratación por medios telemáticos)”, *Aranzadi Civil* núm. 20,2001 (BIB 2002,21).

⁷² *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”.

contratación⁷³, de modo que puedan ser almacenadas y reproducidas por el destinatario⁷⁴.

Respecto al contenido de la información facilitada en esta fase, el art. 2 RD 1906/1999 exige que se informe sobre “todas y cada una de las cláusulas del contrato”. En tales cláusulas –generales y particulares- se ha de incluir la información exigida por la legislación sectorial (v.gr. teléfono de atención al cliente, características del servicio ofrecido, derecho a desconexión de ciertos servicios, períodos mínimos de permanencia, derecho a causar baja...) (cfr. arts. 105 y 109 RSU). Por otra parte, ha de constatarse que entre la genérica referencia del art. 2 RD 1906/1999 a la información previa sobre “todas y cada una de las cláusulas del contrato” y la descripción pormenorizada de la información a facilitar según el artículo 40 LOCM⁷⁵ sólo hay una diferencia que

⁷³ 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.

⁷⁴ 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 quedaran 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 aquélla 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.

⁷⁵ *Artículo 40 LOCM. Información previa.*

1. Antes de iniciar el procedimiento de contratación y con la antelación necesaria, el vendedor deberá suministrar al consumidor, de forma veraz, eficaz y suficiente, la siguiente información:

- a) La identidad del vendedor y su dirección.
- b) Las características esenciales del producto.
- c) El precio, incluidos todos los impuestos.
- d) Los gastos de entrega y transporte, en su caso.
- e) La forma de pago y modalidades de entrega o de ejecución.
- f) La existencia de un derecho de desistimiento o resolución, o su ausencia en los contratos a que se refiere el artículo 45.
- g) El coste de la utilización de la técnica de comunicación a distancia cuando se calcule sobre una base distinta de la tarifa básica.
- h) El plazo de validez de la oferta y del precio.
- i) La duración mínima del contrato, si procede, cuando se trate de contratos de suministro de productos destinados a su ejecución permanente o repetida.

merece ser destacada y es la información sobre el derecho de desistimiento o resolución que asiste a quien contrata a distancia (art. 44 LOCM). Por ello, ha de considerarse que los principios pro contratación electrónica y protección del adherente a CGC en contratos a distancia quedan suficientemente salvaguardados, si el predisponente, -en nuestro caso, operador de red y/o servicios de comunicaciones electrónicas-, añade al clausulado de condiciones contractuales publicado en su web información sobre el derecho de desistimiento o de resolución regulado por los arts. 44 LOCM y 4 RD 1906/1999.

No obstante, la Orden ITC/1030/2007 ha introducido ciertas modificaciones en este ámbito en la medida que, “sin perjuicio de lo que se establezca en cualquier otra normativa sobre protección de los consumidores y usuarios” (art. 11.4), obliga al operador a 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). Lo que hace la norma es seleccionar dentro de las condiciones generales aquéllas que pueden resultar más relevantes para el cliente y obliga a informar sobre ellas, sin perjuicio de la imprescindible información, en los términos expuestos, sobre el conjunto de condiciones generales aplicables.

Este derecho a recibir información previa se atribuye a los consumidores con carácter irrenunciable [art. 27.2 a) LSSI]. Su incumplimiento constituye una

j) Las circunstancias y condiciones en que el vendedor podría suministrar un producto de calidad y precio equivalentes, en sustitución del solicitado por el consumidor, cuando se quiera prever esta posibilidad.

k) En su caso, indicación de si el vendedor dispone o está adherido a algún procedimiento extrajudicial de solución de conflictos.

2. La información contenida en el apartado anterior, cuya finalidad comercial debe ser indudable, deberá facilitarse al comprador de modo claro, comprensible e inequívoco, mediante cualquier técnica adecuada al medio de comunicación a distancia utilizado, y deberá respetar, en particular, el principio de buena fe en las transacciones comerciales, así como los principios de protección de quienes sean incapaces de contratar.

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 [arts. 5 y 7 a) LCGC], 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).

En cuanto al **deber de confirmación** de la contratación efectuada, el artículo 3 RD 1906/1999⁷⁶ revela cierta desconfianza hacia la contratación en soporte electrónico. Prevé como medio principal de confirmación del contrato el envío inmediatamente y, a más tardar, en el momento de la entrega de la cosa o comienzo de la ejecución del contrato, de *justificación por escrito de la contratación efectuada*, donde “deberán constar todos los términos de la misma” (han de entenderse incluidas condiciones generales, particulares...). Sólo si el adherente lo solicita, la confirmación podrá enviarse en cualquier otro soporte duradero adecuado al medio de comunicación empleado, entendiéndose por soporte duradero “cualquier instrumento que permita al consumidor conservar sus informaciones sin que se vea obligado a realizar por sí mismo su almacenamiento, en particular los disquetes informáticos y el disco duro del ordenador del consumidor que almacena los mensajes de correo electrónico” (art. 3.3). En este contexto, cabe interpretar que justificación por escrito equivale a justificación en soporte papel⁷⁷. Si el adherente lo solicita, se habrá

⁷⁶ *Artículo 3. Confirmación documental de la contratación efectuada* 1. Celebrado el contrato, el predisponente deberá enviar al adherente inmediatamente y, a más tardar, en el momento de la entrega de la cosa o comienzo de la ejecución del contrato, justificación por escrito o, a propuesta del mismo, en cualquier otro soporte duradero adecuado al medio de comunicación empleado y en su propio idioma o en el utilizado por el predisponente para hacer la oferta, relativa a la contratación efectuada donde deberán constar todos los términos de la misma. A los efectos de lo indicado en este apartado, el predisponente deberá indicar en la información previa a que se refiere el artículo anterior los distintos tipos de soportes entre los que podrá elegir el adherente como medio de recepción de la justificación de la contratación efectuada.

2. [...]

3. Se entiende por soporte duradero cualquier instrumento que permita al consumidor conservar sus informaciones sin que se vea obligado a realizar por sí mismo su almacenamiento, en particular los disquetes informáticos y el disco duro del ordenador del consumidor que almacena los mensajes del correo electrónico.

⁷⁷ V. En este sentido, la Dirección General de Registros y Notariado, en su 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 ha considerado que esta obligación de confirmación documental se entenderá satisfecha, dado el sistema de libertad formal propio de nuestro ordenamiento

de enviar justificación igualmente escrita, pero en otro soporte duradero que permita al adherente almacenar la información. La norma sólo cumplirá su finalidad tuitiva del adherente si la confirmación enviada en “otro soporte duradero” permite tener constancia escrita de la contratación efectuada en su propio idioma o en el utilizado para hacer la oferta. Idéntica interpretación habrá de darse al artículo 47.2 LOCM⁷⁸.

Sin embargo, tal interpretación se compadece mal con la LSSI y su propósito de incentivar la contratación electrónica. De un lado, su art. 23.3 proclama expresamente la equivalencia entre el soporte papel y el soporte electrónico, estableciendo que “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”⁷⁹. Por otra parte y en cuanto a la confirmación de la contratación, la LSSI exige que el profesional o empresario comunique al destinatario de los bienes o servicios la recepción de su aceptación contractual por alguno de los siguientes medios: (i) el envío de un acuse de recibo por correo electrónico u otro medio de comunicación electrónica equivalente (ej. SMS) a la dirección que el aceptante haya señalado, en el plazo de las veinticuatro horas siguientes a la recepción de la aceptación, o (ii) la confirmación, por un medio equivalente al utilizado en el procedimiento de contratación, tan pronto como el aceptante haya completado dicho procedimiento, siempre que la confirmación pueda ser archivada por su destinatario (confirmación generada automáticamente por el sistema informático, una vez concluido el proceso de contratación) (art. 28 LSSI).

jurídico, mediante la remisión de cualquier justificante de la contratación efectuada, pudiendo consistir en particular en enviar el albarán y la factura, junto con el producto solicitado.

⁷⁸ *Art. 47.2 LOCM.* La información a que se refiere el apartado anterior deberá facilitarse por escrito o, salvo oposición expresa del consumidor, en cualquier otro soporte duradero adecuado a la técnica de comunicación empleada y en la lengua utilizada en la propuesta de contratación

⁷⁹ En el mismo sentido se pronuncia el art. 6 de la Ley Modelo de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI/UNCITRAL) sobre Comercio Electrónico (A/51/17), estableciendo que “cuando la ley requiera que la información conste por escrito, ese requisito quedará satisfecho con un mensaje de datos si la información que éste contiene es accesible para su ulterior consulta”.

Por ello, el artículo 3 RD 1906/1999 ha de ser adaptado a la LSSI y en defecto de intervención del legislador (cfr. DF 5ª LSSI), cabe reinterpretar su tenor literal. **Tratándose de contratación vía electrónica** y en aras del principio pro contratación electrónica, el artículo 3 RD 1906/1999 ha resultado tácitamente derogado por los artículos 23.3 y 28 LSSI. Ya no se concede derecho de opción al adherente sobre el soporte –papel u otro duradero- en el que se ha de enviar la justificación de la contratación efectuada, ni siquiera el derecho de oposición al que se refiere el art. 47.2 LOCM⁸⁰. El **soporte** puede ser **exclusivamente electrónico**, si así lo estima oportuno el predisponente⁸¹. En concreto, cabe el envío de la justificación por correo electrónico u otro medio de comunicación electrónica equivalente a la dirección señalada por el aceptante (ej. SMS⁸²) o la confirmación 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). En cualquier caso, el **medio de confirmación empleado ha de permitir el almacenamiento o archivo de la información.**

Resueltas las dudas acerca del soporte en el que se ha de enviar la justificación de la contratación, se suscitan interrogantes respecto al contenido de tal justificación. Adviértase que la LSSI restringe notablemente el contenido de la confirmación. Ya no se habla de la “contratación efectuada y de todos los términos de la misma”, como hace el art. 3 RD 1906/1999, ni de información complementaria, que incluya el documento de desistimiento o revocación en los términos del art. 47.1 LOCM⁸³. En tanto el Gobierno adapta la normativa sobre

⁸⁰ Este derecho de oposición quedará reservado para otras fórmulas de contratación a distancia (ej. por teléfono o por catálogo) pero no para la contratación vía electrónica (cfr. arts. 23.3 y 28 LSSI). En contra de esta interpretación, v. PEÑA LOPEZ, *Sección 5ª. “Actividades de Promoción de Ventas y Modalidades de Venta”* en BUSTO LAGO, J.M (Coord.), *Reclamaciones de Consumo. Derecho de Consumo desde la Perspectiva del Consumidor*. Aranzadi, 2006, págs. 211-340, conctr. pág. 315.

⁸¹ Cfr. en el mismo sentido ERDOZÁIN LÓPEZ J.C, “Firma electrónica. Aspectos procesales: valor probatorio. Modelos de responsabilidad de los prestadores de servicios de certificación”, *Aranzadi Civil* núm. 1/2003 (BIB 2003, 237).

⁸² 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.

⁸³ *Artículo 47 LOCM. Información.*

contratación a distancia bajo condiciones generales a la LSSI, resulta difícil compatibilizar los preceptos aludidos. Cabe cuestionarse si basta el envío de la confirmación de la recepción de la aceptación de las condiciones que previamente se han puesto a disposición de los destinatarios (ej. correo electrónico confirmatorio) o por el contrario, es preciso el nuevo envío de los términos en los que se ha contratado, así como de la información complementaria exigida por el art. 47.1 LOCM (ej. correo electrónico con archivos adjuntos en el que se contienen las condiciones generales y particulares de la contratación y el documento de desistimiento).

Atendiendo a una interpretación literal, cabría afirmar que, dada la prevalencia de la normativa reguladora de la contratación electrónica sobre la normativa de contratación a distancia (art. 38.6 LOCM), no es preciso el envío ni de información, ni del documento de desistimiento del destinatario en los términos exigidos por la LOCM. Sin embargo, varias razones impiden aceptar esta interpretación: en primer lugar, la preferencia de la normativa sobre contratación a distancia se establece en aras de impulsar la utilización real de los contratos electrónicos (DF 5ª LSSI y art. 9.1 Directiva 2000/31), pero no con la intención de privar a los contratantes de derechos sustantivos regulados por la normativa general, ni menos aún de rebajar el nivel de protección conquistado en otros sectores del Ordenamiento (cfr. art. 1.2 LSSI y cdo. 55 Directiva 2000/31⁸⁴); por otra parte, el derecho de desistimiento no sólo se contempla en la normativa sobre contratación a distancia, con carácter irrenunciable cuando el destinatario es un consumidor (arts. 44 y 48 LOCM),

1. Además de la información señalada en el [artículo 40](#), el consumidor deberá haber recibido, a la ejecución del contrato, las siguientes informaciones y documentos:

- a) Información escrita sobre las condiciones y modalidades de ejercicio de los derechos de desistimiento y resolución, así como un documento de desistimiento o revocación, identificado claramente como tal, que exprese el nombre y dirección de la persona a quien debe enviarse y los datos de identificación del contrato y de los contratantes a que se refiere.
- b) La dirección del establecimiento del vendedor donde el comprador pueda presentar sus reclamaciones.
- c) Información relativa a los servicios postventa y a las garantías comerciales existentes.
- d) En caso de celebración de un contrato de duración indeterminada o de duración superior a un año, las condiciones de rescisión del contrato.

⁸⁴ *Considerando 55 Directiva 2000/31*. La presente Directiva no afecta a la legislación aplicable a las obligaciones contractuales relativas a los contratos celebrados por los consumidores; por lo tanto, la presente Directiva no podrá tener como efecto el privar al consumidor de la protección que le confieren las normas obligatorias relativas a las obligaciones contractuales que impone la legislación del Estado miembro en que tiene su residencia habitual».

también en la regulación de la contratación telefónica o electrónica bajo condiciones generales de la contratación (derecho de resolución ex art. 4 RD 1906/1999) y en este caso, no rige la regla de preferencia del art. 38.6 LOCM. Habrá que buscar otra interpretación capaz de atender simultáneamente y de forma equilibrada los principios pro contratación electrónica, inspirador de esta normativa, el principio pro adherente inspirador de la regulación sobre condiciones generales de la contratación y el principio *pro consumatore*, inspirador de la normativa sobre contratación a distancia.

Una interpretación de las características anunciadas en el párrafo anterior nos lleva a las siguientes afirmaciones:

- i) Se ha de enviar confirmación en soporte duradero de la recepción de la aceptación y de las condiciones (generales y particulares) bajo las que se ha contratado (ej. correo electrónico con archivos adjuntos; documento electrónico generado automáticamente por el sistema una vez que se ha completado el proceso y en el que constan tales condiciones)⁸⁵;
- ii) Este deber no queda satisfecho con la mera remisión a las condiciones generales disponibles en la web, pues es un sector como en de las comunicaciones electrónicas, caracterizado por la variedad de ofertas, planes de precio y horarios, esta genérica remisión puede crear confusión entre los adherentes;
- iii) Tampoco cabe sustituir el deber de envío de las condiciones contractuales por la indicación de un enlace concreto en el que constan tales condiciones, pues no hay medios técnicos para comprobar que la información disponible en tal enlace no pueda ser modificada o alterada por el predisponente;
- iv) Además de la información exigida por la normativa de telecomunicaciones (arts. 105, 106 y 109 RSU), que viene a constituir las condiciones generales y particulares del contrato, se ha de informar sobre el derecho de desistimiento o resolución en el plazo de siete días

⁸⁵ Algunos operadores, como Ya.com adjuntan las condiciones generales y particulares del contrato al denominado "e-mail de bienvenida", equivalente a la confirmación de la recepción de la solicitud de alta en el servicio.

hábiles siguientes a la recepción de la confirmación del contrato (arts. 44 LOCM y 4 RD 1906/1999) e incluir en archivo adjunto el documento para el ejercicio de este derecho que asiste al adherente por haber contratado a distancia⁸⁶;

- v) 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).
- vi) 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 CGC⁸⁷, 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)⁸⁸.

C.2. Contratación telefónica.

Conforme a la regulación general, si la contratación es 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

⁸⁶ El envío de este documento es sólo un instrumento para facilitar al destinatario el ejercicio de su derecho, pero no es imprescindible en cuanto el ejercicio de tal derecho no está sujeto a especiales requisitos de forma (arts. 44.2 LOCM y 4.1. II RD 1906/1999).

⁸⁷ 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.

⁸⁸ V. GONZALEZ PACANOWSKA, I., “Artículo 5” , *op.cit.*, pág. 178.

predisponente advierta al adherente de la existencia de c.g.c. y de la posibilidad de conocimiento real antes de la celebración del contrato⁸⁹. Si, facilitada dicha información, el adherente no hace uso de su derecho a conocer previamente las c.g.c., se entenderá que renuncia al mismo⁹⁰. En caso de que el adherente ejerza su derecho a conocer previamente las c.g.c, 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 comerciales⁹¹. En este caso y 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.

No obstante y al igual que para la contratación vía electrónica, la Orden ITC/1030/2007 ha introducido ciertas modificaciones en este ámbito en la medida que, “sin perjuicio de lo que se establezca en cualquier otra normativa sobre protección de los consumidores y usuarios” (art. 11.4), obliga al operador a 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). La norma lo que hace es seleccionar dentro de las condiciones generales aquéllas que pueden resultar más relevantes para el cliente y obliga a informar sobre

⁸⁹ V. GONZALEZ PACANOWSKA, I., “Artículo 5” *op.cit*, pág. 176 y 177.

⁹⁰ V. 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, pág. 124, 127 y ss.

⁹¹ 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 probable que carezca de la posibilidad de acceder a la Web en tanto no perfeccione el contrato proyectado y que sólo incurriendo en gastos o molestias adicionales pueda conocer la información sobre la contratación proyectada (ej. acceso a Internet desde cibercafé o desde una biblioteca pública).

ellas, sin perjuicio de la imprescindible referencia, en los términos expuestos, al conjunto de condiciones generales aplicables.

Como ya se ha indicado, 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: página 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)⁹².

En cuanto a la **confirmación** documental de la contratación 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).

Las consecuencias del incumplimiento de estos deberes y las dudas respecto a la incorporación “ex post” de las CGC coinciden con las expuestas en el apartado precedente referente a la contratación vía electrónica.

D) Prueba de los contratos celebrados por vía electrónica o telefónica.

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

⁹² 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.

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).

Sin perjuicio de cualquier otro medio de prueba de los admitidos en Derecho, cualquier documento que contenga la información requerida aun cuando no se haya extendido en soporte papel, como las cintas de grabaciones sonoras⁹³, los disquetes y, en particular, los documentos electrónicos y telemáticos, siempre que quede garantizada su autenticidad, la identificación fiable de los manifestantes, su integridad, la no alteración del contenido de lo manifestado, así como el momento de su emisión y recepción será aceptado como medio de prueba en los términos resultantes de la legislación aplicable (art. 5.2.I RD 1906/1999). La [Ley 1/2000, de 7 de enero](#), de Enjuiciamiento Civil admite, entre los medios de prueba, los medios de reproducción de la palabra, el sonido y la imagen, así como los instrumentos que permiten archivar y conocer o reproducir palabras, datos, cifras y operaciones matemáticas llevadas a cabo con fines contables o de otra clase, relevantes para el proceso ([arts. 299.2 y 384 LEC](#)).

En relación a la contratación telefónica, la jurisprudencia menor tiene declarado que si el operador asume el riesgo de la contratación vía telefónica, le corresponde también probar la existencia del contrato y en su caso, a él debe perjudicar tal sistema contractual (ej. eventual suplantación de la personalidad del adherente, falta de reenvío por el destinatario del documento confirmatorio firmado) [v. SSAP Navarra 12 noviembre 2003 (JUR 2003,20670) y AP Vizcaya 15 diciembre 2002⁹⁴].

⁹³ Ha de ponerse de manifiesto que la aportación de grabaciones sonoras que acrediten la contratación efectuada es sólo un medio de prueba, pero en ningún caso puede servir para suplantar los deberes de información precontractual y confirmación contractual que se imponen a los operadores en los términos expuestos en los apartados precedentes. En otros términos, no es admisible la práctica habitual en el sector de las telecomunicaciones según la cual el operador no envía justificante en soporte duradero de la contratación efectuada telefónicamente porque “la conversación se está grabando”.

⁹⁴ Ambas sentencias consideran que el operador no ha probado ni la existencia del contrato ni que ha sido el demandado quien ha facilitado los datos personales y bancarios. La mera alegación del operador de que enviado el texto del contrato por escrito, la parte demandada no lo cumplimentó no resulta suficiente a efectos probatorios y es deber del operador haber insistido para que el contrato fuera suscrito. Por otra parte, se considera que

La prueba de la celebración de contratos por vía electrónica y de las obligaciones que nacen de los mismos se sujetará a las reglas generales del ordenamiento jurídico y, en su caso, a lo establecido en la legislación sobre firma electrónica (art. 24.1 LSSI). El art. 5.3 LCGC exige la regulación reglamentaria de la forma en la que quede constancia de la aceptación de las CGC cuando el contrato se celebre por vía electrónica o telefónica, “sin necesidad de firma convencional”. Con la finalidad de no obstaculizar la celebración de contratos por vía electrónica, se tiende a su equiparación jurídica con los contratos formalizados en cualquier otro soporte documental. A efectos de garantizar la autenticidad de los documentos electrónicos y telemáticos, la identificación fiable de los manifestantes, su integridad, la no alteración del contenido de lo manifestado, así como el momento de su emisión y recepción se “deberá utilizar una firma electrónica avanzada que atribuya a los datos consignados en forma electrónica el mismo valor jurídico que la firma manuscrita” (art. 5.2.II RD 1906/1999)⁹⁵. De conformidad con la legislación vigente sobre firma electrónica, la firma electrónica avanzada permite identificar al firmante y detectar cualquier cambio ulterior de los datos firmados, que está vinculada al firmante de manera única y a los datos a que se refiere y que ha sido creada por medios que el firmante puede mantener bajo su exclusivo control (art. 3.2 Ley 59/2003, de Firma Electrónica).

Con todo y a pesar del deber de utilización de firma electrónica avanzada impuesto por el art. 5.2.II RD 1906/1999, la firma electrónica avanzada preconstituye un medio cualificado de prueba, pero ni es un requisito de existencia y validez del contrato, ni el único medio probatorio del contrato

una mera ficha informática aportada por el operador no es medio de prueba idóneo a los efectos del art. 5.2 RD 1906/1999, como tampoco lo es el hecho de que la demandante disponga del número de la cuenta corriente de la demandada, pues no sólo no está demostrado que fue la demandada quien efectivamente contrató con la demandante y facilitó el número, sino que además se da la circunstancia de que durante más de diecisiete meses desde la supuesta fecha de perfección del contrato, no se efectuaron cargos a la citada cuenta.

⁹⁵ Según el art. 3.4 Ley 59/2003, es la firma electrónica reconocida (firma electrónica avanzada basada en un certificado reconocido y generada mediante un dispositivo seguro de creación de firma) la que goza respecto de los datos consignados en forma electrónica el mismo valor que la firma manuscrita en relación con los consignados en papel.

electrónico (cfr. arts. 1.2 Ley 59/2003⁹⁶, 23 y 24 LSSI, 5.2 RD 1906/1999 y 299.2 y 384 LEC)⁹⁷. Los datos en soporte electrónico carentes del certificado de firma electrónica avanzada serán admitidos como prueba en los términos de la LEC (art. 299.2 y 384⁹⁸). No se trata de una cuestión de cuándo se entiende formado o perfeccionado el contrato, sino sencillamente de una materia de prueba o justificación de una contratación ya efectuada (cfr. art. 5.3 LCGC). El deber de utilización de “firma electrónica avanzada” no ha de entenderse en el sentido de forma *ad solemnitatem*, sino como forma *ad probationem* (art. 24 LSSI y 5.2.II RD 1906/1999). El contrato celebrado por vía electrónica es válido y producirá efectos aunque carezca de firma electrónica avanzada (v. art. 23 LSSI). El uso de la firma electrónica avanzada -o *a fortiori*, reconocida-, es un medio cualificado de prueba, que acredita la autenticidad del documento electrónico, la identificación de los manifestantes, su integridad, la no alteración del contenido de lo manifestado, así como la fecha y hora de su remisión y recepción (art. 5.2.II RD 1906/1999). La ausencia de esta firma electrónica dificulta la prueba de la existencia del contrato y de la aceptación de las CGC, pero no conlleva la nulidad del contrato⁹⁹. Así lo tiene declarado la

⁹⁶ Art. 1.2 Ley 59/2003. “Las disposiciones contenidas en esta Ley no alteran las normas relativas a la celebración, formalización, validez y eficacia de los contratos y cualesquiera otros actos jurídicos ni las relativas a los documentos en que unos y otros consten”.

⁹⁷ La regulación comunitaria y nacional sobre los efectos jurídicos de la firma electrónica no pretende modificar las disposiciones en materia de perfección, celebración, validez y lugar de celebración de los contratos (cfr. arts. 1.2 del Real Decreto-ley 14/1999, 1.2 Ley 59/2003 y 1.II y Considerando 17 de la Directiva 1999/93). Ambas disposiciones pretenden establecer un marco jurídico común relativo a los efectos de la firma electrónica en cuanto a su admisibilidad procesal como prueba [cfr. Considerando 4 de la Directiva y Punto 1.2 del Dictamen del Comité Económico y Social de 2 de diciembre de 1998 sobre la Propuesta de Directiva (DOCE C 40, de 15 de febrero de 1999, pg. 29).

⁹⁸ Art. 384 LEC. *De los instrumentos que permitan archivar, conocer o reproducir datos relevantes para el proceso.*

1. Los instrumentos que permitan archivar, conocer o reproducir palabras, datos, cifras y operaciones matemáticas llevadas a cabo con fines contables o de otra clase, que, por ser relevantes para el proceso, hayan sido admitidos como prueba, serán examinados por el tribunal por los medios que la parte proponente aporte o que el tribunal disponga utilizar y de modo que las demás partes del proceso puedan, con idéntico conocimiento que el tribunal, alegar y proponer lo que a su derecho convenga.

2. Será de aplicación a los instrumentos previstos en el apartado anterior lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 382. La documentación en autos se hará del modo más apropiado a la naturaleza del instrumento, bajo la fe del Secretario Judicial, que, en su caso, adoptará también las medidas de custodia que resulten necesarias.

3. El tribunal valorará los instrumentos a que se refiere el apartado primero de este artículo conforme a las reglas de sana crítica aplicables a aquéllos según su naturaleza

⁹⁹ El art. 3.9 Ley 59/2003 puede servir de apoyo a la argumentación aquí defendida. Proclama tal precepto que “[n]o se negarán efectos jurídicos a una firma electrónica que no

jurisprudencia menor [cfr. Sts. AP Zaragoza 14-1-2005 (JUR 2005,38035)¹⁰⁰ y Madrid 17-6-2003 (JUR 2003,247772)¹⁰¹].

La implantación del Documento Nacional de Identidad Electrónico permitirá el uso generalizado de la firma electrónica reconocida, pero en tanto llega este momento, la exigencia de firma electrónica como único medio de prueba para acreditar la aceptación del contenido contractual puede constituir una rémora a la contratación electrónica. Por lo que entendemos que el art. 5.2.II RD 1906/1999, que impone el deber de utilización de firma electrónica no lo hace en un sentido excluyente de otros medios de prueba (cfr. art. 299.2 y 3 LEC¹⁰²). En todo caso, los jueces, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil habrán de valorar los distintos medios de prueba según las reglas de la sana crítica (cfr. arts. 316.2, 326.2, 334.1, 348, 382.3, 384.3, principalmente)¹⁰³.

Mutatis mutandi, cabe invocar el argumento esgrimido por la jurisprudencia en materia de contratación telefónica, según el cual el operador que acepta celebrar contratos vía electrónica sin firma electrónica reconocida, esto es, sin asegurarse de la identidad de los contratantes ni establecer mecanismos que garanticen la integridad e impidan la alteración del contenido contractual sobre el que se emite la aceptación, ha de asumir los riesgos derivados de esta

reúna los requisitos de firma electrónica reconocida en relación a los datos a los que esté asociada por el mero hecho de presentarse en forma electrónica". Correlativamente, tampoco es razonable ni ajustado a la Ley la negación de efectos jurídicos a los datos contenidos en soporte electrónico carente de firma electrónica (cfr. arts. 24, 25 LSSI y 5.2 RD 1906/1999).

¹⁰⁰ La citada sentencia admite el valor probatorio de un correo electrónico, a pesar de no estar avalado por la certificación de firma electrónica.

¹⁰¹ La AP de Madrid considera probada la existencia de una consulta profesional formulada mediante correo electrónico a un abogado, a pesar de que los documentos presentados como prueba carecían de firma manuscrita o electrónica. Se condena al demandado al pago de los correspondientes honorarios profesionales.

¹⁰² Art. 299. LEC

[...]

2. También se admitirán, conforme a lo dispuesto en esta Ley, los medios de reproducción de la palabra, el sonido y la imagen, así como los instrumentos que permiten archivar y conocer o reproducir palabras, datos, cifras y operaciones matemáticas llevadas a cabo con fines contables o de otra clase, relevantes para el proceso.

3. Cuando por cualquier otro medio no expresamente previsto en los apartados anteriores de este artículo pudiera obtenerse certeza sobre hechos relevantes, el tribunal, a instancia de parte, lo admitirá como prueba, adoptando las medidas que en cada caso resulten necesarias.

¹⁰³ Sobre el valor probatorio de los datos consignados en soporte electrónico v. SSTS 3-11-1997, cont-admtivo (RJ 1997,8252) y 30-11-1992 (RJ 1992,9458).

técnica de contratación (ej. suplantación de personalidad o manipulación de los datos sobre los que se emite el consentimiento) [cfr. las citadas sentencias AP Navarra 12 noviembre 2003 (JUR 2003,20670) y AP Vizcaya 15 diciembre 2002].

Estas normas generales sobre la carga de la prueba y los medios probatorios se recogen en la normativa sectorial con ciertas matizaciones. 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 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 independientes¹⁰⁴. Para otro tipo de soportes se resolverá en cada caso concreto.

5.2.3. Conclusión sobre la perfección a distancia de contratos de acceso a red o prestación de servicios de comunicaciones electrónicas.

La contratación de la conexión a red o servicios de comunicaciones electrónicas celebrada por vía telefónica o electrónica produce efectos entre las partes. Correlativamente, el usuario no puede negarse al cumplimiento de las prestaciones derivadas del contrato (ej. al pago de los servicios) esgrimiendo la inexistencia de contrato, fundando su pretensión en la mera manifestación verbal del consentimiento contractual o del envío de un correo electrónico carente de firma electrónica avanzada.

¹⁰⁴ 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.

Sin embargo, si el operador no cumple los deberes de información previa a la contratación y confirmación del contrato en los términos expuestos y con las diferencias indicadas en función de que la contratación sea telefónica o electrónica, las condiciones generales de la contratación no quedarán incorporadas al contrato y por tanto, no serán aplicables a la relación contractual (ej. cláusulas de permanencia y penalización).

Estas conclusiones han de conducir a los operadores a abandonar la frecuente práctica según la cual invocando razones de “política de empresa” se niegan a enviar información previa a la contratación o justificante de la misma, remitiéndose a la genérica y en ocasiones confusa información publicada en su web o a la grabación de la conversación telefónica¹⁰⁵.

5.3. Contenido contractual y cláusulas abusivas¹⁰⁶.

5.3.1. Contenido mínimo.

Las disposiciones de la legislación sectorial sobre el contenido mínimo de los contratos (arts. 38.2 LGTel; 105-111RSU y 18º Orden PRE 361/2002, mod. por Orden PRE 2410/2004) concretan las exigencias impuestas con carácter general en el art. 13 LGDCU, en redacción dada por la Ley 44/2006, de 23 de

¹⁰⁵ Algunos clausulados de condiciones generales de la contratación atribuyen al operador la facultad de desistir del contrato en caso de que el cliente no haya remitido el ejemplar correspondiente del contrato debidamente cumplimentado, en un determinado plazo desde que lo recibió (ej. Amena, Auna y Wanadoo, actualmente integradas en Orange). Sin embargo, raramente se hace uso de tal facultad y más raramente aún se envía el ejemplar para que el usuario lo cumplimente.

¹⁰⁶ A fin evitar una extensión excesiva del estudio y de ofrecer una perspectiva más práctica, no se realizará una exposición exhaustiva del contenido de los contratos de acceso a red y prestación de servicios de telecomunicaciones regulados por la normativa sectorial. Se ha optado por describir de forma sucinta de su contenido mínimo, prestando especial atención a aquellos contenidos más significativos o problemáticos y en particular, a las cláusulas abusivas más frecuentes. Para un análisis más detallado del contenido y características de estos contratos vid. CARRASCO PERERA, MENDOZA LOSANA, IGARTURA, “Los derechos de los usuarios de las telecomunicaciones” en ARPÓN DE MENDÍVIL Y CARRASCO PERERA, *Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones*. Aranzadi, 1999, págs. 603-692, concr. págs. 658-662 (aunque el trabajo está realizado bajo la vigencia de la LGTel 1998, sigue siendo válido) y MENDOZA LOSANA, A.I, “El Nuevo Reglamento...”, *op.cit.*, págs. 284-296.

diciembre, de Mejora de la Protección de los Derechos de los Consumidores y Usuarios¹⁰⁷.

El RD 424/2005 distingue entre contratos celebrados entre consumidores que sean personas físicas y otros usuarios finales y los operadores que faciliten la conexión o el acceso a la red telefónica pública (art. 105) y otros contratos celebrados con operadores que no sean los que facilitan conexión a la red telefónica pública (ej. proveedores de acceso a Internet) (art. 106). Ambos han de tener idéntico contenido mínimo (cfr. arts. 105.2 y 106.2).

En síntesis, el *contenido mínimo* de los contratos ha de ser el siguiente:

- i) Datos del operador [cfr. art. 105.2, a), b), k)];
- ii) Condiciones de prestación de los servicios. Entre ellas, el plazo de conexión inicial, precios, depósitos de garantía exigibles, niveles de calidad, plazos mínimos de vigencia del contrato, servicios de mantenimiento, reconocimiento del derecho a la elección de la forma de pago, información sobre el tratamiento de los datos, entre otras [cfr. art. 105.2, c), d) e), f), g), h), j), l)];
- iii) Procedimientos de resolución de conflictos [(art. 105.2.i)];
- iv) Causas y formas de extinción y renovación del contrato de abono y en particular, el derecho del abonado a causar baja [art. 105.2,j)]

Algunos de estos contenidos ya se han analizado en los apartados anteriores (ej. niveles de calidad), otros se analizarán en epígrafes sucesivos (ej. causas y formas de extinción del contrato, procedimientos de resolución de conflictos).

El MITC que aprueba los contratos-tipo, puede también exigir la modificación de cláusulas para eliminar comportamientos abusivos [art. 38.2, i) y 38.7 LGTel]. Sin embargo, la aprobación administrativa no garantiza la ausencia de

¹⁰⁷ BOE núm. 312, de 30-12-2006. Se ha de constatar que la nueva Ley poco o nada añade a la detallada regulación sectorial del contenido de los contratos.

cláusulas abusivas. En los apartados siguientes se exponen algunas de las más frecuentes.

5.3.2. Prácticas de facturación. En particular, las cláusulas de “redondeo”.

El regulador ha pretendido introducir transparencia en el mercado y proteger los intereses de los usuarios considerando que la tarificación por segundos es siempre más favorable para el usuario. Por ello, desde los primeros momentos de la liberalización se aprobaron normas tendentes a generalizar la facturación por segundos en las llamadas entre teléfonos fijos¹⁰⁸. No obstante, tales normas fueron interpretadas restrictivamente por la CMT, considerando que sólo son aplicables en relación a los servicios regulados y siempre que el operador prestador de los mismos fuese *Telefónica*¹⁰⁹.

Más problemáticos han sido los servicios de telefonía móvil y las llamadas de fijo a móvil. Hasta finales de 2005 y salvo ciertas excepciones [ej. *Amena* (actual *Orange*) y algunos planes especiales ofrecidos por *Movistar* y *Vodafone*], la estructura de las tarifas básicas se ha basado en distintas fórmulas de redondeo. En las llamadas entre móviles, se ha cobrado por el establecimiento de llamada y el primer minuto completo, independientemente de la duración de la llamada y el resto del tiempo consumido se ha facturado en bloques de treinta segundos. En las llamadas de fijo a móvil, se facturaba el

¹⁰⁸ Orden de 31-7-1998, sobre reequilibrio tarifario de servicios regulados prestados por Telefónica S.A ; Orden 10-5-2001; Orden PRE/4079/2005, de 27 de diciembre, por la que se dispone la publicación del Acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, de 22 de diciembre de 2005, por el que se aprueba el marco de regulación de los precios de determinados servicios prestados por Telefónica de España, S.A.U, para el año 2006; Orden PRE/531/2007, de 5 marzo, por la que se publica el Acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, de 25 de enero de 2007, por el que se aprueban las condiciones para garantizar la asequibilidad de las ofertas aplicables a los servicios incluidos en el servicio universal.

¹⁰⁹ Cfr. Resolución CMT de 29-6-2000, relativa a la solicitud de intervención presentada por *Intertrace, S.A.* contra *Telefónica de España, S.A.U.*, *Telefónica Telecomunicaciones Públicas, S.A.* y *la Asociación de Operadores de Telefonía de uso público* por un supuesto incumplimiento de la normativa vigente sobre tarificación por segundos aplicable a los teléfonos de uso público que no estén situados en dominio público de uso público (FJ. 4º). Las resoluciones de la CMT pueden consultarse en <http://www.cmt.es>.

establecimiento de llamada y el primer minuto completo, el resto se cobraba según consumo medido por segundos.

Sin perjuicio de proclamaciones generales de la LGTel sobre los principios de proporcionalidad y transparencia en relación a la imposición de obligaciones de acceso e interconexión [cfr. arts. 11.5, 13,a) LGTel], a los precios del servicio universal [art. 22.1,e) LGTel] y a la necesidad de establecer mecanismos de control del gasto telefónico [arts. 22.1.f) LGTel y 35.2 RD 424/2005], la regulación sectorial no se pronuncia específicamente sobre los precios (cfr. arts. 33 y 22 RD 1.486/1994, de 1 de julio, por el que se aprueba el Reglamento Técnico y de Prestación del Servicio de Telefonía Móvil Automática) y tampoco ha intervenido el regulador sectorial a pesar de existir fundamento legal para ello (cfr. art. 38.7 y DT 3ª LGTel).

Desde diversas instancias se reclamó la desaparición de las estructuras tarifarias descritas, que contienen fórmulas de redondeo siempre al alza en perjuicio de los usuarios. La sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 4 de Madrid, de 21 de noviembre de 2005 (AC 2005,1791), estimó la acción de cesación interpuesta por la OCU y ha declarado abusiva esta fórmula de facturación aplicada por las tres operadoras de servicios de telefonía móvil (*Amena, Telefónica Móviles y Vodafone*)¹¹⁰. No obstante y ya tras la entrada en vigor de la Ley 44/2006, que prohíbe la facturación de servicios por fracciones de tiempo no consumidas, la citada sentencia ha sido revocada por SAP de Madrid de 22 de marzo de 2007, que admite los argumentos de los operadores recurrentes y declara que la estructura tarifaria por tramos responde a criterios de racionalidad económica, no impide a los usuarios la comparación de precios y no ha de quedar sometida a control judicial en cuanto forma parte de la libertad de empresa.

La Ley 44/2006, de Mejora de la Protección de los Consumidores y Usuarios, haciéndose eco del clamor social contra los redondeos, ha puesto fin a las

¹¹⁰ Sobre las cláusulas de redondeo vid. mi trabajo "Redondeos: usos y abusos. Estudio jurisprudencial sobre cláusulas de facturación por fracciones completas" en el *Libro Homenaje al Profesor Iván Trujillo*, pendiente de publicación.

prácticas de facturación por fracciones o tramos, incluyendo entre la lista de cláusulas abusivas de la DA 1ª LGDCU, aquéllas que impongan la facturación redondeando al alza el tiempo o el precio¹¹¹. No obstante, lejos de quedar resuelta, la polémica social se ha visto reavivada por la reacción de los operadores que de forma casi unánime han incrementado tanto el precio del segundo de conversación como el del establecimiento de llamada¹¹², dando lugar a un aluvión de denuncias y actos de protesta de las asociaciones de consumidores¹¹³.

5.3.3. Otras cláusulas abusivas.

La práctica contractual revela que junto a los obstáculos al derecho a causar baja, las cláusulas de vinculación mínima excesivas y las penalizaciones desproporcionadas a las que se dedica un apartado específico, otras cláusulas abusivas frecuentes son las limitaciones de responsabilidad por la interrupción o falta de disponibilidad del servicio, la reserva al prestador del servicio de la facultad de modificar unilateralmente el precio o el servicio sin reconocer al abonado el derecho a la resolución gratuita del contrato; reserva al operador de

¹¹¹ DA 1ª LGDCU, redacción dada por art. 1.14 Ley 44/2006. Tendrán el carácter de abusivas al menos las cláusulas o estipulaciones siguientes:

7 bis. Las estipulaciones que prevean el redondeo al alza en el tiempo consumido o en el precio de los productos o servicios o cualquier otra estipulación que prevea el cobro por productos o servicios no efectivamente usados o consumidos de manera efectiva.

En aquellos sectores en los que el inicio del servicio conlleve indisolublemente unido un coste para las empresas o los profesionales no repercutido en el precio, no se considerará abusiva la facturación por separado de tales costes, cuando se adecuen al servicio efectivamente prestado».

¹¹² La CMT se ha pronunciado sobre el efecto de la nueva Ley en las tarifas aplicadas por los operadores de telefonía móvil, llegando a la conclusión de que sólo *Vodafone* ha reducido sus ingresos en un 1%, mientras que *Movistar* y *Orange* los han incrementado en un 1,8% y un 2,6%, respectivamente (Resolución CMT de 29-3-2007, por la que se da contestación a las consultas formuladas por la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información y el Instituto Nacional de Consumo en relación con las modificaciones tarifarias acaecidas a raíz de la entrada en vigor de la Ley 44/2006 (<http://www.cmt.es>)).

¹¹³ Se ha denunciado ante el Servicio de Defensa de la Competencia un presunto acuerdo sobre el incremento de los precios; se han promovido actos de protesta como el del 1 de marzo de 2007, llamando a los usuarios a un “día sin móviles” y se están interponiendo reclamaciones ante la SETSI y la Administración de consumo de las CCAA por la falta de comunicación de la subida a los usuarios exigida por el art. 109 RSU, así como las reiteradas negativas de los operadores a aceptar la baja de los usuarios sin penalización ante la modificación de los precios.

la facultad de resolver anticipadamente y sin justa causa un contrato de duración definida¹¹⁴, entre otras¹¹⁵.

Se ha cuestionado el carácter abusivo de las cláusulas que limitan temporalmente la validez de las tarjetas prepago de servicios de telefonía móvil, si no se prorroga mediante recarga, con pérdida del crédito pendiente y del número. En general, pueden calificarse como una pena convencional por desistimiento unilateral tácito del contrato. La cláusula no será abusiva si el plazo de validez es razonable (9-12 meses); las recargas mínimas no son desproporcionadas y se avisa con suficiente antelación del vencimiento¹¹⁶.

5.4. Extinción del contrato.

El contrato de abono ha de estipular las causas y formas de extinción y renovación [art. 105.2,j) RSU]. Constituida una relación contractual cuyo objeto es la conexión a red o la prestación de servicios de telecomunicaciones, el abonado puede poner fin a la relación contractual por varias razones: su decisión unilateral o derecho del usuario a causar baja voluntaria en cualquier momento, el incumplimiento del operador y la modificación por éste de las condiciones contractuales.

5.4.1. Derecho a causar baja, vinculación mínima y cláusulas penales.

El derecho del usuario a causar baja se regula en la legislación sectorial, que reconoce expresamente el derecho del usuario a darse de baja unilateralmente y en cualquier momento, tanto en contratos de duración indefinida como en

¹¹⁴ V. ALVAREZ OLALLA, P., "Disposición Adicional.1ª.Seis: Disp. Dic. 1ª.I.2ª LGDCU" en RODRIGO BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Coord), *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*. Aranzadi, 1999, págs. 849-888. La autora defiende la nulidad de la cláusula que concede al predisponente la facultad de resolución unilateral del contrato de duración determinada, independientemente de las facultades resolutorias atribuidas al consumidor (págs. 877 y 878).

¹¹⁵ En el Capítulo II, Manual de Casos Prácticos se exponen más ejemplos.

¹¹⁶ SÁNCHEZ ARISTI, R., *Estudio sobre la validez o abusividad de las cláusulas de limitación temporal de validez de las tarjetas prepago de telefonía móvil*, Noviembre 2002 (www.uclm.es/cesco/).

contratos de duración mínima¹¹⁷; exige, entre los contenidos del contrato, la referencia al procedimiento para darse de baja, procedimiento que ha de ser sencillo y fiable (comunicación al servicio de atención al cliente¹¹⁸); impone al operador el deber de remitir un justificante escrito (soporte duradero) de la solicitud de baja y abstenerse de emitir facturas trascurridos 15 días desde la recepción de la solicitud de baja [arts. 38.2, h) LGTel, art. 104.1, 105.2,j) y 105.4 RSU]¹¹⁹, atribuyendo al usuario el derecho a no pagar cantidades devengadas por razones no imputables a él, con posterioridad al plazo de quince días desde la comunicación de la solicitud de baja. Al usuario le bastará presentar el justificante de solicitud de baja para hacer valer este derecho (art. 105.4.I RSU).

Sin embargo, tal regulación ha tenido escasa eficacia como revela el gran número de reclamaciones relacionadas con el derecho a darse de baja en el servicio: procedimientos complejos y excesivamente onerosos; cláusulas de permanencia de duración excesiva o penalizaciones desproporcionadas (ej. en contratos de acceso a Internet, pago de una anualidad íntegra en caso de producirse la baja durante el primer año); solicitudes de baja no atendidas e incluso ingreso en registros de morosos por deudas correspondientes a servicios facturados tras la solicitud de baja, por citar algunas.

La Ley de Mejora de la Protección de los Consumidores y Usuarios ha pretendido poner coto a esta situación, eliminando los obstáculos “onerosos o desproporcionados”, “contractuales y no contractuales” al ejercicio de derechos contractuales y en particular, al derecho a causar baja en los contratos de prestación de servicios o suministro de bienes de tracto sucesivo o

¹¹⁷ Cfr. MENDOZA LOSANA, “El nuevo Reglamento...”, *op.cit.*, págs. 290 y 291.

¹¹⁸ Se recomienda solicitar la baja por un medio que permita tener constancia de la recepción (ej. correo certificado con acuse de recibo, burofax...).

¹¹⁹ Por el carácter imperativo de esta regulación y sin más reflexiones sobre su carácter abusivo, deben considerarse nulas algunas condiciones encontradas en clausulados de condiciones generales tales como la que establece que “el contrato tendrá una duración inicial obligatoria de DOCE (12) meses (en adelante, el “Período inicial”), a partir de la fecha de activación del servicio, renovándose automáticamente a su vencimiento por periodos anuales, salvo notificación en contra por parte del CLIENTE con al menos *SESENTA (60) días de antelación* a la fecha de renovación. Una vez finalizado el período inicial, el CLIENTE podrá, en cualquier momento, solicitar la baja voluntaria en el Servicio de Acceso mediante notificación por escrito dirigida AL OPERADOR con una antelación de al menos *SESENTA (60) días a la fecha efectiva de baja*”.

continuado (v. EM VI y arts. 12.2, 3,4 LGDCU en redacción dada por art. 1.6 LMPCU). En esta línea, la LMPCU exige la determinación contractual del procedimiento para causar baja (arts. 12.4, 13.1,g), que deberá coincidir con el procedimiento para contratar, sin sanciones o cargas onerosas o desproporcionadas (art. 12.2 y 12.3.LGDCU). La falta de previsión contractual del procedimiento para darse de baja, la imposición de formalidades distintas a las exigidas para contratar, las cláusulas de permanencia que impongan una “duración excesiva”, o dificulten o impida el ejercicio del derecho de baja mediante obstáculos o cargas “onerosas o desproporcionadas” constituyen cláusulas abusivas (DA 1ª.17 bis) y se tipifican expresamente como infracciones de consumo (art. 34. 10 LGDCU mod. por art. 1.10 LMPCU).

Con todo, cabe vaticinar que la nueva Ley no resolverá la cuestión. En relación al procedimiento para darse de baja, se mantiene la recomendación de que la solicitud se formule por un procedimiento que permita acreditar fehacientemente su recepción por el operador. De lo contrario (ej. comunicación telefónica o por correo ordinario) y de persistir los operadores en su práctica de no enviar justificante de la solicitud, el usuario carecerá de un medio que le permite acreditar la baja a efectos de negarse a pagar o recibir el reembolso de los servicios facturados en los quince días posteriores a la solicitud de baja (art. 105.4 RSU).

Por otra parte y salvo en lo referente a la simplificación del procedimiento para darse de baja, –cuya eficacia en relación al sector de las telecomunicaciones es, como se ha visto, bastante limitada-, su redacción es lo suficientemente ambigua como para no hablar de cláusulas negras sino de cláusulas grises. Las cláusulas de vinculación mínima no son abusivas *per se*, sólo lo son cuando impongan una duración “excesiva”; del mismo modo que las cláusulas penales sólo son abusivas si imponen obstáculos o cargas “onerosas o desproporcionadas”, tales como la pérdida de las cantidades abonadas por adelantado, el abono de cantidades por servicios no prestados efectivamente, la atribución al profesional de la facultad de ejecución unilateral de las cláusulas penales que se hubieran fijado contractualmente o la fijación de indemnizaciones que no se correspondan con los daños efectivamente

causados (DA 1ª.17 bis). Resulta, pues, imprescindible la valoración casuística de estas cláusulas y la ponderación de los intereses en juego para llegar a un pronunciamiento sobre su eventual carácter abusivo. A la luz de los hechos, cabe presumir que especiales problemas interpretativos planteará la posibilidad de fijar sanciones, siempre que éstas se correspondan con los daños efectivamente causados. Es muy frecuente que el operador pretenda penalizar la baja unilateral anticipada como contraprestación al disfrute por el usuario de un terminal a precio especial o subvencionado, suscitando problemas la cuantificación de ese eventual daño. En todo caso, tendrá que ser el operador quién pruebe la realidad del daño y proporcione criterios para su valoración objetiva.

Como se observa, la nueva Ley no añade novedades significativas en relación a los contratos para el acceso a red o prestación de servicios de comunicaciones electrónicas. Los operadores jurídicos tendrán que seguir interpretando y valorando el conjunto de circunstancias concurrentes antes de llegar a un pronunciamiento sobre el carácter abusivo de las cláusulas de vinculación mínima y las correlativas cláusulas penales. Por el momento, se consideran razonables las cláusulas de vinculación mínima por un plazo entre 12 y 18 meses asociadas a la adquisición de un terminal a precio subvencionado y la penalización con el pago de una cantidad que oscila entre los 100 y 200 €, en caso de baja anticipada. Otras condiciones habituales en el tráfico relacionadas con el derecho a causar baja suscitan dudas sobre su eventual carácter abusivo. Como por ejemplo, que los operadores, de forma unilateral equiparen a la baja anticipada el cambio de modalidad del servicio postpago o contrato al servicio prepago o tarjeta o incluso el cambio a otros planes de precios ofrecidos por el mismo operador; o que se dupliquen las penalizaciones por conceptos idénticos que sólo en el contrato aparecen artificialmente separados¹²⁰. En tales casos, el fundamento para percibir la

¹²⁰ En alguno de los formularios de condiciones generales de la contratación cuyo objeto principal es la adquisición de un terminal de uso exclusivo con el operador contratante con el compromiso de seguir dado de alta al menos 18 meses en el servicio de tal operador en cualquier plan de precios pos-pago de los indicados en el contrato, se encuentran las siguientes cláusulas: 11. "El Cliente se compromete a no solicitar la cancelación de la 'llave SIM' en los doce (12) meses siguientes a la entrega de este equipo, o, en su caso satisfacer al operador la cantidad de 150,25 € (impuestos indirectos incluidos), debido a la *subvención*

indemnización, –causación de daños derivados de la baja anticipada y por la subvención que tiene que soportar el operador- se debilita considerablemente.

5.4.2. Resolución por incumplimiento. Carga de la prueba.

Sin perjuicio de la eventual suspensión o interrupción del servicio por falta de pago del usuario (arts. 118 y 119 RSU), el contrato se resuelve en caso de incumplimiento (art. 105.4.III RSU). La norma atribuye “eficacia inmediata” al requerimiento resolutorio, esto es a la petición de baja por incumplimiento, de modo que las partes se abstendrán de reclamarse las obligaciones recíprocas derivadas del contrato que se generen con posterioridad a la fecha del requerimiento y en tanto no se resuelva la reclamación que ha de formular el usuario en los términos del artículo 104 (art. 105.4.III).

Desde esta perspectiva, la normativa sectorial resulta *criticable* por varias razones: (i) Obliga al usuario a reclamar en caso de sufrir el incumplimiento del operador. En la teoría general de los contratos, la facultad resolutoria de quien sufre el incumplimiento no queda condicionada a una suerte de constatación o supervisión externa. Deberá ser la parte incumplidora quien interponga la correspondiente demanda en caso de considerar improcedente la resolución¹²¹; (ii) Carece de sentido la limitación impuesta por la normativa sectorial a las vías de reclamación. A los procedimientos previstos en el art. 104 RSU (servicio de atención al cliente / arbitraje de consumo / SETSI), se habrán de añadir cualquier otro previsto en el contrato (ej. arbitrajes distintos al de consumo) o en la ley (ej. mediación administrativa y obviamente, demanda ante la

soportada por el Operador, además de aquellas que haya sido devengadas por el uso por parte del Cliente del servicio”; 12. “El Cliente además, por haberse dado de alta en el momento de la firma del presente contrato en un Plan de Precios ..., accede al teléfono a *precio especial* señalado más adelante, abonado en este acto la cantidad descrita...Las condiciones de acceso al teléfono a precio especial consisten en que si el Cliente decide darse de baja, o decide solicitar el cambio a una modalidad de prepago, antes de transcurridos dieciocho (18) meses desde la fecha del presente contrato, el Cliente autoriza al Operador a cargar en la cuenta corriente del Cliente donde tiene domiciliado el pago del servicio GSM, la cantidad de cien (100) euros, así como las cantidades devengadas por el uso del servicio”. Salvo datos fácticos que no se contemplan en el contrato, no se entiende bien el concepto de “subvención” al que se refiere la cláusula 11, si no es precisamente, el “precio especial” al que se refiere la cláusula 12.

¹²¹ Sobre los efectos de este requerimiento resolutorio y los problemas interpretativos que se plantean desde la óptica general de los contratos, v. MENDOZA LOSANA, “El nuevo Reglamento ...”, *op.cit.*, págs. 292-294.

jurisdicción civil); *(iii)* Del tenor literal de los artículos 105.4.III y 106 se deduce que la facultad de resolución inmediata en caso de incumplimiento del operador sólo se atribuye en relación a los contratos de acceso a red telefónica y no a otro tipo de contratos (ej. acceso a Internet). Naturalmente, tal conclusión no puede aceptarse, pues significa que el usuario seguiría obligado a cumplir el contrato a pesar del incumplimiento del operador. La facultad de resolución de contratos por incumplimiento se reconoce con carácter general en el Código Civil a cualquiera que sufra un incumplimiento contractual grave (art. 1124 CC), por lo que tal distinción reglamentaria carece de valor.

En relación a la distribución de la **carga de la prueba** en materia de consumo y en particular, en relación a los servicios de telecomunicaciones, existe una abundante jurisprudencia menor que puede resumirse en los siguientes términos:

- i)* La inversión de la carga de la prueba a favor del consumidor sólo alcanza al origen o motivo del hecho (fuerza mayor, deficiencias técnicas...), pero no a la existencia del hecho dañoso (interrupción de servicio telefónico) o a los perjuicios sufridos (St. AP Madrid, de 9-3-2004, JUR 2004/260593, FJ 7º);
- ii)* En relación a la prueba de las llamadas facturadas, el principio de la facilidad probatoria obliga a imponer la carga de la prueba a quien mayores facilidades tiene para probar los hechos. En virtud de tal principio, cabe exigir que el abonado acredite haber formulado objeción a las facturas y, una vez formulada esta protesta, exigir al operador que pruebe la corrección de los aparatos de medición utilizados (Sts AP Barcelona de 19-9-2000 y Cantabria de 30-9-2004, JUR 2004/286333, FJ 3º);
- iii)* Por ser el operador quien dispone de medios técnicos y posibilidad de acceso a los registros correspondientes, a él le corresponde la verificación técnica de todos aquellos elementos relacionados con la línea telefónica que puedan influir en un funcionamiento defectuoso o en un uso ilegítimo e informar detalladamente al cliente del resultado de la investigación. Si no se aporta esta información, se ha de entender que las facturaciones desproporcionadas se deben a razones no imputables

al abonado (v.gr. defectos técnicos o consumos ilícitos de terceros derivados de manipulaciones de la línea) (St. AP Alicante de 4-3-2002, AC 2002/825, FJ. 2º);

5.4.3. Suspensión e interrupción del servicio por falta de pago.

El retraso en el pago o la falta de pago del servicio son las formas más frecuentes de incumplimiento del contrato de abono por el usuario. Para el servicio telefónico fijo, las causas y procedimientos de suspensión e interrupción se regulan en los artículos 118 y 119 RSU y apdos. 19º a 25º Orden PRE/361/2002, mod por Orden 2410/2004. Para el resto de servicios, se estará a lo dispuesto por los correspondientes contratos (art. 116 RSU).

La **suspensión del servicio telefónico fijo** es la consecuencia asociada al retraso en el pago total o parcial superior a un mes desde la presentación de la factura al pago (art. 118 RSU). El operador ha de requerir el pago y notificar la suspensión por medio que acredite la recepción con quince días de antelación a la fecha en que se haga efectiva, fecha que no debe coincidir con día inhábil. La suspensión no exime del pago de cuotas periódicas fijas (ej. cuota de abono) y no afecta a los servicios de llamadas entrantes, salvo las de cobro revertido, y salientes de urgencia. El operador ha de restablecer el servicio el día laborable siguiente al que tenga constancia del pago de la cantidad adeudada, incluidos los intereses moratorios y en su caso, la cuota por rehabilitación del servicio.

La **interrupción definitiva del servicio telefónico fijo** y su resolución proceden cuando el retraso en el pago es superior a tres meses o cuando se ha suspendido el servicio por mora en dos ocasiones (art. 119 RSU). El procedimiento es idéntico al previsto para la suspensión.

La **suspensión o interrupción** del servicio por falta de pago **sólo** ha de afectar al **servicio no pagado**. La falta de pago de servicios de tarificación adicional, de acceso a Internet u otro distinto al servicio de llamadas metropolitanas, larga distancia y a móviles sólo dará lugar a la suspensión de tales servicios (art. 118.1 RSU; apdos. 8º, 19º Orden PRE 361/2002 mod.

Orden PRE 2410/2004). La presentación de reclamación contra la factura ante la SETSI o ante la correspondiente Junta Arbitral y la consignación fehaciente del importe adeudado, con entrega del resguardo al operador, impide la suspensión o interrupción del servicio no pagado (apdo. 22º Orden PRE 361/2002).

No obstante, esta “consignación fehaciente” a la que se refiere la norma tiene escasa eficacia práctica. Ni los operadores, ni las Administraciones encargadas de resolver la reclamación se han provisto de instrumentos que permitan esta consignación. Por ello y por más que resulte en cierta medida una claudicación ante los incumplimientos de la normativa sectorial, en la situación actual, si se quiere evitar la suspensión o interrupción del servicio (ej. acceso a Internet, llamadas internacionales) u otros “daños colaterales” (ej. ingreso en registro de morosos) es recomendable pagar los servicios facturados e interponer la correspondiente reclamación de lo indebidamente pagado.

5.4.4. Resolución por modificación de condiciones contractuales.

El operador ha de comunicar al abonado afectado cualquier modificación contractual con un mes de antelación a la fecha en la que ha de surtir efecto, informando además del derecho del abonado a resolver anticipadamente sin penalización alguna en caso de no aceptar las nuevas condiciones (art. 107 RSU).

La norma, que ha pretendido tutelar los intereses de los consumidores frente a las amplias potestades de modificación que habitualmente se reservan los operadores (cfr. art. 111 RSU), es manifiestamente insuficiente¹²². No prevé el medio para cumplir el deber de información al usuario, ni el plazo en el que el usuario debe ejercer su derecho a la resolución sin penalización, cuestiones que quedan diferidas a la regulación contractual.

Por lo general, el medio elegido para informar a los usuarios de cualquier alteración de las condiciones de prestación del servicio y en particular, las

¹²² V. mi trabajo “El nuevo Reglamento del Servicio Universal...”, *op.cit.*, págs. 294 y 295.

modificaciones de precios es la factura correspondiente al período de facturación anterior al inmediato a la entrada en vigor de las nuevas condiciones, enviada por correo ordinario (ej. si la modificación entra en vigor en marzo, se informa en la factura correspondiente al mes de enero). Ante la dificultad de probar el envío y recepción de esta información, el usuario podrá ejercer el derecho a la resolución hasta transcurrido el plazo previsto en el contrato o en su defecto, un “plazo razonable” (ej. 15 días) a partir de la recepción de la primera factura en la que se incluya la alteración de los precios.

La previsión reglamentaria de la consecuencia de la negativa a aceptar la modificación (resolución sin penalización) no ha de suponer la renuncia del usuario a la reclamación de indemnización de otros daños derivados del incumplimiento (ej. gasto no amortizado en el módem ADSL necesario para conectarse al servicio; gastos en actualización de software de equipos, que según el operador era imprescindible para el correcto funcionamiento del servicio,...) (cfr. art. 102.3 RSU). En la práctica, estos daños raramente alcanzarán reparación, pues a falta de acuerdo entre las partes, la única vía para su reclamación es la demanda judicial.

Tras la aprobación de la Ley 44/2006, el incremento de precios de los servicios de telefonía móvil motivado por la eliminación de la facturación por tramos (“redondeos”) ha suscitado una importante polémica social. Las asociaciones de consumidores denuncian que los operadores no han comunicado a todos sus abonados la modificación de las condiciones y consiguiente derecho a causar baja y que aún informando sobre este derecho, se ha exigido el pago de una penalización por baja anticipada, fundada en las pérdidas derivadas de la adquisición de un terminal a precio especial. Son numerosas las reclamaciones presentadas ante la SETSI y la Administración de Consumo por estos motivos.

6. SERVICIOS TELEFÓNICOS DE CONTENIDO CUALIFICADO.

6.1. Servicios de información telefónica (118).

Sin perjuicio de su inclusión en el contenido mínimo del servicio universal [art. 22.1.b) LGTel], los servicios de información telefónica sobre números de abonado se prestan en régimen de libre competencia (art. 38.6 LGTel). Se regulan por Orden CTE/711/2002, de 26 de marzo, por la que se establecen las condiciones de prestación del servicio de consulta telefónica sobre números de abonado, modificada por Orden PRE/2410/2004.

Se obliga a los proveedores de servicios de información a emitir una locución telefónica previa que informe del precio del servicio y de la identidad del prestador y se prohíbe aplicar el precio del servicio durante los primeros 11 segundos (8 de locución + 3 de respuesta del usuario).

Junto a la información sobre el número solicitado, se suelen ofrecer servicios adicionales, como la progresión de llamada o el envío del número solicitado a través de un SMS. A menudo, la progresión de llamada (conexión con el número solicitado) supone un coste adicional desproporcionado. Salvo excepciones, como el 11822 (*Telefónica*), resulta más caro este servicio que colgar y entablar una nueva comunicación.

El fin del monopolio ha dado lugar a la proliferación de nuevos números 118. *Telefónica* proporciona el servicio de información sobre abonados a través de dos códigos: el 11818 y el 11822. El primero es heredero del 1003 y por ello, es más barato y no admite la progresión de llamada (servicio universal)¹²³.

6.2. Servicios telefónicos de tarificación adicional (STA): régimen jurídico, fraudes y mecanismos de defensa.

¹²³ Su precio, originariamente regulado, se ha liberalizado (cfr. ORDEN PRE/1471/2005, de 24 de mayo, por la que se dispone la publicación del Acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, de 21 de abril de 2005, por el que se liberalizan los precios de las llamadas de acceso a Internet a través de la red telefónica conmutada de Telefónica de España, Sociedad Anónima Unipersonal, y del servicio de información nacional sobre el contenido de las guías, prestado por Telefónica de España, Sociedad Anónima Unipersonal (BOE núm 125. de 26-5-2005).

Los servicios telefónicos de tarificación añadida o servicios de tarificación adicional (STA) son aquéllos prestados a través de la marcación de números caracterizados por códigos de tres cifras, -803 (para adultos), 806 (ocio y entretenimiento), 807 (servicios profesionales), para servicios de voz y 907, para acceso a Internet-, en los que el usuario llamante (“consumidor”) paga al usuario llamado (prestador de STA) una remuneración adicional a la derivada de la prestación del servicio telefónico, por la prestación de servicios de información, comunicación o cualquier otro (ej. eróticos, concursos, consultas astrales, contactos...). No son servicios de telecomunicaciones.

Se regulan por la Orden PRE/361/2002, modificada por Orden PRE/2410/2004 y el Código de Conducta para la prestación de los servicios de tarificación adicional de 15 de septiembre de 2004¹²⁴, vigentes en tanto no se opongan al RSU 2005 (v. art. 108.3.II y DT 8ª RSU). En función del número utilizado para su prestación, existen distintos tipos de STA (cfr. apdos. 2, 5 y Anexo 1º CCond). El número indica el tipo de servicio y el precio (4ª cifra).

Por su elevado coste, sistema de acceso (en ocasiones, el usuario los utiliza de forma inconsciente) y habitual prestación fraudulenta (falsas promesas de regalos o premios), los STA han sido habitual fuente de reclamaciones. El regulador ha articulado algunos mecanismos de protección y defensa frente a estas prácticas. Así, se regulan las condiciones de prestación de estos servicios (deberes de información, duración... v. apdos. 8 y 18º.bis Orden PRE/361/2002 y Código de Conducta) y se imponen sanciones en caso de incumplimiento (7º.2 Orden PRE/361/2002); se reconoce el derecho a la desconexión a petición del usuario (art. 113 RSU y 4.2 Orden PRE/361/2002); se impone la facturación independiente (art. 112 RSU y 8º.3 Orden PRE/361/2002) y se prohíbe la suspensión o interrupción del servicio telefónico basado en la negativa al pago de las llamadas a STA (art. 118.1 RSU y 8º.1 de la Orden PRE/361/2002)¹²⁵. Estas medidas han tenido efectos muy positivos,

¹²⁴ Aprobado por el Pleno de la Comisión de Supervisión de los Servicios de Tarificación Adicional, en su reunión de fecha 23 de julio de 2004 publicado mediante la Resolución de la SETSI, de 15 de septiembre de 2004 (BOE núm. 236, de 30-9-2004).

¹²⁵ Sobre el concepto, características y problemática de estos servicios v. MENDOZA LOSANA, “Servicios telefónicos de tarificación adicional: luces y sombras de la nueva

de modo que se puede decir que a partir de 2005, casi han desaparecido las reclamaciones relativas a tales servicios.

Ante la habitual exclusión del arbitraje de consumo para cuestiones referentes a STA, los conflictos sobre estos servicios se solucionan mediante el procedimiento ante la SETSI o la vía judicial. Hasta el RD 424/2005 y dado que estos servicios no son servicios de telecomunicaciones, la SETSI se declaraba incompetente. A partir de RD 424/2005 y de la implantación de la Oficina administrativa de Atención a Usuarios de Telecomunicaciones, dicha Oficina tramita las denuncias por incumplimiento Código de Conducta de prestación STA (ej. servicios prestados a través de cada número, precios cobrados, tiempo de conexión...etc), correspondiendo a la Comisión de Supervisión de Servicios de Tarificación Adicional adoptar las medidas oportunas (ej. solicitar suspensión o retirada número). Si se trata de una reclamación sobre factura del servicio telefónico (ej. incluye llamadas a STA que el usuario no ha realizado), la reclamación se tramitará ante la SETSI.

6.3. El mercado de los tonos, polítonos y análogos (Servicios *Premium*).

Están cobrando importancia los servicios de mensajes cortos (SMS) y multimedia (MMS) y en particular, los mensajes *Premium* de telefonía móvil (ej. alerta de goles en el móvil; descarga de melodías y logos...).

Una de las críticas a la Orden PRE/2410/2004, que modificó la regulación de los STA, fue la no inclusión en su ámbito de aplicación de los servicios prestados a través de mensajes cortos, que, en ocasiones, tienen efectos tan perniciosos para el usuario como los STA, en sentido estricto¹²⁶. El RSU

regulación”, *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas tecnologías*, Nº. 8, 2005, pags. 73-99 y “Servicios Telefónicos de Tarificación Adicional: motivos para la modificación de la normativa” en CARRASCO PERERA (Coord.), *Estudios sobre Telecomunicaciones y Derecho de Consumo*, cit., págs. 307-347.

¹²⁶ Por ejemplo, últimamente se está generalizando una práctica claramente abusiva en relación a los mensajes *Premium* prestados a través del móvil. Así, solicitado por el usuario un servicio de este tipo (ej. descarga de logo), el prestador del servicio remite un nuevo mensaje al usuario solicitando su consentimiento para seguir recibiendo sus mensajes. El usuario ignora que si contesta afirmativamente a esta pregunta, esta abonándose a un servicio *Premium*, de

tampoco considera estos servicios como STA aunque permite que sean calificados como tal por resolución de la SETSI (art. 108.2). A falta de una regulación específica y ante condiciones de prestación que, a menudo, vulneran los derechos de los consumidores, -frecuentemente, jóvenes y adolescentes-, (ej. acceso inconsciente, falta de identificación del prestador del servicio, falta de información sobre precios, precios abusivos, utilización indebida de números cortos...) cabe aplicar por analogía la regulación de los STA (art. 118 RSU¹²⁷), tal y como vienen haciendo algunas Juntas Arbitrales¹²⁸.

Por su labor en aras de la transparencia en la prestación de estos servicios, cabe destacar la existencia de la Asociación de Empresas de Servicios a Móviles (AESAM) que desde su web (www.aesam.org) o vía telefónica (902 934 612) proporciona un servicio de búsqueda de empresas prestadoras de estos servicios. Con sólo introducir el número de SMS, el buscador indica el nombre de la empresa, dirección y teléfono de contacto. Además, la Asociación ha adoptado un Código de Conducta que entró en vigor el 1 de enero de 2006 y formula algunas recomendaciones para acceder con garantías a estos servicios¹²⁹.

modo que cada vez que reciba un mensaje del número de origen, -aunque sea meramente informativo o publicitario-, tendrá que pagar por él una tarifa superior. Las consecuencias de estas prácticas se agravan si se tiene en cuenta que los principales destinatarios de tales servicios son jóvenes y adolescentes, *cuasi* adictos al móvil o al ordenador.

¹²⁷ En principio, el tenor literal de este precepto permitiría incluir en su ámbito de aplicación estos servicios sin necesidad de acudir a la analogía, pues se refiere al impago de “servicios de tarifas superiores, en especial del servicio de tarificación adicional”. Sin embargo, según el propio RSU “a los efectos de este Reglamento” sólo tendrán la consideración de servicios de tarifas superiores los que “hayan sido *declarados como tales por resolución de la SETSI*, en razón de la existencia de una facturación superior al coste del servicio de comunicaciones electrónicas y en interés de una especial protección de los derechos de los usuarios” (art. 108.2). A falta de tal resolución de la SETSI, habrá que acudir a la aplicación analógica del art. 118 RSU.

¹²⁸ Ej. ante problemas de facturación derivados de estos servicios, se ha de exigir al operador del servicio telefónico el desglose de la factura y el usuario pagará sólo la parte correspondiente al servicio telefónico sin sufrir su suspensión o interrupción.

¹²⁹ Por su utilidad práctica, se reproduce el Decálogo de Recomendaciones sobre el uso correcto de los servicios SMS Premium publicado por AESAM (<http://www.aesam.org/images/dec%C3%A1logo%202007.pdf>):

1. **Ten en cuenta la compatibilidad de tu móvil con el servicio que deseas utilizar:** los modelos más antiguos de móviles no están preparados para descargar, ver y utilizar determinados contenidos, como animaciones 3D, tonos polifónicos, sonidos reales o juegos Java. Verifica con el proveedor que el servicio que quieres es compatible con tu modelo de móvil.

2. **Asegúrate de identificar al proveedor y cómo localizarlo:** desconfía de aquellas empresas que no se identifiquen claramente en su publicidad, y que tampoco te faciliten una

7. RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS.

7.1. Diversos mecanismos de resolución de conflictos.

Los diversos mecanismos de resolución de conflictos en el sector de las comunicaciones electrónicas se regulan en el art. 38.1 LGTel, desarrollado por art. 104 RD 424/2005. Se impone a los operadores el deber de disponer de un servicio especializado y gratuito de atención al cliente que tenga por objeto resolver las quejas y reclamaciones de los usuarios (cfr. art. 104.1). Los contratos de abono han de prever el procedimiento y dirección a la que enviar quejas, reclamaciones u otras incidencias [art. 105.2,k) RSU]. Los abonados deben formular sus quejas o reclamaciones en el plazo de un mes desde que

forma de ponerte en contacto con ellas para resolver problemas en caso de que necesites aclarar una duda o hacer una reclamación.

3. **Presta atención al precio y el número de mensajes que tendrás que enviar:** el proveedor del servicio debe indicarte claramente cuál es el coste del mensaje, si éste incluye IVA o no, y cuántos mensajes deberás enviar para recibir el producto. Recuerda que cada uno de esos mensajes se cobran individualmente, aunque necesites enviarlos todos para recibir un solo servicio, como por ejemplo un juego.

4. **Verifica que no se te cobra de más:** el precio del producto siempre aparece identificado en la factura telefónica. En caso de que uses tarjeta prepago, el coste del servicio se resta al momento del saldo disponible.

5. **Atento a las alertas:** las alertas son servicios para la recepción periódica de SMS que contienen noticias o enlaces para descargar productos para personalizar el móvil (logos, melodías, etc.) y juegos. Ten en cuenta que cada uno de estos mensajes se te cobrará por separado. Los servicios de alertas fiables se distinguen porque hacen uso, exclusivamente, de las palabras clave "ALTA" o "ALERTA" para su activación. En esos casos, siempre puedes darte de baja con la palabra clave "BAJA". Ten cuidado con otros servicios que emplean palabras distintas y se prestan a confusión, ya que podrías estar suscribiéndote a un servicio de alertas sin saberlo.

6. **Conserva la información de los servicios de alerta:** cuando te das de alta en un servicio de alerta, el primer mensaje que debes recibir indica todos los detalles de dicho servicio, desde el precio de las alertas hasta la forma de darse de baja y el teléfono de atención al cliente. No lo borres y guárdalo hasta que dejes de usar el servicio y te des de baja. Ahorrarás futuros problemas.

7. **Concursa con responsabilidad:** antes de participar en un concurso a través del teléfono móvil, entérate de cuáles son las bases. Éstas deben estar disponibles en la publicidad utilizada en la promoción del concurso, o bien en otro lugar referenciado, como una página web.

8. **Configura tu móvil para navegar por Internet:** muchos servicios SMS Premium están disponibles en portales WAP, es decir, diseñados para navegar desde el móvil. No podrás acceder a ellos si no has configurado antes tu móvil para acceder a Internet. Consulta a tu compañía telefónica para saber cómo hacerlo. La configuración es gratuita.

9. **Desconfía de los mensajes que no has solicitado:** nunca respondas a un mensaje de un servicio que no has solicitado o al que no has autorizado previamente para que te envíe comunicaciones comerciales.

10. **Tus SMS son sólo tuyos:** los productos que solicites a través de SMS Premium son para tu uso exclusivo. Salvo que se indique lo contrario, está prohibido reenviarlos, y de hecho te encontrarás con compañías que utilizan tecnología que impide este uso ilícito de sus servicios.

se tenga conocimiento del hecho que las motive (cfr. art. 104.2). Si en el plazo de un mes, el abonado no obtiene respuesta o ésta no es satisfactoria, dispone de un plazo de tres meses para iniciar la vía arbitral o en su defecto, el procedimiento ante la SETSI (cfr. art. 104.3 y 4). Como después se explicará, a pesar del tenor literal del art. 104 RSU, los procedimientos previstos no son siempre intercambiables.

Aunque ha de incluir los procedimientos previstos por el art. 104 RSU, el contrato puede prever otros mecanismos de resolución de conflictos [art. 105.2, j) RSU].

Obviamente, a decisión del usuario siempre queda expedita la vía judicial.

7.2. Servicio de atención al cliente: régimen jurídico, carencias frecuentes y tramitación de reclamaciones.

A la entrada en vigor del nuevo Reglamento del Servicio Universal, gran parte de las quejas referentes a los servicios de telecomunicaciones giraban en torno a los servicios de atención al cliente. Las deficiencias de estos servicios consistían fundamentalmente en su prestación a través de números de tarificación adicional, atención automatizada a través de contestador, prolongados tiempos de espera, elevado porcentaje de llamadas fallidas o no atendidas, imposibilidad de realizar un seguimiento unitario de la reclamación, viéndose obligado el usuario a contar su queja a numerosos y diversos teleoperadores, escasa formación del personal de atención... Estas deficiencias constituyen en si mismas un elemento negativo de calidad y como tal lo perciben los usuarios. Pero además, ocasionan el agravamiento de otros problemas conexos. Así, provoca un incremento del número de reclamaciones, que podrían solucionarse fácilmente por esa vía “amistosa” e incluso ha llevado a numerosos usuarios a registros de morosos por impago de facturas de servicios que en el propio SAC reconocían no haberse prestado.

El RD 424/2005 y la Orden PRE/1030/2007, que lo desarrolla, han adoptado diversas medidas con el objetivo de solventar estos problemas. Así, 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). 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). 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) 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). Si el cliente lo desea y sin perjuicio de los medios habituales (correo certificado 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)¹³⁰. 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), 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

¹³⁰ 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).

- 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”¹³¹;
 - iii) La exigencia de gratuidad se compadece mal con la prestación de estos servicios a través de números de inteligencia de red (ej. 902)¹³², que aun no siendo números de tarificación adicional (803, 806, 807 y 907), sí ocasionan gastos al usuario¹³³. 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. 10¹³⁴), al contrario, admite el pago de un precio por las llamadas telefónicas a dicho número [art. 12,a),i)¹³⁵].

¹³¹ Obsérvese que la exigencia de gratuidad se predica del servicio para atender quejas, reclamaciones y “cualquier otra incidencia contractual planteada por los clientes”.

¹³² 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>).

¹³³ En las condiciones generales de la contratación de algún operador se contiene la siguiente cláusula: “El Cliente podrá acceder al Servicio de Atención al Cliente a través de correo electrónico dirigiéndose a la dirección... o a través de llamada a los números de teléfono que en cada momento comunique [el Operador]. Dichos números de teléfono pueden ser de cualquier modalidad, incluidos los números de inteligencia de red, como 900, 902 y 906 (o aquellos que les puedan sustituir en el futuro) y los de telefonía móvil. El coste de la llamada a estos números deberá ser pagado por el Cliente llamante a su operador de telefonía de conformidad con las tarifas que este tenga vigentes en cada momento. No obstante lo anterior, el Cliente se obliga a resarcir al Operador de los daños, gastos y perjuicios que el eventual impago del coste de dichas llamadas pudiera provocar al Operador”.

La cláusula es cuestionable por varias razones: 1º) es obvio que el procedimiento no es gratuito para el usuario, al contrario, teniendo en cuenta que raramente una reclamación se resuelve en una sola llamada, el usuario se verá obligado a pagar una cantidad importante en concepto de llamadas cuyo único objeto y fundamento es resolver un problema, en la mayoría de las ocasiones, imputable sólo al operador (ej. facturación de servicios tras la solicitud de baja); 2º) aunque los números indicados no son números de tarificación adicional y por ello, no entrañan “cargos adicionales” a favor del operador reclamado, sí es cierto que de forma directa o indirecta constituyen ingresos que incrementan su cuenta de resultados: si el operador reclamado sigue prestando servicios al usuario, es a él a quien deberá abonar el coste de la llamada a estos números según sus propias tarifas; si el prestador del servicio es otro operador, será éste quien pague al operador reclamado en concepto de servicios de interconexión; 3º) resulta paradójico e irónico que además de todos los perjuicios y molestias que la reclamación causa al usuario, éste pueda verse obligado a “resarcir al operador de los daños, gastos y perjuicios que el eventual impago del coste de dichas llamadas pudiera provocar al Operador”.

En el mismo sentido, la Asociación de Internautas critica esta práctica, denunciando que suponen una vulneración del RSU (<http://www.internautas.org/html/3847.html>).

¹³⁴ *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

En atención al número de trabajadores y al volumen de negocio, una orden ministerial puede exonerar al operador de la obligación de disponer de este servicio de atención al cliente (art. 104.1.II).

Con todo y a la luz de los múltiples expedientes de reclamación que ponen de manifiesto las deficiencias de los servicios de atención al cliente, habrá que convenir que la regulación sectorial ha fracasado y que los operadores incumplen de forma sistemática sus deberes en este ámbito¹³⁶. Frecuentemente, los servicios de atención al cliente son atendidos por medios automáticos, que, lejos de ofrecer un procedimiento sencillo para resolver reclamaciones, convierten en un auténtico laberinto el simple hecho de entablar una conversación y explicar el problema al operador prestador del servicio; en ocasiones, estos SAC se atienden mediante números de inteligencia de red, que generan importantes gastos (reiteradas e infructuosas llamadas a números 902); nunca o raramente informan de derecho a recibir justificante escrito de la reclamación, queja o incidencia y menos aún envían tal justificante.

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

capítulo II y al que remitirán copia de las actuaciones realizadas con indicación del número de referencia asignado a la correspondiente reclamación.

¹³⁵ 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.

¹³⁶ 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.

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).

Como se ha puesto de manifiesto, poco o nada añade la nueva Ley a la regulación sectorial de los servicios de atención al cliente de los operadores de telecomunicaciones. Sólo cabe demandar una intervención más activa de la Administración competente para exigir el cumplimiento de la normativa – sectorial y general- y en su caso, sancionar los incumplimientos.

7.3. Sistema arbitral de consumo.

Si transcurrido un mes desde la presentación de la reclamación, no se ha obtenido respuesta satisfactoria del operador, los abonados podrán dirigir su reclamación a las Juntas Arbitrales de Consumo, de acuerdo con la legislación vigente sobre defensa de los consumidores y usuarios (arts. 38.1 LGTel 104.3 RSU y arts. 10.5 y 31 LGDCU).

7.3.1. Elementos subjetivos.

La LGDCU reserva el sistema arbitral de consumo a los consumidores y usuarios finales (art. 31). En la terminología de la LGTel, consumidor y usuario final no siempre son categorías coincidentes. Correlativamente, los usuarios finales, según LGTel, no siempre disponen del arbitraje de consumo para la resolución de los conflictos que mantengan con los operadores de redes y servicios de telecomunicaciones. Ello sólo ocurrirá cuando el usuario final quede protegido por la legislación de consumidores. La jurisprudencia menor considera que concurre este supuesto cuando el adherente es una empresa, que goza de protección en cuanto no queda demostrada la incorporación del servicio a un actividad empresarial (a pesar de la denominación “contrato empresas”) y en cuanto contrata productos o servicios de uso o consumo común, ordinario y generalizado (art. 2.2 Ley 26/1984), dentro de cuyo ámbito se hallan las comunicaciones: correos, teléfonos, telégrafos y otros servicios de

telecomunicaciones que tengan incidencia directa en la prestación de servicios de uso general, según el Anexo I, letra C, apartado 7, del Real Decreto 1507/2000 (BOE núm. 219, de 12-9-2000)¹³⁷.

Por otra parte, se ha de constatar que tanto la Ley como el Reglamento hablan de “abonados”, esto es, “persona física o jurídica que ha celebrado un contrato con un operador” (Anexo II, apdo. 1). Hemos de insistir en que este término incluye también a los usuarios de servicios prepago o tarjeta (cfr. art. 105.3 RSU).

Como es sabido, uno de los principales inconvenientes a la configuración del sistema arbitral de consumo como mecanismo de resolución de conflictos de consumo, es su carácter voluntario. Son muchos los operadores que no están adheridos al sistema arbitral de consumo o que no aceptan la resolución de conflictos por esta vía; otros, aun estando adheridos, limitan considerablemente su Oferta Pública de Sometimiento al Sistema Arbitral de Consumo¹³⁸.

7.3.2. Algunas cuestiones sobre el objeto de la controversia.

A) Nuevas conexiones a red telefónica.

¹³⁷ V. SSAP Jaén, de 11-11-2002 (JUR 2003,18571); Madrid de 15-7-2002 (JUR 2003,48793); de 23-4-2004 (JUR 2004,151041); 26-5-2004 (2004,150815); de 2-7-2004 (JUR 2004, 257554); 2-11-2004 (AC 2004,2141) 16-6-2005 (JUR 2005,186747) y 12-7-2005 (AC 2005,1499); Valencia 3-10-2005 (AC 2005,1914). Todas ellas declaran abusiva la condición general de la contratación que impone la sumisión al arbitraje de la Asociación Europea de Arbitraje y Equidad (asociación privada). Tienen la peculiaridad de que en la mayoría de los supuestos, el adherente es una empresa, que goza de protección por las razones expuestas en el texto.

¹³⁸ Según información facilitada por el Servicio de Arbitraje de la Dirección General de Consumo de la JCCM, a fecha de 15 de mayo de 2007, están adheridos los siguientes operadores: *Telefónica Móviles* y *Vodafone*; *Telefónica de España, S.A.U* con limitaciones (excluidas reclamaciones sobre conexión a red telefónica pública fija y acceso a servicios disponibles y al resto de obligaciones de servicio público; forma de prestación de servicios de tarificación adicional, indemnizaciones de daños y perjuicios, reclamaciones sobre facturas con antigüedad superior a seis meses y reclamaciones por equipos, terminales y servicios que no hayan sido adquiridos directamente o contratados con “Telefónica de España” o su canal de distribución); *Orange*, adherida sólo para telefonía móvil y no para fija e internet (ya antes de la absorción, en diciembre de 2005, *Wanadoo* se había desvinculado del sistema arbitral); *Xfera* adherida para servicios de telefonía móvil y no para reclamaciones sobre equipos y terminales y siempre que la cuantía de la reclamación no exceda de 600 €; *Ono*, adherida hasta el 14 de septiembre, fecha en la que cumplen los seis meses de preaviso desde que solicitó la baja en el sistema arbitral.

Respecto al objeto de la controversia, se han planteado algunas objeciones al sometimiento a arbitraje de los conflictos referentes a la prestación del servicio universal. En concreto, sobre las solicitudes de nuevas conexiones a la red telefónica fija de *Telefónica*, operador obligado a prestar el servicio universal hasta el 31 de diciembre de 2007 [arts. 22.1,a) LGTEL, 29 y DT 2ª RSU]¹³⁹. Por ser una obligación de servicio público, corresponde a la Dirección General de Telecomunicaciones pronunciarse sobre la razonabilidad de la solicitud (art. 20.3 RSU). La jurisprudencia no es unánime en cuanto a la nulidad del laudo por el carácter no arbitrable de la controversia¹⁴⁰. Algunas de estas sentencias distinguen en función de que se trate de traslado o nueva alta, existiendo ya la red, y redes de nueva implantación, considerando que en este último caso la controversia no es arbitrable¹⁴¹.

B) *Equipos y terminales.*

Otra cuestión que se ha convertido en frecuente motivo de polémica es la sumisión a arbitraje de consumo de los conflictos relacionados con los terminales de telefonía móvil, cuando el ámbito del sometimiento abarca únicamente a aquellas reclamaciones con causa en la *prestación del servicio* de telefonía móvil, quedando excluidas las incidencias relativas a reparaciones o cuestiones de terminales o equipos, que no son fabricados por los operadores. En los casos analizados por las sentencias que se pronunciaban sobre la eventual nulidad del laudo, el usuario no reclamaba estrictamente por los problemas del terminal sino por la imposibilidad de acceder al servicio telefónico contratado y en su caso, la solicitud de baja anticipada motivada en

¹³⁹ Según la vigente Oferta de Telefónica de sometimiento al sistema arbitral de consumo, de 21 de enero de 2003, quedan excluidas del ámbito de la Oferta Pública y, en consecuencia, no serán susceptibles de arbitraje, “las solicitudes de conexión a la red telefónica pública fija y de acceso a los servicios disponibles y demás obligaciones de servicio público, por ser materia reservada legalmente al Ministerio de Ciencia y Tecnología [actualmente, MITC], y no ser, en consecuencia, materia de libre disposición de las partes”.

¹⁴⁰ SAP Tarragona 3 enero 2005 (AC 2005,408) anula laudo arbitral que obligaba a *Telefónica* a facilitar la conexión por tratarse de una materia no susceptible de arbitraje; en contra Sts. AP Asturias 19 diciembre 2003 (JUR 2003,37414) y Almería 3 noviembre 2004 (JUR 2006,39383).

¹⁴¹ V. SAP Tarragona 3 enero 2005 (AC 2005,408) y Asturias 20 enero 2004 (Rollo 25/2004).

el incumplimiento o la devolución del importe de la tarjeta prepago que no puede utilizar. En tales supuestos, la jurisprudencia ha rechazado la nulidad del laudo y aceptado que la cuestión quedaba incluida en el ámbito del convenio arbitral¹⁴².

C) *Servicios de Tarificación Adicional.*

Es habitual que los operadores de telecomunicaciones restrinjan su oferta pública de sometimiento al sistema arbitral de consumo, excluyendo, entre otras, “las reclamaciones relativas a los servicios de tarificación adicional [ej. 803, 806, 807 y 907], cuando la reclamación se fundamente en la forma de prestación del servicio por parte del proveedor”¹⁴³. En general, las reclamaciones relativas a STA giran en torno a las cantidades facturadas. Así, para determinar la competencia de la Junta Arbitral para conocer una reclamación concreta se habrá de determinar si ésta se incluye o no dentro de las materias excluidas. La jurisprudencia menor no sigue un criterio unánime. Por ejemplo, la reclamación sobre conexiones “inadvertidas” a números de tarificación adicional ha sido considerada objeto de arbitraje de consumo¹⁴⁴, al igual que las reclamaciones de cantidades referentes a números de tarificación adicional que no constan que “hayan sido realizadas con pleno conocimiento y voluntariedad”¹⁴⁵, mientras que la realización inconsciente de este tipo de llamadas por carecer de información sobre el sistema de acceso a STA ha sido considerada excluida del arbitraje¹⁴⁶.

Frecuentemente aún existiendo cláusulas generales de sumisión al sistema arbitral de consumo, los operadores invocan la exclusión del arbitraje de consumo cuando existía un procedimiento penal abierto contra el prestador de STA o había indicios racionales de delito (ej. estafas practicadas mediante

¹⁴² V. Sts. AP León 7 mayo 2001 (JUR 2001,224278) y AP Murcia 26 abril 2004 (JUR 2004,299737).

¹⁴³ Cláusula de la Oferta Pública de Sometimiento al Sistema Arbitral de Consumo de *Telefónica*, vigente a partir de 15-7-2003.

¹⁴⁴ St AP Cádiz de 27-7-2004, núm. 91/2004 (JUR 2004\288552).

¹⁴⁵ St. AP Murcia de 18-3-2004, núm. 97/2004 (JUR 2004\155595).

¹⁴⁶ St. AP Sevilla 24-11-2004 (JUR 2004\286815).

STA) [art. 2,2,d) RD 636/93¹⁴⁷]. Con acierto, los tribunales han considerado que no concurre tal causa de exclusión, por cuanto los hipotéticos hechos delictivos han sido realizados por un tercero ajeno a la relación contractual, esto es, el prestador de STA (ej. cadena de TV que organiza concursos fraudulentos o profesional que presta servicios de forma ilegal o empresa que estafa prometiendo estupendos regalos inexistentes a cambio de un simple llamada)¹⁴⁸. El eventual proceso penal y la calificación delictiva de los hechos no afecta a la relación contractual establecida entre un usuario final y el operador de servicios de telecomunicaciones (telefónicos o de acceso a Internet) y por tanto, no impide la resolución arbitral de conflictos contractuales (v.gr. reclamaciones sobre facturación de STA)¹⁴⁹.

Ante la exclusión del arbitraje para cuestiones referentes a STA, al usuario sólo le quedan dos opciones: el procedimiento ante la SETSI o la vía judicial. Hasta el RD 424/2005, la SETSI se declaraba incompetente porque los STA no tienen la consideración de servicios de telecomunicaciones. A partir de RD 424/2005 y de la implantación de la Oficina administrativa de Atención a Usuarios de Telecomunicaciones, dicha Oficina tramita las denuncias por incumplimiento Código de Conducta de prestación STA (ej. servicios prestados a través de cada número, precios cobrados, tiempo de conexión...etc), correspondiendo a la Comisión de Supervisión de Servicios de Tarificación Adicional adoptar las medidas oportunas (ej. solicitar suspensión o retirada número). Si se trata de una reclamación sobre factura del servicio telefónico (ej. incluye llamadas a STA que el usuario no ha realizado), la reclamación se tramitará ante la SETSI.

¹⁴⁷ El RD 636/1993 por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo en su artículo 2.2.d) establece que "[n]o podrán ser objeto de arbitraje de consumo las materias en las que concurren intoxicación, lesión, muerte o existan indicios racionales de delito".

¹⁴⁸ Sts. AP Murcia 11-10-2004 (JUR 2004\292045); 1-7-2004 (JUR 2004\244208); 23 y 26 de marzo de 2004 (JUR 2004\170930 y JUR 2004\170790); 5-2-2004 (JUR 2004\169637); 30-1-2004 (JUR 2004\81275).

¹⁴⁹ La AP de Murcia es especialmente proclive a este tipo de pronunciamientos. V. entre otras, sts. AP Murcia de 11-10-2004, núm. 258/2004 (Rep. Az. JUR 2004\292045); de 1-7-2004, núm. 187/2004, (Rep. Az. JUR 2004\244208); de 23 y 26 de marzo de 2004, núms. 84/2004 y 89/2004 (Rep. Az. JUR 2004\170930 y JUR 2004\170790); de 5-2-2004, núm. 28/2004 (Rep. Az. JUR 2004\169637); de 30-1-2004, núm. 36/2004 (Rep. Az. JUR 2004\81275).

7.4. Procedimiento ante la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información.

Para el supuesto en que los usuarios finales y/o los operadores no se sometan a las juntas arbitrales de consumo o que éstas no resulten competentes para la resolución del conflicto, se regula un procedimiento “cuasiarbitral” ante la SETSI (art. 38.1.II LGTel y 104.4 RSU)¹⁵⁰, cuyos aspectos concretos han sido desarrollados por la Orden ITC/1030/2007.

Se ha creado una oficina administrativa de atención a los usuarios que facilita información, responde consultas y tramita reclamaciones ante la SETSI. La atención se presta telefónicamente (Tfno. 901 33 66 99) o vía web (www.usuarioteleco.es)¹⁵¹.

¹⁵⁰ St. AN de 8 junio 2004, cont-ad., secc. 3ª, JUR 2004/245185, FJ 4º. La citada sentencia declara la naturaleza arbitral del procedimiento de resolución de conflictos ante la SETSI, “aunque insertable en el ámbito administrativo”. Correlativamente, rechaza la aplicación del régimen del silencio positivo previsto en la Ley 30/1992, modificada por Ley 4/1999.

¹⁵¹ Según datos de la propia Oficina, publicados en su web en abril de 2007, en sus dos años de funcionamiento, ha recibido 105.000 consultas y más de 27.000 reclamaciones. En el 2006, los usuarios presentaron 43.000 consultas y 15.400 reclamaciones, de las que el 83% se estimaron y fueron favorables al usuario, mientras el resto se desestimaron. El 34,7% de las reclamaciones del 2006 correspondieron a la telefonía fija, el 32,7% a acceso a Internet, el 15,3% a telefonía móvil y el 14,8 por ciento a paquetes de voz y datos.

En telefonía fija, el mayor número de reclamaciones se han producido en servicio universal (20,9% del total) y de facturación (12%), al tiempo que ha bajado el número de las de preselección (del 26% al 6%) debido a las sanciones impuestas y las de servicios de tarificación adicional, que del 46% del 2004 y el 8% en el 2005, se sitúan sólo en un 1,2% del total; en telefonía móvil, la facturación ocupa la mayor parte de las quejas de los usuarios, con un 27% , seguida de las bajas, especialmente por las penalizaciones al rescindir el servicio, con un 25,3% del total; en Internet, el mayor número de quejas se deben a las bajas solicitadas y no tramitadas (se mantienen en el 35%) y aumentan de un 9 a un 12% las de „liberalización de línea“ que se produce en un cambio de operador, cuando el nuevo suministrador no puede acceder a la línea del abonado y este se encuentra en servicio.

Las sanciones impuestas a los operadores derivadas de las denuncias presentadas ante la Oficina de Atención al Usuario de Telecomunicaciones alcanzaron en el 2006 los 2,072 millones de euros.

A pesar de la literalidad de la Ley, el sistema arbitral de consumo y el procedimiento cuasiarbitral ante la SETSI no son siempre vías intercambiables ni en cuanto a sujetos, ni por el objeto de la controversia.

7.4.1. Sujetos.

Desde la perspectiva subjetiva y sin perjuicio de la interpretación jurisprudencial que amplía el ámbito del arbitraje de consumo a ciertos usuarios empresariales en los términos analizados en el epígrafe precedente, la SETSI resuelve los conflictos entre operadores y “consumidores que sean personas físicas y otros usuarios finales”, mientras que el arbitraje de consumo es un procedimiento reservado a los consumidores y no utilizable por otros usuarios finales¹⁵².

7.4.2. Objeto de la controversia. Cuestiones excluidas.

En cuanto al objeto y a diferencia del sistema arbitral de consumo, cauce para resolver cualquier conflicto sobre “los derechos legalmente reconocidos” a los consumidores y usuarios, con escasas excepciones (cfr. art. 2 RD 636/1993), la SETSI sólo es competente para resolver controversias sobre los derechos de los usuarios de servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público regulados por el RD 424/2005 y su normativa de desarrollo [cfr. art. 3.1,k) Orden ITC/1030/2007] y en ningún caso podrá conocer de controversias reguladas por normativa distinta de la protección específica de los usuarios finales de servicios de comunicaciones electrónicas. En otros términos, la SETSI se limita a resolver conflictos aplicando la normativa sectorial de telecomunicaciones pero no la normativa general en materia de defensa de consumidores y usuarios.

La competencia de la SETSI se limita a la tutela de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios finales reconocidos por la legislación sectorial en relación a todo tipo de servicios de comunicaciones electrónicas (telefonía fija y

¹⁵² No es correcta la doctrina contenida en la sentencia de la AN de 8-6-2004 (JUR 2004/245185) que se refiere al arbitraje de consumo y al procedimiento ante la SETSI como auténticas alternativas, “dado que las alternativas no pueden ofrecerse sino entre soluciones similares” (FJ 4º).

móvil, SMS y MMS, acceso a Internet a través de las diversas tecnologías, acceso a servicios de televisión digital...), independientemente del tipo de red y tecnología utilizada (red telefónica fija conmutada, redes móviles GSM y UMTS, cable, satélite, ADSL...) (cfr. art 104.4 y 102.2 y 3 RSU).

Las controversias que el usuario puede someter a conocimiento de la SETSI son las planteadas respecto a alguna de las siguientes materias:

- a) Disconformidad con la factura recibida, tanto en la cuantía como en los conceptos incluidos;
- b) Negativa o demora en la instalación de línea telefónica fija;
- c) Negativa o demora en tramitar la baja en el servicio por el operador;
- d) Negativa o demora en la portabilidad del número o en la selección de operador;
- e) Contratación no solicitada por el usuario;
- f) Averías e interrupciones del servicio;
- g) Incumplimiento de ofertas por el operador;
- h) Incumplimiento del derecho de desconexión;
- i) Depósitos de garantía del servicio telefónico fijo;
- j) Falta de comunicación de las modificaciones contractuales;
- k) Demás conflictos que puedan surgir en materia de los derechos de los usuarios finales regulados por el RD 424/2005 y su normativa de desarrollo (art. 3.1 Orden ITC/1030/2007).

Por no ser servicios de comunicaciones electrónicas (art. 1.2 LGTel), quedan excluidos del procedimiento ante la SETSI las reclamaciones referidas a contenidos audiovisuales; servicios que suministren contenidos por redes de comunicaciones electrónicas (ej. Servicios de Tarificación Adicional) y servicios regulados por la Ley 34/2002, de Servicios de la Sociedad de la Información y Comercio Electrónico que no consistan en su totalidad o principalmente en el transporte de señales (ej. comercio electrónico, descargas de música o software, acceso a publicaciones digitales...). Por su elevado índice de conflictividad, merecen especial atención las reclamaciones referidas a servicios de tarificación adicional. Hasta la entrada en vigor del RD 424/2005,

la SETSI se declaraba sistemáticamente incompetente para resolver este tipo de conflictos, pues tales servicios no son servicios de telecomunicaciones. A partir de RD 424/2005 y de la implantación de la Oficina administrativa de Atención a Usuarios de Telecomunicaciones, dicha Oficina tramita las denuncias por incumplimiento del Código de Conducta de prestación STA (ej. servicios prestados a través de cada número, precios cobrados, tiempo de conexión...etc), correspondiendo a la Comisión de Supervisión de Servicios de Tarificación Adicional adoptar las medidas oportunas (ej. solicitar suspensión o retirada número). Tratándose de reclamaciones sobre facturación del servicio telefónico que incluye llamadas a STA o sobre el ejercicio del derecho a la desconexión de tales servicios, la SETSI sí resolverá la reclamación por este procedimiento.

Por el tipo de controversia, quedan **excluidas** del procedimiento ante la SETSI cuestiones como las siguientes (art. 3.2, 3.3 y 3.4 Orden ITC/1030/2007)¹⁵³:

- a) La procedencia de indemnización por posibles daños y perjuicios causados por la prestación deficiente del servicio o por su falta de prestación. Habrá de entenderse que la norma excluye de la competencia de la SETSI el pronunciamiento sobre la indemnización de daños derivados de las deficiencias en la prestación del servicio distintas a las previstas legalmente. Es decir, la SETSI podrá obligar al operador a compensar al abonado por la interrupción de los servicios o por el incumplimiento de parámetros de calidad en los términos previstos

¹⁵³ Sin pretender valorar una norma que en el momento de redacción de este estudio (finales de mayo de 2007) acaba de entrar en vigor, considero que la delimitación objetiva de los tipos de controversias sobre las que es competente la SETSI no estará exenta de problemas interpretativos, pues la práctica demuestra que los conflictos habitualmente se presentan unidos, siendo difícil determinar su calificación jurídica. Por ejemplo, se atribuye a la SETSI competencia para resolver controversias referentes al “incumplimiento de ofertas por el operador” (art. 3.1,g) y sin embargo, se excluye su competencia sobre las posibles infracciones de la Ley General de Publicidad (art. 3.2,c); la SETSI puede conocer sobre conflictos referentes a la negativa o demora a tramitar la baja en el servicio por el operador (art. 3.1,c) y sin embargo, no puede pronunciarse sobre la posible existencia de cláusulas abusivas según la LGDC, tales como las cláusulas de penalización excesivas o la imposición de obstáculos onerosos o desproporcionados al ejercicio del derecho a causar baja (cfr. DA.1ª.17bis LGDCU) (art. 3.2,b). Sobre los conflictos para determinar el alcance de las competencias de la SETSI y su delimitación con las competencias de otras Administraciones, en particular, la Administración autonómica de consumo v. Capítulo III.

reglamentariamente previstos (arts. 115, 120 RSU y 11 Orden ITC/912/2006), pero no podrá pronunciarse sobre la indemnización de otros daños derivados de los mismos hechos (ej. lucros cesante, gastos en medios de comunicación alternativos...), que deberán ser reclamados en vía judicial o arbitral (art. 102.3 RSU). Es ésta la interpretación más acorde con el art. 9.2,c) que habilita a la SETSI para “ordenar otras medidas que, respetando siempre el principio de proporcionalidad, permitan restituir los derechos del usuario que hayan sido vulnerados;

- b) La posible existencia de cláusulas abusivas según la LGDCU;
- c) Las posibles infracciones de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad;
- d) Las materias relacionadas con la protección de datos personales;
- e) Las denuncias por incumplimiento de la normativa reguladora de las relaciones entre operadores cuya competencia corresponde a la CMT;
- f) Todas aquellas otras materias que deban ser conocidas necesariamente por los Juzgados y Tribunales;
- g) Las reclamaciones dirigidas a otras Administraciones públicas con competencia en la protección de los consumidores y usuarios¹⁵⁴;
- h) Aquellos asuntos sobre los que ya haya recaído laudo arbitral;
- i) Las cuestiones que no formen parte de la prestación del servicio de comunicaciones electrónicas, como son las referentes a los derechos de ocupación, paso o servidumbre relativas a instalaciones físicas, cableado o antenas y las materias relacionadas con aparatos terminales

¹⁵⁴ Parece que el regulador ha querido excluir expresamente del sometimiento a la SETSI aquellas reclamaciones que se dirigen a la Administración de Consumo (OMIC, Delegaciones Provinciales de Sanidad...), a través de los cauces habituales en consumo (v. hoja de reclamaciones, solicitud de mediación administrativa...). Hasta la aprobación de la Orden ITC/1030/2007, era habitual que, por carecer de competencia o ante el fracaso de su mediación, la Administración de Consumo remitiera estas reclamaciones a la SETSI, que devolvía los expedientes por entender que se incumplía el requisito de iniciación del procedimiento a petición del abonado (arts. 38.1 LGTel y 104. 4 RSU). Esta interpretación, a mi juicio injustificadamente formalista, parece haber obtenido cobertura legal en el art. 3.2,g) de la Orden. No obstante, en una interpretación amplia de la norma, es posible defender que lo que ésta rechaza es el “reenvío” por la Administración de Consumo de la reclamación “dirigida” a ella, pero no impide que intentada sin éxito la mediación administrativa, el usuario directamente o a través de la propia Administración de Consumo (art. 38.4 Ley 30/1992), solicite la intervención de la SETSI, siempre que no hayan transcurrido los plazos a los que se refiere el art. 104 RSU y 4 Orden ITC/2007. Una interpretación en sentido contrario podría dar lugar a situaciones de indefensión de aquellos usuarios menos formados que, siguiendo los cauces habituales dirijan a la Administración de Consumo sus reclamaciones contra los operadores de telecomunicaciones. Sobre esta cuestión, v. Cap. III.

de telecomunicaciones o con instalaciones situadas tras el punto de terminación de red.

7.4.3. Inicio y tramitación del procedimiento.

El abonado podrá solicitar el inicio del procedimiento ante la SETSI en el plazo de tres meses desde la notificación de la respuesta del operador a su queja o reclamación o desde la finalización del plazo (de un mes) para responder. También podrá acudir a la SETSI en el plazo de tres meses siguientes a la notificación de la no aceptación del arbitraje por el operador, siempre que haya planteado la solicitud de arbitraje en el plazo de los tres meses siguientes a la respuesta del operador o a la finalización del plazo para responder (art. 4.2 y 4.3 Orden ITC/1030/2007).

Es un procedimiento unidireccional, disponible para los usuarios finales, que pueden someter, o no, la controversia a la SETSI. Pero iniciado el procedimiento a instancia del usuario final, es vinculante para el operador (art. 4.2 Orden ITC/1030).

Las reclamaciones ante la SETSI podrán presentarse en su sede de Madrid, en cualquiera de las formas previstas en la legislación administrativa (art. 38 Ley 30/1992) o por vía telemática con firma electrónica reconocida a través de la web www.usuarioteleco.es y en los términos y condiciones de la Orden ITC/3928/2004, de 12 de noviembre, mediante la que se crea un registro telemático en el MITC (arts. 104.6 RSU y 4.2 Orden ITC/1030/2007)¹⁵⁵. A fin de agilizar el procedimiento, se prevé su tramitación exclusivamente telemática en los términos de la Orden ITC/105/2007, de 25 de enero, por la que se desarrolla la DA 18ª de la Ley 30/1992 (art. 5.1 Orden ITC/1030/2007).

¹⁵⁵ Según publica la web de la SETSI (www.usuarioteleco.es), varios operadores, - Euskaltel, Telefónica, Movistar, Orange, Vodafone y Ya.Com- se han adherido al sistema de tramitación telemática de reclamaciones, que implica que todos los requerimientos de información que esta Oficina dirige a los operadores durante la tramitación de la reclamación se realizan por esta vía, eliminando así los tiempos de envío y recepción del correo postal, lo que redundará en una reducción de los plazos para resolver la reclamación.

Se confiere a la Administración, en concreto a la SETSI, la potestad de resolver conflictos entre particulares por los cauces propios del procedimiento administrativo (cfr. arts. 4-6 Orden ITC/1030/2007).

El procedimiento ha de ser “rápido y gratuito” y finaliza por resolución impugnabile ante la jurisdicción contencioso-administrativa (art. 38.1.II LGTel, 104.4 RSU y 9.3.III Orden 1030/2007). El plazo para resolver y notificar la resolución será de seis meses computados desde que la solicitud haya tenido entrada en el Registro de la SETSI (arts. 104.4 RSU y 9.3 Orden ITC 1030/2007).

7.4.4. Resolución del procedimiento.

La resolución será motivada y se pronunciará sobre todas las cuestiones planteadas en el procedimiento por los interesados y aquellas otras derivadas del mismo, aplicando los derechos que la LGTel y su normativa de desarrollo reconocen a los usuarios.

La SETSI no se pronuncia como Administración de telecomunicaciones, sino de una forma “cuasiarbitral”¹⁵⁶. Entre otros extremos, podrá declarar los derechos que corresponden al interesado, anular facturas, ordenar la devolución de importes indebidamente facturados y en general, “disponer cuantas medidas tiendan a restituir al interesado en sus derechos e intereses legítimos” (art. 9.1 Orden ITC/1030/2007). En particular, la resolución podrá (art. 9.2 Orden ITC/1030/2007)¹⁵⁷:

¹⁵⁶ Por ejemplo, puede declarar la procedencia o improcedencia de la facturación de ciertos cargos [v. STSJ Madrid, cont.-adm., de 13-11-2002, RJCA 2003\573] o pronunciarse sobre posibles compensaciones derivadas de la interrupción del servicio y previstas en la legislación sectorial [v. SAN, cont.-adm, de 8-6-2004 (JUR 2004,245185)], pero no puede resolver otras pretensiones indemnizatorias.

¹⁵⁷ 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 indemnizatoria en el marco de un procedimiento sancionador (arts. 130 Ley 30/1992 y 36.4 LGDCU en redacción dada por Ley 44/2006).

- a) Ordenar la tramitación inmediata de la baja y la restitución del usuario en la situación contractual anterior, con el reintegro de cantidades por los costes que sufra el usuario ante la restitución, cuando se aprecie que a un usuario se le haya producido un alta indebida en cualquier servicio (v.gr. *slamming* o cambio no consentido de operador)¹⁵⁸;
- 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;
- c) Ordenar otras medidas que, respetando siempre el principio de proporcionalidad, “permitan restituir los derechos del usuario que hayan sido vulnerados”.

A pesar de la ambiciosa redacción de los artículos 9.1 y 9.2,c) Orden ITC/1030/2007, se ha de hacer hincapié en las limitaciones impuestas a la SETSI, que no podrá pronunciarse sobre las controversias referentes a “la procedencia de indemnización por posibles daños y perjuicios causados por la prestación deficiente del servicio o por su falta de prestación” [art. 3.2,a) Orden ITC/1030/2007]. Esta aparente contradicción entre los preceptos de la Orden Ministerial habrá de resolverse entendiendo que la SETSI es competente para imponer el pago de compensaciones expresamente previstas y tasadas en la legislación sectorial (ej. arts. 115 y 120 RSU, en supuestos de interrupción del servicio), pero no para pronunciarse sobre otros posibles daños derivados de las deficiencias del servicio (ej. lucro cesante por indisponibilidad del servicio), que habrán de ser resarcidos en vía judicial o arbitral.

7.5. Otros procedimientos. Arbitrajes distintos al de consumo.

Los procedimientos de resolución de conflictos entre operadores de redes y servicios de comunicaciones electrónicas y usuarios finales no se agotan en los enumerados en el art. 104 RSU.

¹⁵⁸ Ha de entenderse que en supuestos de *slamming* o cambio no consentido de operador quedan incluidas en el “reintegro de cantidades por los costes que sufra el usuario ante la restitución”, cantidades como las derivadas de la baja anticipada en el antiguo operador y en su caso, gastos de nueva conexión en el operador originario.

Naturalmente, la previsión sectorial de mecanismos de resolución de conflictos no excluye la resolución en vía civil de los conflictos suscitados entre usuarios y operadores de redes y servicios de telecomunicaciones conforme a la legislación general (art. 24 CE, LOPJ y LEC). En aquellos casos en los que las partes no se someten al arbitraje y sin perjuicio de la incipiente potestad de la Administración para pronunciarse sobre pretensiones indemnizatorias en procedimientos sancionadores (arts. 130.2 Ley 30/1992 y 36.4 LGDCU mod. por Ley 44/2006), la acción ante la jurisdicción civil es la única vía a través de la cual los usuarios pueden exigir la reparación de los daños y perjuicios derivados de la incorrecta prestación de servicios de telecomunicaciones (ej. lucro cesante provocado por la interrupción temporal del servicio telefónico, costes de medios de comunicación alternativos...etc).

Sin perjuicio de la necesaria referencia a los procedimientos previstos por el art. 104 RSU, el contrato de abono puede contemplar otros procedimientos alternativos [cfr. art. 105.2,i) RSU].

No es infrecuente la imposición en condiciones generales de arbitrajes distintos al de consumo¹⁵⁹. Tales cláusulas son abusivas (DA 1ª.V.26 LGDCU) y el laudo dictado a su amparo es nulo¹⁶⁰, incluso aunque se hayan firmado bajo la apariencia de condición particular negociada (documento anexo que figura al

¹⁵⁹ En el apartado del Capítulo II, "Manual de Casos Prácticos", dedicado a los procedimientos de resolución de conflictos se exponen algunas prácticas usuales en relación con este tipo de arbitrajes.

¹⁶⁰ V. Autos AP Barcelona 17 Octubre 2003 (JUR 2003,259573); 25 Febrero 2004 (JUR 2004,122355); 21 julio 2005 (AC 2006,24); 8 febrero 2006 (AC 2006, 2041); AP Jaén 7 y 15 noviembre 2005 [(JUR 2006, 143448); (JUR 2006,143348)]. En todos ellos se deniega la ejecución del laudo dictado por la Asociación Europea de Arbitraje y Equidad (AEDE). Se aprecia la nulidad del laudo tanto porque la sumisión al arbitraje se impone en contratos de adhesión, sin que el usuario fuera consciente de esta circunstancia y menos aún de la obligación de pagar los gastos generados por este arbitraje, como por la estrecha vinculación entre el árbitro y la parte, que finalmente resulta beneficiaria del laudo, incompatible con la imparcialidad exigible a los árbitros. Invocando la jurisprudencia comunitaria sobre la Directiva 93/13 [STJUE 27-6-2000 (TJCE 2000,144)], los citados pronunciamientos judiciales admiten el control de oficio en fase de ejecución del laudo de las causas de nulidad del mismo y en particular, de las cláusulas de sumisión al arbitraje. En contra de esta interpretación v. Autos AP Madrid 22 abril 2004 (AC 2004,1762) y 4 noviembre 2004 (AC 2004,1762).

final del clausulado de condiciones generales y que el usuario adherente firma de forma específica)¹⁶¹.

La Ley 44/2006 da un paso más en la protección de los consumidores y usuarios y en la lucha contra estas prácticas que pretenden disimular cláusulas impuestas mediante cláusulas aparentemente negociadas. En su nueva redacción, el art. 31.4 LGDCU declara la nulidad de los convenios arbitrales con los consumidores en los que se pacte la sumisión de la controversia a arbitrajes distintos al de consumo antes del nacimiento de dicha controversia, salvo que se trate de órganos de arbitraje institucionales creados por normas legales o reglamentarias para un sector o supuesto específico. En otros términos, sólo serán válidos estos convenios de sumisión a arbitrajes distintos al de consumo una vez surgido el conflicto entre las partes.

8. SECRETO DE LAS COMUNICACIONES Y PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES EN EL ÁMBITO DE LAS TELECOMUNICACIONES.

8.1. Consideraciones generales.

El derecho al secreto de las comunicaciones es un derecho reconocido constitucionalmente (arts. 18.3 y 55.2 CE). Los operadores adoptarán todas las medidas técnicas necesarias para su garantía y sólo bajo control judicial se podrán intervenir las comunicaciones (cfr. arts. 33, 35 y 36 LGTel y 83-101 RSU).

Sin perjuicio de la aplicación de la legislación general en materia de protección de datos personales (LO 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, art. 63 RSU), la legislación sectorial contiene previsiones específicas (v. arts. 34 y DA 9ª LGTel y arts. 61-82 RSU; Directiva 2006/24/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2006, sobre la conservación de datos generados o tratados en relación con la prestación de

¹⁶¹ V. SSAP Jaén, de 11-11-2002 (JUR 2003,18571); Madrid de 15-7-2002 (JUR 2003,48793); de 23-4-2004 (JUR 2004,151041); 26-5-2004 (2004,150815); de 2-7-2004 (JUR 2004, 257554); 2-11-2004 (AC 2004,2141) y 12-7-2005 (AC 2005,1499); Valencia 3-10-2005 (AC 2005,1914). Todas ellas declaran abusiva la condición general de la contratación que impone la sumisión al arbitraje de la Asociación Europea de Arbitraje y Equidad (asociación privada).

servicios de comunicaciones electrónicas de acceso público o de redes públicas de comunicaciones, que modifica la Directiva 2002/58¹⁶²).

Se reconoce el derecho de los abonados a figurar y no figurar en la guía telefónica general [cfr. art. 38.6 LGTel; arts. 20,b), 67, 68 y DT 7ª RSU]; así como el derecho a hacer constar en la misma su negativa a la utilización comercial de sus datos (art. 67.4 RSU); a no recibir factura desglosada o preservar su intimidad en la misma [cfr. arts. 38.3,c) LGTel 66 y 112 RSU]; se prohíbe el tratamiento de datos con fines comerciales, salvo consentimiento informado [cfr. arts. 38.3, b) y 38.4 LGTel, 65.3 y 4; 67.4 y 69 RSU]; se regula el régimen de las llamadas no solicitadas con fines de venta directa [arts. 38.3,h) LGTel y 69 RSU]; se prohíbe el tratamiento de datos de tráfico (número de destino, fecha y hora, duración de la comunicación), imponiéndose la cancelación o anonimato de datos de tráfico cuando ya no sean necesarios [arts. 38.3,a) y 38.4 LGTel, 65.1 y 2 RSU y 3, 5 y 6 Directiva 2006/24]¹⁶³; se prohíbe el tratamiento de otros datos de localización distintos de los de tráfico, salvo consentimiento expreso [cfr. arts. 38.3,d) y 38.4 LGTel 70 RSU y 3, 5 y 6 Directiva 2006/24]; se obliga a articular procedimientos sencillos y gratuitos para impedir la identificación de llamadas entrantes y salientes y rechazar llamadas entrantes no identificadas [cfr. arts. 38.3,f),g), 38.5 LGTel y 71-80 RSU) e impedir el desvío automático de llamadas al terminal del usuario efectuado por un tercero [art. 38.3,e) LGTel y 82 RSU]¹⁶⁴.

¹⁶² DO L 105, de 13.4.2006.

¹⁶³ La jurisdicción civil ha entendido que el carácter confidencial de estos datos sobre tráfico sólo opera respecto a terceros, pero no en relación a las partes de un contrato de agencia. La sentencia AP Barcelona de 17-3-2003 (JUR 2003,203075) condena a *Retevisión* a facilitar los datos sobre tráfico a una entidad con la que había celebrado un contrato de agencia para la promoción y contratación de su servicio AMENA, en el que parte de la remuneración consistía en una comisión por consumo de cada línea contratada por el agente, considerando que la confidencialidad de estos datos es predicable sólo respecto a terceros. En concreto, el operador debía "facilitar información de su cantera de clientes, consistente en los datos de facturación de cada línea telefónica activada, mes a mes, y cliente por cliente, durante los dos años de duración del contrato".

¹⁶⁴ V. CARRASCO PERERA Y MENDOZA LOSANA, "La protección de los consumidores...", *op.cit.*, págs. 147-149; CARRASCO PERERA, MENDOZA LOSANA, IGARTUA, "Los derechos de los usuarios de telecomunicaciones", *op.cit.*, pág. 674-692.

Corresponde a la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) salvaguardar el cumplimiento de estas normas y en su caso, sancionar los eventuales incumplimientos [arts.58.b) LGTel y 43.1 LSSI].

De las cuestiones enumeradas y dadas sus repercusiones en relación a los derechos de los consumidores y usuarios resultan especialmente relevantes dos: la cesión de datos con fines de promoción comercial, el régimen de las comunicaciones comerciales y la inclusión en registros de información sobre solvencia patrimonial, popularmente conocidos como “ficheros de morosos”.

8.2. Cesión de datos con fines de promoción comercial.

El tratamiento de los datos de tráfico con fines de promoción comercial de servicios de comunicaciones electrónicas o para la prestación de servicios con valor añadido está permitido siempre que tal tratamiento cumpla los requisitos impuestos por la normativa general y sectorial. Se exige el consentimiento previo e informado del abonado¹⁶⁵, que será requerido por medio que garantice la recepción del requerimiento por el abonado¹⁶⁶. Se admite el consentimiento tácito, que se entenderá producido si en el plazo de un mes desde la comunicación de información y requerimiento del consentimiento (por un medio que garantice su recepción), el abonado no se opone al tratamiento. En cualquier caso, deberá facilitarse un medio sencillo y gratuito para manifestar la

¹⁶⁵ La Agencia Española de Protección de Datos sancionó a Telefónica por limitarse a comunicar a sus abonados que “con la finalidad de proporcionarle los mejores servicios, le participamos que los datos que de usted disponemos están incorporados en fichero informatizado de titularidad de esta Empresa. [...]. Para una atención más completa y personalizada, le comunicamos que dichos datos podrán ser intercambiados entre Telefónica de España, S.A. y las correspondientes filiales y participadas del Grupo Telefónica para la oferta de productos o servicios que puedan ser de su interés a partir del 31 de enero de 1997, salvo instrucciones expresas en contrario por su parte” (Res. AEPD de 3-4-1998). La sanción ha sido confirmada por el TS (STS de 11-4-2004, JUR).

¹⁶⁶ La Resolución de la AEPD de 11-2-2005 ha declarado la legalidad de la campaña de Telefónica realizada en enero de 2004, en la que, junto a la factura correspondiente se informaba a los abonados del tratamiento de sus datos personales, de tráfico y facturación para ofrecer productos y servicios de terceras empresas soportados o asociados a las telecomunicaciones y nuevas tecnologías de la información, así como de ocio, cultura, seguros, financieros y de asistencia en el hogar., salvo que los abonados manifestaran su voluntad en contra mediante el envío de un cupón respuesta con franqueo pagado. Al margen de la admisión del consentimiento tácito en estos casos, se ha planteado la dificultad para acreditar que el abonado ha recibido realmente tal comunicación. Para solventar el problema, el RD 424/2005 exige el envío a través de un medio que garantice su recepción por parte del abonado.

negativa al tratamiento de los datos (ej. envío de respuesta a franquear en destino, llamada a número gratuito o a servicio de atención al cliente) (art. 65.3).

También se precisa el consentimiento previo, expreso e informado para el tratamiento de datos de localización distintos a los datos de tráfico (art. 70.1). Los datos de localización son aquellos de los que dispone el operador, que permiten determinar el lugar aproximado desde donde se realiza la llamada. El consentimiento habrá de ser requerido por medio que acredite su recepción por el usuario o abonado. Estos datos solo podrán tratarse con previo consentimiento expreso de los usuarios, en la medida y por el tiempo necesarios para la prestación de un servicio con valor añadido (por ejemplo, publicidad sobre establecimientos situados en una determinada zona).

Se exceptúa de este régimen el suministro de datos de localización a las entidades autorizadas para la atención de urgencia, cuando el destino de las llamadas corresponda a tales entidades (art. 70.4).

8.3. Régimen de las comunicaciones comerciales

Respecto al régimen de las comunicaciones comerciales, se ha de distinguir entre comunicaciones realizadas por vía electrónica y comunicaciones telefónicas (vía telefónica o fax). A su vez, el régimen previsto es distinto en función de que la comunicación telefónica se efectúe de forma automática (sin intervención humana) o con intervención humana.

8.3.1. Comunicaciones por vía electrónica.

Las comunicaciones comerciales realizadas por vía electrónica se regulan en los arts. 19 a 22 LSSI. Deben ser claramente identificables como tales, incluyendo la palabra “publicidad” (art. 20 LSSI).

La LSSI prohíbe el *spam* o correo basura, estableciendo que “queda prohibido el envío de comunicaciones publicitarias o promocionales por correo

electrónico u otro medio de comunicación electrónica equivalente que previamente no hubieran sido solicitadas o autorizadas expresamente por los destinatarios de las mismas” (art. 21.1 LSSI). Sin embargo, la propia Ley excepciona esta prohibición cuando exista una relación contractual previa, siempre que el prestador hubiera obtenido de forma lícita los datos de contacto del destinatario y los emplee para el envío de comunicaciones comerciales referentes a productos o servicios de su propia empresa que sean similares a los que inicialmente fueron objeto de contratación con el cliente. En todo caso, se ha de ofrecer al destinatario la posibilidad de oponerse al tratamiento de sus datos con fines promocionales mediante un procedimiento sencillo y gratuito, tanto en el momento de recogida de los datos como en cada una de las comunicaciones comerciales que le dirija.

El envío masivo de comunicaciones comerciales por correo electrónico u otro medio equivalente incumpliendo los requisitos impuestos por los arts. 20 y 21 LSSI constituye una infracción administrativa sancionable por la AEPD [arts. 38.3,c), d), i); 38.4 c), d), g) y h) y 43.1 LSSI].

8.3.2. Comunicaciones telefónicas.

El régimen de las comunicaciones comerciales por vía telefónica difiere en función de que la comunicación se efectúe de forma automática (sin intervención humana) o con intervención humana.

- i) *Comunicaciones telefónicas por medios automáticos.* Sólo podrán realizarse llamadas o comunicaciones de fax no solicitadas para fines de venta directa realizadas por medios automáticos a aquellos abonados que hayan manifestado su consentimiento previo, expreso e informado (art. 69.1 RSU). Al establecer la obligación de autorización expresa para la recepción de llamadas no solicitadas con fines de venta directa a través de sistemas de llamada automática se pretende poner coto al envío indiscriminado de mensajes publicitarios (*spam telefónico*).

- ii) *Comunicaciones telefónicas a través de teleoperador.* Podrán realizarse llamadas o comunicaciones de fax no solicitadas para fines de venta directa mediante sistemas no automáticos a todos aquellos abonados que no hayan manifestado su deseo de no recibirlas (“listas Robinson”) (art. 69.2 RSU). El RSU proclama expresamente el derecho del abonado a la no utilización de los datos de la guía con fines comerciales y a que dicha voluntad conste de forma clara en la propia guía (art. 67.4).

8.4. Inclusión en fichero de morosos.

Los ficheros de información sobre solvencia patrimonial y sobre el cumplimiento de obligaciones dinerarias (“ficheros de morosos”) se regulan en el artículo 29 de la LO 15/1999, de Protección de Datos de Carácter Personal¹⁶⁷. Obviamente, no corresponde debatir aquí sobre la legitimidad de estos ficheros, nos limitaremos a exponer los requisitos exigidos legalmente para la inclusión de un cliente, en particular, de un abonado contratante de servicios de comunicaciones electrónicas, en uno de estos registros de morosos (ej. ASNEF, BADEXCUG)¹⁶⁸.

¹⁶⁷ *Art. 29 LOPD. Prestación de servicios de información sobre solvencia patrimonial y crédito.*

1. Quienes se dediquen a la prestación de servicios de información sobre la solvencia patrimonial y el crédito sólo podrán tratar datos de carácter personal obtenidos de los registros y las fuentes accesibles al público establecidos al efecto o procedentes de informaciones facilitadas por el interesado o con su consentimiento.

2. Podrán tratarse también datos de carácter personal relativos al cumplimiento o incumplimiento de obligaciones dinerarias facilitados por el acreedor o por quien actúe por su cuenta o interés. En estos casos se notificará a los interesados respecto de los que hayan registrado datos de carácter personal en ficheros, en el plazo de treinta días desde dicho registro, una referencia de los que hubiesen sido incluidos y se les informará de su derecho a recabar información de la totalidad de ellos, en los términos establecidos por la presente Ley.

3. En los supuestos a que se refieren los dos apartados anteriores, cuando el interesado lo solicite, el responsable del tratamiento le comunicará los datos, así como las evaluaciones y apreciaciones que sobre el mismo hayan sido comunicadas durante los últimos seis meses y el nombre y dirección de la persona o entidad a quien se hayan revelado los datos.

4. Sólo se podrán registrar y ceder los datos de carácter personal que sean determinantes para enjuiciar la solvencia económica de los interesados y que no se refieran, cuando sean adversos, a más de seis años, siempre que respondan con veracidad a la situación actual de aquéllos.

¹⁶⁸ La Instrucción 1/1995, de 1 de marzo, de la Agencia Española de Protección de Datos, relativa a prestación de servicios de información sobre solvencia patrimonial y crédito, establece en su Norma Primera, punto 1, los requisitos imprescindibles para registrar los datos relativos al cumplimiento o incumplimiento de obligaciones:
NORMA PRIMERA. Calidad de los datos objeto de tratamiento.

i) *Procedencia de los datos.* Quienes se dediquen a la prestación de servicios de información sobre la solvencia patrimonial y el crédito sólo podrán tratar datos de carácter personal obtenidos de los registros y las fuentes accesibles al público establecidos al efecto o procedentes de informaciones facilitadas por el interesado o con su consentimiento (art. 29.1 LOPD). Los datos específicos relativos al cumplimiento o incumplimiento de obligaciones dinerarias serán facilitados por el acreedor o por quien actúe por su cuenta o interés (art. 29.2 LOPD). Los ficheros a los que se refiere el art. 29.1 no se apartan de la regulación común que establece la Ley Orgánica 15/1999 de Protección de Datos Personales, los mencionados por el art. 29.2 presentan un conjunto de especialidades, -principalmente la excepción del principio del consentimiento tanto en la recogida de los datos como en su tratamiento-, que hacen imprescindible ciertas cautelas y restricciones.

El consentimiento para el tratamiento de datos personales ha de constar de forma expresa (art. 6.1 LOPD). Considerando que en la mayoría de las ocasiones, la contratación de servicios de comunicaciones electrónicas se produce por vía telefónica, el operador no podrá probar el otorgamiento de este consentimiento por parte del interesado¹⁶⁹. La

La inclusión de los datos de carácter personal en los ficheros relativos al cumplimiento o incumplimiento de obligaciones dinerarias, [...], deberá efectuarse solamente cuando concurren los siguientes requisitos:

- Existencia previa de una deuda cierta, vencida y exigible, que haya resultado impagada;
- Requerimiento previo de pago a quien corresponda, en su caso, el cumplimiento de la obligación.
- No podrán incluirse en los ficheros de esta naturaleza datos personales sobre los que exista un principio de prueba documental que aparentemente contradiga alguno de los requisitos anteriores. Tal circunstancia determinará igualmente la desaparición cautelar del dato personal desfavorable en los supuestos en que ya se hubiera efectuado su inclusión en el fichero.
- El acreedor o quien actúe por su cuenta e interés deberá asegurarse que concurren todos los requisitos exigidos en el número 1 de esta Norma en el momento de notificar los datos adversos al responsable del fichero común.
- La comunicación del dato inexistente o inexacto, con el fin de obtener su cancelación o modificación, deberá efectuarse por el acreedor o quien actúe por su cuenta al responsable del fichero común en el mínimo tiempo posible, y en todo caso en una semana. Dicho plazo es independiente del establecido en el artículo 15.2 del Real Decreto 1332/1994, de 20 de junio, y que se aplica al fichero del acreedor.

¹⁶⁹

V. SAN 21 diciembre 2001.

aportación por el operador del registro de llamadas realizadas desde el número del interesado no es prueba suficiente que acredite la contratación de la línea y el otorgamiento del consentimiento al tratamiento de datos personales, máxime si el interesado niega la contratación¹⁷⁰. En aquellos casos en los que la deuda que origina la inclusión en el registro de morosos trae causa en la contratación de servicios sin el consentimiento del interesado, el operador incurre en doble infracción, vulnerando el art. 6.1 LOPD que exige el consentimiento expreso del interesado a todo tratamiento de sus datos personales y el art. 4.2 LOPD que proclama el principio de calidad de los datos¹⁷¹.

Probada la emisión del consentimiento, éste sólo tiene efectos durante el tiempo que dura la relación contractual. Por ello, la desdichada práctica de facturar servicios tras la solicitud de baja y en caso de impago, incluir 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 (cfr. apdo. ii).

- ii) *Existencia de una deuda cierta, vencida y exigible que haya resultado impagada y requerimiento previo de pago.* Vulnera el principio de calidad de los datos (art. 4.3 LOPD), el operador que no requiere el pago de la deuda con carácter previo a la inclusión de sus datos en un fichero sobre solvencia patrimonial y crédito y no comprueba si concurren los requisitos necesarios para su inclusión. Se impone al responsable del tratamiento de estos datos, -operador cedente de datos-, un especial deber de diligencia al comprobar la exactitud y veracidad de los datos que pretende ceder. Por ello, incurre 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

¹⁷⁰ V. Resolución de 7-11-2006, R/00810/2006 dictada en el procedimiento sancionador PS/00070/2006, instruido por la Agencia Española de Protección de Datos a la entidad TELEFÓNICA MÓVILES.

¹⁷¹ V. Resolución APD de 7-11-2006, R/00810/2006, Telefónica Móviles.

registro por falta de pago de servicios facturados tras la solicitud de baja no tramitada o por el impago de facturas anuladas por servicios no prestados) o sin haber realizado el correspondiente requerimiento de pago¹⁷².

- iii) *Pertinencia, exactitud y actualidad.* Los datos incluidos en el fichero deben recoger una situación actual y cierta. Sólo se podrán registrar y ceder los datos de carácter personal que sean determinantes para enjuiciar la solvencia económica de los interesados y que no se refieran, cuando sean adversos, a más de seis años anteriores a la inclusión en el registro. Transcurridos seis años desde la inclusión en el registro, los datos que puedan influir negativamente en el crédito del afectado o simplemente se refieran a su morosidad deben desaparecer del fichero¹⁷³. Este plazo habrá de computarse conforme a lo establecido en la Norma Tercera de la Instrucción de la APD 1/1995, de 1 de marzo, relativa a prestación de servicios de información sobre solvencia patrimonial y crédito¹⁷⁴.

Los datos incluidos en el fichero han de responder con veracidad a la situación actual. Saldada la deuda o comprobada la inexactitud de los datos, se han de cancelar. El acreedor (operador) comunicará al responsable del fichero la incorrección de tales datos en el menor tiempo

¹⁷² 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.

¹⁷³ V. por todas SAN de 3 de marzo de 2000.

¹⁷⁴ *NORMA TERCERA. Cómputo del plazo de seis años que establece [...] la Ley Orgánica:*

El cómputo del plazo a que se refiere [...] la Ley Orgánica se iniciará a partir del momento de la inclusión del dato personal desfavorable en el fichero y, en todo caso, desde el cuarto mes, contado a partir del vencimiento de la obligación incumplida o del plazo en concreto de la misma si fuera de cumplimiento periódico.

posible y a lo sumo, en el plazo de una semana desde que tuviera constancia del pago de la deuda o de la incorrección del dato.

- iv) *Comunicación al interesado y otros derechos de información.* El responsable del fichero (empresa que ofrece información sobre la solvencia patrimonial) deberá comunicar al titular de los datos su inclusión en el registro en el plazo máximo de treinta días desde tal inclusión¹⁷⁵. La norma no exige que la comunicación se practique con carácter previo a la inclusión en el registro, basta que se realice a *posteriori*.

Previa solicitud del interesado, el responsable del tratamiento deberá comunicar los datos, así como las evaluaciones y apreciaciones que sobre los mismos hayan sido comunicadas durante los últimos seis meses y el nombre y dirección de la persona o entidad a quien se hayan revelado tales datos (art. 29.3 LOPD).

La inclusión o mantenimiento en un fichero de este tipo por deudas inexistentes o la falta de comunicación tras el registro constituyen infracciones [art. 44.3,f) y l) LOPD, respectivamente], sancionadas por la APD con multas de 60.101,21 a 300.506,05 euros (art. 45.2 LOPD)¹⁷⁶.

¹⁷⁵ No justifica la falta de notificación el carácter incompleto de los datos facilitados por quien los proporciona (ej. domicilio incompleto). Corresponde al responsable del fichero requerir la información necesaria para practicar esta comunicación [SAN 6 abril 2005 (JUR 2006,238705)].

¹⁷⁶ V. Resolución 23 noviembre 2006, R/00900/2006 , *France Telecom*; de 25 septiembre 2006, R/00626/2006, *France Telecom*.

CAPÍTULO II

MANUAL DE CASOS PRÁCTICOS

INTRODUCCIÓN: MOTIVOS MÁS FRECUENTES DE RECLAMACIÓN.

Junto a la facturación por servicios no prestados, las dificultades para darse de baja (solicitudes no atendidas, facturación de servicios tras la solicitud de baja, cláusulas de permanencia y penalizaciones desproporcionadas, ingreso en registro de morosos,...) o los problemas asociados a la calidad de los servicios (escasa velocidad de acceso a Internet, falta de cobertura en telefonía móvil, interrupciones del servicio...) constituyen algunos de los motivos más habituales de reclamación en relación a la prestación de servicios de telecomunicaciones. A ellos se unen las carencias de los servicios de atención al cliente que aunque no constituyen el fundamento de la reclamación, sí agravan el problema de base (ej. servicios impagados por no atender solicitud de baja, ingreso en registro de morosos por la falta de pago de cantidades insignificantes...etc).

Este Capítulo II, “Manual de Casos Prácticos”, expone algunos de los supuestos más frecuentes de queja o reclamación o aquellos más ilustrativos de la situación del sector y pretende facilitar a la Administración, a las Juntas Arbitrales o en su caso a los tribunales, un modelo de solución del conflicto. El orden de exposición de los casos no se corresponde con el lugar que éstos ocupan en las estadísticas sobre quejas y reclamaciones, en las que se ubicarían en los primeros puestos las reclamaciones sobre facturación, las solicitudes no atendidas de baja y con carácter omnipresente las deficiencias de los servicios de atención al cliente. El orden de exposición de los casos se aproxima a la trayectoria y vicisitudes habituales de cualquier relación operador-usuario: cumplimiento de obligaciones de servicio público; estrategias de captación de clientes, publicidad e información precontractual; perfección del contrato; evolución de la relación contractual (defectos del terminal, problemas de facturación, incumplimiento de niveles de calidad, cláusulas abusivas...); extinción del contrato (solicitud de baja, cláusulas de penalización,

resolución por incumplimiento, suspensión o interrupción por falta de pago) y resolución de conflictos.

A fin de dar un cierto orden sistemático a la exposición, en todos los casos planteados se sigue el mismo esquema: planteamiento del supuesto o supuestos de hecho típicos; cita sucinta de las normas jurídicas aplicables¹⁷⁷ y solución o respuesta jurídica, apartado en el que se analizan las diversas y no siempre indiscutidas consecuencias jurídicas del supuesto. Se adopta una perspectiva eminentemente práctica que habrá de ser completada con la exposición más teórica del *status* del usuario de servicios de telecomunicaciones realizada en el Capítulo I y con las reflexiones sobre la distribución de competencias entre la Administración de Consumo y la Administración de Telecomunicaciones expuestas en el Capítulo III.

1. PRESTACIONES DE SERVICIO UNIVERSAL

1.1. Conexión a red telefónica fija y traslados de domicilio.

Supuesto de hecho. Especialmente en zonas de intenso y rápido crecimiento urbanístico (ej. provincia de Toledo), sin ser abrumadoras en número, sí se observa un incremento de las reclamaciones presentadas ante la Administración de Consumo referentes a la conexión *ex novo* a la red telefónica fija o al traslado de la misma, en caso de cambio de domicilio.

Ante la solicitud de nuevas altas o cambio a zonas de reciente urbanización, el operador obligado a prestar el servicio universal hasta el 31 de diciembre de 2007, Telefónica (cfr DT 2ª LGTel y DT 2ª RSU), declina o dilata en el tiempo la satisfacción de la solicitud dando respuestas como las siguientes: a) “Ante la falta de infraestructura suficiente para facilitarle el servicio solicitado, estamos estudiando la mejor de las soluciones para que en el plazo más breve posible y dentro de las viabilidades técnico/comerciales, podamos atender sus

¹⁷⁷ Para evitar reiteraciones, así como una desproporcionada e injustificada extensión del Capítulo y dada la facilidad de acceso a las normas jurídicas vigentes, no se reproduce el texto literal de las mismas, tan solo se citan los artículos pertinentes y se extraen las correspondientes consecuencias jurídicas de su aplicación al supuesto planteado.

necesidades de comunicación; b) “Nuestros departamentos están realizando los estudios encaminados a dotar de infraestructura de red a la zona”; c) “siendo necesaria la obtención de licencia municipal para la instalación de postes y pese a haberla solicitado ante el Ayuntamiento competente, la licencia no ha sido concedida”.

Es actuación habitual de la Administración de Consumo requerir al operador mayor información sobre el particular (ej. estudios concretos realizados con indicación del plazo para instalar la nueva infraestructura) o incluso requerir la colaboración del usuario para que compruebe la veracidad de la información facilitada (ej. constante la solicitud y denegación de la licencia municipal). En la mayoría de las ocasiones, estas actuaciones resultan infructuosas y sólo conducen a revelar que los argumentos del operador eran simples estrategias dilatorias.

Normas aplicables. Arts. 20-25, arts. 53,l), 54,o), 55,e), 58,d) LGTel; 27-29 RSU; DT 2ª LGTEL; DT 2ª RSU; DA 2ª Ley 44/2006.

Respuesta jurídica. La conexión a red telefónica desde una ubicación fija, que permita el acceso al servicio telefónico, de fax y acceso funcional a Internet constituye una de las prestaciones de servicio universal [arts. 22.1,a) LGTel, 27.1,a) y 28 RSU], de modo que el operador obligado a la prestación de tal servicio, Telefónica, hasta el 31 de diciembre de 2007 (DT 2ª LGTel y DT 2ª RSU), ha de satisfacer todas las solicitudes que “se consideren razonables en los términos que reglamentariamente se determinen” [arts 22.1, a) LGTel y 27.1,a), 28 y 29.1 RSU]. Entre otras (cfr. art. 29.2 RSU), se considerarán en todo caso razonables las peticiones de conexión para cualquier inmueble situado en suelo urbano [art. 29.2,a) RSU].

El operador deberá facilitar la conexión en el plazo máximo de 60 días naturales desde la recepción de la solicitud (art. 29.4 RSU). Salvo por razones de fuerza mayor o causas imputables al solicitante, el incumplimiento de este plazo genera a favor del solicitante el derecho a una compensación automática consistente en la exención del pago de un número de cuotas mensuales de

abono equivalentes al número de meses o fracción en los que se haya superado dicho plazo (art. 29.4 RSU). Idéntico derecho a compensación nace en aquellos supuestos en los que el operador ha realizado las operaciones necesarias para facilitar la conexión a la red y a pesar de ello, ésta resulta inoperativa, de modo que no permite el acceso al servicio telefónico en las condiciones mínimas definidas legalmente (realizar y recibir llamadas, fax y acceso funcional a Internet)¹⁷⁸.

En cualquier caso, no corresponde al operador resolver las dudas acerca del carácter razonable o no de una solicitud. Si considera que una solicitud no es razonable o que no se puede satisfacer en el plazo reglamentariamente previsto, deberá someter la cuestión a la Dirección General de Telecomunicaciones y Tecnologías de la Información quien resolverá y en su caso, autorizará un tiempo de suministro mayor debido a la necesidad de obtener permisos, derechos de ocupación o de paso específicos o por cualquier otra causa no imputable al operador (art. 29.3 y 29.4 RSU).

En particular, en relación a la negativa municipal a conceder licencia de obras para satisfacer la solicitud de conexión por estar ubicada la vivienda en suelo calificado como no urbanizable, la CMT ha considerado que tal circunstancia no justifica *per se* la denegación de acceso. Es preciso el pronunciamiento de la Administración de telecomunicaciones, que en virtud del principio de neutralidad tecnológica puede considerar razonable la solicitud, si se emplean tecnologías alternativas (ej. acceso inalámbrico), que no precisan la autorización municipal¹⁷⁹.

¹⁷⁸ Entre los expedientes de reclamación figura algún caso en el que el usuario no pudo realizar y recibir llamadas hasta pasados ocho meses desde que se practicó la conexión. A pesar de ello, el servicio se facturó íntegramente desde la fecha de instalación. No obstante, cuando el operador tuvo conocimiento de esta incidencia a través de la Administración de Consumo, procedió a aplicar la compensación correspondiente en concepto de interrupción del servicio telefónico fijo en los términos previstos en el art. 115 RD 424/2005.

¹⁷⁹ Res. CMT de 29-6-2000, sobre la solicitud de intervención presentada por la Asociación de Consumidores "Sol Andaluz" en relación a la conducta de Telefónica de España, S.A.U. en la prestación del servicio de telefonía fija disponible al público en la localidad de Dos Hermanas (Sevilla).

El incumplimiento de las obligaciones en materia de servicio universal se tipifica expresamente como infracción de telecomunicaciones [arts. 53,l), 54,o), 55,e) LGTel]. Corresponde al MITC el control del cumplimiento y en su caso, la modificación de las obligaciones de servicio público (arts. 20.3 LGTEL y 25 y 26 RSU). Correlativamente, también corresponde a este Ministerio, a través de la SETSI, la sanción de las infracciones referentes al incumplimiento de obligaciones de servicio universal [art. 58, c) LGTel y DA 2ª Ley 44/2006].

La Administración de Consumo carece de potestad sancionadora sobre estos supuestos (DA 2ª Ley 44/2006), por lo que, sin perjuicio de su eventual actividad mediadora para lograr la satisfacción de compensaciones por dilación en la prestación del servicio, su actuación ha de limitarse a poner los hechos en conocimiento de la Administración estatal de Telecomunicaciones (ej. a través de la Jefatura Provincial de Inspección de Telecomunicaciones), para que en su caso, inicie el procedimiento sancionador.

1.2. Tecnología TRAC, ¿“calidad y continuidad” del servicio?.

Supuesto de hecho. Residentes de urbanizaciones conectadas a la red telefónica fija mediante tecnología TRAC (telefonía rural de acceso celular o inalámbrico) denuncian la imposibilidad de acceder a Internet y las deficiencias de calidad del servicio con interrupciones frecuentes motivadas por “fallos del satélite”, quedando “incomunicados”, debido a la ausencia de tecnologías alternativas (falta de antenas de telefonía móvil).

Normas aplicables. Arts. 20-25, arts. 53,l), 54,o), 55,e), 58,d) LGTel; 27-29, 115 RSU; DT 2ª LGTEL; DT 2ª RSU; Orden MCYT de 29 enero 2003, por la que se aprueba el Plan de despliegue de Telefónica de España para garantizar la posibilidad de acceso funcional a Internet a todos los abonados al servicio telefónico fijo, y en particular a los atendidos con sistemas de tecnología TRAC; DA 2ª Ley 44/2006.

Respuesta jurídica. El operador obligado a prestar el servicio universal de telecomunicaciones (Telefónica, S.A.U. hasta 31 de diciembre 2007) ha de

sustituir la tecnología TRAC por otras tecnologías que permitan el acceso funcional a Internet [par de cobre, tecnología móvil (GSM, GPRS), satélite o telefonía fija inalámbrica (LMDS)]¹⁸⁰, dado que dicha prestación forma parte del contenido mínimo del servicio universal [arts. 22.1,a) LGTel y 29 RSU]. En el caso concreto, Telefónica procede a reparar la avería y a compensar a los usuarios por interrupción del servicio (cfr. art. 115 RSU y apdo. 10º Orden PRE 2410/2004), pero no sustituye la tecnología obsoleta.

Corresponde a la Administración de Telecomunicaciones velar por el cumplimiento y en su caso, sancionar el incumplimiento de obligaciones de servicio universal [arts. 53,l), 54,o), 55,e), 58,d) LGTel]. Sin perjuicio de su eventual actividad mediadora para lograr la satisfacción de compensaciones por interrupción del servicio, la intervención de la Administración de Consumo ha de reducirse a poner en conocimiento de la Administración estatal el incumplimiento de la normativa sectorial.

2. ESTRATEGIAS DE CAPTACIÓN DE CLIENTES: OFERTAS, PUBLICIDAD Y CONTRATOS CON PRIMA O REGALO.

2.1. Publicidad engañosa.

2.1.2. Pack integrado: información falsa o incompleta sobre precios.

Supuesto de hecho. Contratado pack integrado de servicios [servicio telefónico + ADSL (3 Mb) + TV Digital] al precio de 44,95 € mensuales, según se ofrece en publicidad y se prevé en el contrato, llegado el momento de emisión de la primera factura, ésta es de de 56,4 € + IVA. Ante la reclamación

¹⁸⁰ En aplicación de la Ley 34/2002, de Servicios de la Sociedad de la Información, en enero de 2003 el Ministerio de Ciencia y Tecnología publica la Orden MCYT de 29 enero 2003, por la que se aprueba el Plan de despliegue de Telefónica de España para garantizar la posibilidad de acceso funcional a Internet a todos los abonados al servicio telefónico fijo, y en particular a los atendidos con sistemas de tecnología TRAC. Conforme al Plan, el proceso de migración de la tecnología TRAC a otras alternativas debía concluir en diciembre de 2004. Así, la web de Telefónica informa sobre la completa implantación del Plan y la posibilidad de que cualquiera de los 240.000 abonados a la tecnología TRAC soliciten la sustitución de esa tecnología por otra apta para facilitar el acceso funcional a Internet (http://www.telefonica.es/informeanual/esp/html/cronologia/junio_imp.htm).

del usuario, el operador manifiesta que los 6,49 € de diferencia corresponden al alquiler del decodificador digital que se cobra aparte. No obstante, considerando que debe haber existido algún error en el proceso de contratación e información al abonado, el operador accede a devolver la cuota del decodificador desde la fecha de alta hasta la resolución de la reclamación (de 9 de junio a 11 noviembre de 2005), pero manifiesta que a partir de ese momento y con efectos desde 20-11-2005, se informa al usuario de la facturación independiente del alquiler del decodificador.

Aportada publicidad y contrato por el usuario, se prueba que el tenor de ambos era claro: “Teléfono (llamadas gratis entre hogares DEL OPERADOR) + Internet (3 Megas) + Televisión Digital para toda la familia. Alquiler del descodificador GRATIS por sólo 49,95 € al mes durante todo el 2005”.

En algunos casos, los hechos se complican hasta rozar lo rocambolesco. Por ejemplo, algunos de los expedientes referentes a supuestos similares al descrito reflejan como ante las continuas reclamaciones de pago del operador y las amenazas de interrupción del servicio por falta de pago, el usuario paga las cuotas indebidas y a pesar de ello, se produce el anunciado corte. Tras reclamar infructuosamente ante el Servicio de Atención al Cliente, el usuario presenta la oportuna reclamación ante la Administración de consumo solicitando el restablecimiento del servicio y la corrección de las facturas.

Normas aplicables. Arts. 1101, 1124 CC; 8 y 13 LGDCU; 102.3, 105.2,e), 109, 115 y 120 RSU, Ley 34/1988, General de Publicidad.

Respuesta jurídica. Los hechos constituyen una clara infracción de consumo en cuanto vulneran las normas tuitivas del derecho de los usuarios a la información clara, veraz y completa [arts. 8, 13.1,d), 13.2, 34.6 LGDCU, 105.2;e) 109.3 RSU] y contienen publicidad engañosa [arts. 3.b), 4 y 5 Ley 34/1988]. Además, suponen un incumplimiento del contrato de abono por vulnerar las condiciones económicas previstas en el mismo.

Sin perjuicio de las sanciones administrativas procedentes por publicidad engañosa, fraude a los consumidores o suspensión indebida del servicio telefónico, -aplicables incluso aunque el operador subsane las facturas y en su caso, restablezca el servicio-, el usuario puede exigir el cumplimiento correcto del contrato en las condiciones publicitadas, negándose a pagar las cuotas no previstas en el mismo durante el tiempo de vigencia de la promoción (art. 8 LGDCU); resolver el contrato de forma inmediata por incumplimiento contractual y sin ninguna penalización y en ambos casos, exigir la compensación prevista reglamentariamente para los casos de interrupción del servicio telefónico y de acceso a Internet por causas imputables al operador (v. arts. 115 y 120 RSU, respectivamente), sin perjuicio de la indemnización de otros posibles daños derivados del incumplimiento (arts. 1101, 1124 CC y 102.3 RSU).

2.1.2. Omisión de información sobre condiciones restrictivas de permanencia en plan especial de tarifas.

Supuesto de hecho: Usuario dado de baja por el operador en plan especial de precios consistente en la constitución de un grupo de usuarios de tarjeta y/o de contrato que se beneficia entre otras ventajas, de tarifas reducidas. El motivo de la expulsión es el incumplimiento de las condiciones de permanencia, en concreto de la cláusula que condiciona la permanencia en el grupo a la recarga de la tarjeta prepago con valor mínimo de 30 € cada cinco meses. El operador no ha informado adecuadamente sobre tales condiciones. Ni en folletos publicitarios aportados por el usuario, ni en el servicio de atención al cliente ni en la información facilitada por los agentes comerciales de las tiendas del operador se hace alusión a tal cláusula. Sólo en las condiciones de la oferta publicadas en la web del operador se incluye la cláusula cuestionada.

El usuario manifiesta desconocer la cláusula por carecer de acceso a Internet.

Normas aplicables. Arts. 3,b), 4, 5.3 Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad; 5 y 7,a) Ley 7/1998, de Condiciones Generales de la Contratación; 8, 13, 32, 34 LGDCU; 38 LGTel; 102.2, 105, 106 y 109 RSU.

Respuesta jurídica. En ningún caso, la aplicación de la normativa sectorial puede suponer una reducción de la protección conferida a los usuarios por el Ordenamiento general (arts. 38.8 LGTel y 102.2 RSU). Ciertamente, el art. 109.2 RSU prevé como uno de los canales informativos del operador su página web. Sin embargo e independientemente de que el usuario tenga o no acceso a Internet, la publicación en red ni excluye otros canales informativos, como el envío por escrito de esta información, si el usuario lo solicita, o el teléfono de atención al cliente, ni significa que los demás canales informativos utilizados por el operador (folletos publicitarios, puntos de distribución...) puedan contener información contradictoria, inexacta o incompleta que conduzca a error al destinatario. Al contrario, al prever varios canales informativos, el RSU pretende ampliar las fuentes de información, que en todo caso ha de ser “veraz, eficaz, suficiente, transparente y actualizada” [art. 38.2,b) LGTel]. La pluralidad de canales informativos no puede ser aprovechada para introducir confusión o publicar información contradictoria en perjuicio del usuario.

En particular y por lo que se refiere a ofertas y promociones sobre el servicio telefónico disponible al público, se ha de facilitar “información detallada sobre reducciones y tarifas especiales y moduladas” (art. 109.3 RSU). La falta de información sobre eventuales restricciones a la contratación o mantenimiento de planes especiales conlleva su inexigibilidad en perjuicio del usuario contratante (arts. 8, 13 LGDCU, 5 y 7 LCGC).

Además, la práctica descrita constituye un supuesto de publicidad engañosa [arts 3,b), 4, 5.3 LGP], perseguible como fraude (art. 8.3 LGDCU en redacción dada por Ley 44/2006) y como tal, sancionable por la Administración de Consumo (arts. 32 y 34.6 LGDCU).

En un caso concreto planteado ante la Delegación Provincial de Consumo en Toledo y tras haber presentado la oportuna reclamación ante la OMIC, el operador accedía a readmitir al usuario en el grupo sin haber realizado la recarga y como “detalle o gesto comercial” obsequiaba con un 10% del valor de la próxima recarga de su tarjeta prepago. Sin embargo, considerando que la

actuación de una empresa solvente no puede basarse en prácticas engañosas, mitigadas con “detalles o gestos comerciales” en atención a los usuarios que reclaman, –y no al conjunto de sus clientes-, el usuario opta por denunciar a fin de que se inicie el correspondiente procedimiento sancionador por publicidad engañosa.

2.2. Contratos con prima o regalo y envíos no solicitados.

Supuesto de hecho. En ocasiones, los operadores aprovechando los datos de los que disponen como consecuencia de la prestación de servicios ya contratados por el usuario (ej. telefonía fija) realizan envíos no solicitados (ej. módem ADSL, terminal inalámbrico preenrutado, que facilita el acceso a un operador de acceso indirecto sin necesidad de marcación de código de selección llamada a llamada). Tales envíos se realizan en concepto de prima o regalo por la contratación futura de un servicio (acceso a Internet o servicio telefónico de acceso indirecto); a prueba y con el único compromiso de devolución si no se está interesado en la contratación del servicio o a modo de “gancho” comercial que se ofrece a precio inferior al de mercado que el usuario tendrá que abonar si contrata el servicio.

Habitualmente, estas prácticas van acompañadas de una información confusa que induce error al usuario, de modo que éste no sabe si se le envía como regalo, si ha de pagar gastos de envío o si adquiere compromisos adicionales como la permanencia durante el tiempo estipulado por el operador, que a veces consta en el albarán de entrega en letra muy pequeña o se incluye en un clausulado de condiciones generales que no se entrega.

Todo ello, con el agravante de que el usuario no paga nada en el momento de la entrega del bien. En caso de que el envío genere algún coste, éste se cargará en la factura del servicio ya contratado o en su caso, en el que se contrate de no devolver el equipo.

Normas aplicables. Arts. 42, 65,k), 65, i) y 66 Ley 7/1996Ley 7/1996, de Ordenación del Comercio Minorista (LOCM) y normas autonómicas reguladoras de la actividad comercial.

Respuesta jurídica. La LOCM prohíbe expresamente los envíos no solicitados por el consumidor, cuando incluyan una petición de pago (art. 42 LOCM). El consumidor no estará obligado a la devolución del bien no solicitado, al pago del precio, ni al resarcimiento de eventuales daños, en caso de que lo devuelva (art. 42 LOCM).

Constituye un ilícito de consumo sancionable por la Administración autonómica tanto el envío no solicitado de bienes con la pretensión de cobro y más aún el envío como regalo de aquello que no lo es realmente (ej. cargo en factura del servicio telefónico fijo de módem ADSL entregado como regalo) [arts. 65,k), 65, i) y 66 Ley 7/1996].

3. CONTRATOS: CAPACIDAD, EXISTENCIA, VALIDEZ Y EFICACIA.

3.1. Contratación por menores.

Supuesto de hecho. Menor contrata telefónicamente la prestación de un servicio de telefonía móvil facilitando el número de cuenta de sus padres. Éstos tienen conocimiento de la contratación cuando reciben la primera factura. Solicitan la anulación del contrato y la devolución de los cargos facturados. El operador rechaza la solicitud, considerando que ha de ser tratada como una solicitud de baja anticipada y por ello, procede la facturación de la correspondiente cláusula de penalización.

Un supuesto similar es el del menor, al que sus padres habían comprado un teléfono móvil provisto de tarjeta cargada para poder recibir llamadas, que solicita el cambio de modalidad contractual de tarjeta prepago a contrato o postpago. Los padres se percatan del cambio cuando llega la primera factura.

Normas aplicables. Arts. 162, 1263, 1300,1301, 1303 y 1304 CC; LO 1/1996, de Protección Jurídica del Menor.

Respuesta jurídica. No todos los contratos realizados por menores son anulables. En función del grado de madurez del menor cabe reconocerle capacidad para realizar ciertos contratos como manifestación de su derecho al libre desarrollo de su personalidad (art. 162 y LO 1/1996). Por otra parte, en virtud de la protección de la apariencia jurídica cabe admitir a favor del oferente de bienes y servicios la validez de aquellos contratos celebrados por el menor, cuando éste acredite disponer de una cantidad suficiente para el pago de la contraprestación y el valor de la misma pueda incluirse dentro de los márgenes cuantitativos habituales disponibles por los menores (“dinero de bolsillo”). En tal supuesto, cabe presumir el consentimiento tácito de sus padres [STS 10-6-1991 (RJ 1991, 4334)]¹⁸¹.

Sin embargo, tales principios no concurren en los supuestos ahora considerados. Aplicando la normativa sobre contratación a distancia y la jurisprudencia dictada en el marco de la misma [v.gr. Sts. AP Navarra 12 noviembre 2003 (JUR 2003,20670) y Vizcaya 15 diciembre 2002], el oferente de bienes y servicios ha de asumir los riesgos inherentes al medio de contratación elegido. Si acepta la vía telefónica, sin cerciorarse de la identidad y capacidad del contratante que está al otro lado del hilo telefónico, ni comprobar la identidad de los titulares de la cuenta facilitada para domiciliar el pago, es él quien ha de asumir los riesgos de suplantación de personalidad, falta de capacidad o falsedad en los datos.

Los contratos descritos son anulables a petición del menor, cuando alcance la emancipación o la mayoría de edad, o de sus padres o representantes legales, pero nunca a solicitud del operador (arts. 1263, 1300 y 1302 CC). Los padres o

¹⁸¹ V. GONZÁLEZ CARRASCO, C., *Informe sobre contratación de línea de telefonía móvil por menores con deficiencias psíquicas*. Mayo, 2006.
http://www.uclm.es/cesco/investigacion_06.asp

representantes legales de los menores pueden solicitar la nulidad del contrato en el plazo de cuatro años computados desde que tienen conocimiento de las facturas (art.1301 CC).

La anulación del contrato por falta de capacidad de uno de los contratantes no equivale a la baja anticipada y por ello, no cabe la aplicación de las eventuales cláusulas penales por incumplimiento del período mínimo de permanencia. El operador tendrá que restituir los cargos derivados del contrato nulo, aunque el menor no pueda restituir el uso del servicio telefónico, pues para él no se derivó ningún enriquecimiento del uso de tal servicio (arts. 1303 y 1304 CC).

3.2. Contratación no consentida.

Supuesto de hecho. Sin haber manifestado su voluntad de contratar con determinado operador, el usuario recibe facturas de servicios prestados por éste. Se han constatado algunos casos en los que el usuario ni siquiera dispone de conexión a la red telefónica o de ordenador con el que acceder a Internet y se encuentra sorprendido con el envío de facturas por la prestación de servicios de telecomunicaciones.

En la mayoría de los supuestos, esta contratación no consentida se presenta como un cambio de operador no querido por el usuario, práctica conocida como *slamming* o preselección fraudulenta, analizada en el apartado dedicado a los procesos de cambio de operador, al ahora me remito para evitar reiteraciones innecesarias.

4. OPERADOR - USUARIO Y TERCEROS EN DISCORDIA: PROVEEDORES DE EQUIPOS Y DISTRIBUIDORES AUTORIZADOS.

4.1. Falta de coordinación operador – distribuidor.

4.1.1. Información deficiente facilitada por distribuidor.

Supuesto de hecho. El usuario solicita la baja en el servicio por falta de cobertura, manifestando que en el momento de adquirir un terminal y contratar el acceso al servicio telefónico móvil a través del distribuidor, manifestó su condición de agente comercial que precisaba cobertura en determinada zona. El distribuidor informó de que la cobertura en esa zona era “idónea”. Sin embargo, resultó no ser así. Sin perjuicio de las consecuencias asociadas a la falta de cobertura¹⁸², el usuario denuncia la falta de coordinación entre operador y distribución.

Además de las carencias en la información manifestada en el momento de contratar, esta descoordinación se constata de nuevo cuando el usuario pide la baja. El operador accede a la misma y renuncia a ejecutar la cláusula de penalización por baja anticipada (pago de 150 €), siempre que el usuario entregue el terminal a través del departamento indicado por el operador, terminal que el usuario ya había entregado al distribuidor.

Normas jurídicas. Ley 12/1992, de 27 de mayo, del Contrato de Agencia; arts. 247, 253, 281, 285, 286, 287, 291 CCom; arts. 8, 10 bis, 13, 34.4, 34.9, DA 1ª.6ª LGDCU; 105.4 RSU.

Respuesta jurídica. Es contrario a la seguridad exigible al tráfico comercial que el operador que presta su imagen de marca y autoriza a determinado establecimiento para actuar por su cuenta y en su caso, en su nombre y por su cuenta, pretenda desvincularse de la actuación de éste. El operador quedará obligado frente al consumidor. Las vicisitudes entre distribuidor y operador pertenecen a sus relaciones internas y en ningún caso han de perjudicar al usuario. El distribuidor, sea exclusivo o no, comercializa equipos y servicios y correlativamente, asume la gestión de la contratación y resolución de eventuales incidencias. Sin perjuicio de la modalidad contractual adoptada (franquicia, agencia en exclusiva o no...), en sus relaciones con los usuarios, el distribuidor es a todos los efectos un agente comercial del operador y como tal, éste ha de quedar vinculado por sus actuaciones (arts. 1 Ley 12/1992, 247,

¹⁸² V. *infra* grupo de casos referentes a telefonía móvil.

253, 285, 286, 287, 291 CCom.), lo contrario constituye una práctica abusiva (art. 10 bis y DA 1ª.6ª LGDCU).

En cualquier caso, los derechos de los consumidores han de ser respetados tanto por el operador como por el agente distribuidor que actúa por cuenta de aquél (art. 7 Ley 26/1984). La información facilitada al contratar integra el contrato y en consecuencia el incumplimiento de las condiciones ofrecidas por el distribuidor (cobertura idónea en el ámbito de actuación del usuario) justifica la resolución del contrato por incumplimiento, sin penalización (arts. 8.1, 13 LGDCU y 105.4 RSU), sin perjuicio de la correspondiente sanción administrativa por divulgación de información falsa o engañosa, perseguible como fraude (arts. 8.3, 34.4 LGDCU) o por prácticas abusivas (art. 10 bis, 34.9 y DA 1ª.6ª LGDCU).

La actuación del distribuidor aislada y al margen del operador (ej. falta de información sobre la devolución del terminal) además de constituir un incumplimiento del contrato de agencia, comisión o equivalente (v. arts. 9 Ley 12/1992, 260 CCom) y por ello, generador de responsabilidad frente al operador (art. 297 CCom), es un acto (omisión) lesivo de los derechos e intereses de los consumidores, en cuanto obstaculiza el ejercicio de sus derechos contractuales (baja sin penalización) y como tal, sancionable por la Administración de Consumo (art. 34.12 en relación a art. 12.3).

A estos efectos, conviene destacar que forma parte de las obligaciones de los agentes comerciales del operador (ej. tiendas Telefónica, Vodafone, Orange...) “recibir en nombre del empresario cualquier clase de reclamaciones de terceros sobre defectos o vicios de calidad [...] de los bienes vendidos y de los servicios prestados como consecuencia de las operaciones promovidas, aunque no las hubiera concluido” [art. 9,d) Ley 12/1992]. Es decir, cualquier establecimiento del tipo indicado ha de recibir las reclamaciones formuladas contra el operador, aunque el terminal o el servicio se hayan contratado en otro establecimiento.

4.1.2. Negativa del operador a entregar regalo promocional prometido por distribuidor autorizado a nuevos clientes.

Supuesto de hecho: distribuidor autorizado se niega a entregar regalo promocional (ej. cámara *webcam*) anunciado en publicidad para nuevos clientes del servicio ADSL. Tras reiteradas llamadas al servicio de atención al cliente del operador y con respuestas desiguales por parte de los teleoperadores, el operador prestador del servicio elude esta obligación, esgrimiendo que "...la gestión y entrega de los regalos se tratan desde las propias áreas que los ofrecen" y por ello, es el distribuidor el obligado a la entrega del regalo.

Normas aplicables: Ley 12/1992, de 27 de mayo, del Contrato de Agencia; arts. 247, 253, 281, 285, 286, 287, 291 CCom; art. 1717 CC; Art. 19 Ley 7/1996, de Ordenación del Comercio Minorista; arts. 8, 13, 34.4 LGDCU,

Respuesta jurídica: La apariencia de distribuidor autorizado por un operador de prestigio crea en el cliente una expectativa razonable que resulta defraudada cuando tal operador se niega a cumplir los compromisos asumidos por el distribuidor. En estos casos, la promesa del regalo suele ser determinante de la decisión de contratar (si no se hubiera ofrecida la cámara, el cliente no hubiese contratado el servicio ADSL o lo hubiese contratado con otro operador) y reporta beneficios tanto al distribuidor como al operador. Por ello, la expectativa del cliente –tercero que contrata de buena fe con distribuidor autorizado- no puede verse frustrada por los pactos internos de las empresas. En aplicación de las reglas generales que regulan este tipo de relaciones (contrato de agencia, franquicia o análogos), corresponde al operador desvirtuar, con carácter previo a la contratación, la apariencia de que el distribuidor actúa en su nombre en lo que a la promesa de regalos promocionales se refiere. Si no lo hace, en caso de que el distribuidor se niegue a cumplir su compromiso, el cliente, protegido por la apariencia, podrá reclamar el regalo promocional al operador, sin perjuicio de las acciones que éste pueda dirigir contra el distribuidor (ej. reembolso del coste del regalo o incluso, a largo plazo resolución del contrato de agencia, franquicia o equivalente).

Ciertamente, si la oferta de regalos promocionales responde a una actuación comercial unilateral del distribuidor, -ej. quiere incrementar el número de altas gestionadas a fin de mejorar su posición contractual frente al operador-, será tal distribuidor el obligado a desvirtuar la apariencia de que actúa en nombre del operador en relación al regalo. En su publicidad o en la información ofrecida al cliente tendrá que informar claramente de tal circunstancia, de modo que el cliente no se forje la errónea expectativa de que es el operador quien adquiere el compromiso de entregar regalos promocionales. De no hacerlo así, el distribuidor incumple la normativa sobre publicidad e información a los consumidores y usuarios y la Administración competente podrá sancionarle por ello. Pero desde la perspectiva civil, en cuanto existe una relación de representación directa entre distribuidor y operador y sin perjuicio de la medidas que éste pueda adoptar (ej. resolución del contrato de distribución), es el operador quien ha responder por los actos u omisiones de su representante y a él quien le corresponde cumplir la obligación asumida por el distribuidor frente al cliente (art. 1717 CC).

4.2. Adquisición de terminal defectuoso¹⁸³.

4.2.1. Cobertura y requisitos de la garantía.

A) Accesorios consumibles: batería.

¹⁸³ En sentido técnico, la adquisición de cualquier equipo o terminal que permite el acceso a los servicios de telecomunicaciones no constituye un contrato específico de este sector, sino una venta de bienes duraderos, cuyo régimen es idéntico al de la adquisición de cualquier otro bien de similares características (ej. lavadora, televisión...etc.). No obstante, por las numerosas reclamaciones referentes a los terminales, especialmente de telefonía móvil, por la generalizada costumbre de introducir confusión respecto a la atribución de responsabilidad por los defectos del terminal (vendedor/fabricante/operador) y sobre todo, por las implicaciones del contrato de adquisición del terminal y el de prestación del servicio de telecomunicaciones (v. dentro de este mismo apartado, el subepígrafe dedicado a contratos vinculados.), se ha estimado pertinente introducir este grupo de casos.

La exclusión de estas cuestiones del ámbito específico de prestación de servicios de telecomunicaciones queda patente en la Orden ITC/1030/2007, que excluye del procedimiento de resolución de conflictos ante la SETSI las controversias referentes a "materias relacionadas con aparatos terminales de telecomunicaciones o con instalaciones situadas tras el punto de terminación de red" [art. 3.3,b)]. No obstante, como se expone en el apartado siguiente, los vínculos entre servicio y terminal son tan estrechos que, en ocasiones, la absoluta separación lleva al usuario a situaciones de indefensión.

Supuesto de hecho. El adquirente de un teléfono móvil exige la sustitución del mismo o la devolución del dinero debido a la escasa duración batería, en contra de lo anunciado en la publicidad del terminal¹⁸⁴.

El operador-vendedor se niega a satisfacer tal pretensión remitiendo a las condiciones particulares de la garantía ofrecida por el fabricante del terminal.

Normas aplicables. Ley 23/2003, de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo; 8 y 34.4 LGDCU, 3.1.5 RD 1945/1983.

Respuesta jurídica. Como tiene declarado el INC¹⁸⁵, las baterías, cargadores, tarjeta de recarga u otros accesorios de telefonía son bienes muebles corporales, fungibles y quedan sometidos al ámbito de aplicación de la Ley 23/2003, por lo que el vendedor deberá responder de cualquier falta de conformidad del bien con el contrato, integrado por la publicidad (arts. 3 Ley 23/2003 y 8 LGDCU).

La peculiar naturaleza de la batería (consumible) puede modular la aplicación de la Ley. Así, en numerosas ocasiones, la Ley se refiere a la “naturaleza del bien” como factor corrector de la regulación general o como criterio interpretativo (por ejemplo en la presunción del artículo 9.1, o en la interpretación del plazo de las reparaciones, en el 6.b). No es el caso del plazo de garantía. La Ley no alude a la naturaleza del bien como criterio modulador de tal plazo. A pesar de ello, los vendedores de este tipo de productos sí invocan este razonamiento, argumentando que “en los accesorios el plazo de garantía puede ser inferior al del equipo que acompañan, especialmente en el caso de las baterías que por tratarse de un consumible, tiene limitado el plazo de garantía debido a su propia naturaleza y forma de uso”¹⁸⁶.

¹⁸⁴ En el caso concreto objeto de reclamación ante los Servicios de Consumo, el usuario aportaba publicidad que contenía información sobre duración de la batería: 2-4 horas en conversación y de 150 a 240 horas en espera, señalando que “la autonomía en las baterías puede variar en función de la tarjeta SIM, los parámetros de la red, el uso y el entorno”.

¹⁸⁵ V. respuesta a consulta CG/33/03, publicada en la web <http://www.consumo-inc.es/informes/interior/GARANTIAS/GARANTIAS.htm>.

¹⁸⁶ El texto entrecomillado es la respuesta literal dada por el operador reclamado al supuesto planteado, según consta en archivos de los Servicios de Consumo.

Los casos que suelen dar lugar a reclamaciones no ofrecen dudas interpretativas. Suelen ser supuestos en los que la falta de conformidad de la batería (ej. escasa duración en contra de lo anunciado en publicidad; problemas de carta...) se manifiestan habiendo transcurrido un breve plazo desde la entrega. En tales supuestos, no hay duda: el operador-vendedor tendrá que responder en los términos de la Ley 23/2003, esto es, procediendo a la reparación o sustitución y en caso de que estas no resulten satisfactorias, reducción del precio o resolución del contrato (arts. 4 a 8).

No obstante, la exigencia de reparación de una batería podría ser considerada “desproporcionada”, porque seguramente ocasionaría al vendedor costes no razonables, en relación con los que generaría la sustitución (art. 5 Ley 23/2003). En el caso de que fuese imposible la sustitución se debería optar por la resolución del contrato [art. 6,f) Ley 23/2003].

Habrá que distinguir si la batería se ha vendido de forma separada o conjuntamente con el móvil. En éste último caso, la sustitución de la batería no es realmente “sustitución” en el sentido de la Ley, pues no se sustituye todo el bien disconforme, sólo la parte del mismo que determina la falta de conformidad. Se trataría de un supuesto de reparación del bien, y, salvo que las circunstancias concretas del caso indiquen otra cosa, parece que, la sustitución del bien resulta desproporcionada. Sólo en caso de que no sea posible la reparación por falta de “recambios”, procederá la sustitución del móvil (art. 5 Ley 23/2003)¹⁸⁷.

El incumplimiento de estos deberes del vendedor constituyen una infracción sancionable por la Administración autonómica de Consumo (arts 34.4 LGDCU, 3.1.5 RD 1945/1983).

B) Requisitos de la garantía: plazos, embalajes y otros.

¹⁸⁷ En relación a la inexistencia de recambios, ha de destacarse la obligación del productor o, en su defecto, del importador de garantizar frente a los compradores el suministro de piezas de repuesto durante un plazo mínimo de cinco años a contar desde la fecha en que el producto deja de fabricarse (art. 12.3 Ley 7/1996).

Supuesto de hecho. Adquirido un terminal de telefonía móvil, presenta defectos a los 10 días de la entrega. El adquirente solicita su reparación o sustitución y en su defecto, la devolución del precio.

El vendedor se niega alegando que según sus normas comerciales “no se sustituyen los terminales pasados los primeros 7 días desde la compra”. En otras ocasiones, la negativa a satisfacer las pretensiones del adquirente se justifica en la rotura del embalaje.

Normas aplicables. Ley 23/2003, de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo; 8 y 34.4 LGDCU, 3.1.5 RD 1945/1983

Respuesta jurídica. El ejercicio de los derechos reconocidos al usuario por la Ley 23/2003 no puede quedar condicionado al cumplimiento de requisitos que en la práctica suponen una eliminación o restricción de tales derechos. La Ley es imperativa a favor de los usuarios y la imposición de la renuncia previa a tales derechos es nula (art. 4.II).

Las respuestas dadas por los vendedores en los supuestos planteados confunden el derecho de desistimiento o de devolución del producto, que el vendedor puede atribuir libremente en contratos presenciales (art. 10 Ley 7/1996) y debe reconocer imperativamente, en contratos a distancia, con la satisfacción de los derechos de los usuarios reconocidos por la Ley 23/2003 de Garantías. En otras ocasiones, las negativas de los vendedores se justifican en el incumplimiento de las condiciones de la garantía comercial ofrecida por el propio vendedor o por el fabricante (art. 11 Ley 23/2003).

En el supuesto planteado no se pretende ejercer derecho de desistimiento o de arrepentimiento de la contratación efectuada, ni hacer valer la garantía comercial ofrecida por el fabricante. Lo que se pretende es poner el bien en conformidad con el contrato (art. 4 Ley 23/2003), mediante la reparación o sustitución y en su defecto, la devolución del precio. Estos derechos son de origen legal y no contractual. Por ello, no cabe condicionar el ejercicio de tales

derechos al cumplimiento de requisitos no previstos en la Ley (ej. plazos más breves, conservación y entrega del embalaje...), por mucho que se publiciten o que formen parte del contenido contractual¹⁸⁸.

Las respuestas dadas por el vendedor suponen una restricción de derechos de los consumidores y por ello, constituyen infracciones sancionables por la Administración autonómica de consumo (34.4 LGDCU, 3.1.5 RD 1945/1983).

4.2.2. Reparación, sustitución y resolución del contrato de adquisición del terminal.

Supuesto de hecho. El supuesto típico es el de la adquisición de un equipo o terminal (habitualmente, teléfono móvil) que inmediatamente después de la entrega o al poco tiempo de la misma presenta defectos (se apaga automáticamente, no permite escuchar al interlocutor, no carga correctamente,...etc.).

Ante la solicitud del usuario de un nuevo terminal, el vendedor da una respuesta tipo: manifiesta ser “mero intermediario” en la reparación de los equipos, cumpliendo con el procedimiento establecido por el operador y el fabricante, “que son los que establecen las condiciones de la garantía”¹⁸⁹; ante la insuficiencia de medios del vendedor, ha de ser el centro de reparaciones o servicio técnico del operador el que determine el motivo de la avería y en su caso, establezca la reposición del equipo (por defectos de diseño, material o fabricación) o su reparación, en cuyo caso, dichos técnicos establecerán si la garantía cubre o no la reparación, en función al origen de la avería. La garantía no cubriría, los fallos del producto debidos al mal uso, accidentes fortuitos,...

Una vez que el equipo se envía al servicio técnico del operador, el supuesto típico se diversifica:

¹⁸⁸ V. respuesta del INC a consulta CG/20/03, publicada en su web (<http://www.consumo-inc.es/informes/interior/GARANTIAS/GARANTIAS.htm>).

¹⁸⁹ Por ejemplo, las tiendas Telyco de Telefónica se autocalifican como “punto intermediario entre el servicio técnico y el cliente y por tanto no podemos responder de la solución de dicho servicio técnico”. Algo similar ocurre con los establecimientos de Vodafone, calificados como “puntos especializados de recogida de terminales para reparación”.

- Servicio técnico repara gratuitamente pero en un tiempo excesivamente prolongado (más allá de lo razonable)¹⁹⁰. En ocasiones, los perjuicios al usuario derivados de la falta de disposición del terminal se eliminan mediante la entrega de un terminal de sustitución. Esto forma parte de la política o estrategia comercial de la empresa, pero no existe un deber jurídico de entregar un equipo de sustitución.

- Servicio técnico repara gratuitamente y pese a la reparación, las deficiencias persisten¹⁹¹ o incluso en ocasiones se agravan (ej. pérdida del terminal o del cargador, o devolución con nuevas deficiencias, tales como daños en el cargador...). En tales casos, no es raro que el establecimiento invoque su condición de mero “intermediario” o “punto de recogida de terminales para su reparación” a efectos de exonerarse de cualquier responsabilidad.

Ante la persistencia o agravamiento de los defectos, el usuario solicita un nuevo terminal y en caso de que éste también presente deficiencias, resolución del contrato.

- Servicio técnico considera que las deficiencias son imputables a mal uso por el usuario (ej. manipulaciones encaminadas a liberar el terminal o a instalar nuevo software...) o a accidentes fortuitos (golpes, humedad en la placa base del terminal...) y por ello, la reparación y en su caso, sustitución no quedan cubiertas por la garantía. El usuario sólo podrá desvirtuar este informe técnico mediante otro contrainforme pericial, lo que conlleva para él una situación de desprotección, pues probablemente el coste del contrainforme sea superior al del propio terminal, con lo que, en la mayoría de los casos, el usuario desistirá de su pretensión.

¹⁹⁰ No es infrecuente que por motivos imputables al establecimiento vendedor o al propio servicio técnico, el envío, reparación y devolución del equipo se dilate en el tiempo más allá de lo razonable (ej. centralización de servicio técnico en un solo punto dentro o fuera del territorio español; acumulación de envíos para aprovechar economías de escala y minimizar costes de transporte y mensajería...).

¹⁹¹ Entre las reclamaciones analizadas, hay casos en los que el terminal se envió hasta siete veces al servicio técnico.

Transcurridos los seis primeros meses desde la entrega del terminal, en aquellos casos en los que el Servicio Técnico se niega a realizar la reparación gratuita por considerar que los daños responden a acontecimientos posteriores a la entrega, el proceso de mediación de los Servicios de Consumo concluye con la remisión del usuario al proceso judicial o en su caso, al arbitraje, pues “cuando las versiones son contradictorias basándose en hechos objetivos (informe técnico), sólo un juez puede dirimir la cuestión”.

- Aunque no es frecuente, dada la generalización de fórmulas que facilitan el acceso a terminales gratuitamente o a precio reducido (cuando el terminal se avería, el usuario lo sustituye por uno nuevo), en ciertas ocasiones el usuario opta por la reparación, aunque tenga que pagar por ella (ej. terminales de alta gama). Frecuentemente, los usuarios se quejan de la falta de protección ante la reparación del terminal: no se informa de forma detallada del coste de la reparación, desglosando los conceptos correspondientes a piezas y mano de obra y a veces ni siquiera se facilita factura, alegando que la reparación será cargada en la siguiente factura del servicio.

Normativa aplicable. Ley 23/2003, de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo; arts. 11, 34.4 LGDCU, 3.1.5 RD 1945/1983; Decreto 315/2003, de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha, de Protección de los Derechos de los Consumidores y Usuarios en materia de telefonía móvil (DOCM 178, de 19-12-2003); supletoriamente, Real Decreto 58/1988, de 29 enero, de Protección de los derechos del consumidor en el servicio de reparación de aparatos de uso doméstico (BOE núm. 29, de 3 febrero 1988).

Respuesta jurídica. El vendedor, quienquiera que sea¹⁹², responde de cualquier falta de conformidad del bien con el contrato, (arts. 1 y 4 Ley 23/2003), integrado por la publicidad [arts. 8 LGDCU y 3.1,d) Ley 23/2003], que se manifiesten en un plazo de dos años desde la entrega (art. 9.1 Ley 23/2003). La persistencia de los defectos tras la reparación, legitima la

¹⁹² V. en el apartado siguiente, la cuestión sobre las distintas formas de distribución de terminales y servicios de comunicaciones electrónicas.

solicitud de un nuevo terminal [arts. 5, 6,e) y 7 Ley de Garantías), correspondiendo al vendedor y no al servicio técnico la satisfacción de tal pretensión.

A pesar de la aparente claridad con la que se pronuncia la Ley 23/2003 su interpretación a la luz de los supuestos planteados no está exenta de dudas. Cabe plantearse cuestiones como las siguientes: ¿es lícito coartar la libertad de opción del comprador entre reparación/sustitución del terminal, obligándole a aceptar la reparación como paso previo a la sustitución del terminal defectuoso?; ¿es prueba suficiente para desvirtuar la presunción a la que se refiere el art. 9.1.II de la Ley 23/2003, el informe pericial emitido por un servicio técnico dependiente del propio operador-vendedor?. La respuesta a estas y otras cuestiones derivadas de la Ley de Garantías excede del objeto de este trabajo, por lo que han de quedar remitidas a otros estudios que analizan monográficamente tal Ley¹⁹³.

Sin perjuicio de la Ley 23/2003, a la reparación de los terminales, serán de aplicación las normas generales sobre reparación de bienes duraderos (arts. 11.4 y 11.5 LGDCU y RD 58/1988, de reparación de aparatos de uso doméstico) y en particular, la norma autonómica que regula específicamente esta materia, Decreto CLM 315/2003.

El citado Decreto obliga a ofrecer información de la reparación, a detallar los conceptos incluidos en el precio, con referencia expresa a los gastos de transporte, devolución o conservación (art. 13.1); a la entrega de resguardo de depósito en los términos regulados (art. 15) y a someter a la firma del usuario como prueba de conformidad y con carácter previo a la reparación el presupuesto de la misma (art. 15).

¹⁹³ MARÍN LÓPEZ, M.J., "Los derechos del consumidor en la Ley 23/2003, de 10 de julio, de garantías en la venta de bienes de consumo". Noviembre 2006 (http://www.uclm.es/cesco/investigacion_06.asp); *Las garantías en la venta de bienes de consumo en la Unión Europea: la Directiva 1999/44/CE y su incorporación a los Estados Miembros*. Instituto Nacional de Consumo. Octubre, 2004, con cita en ambos de abundante bibliografía; CARRASCO PERERA, A., "Tres dudas sobre la Ley de Venta y Garantías de productos de consumo". Mayo de 2005 (<http://www.uclm.es/cesco/>).

Se ha de poner de manifiesto que los deberes enumerados en materia de reparación de equipos se imponen a “los establecimientos que intervienen como intermediarios tanto en la venta como en la reparación de terminales [y] sus accesorios” (art. 13 Decreto CLM 315/2003), “personas físicas o jurídicas titulares de una empresa o prestadores de servicios, bien sean directamente receptores finales bien intermediarios, que reciban o recojan los terminales telefónicos u otros productos vinculados al funcionamiento del terminal, entregados por consumidores, para su verificación, comprobación, reparación, sustitución, transformación o cualquier tipo de intervención” (art. 14 Decreto CLM 315/2003). Esta amplia delimitación subjetiva de los destinatarios de la norma obliga a afirmar que no cabe invocar el carácter puramente “intermediario” o de “punto de recogida del establecimiento” para excluir la responsabilidad del establecimiento por la falta de información o en su caso, deficiente reparación. Sin perjuicio de las relaciones internas entre Servicio Técnico y el establecimiento - Punto de Recogida-, se ha de entender que el establecimiento que actúa ante el público ha de cumplir los deberes informativos impuestos por la normativa estatal y autonómica, cumplir diligentemente sus deberes de envío, custodia y conservación del bien objeto de reparación y en su caso, asumir la responsabilidad civil o administrativa por la pérdida o deterioro de tal bien.

Naturalmente, la recepción de un nuevo terminal en sustitución del defectuoso no puede implicar en ningún caso la firma de una nueva cláusula de permanencia con su correspondiente penalización en caso de baja anticipada por la adquisición de terminal a precio subvencionado. A efectos preventivos, cabe recomendar a los usuarios especial cautela al comprobar el albarán de entrega del nuevo terminal. En ocasiones, éste incorpora la cláusula de permanencia, de modo que solicitada la baja, se pretende hacer valer la firma del albarán como aceptación de una nueva cláusula de permanencia y correlativamente, aplicar la penalización por incumplimiento.

El incumplimiento las disposiciones analizadas en materia de garantías, reparación y sustitución de terminales constituye una infracción sancionable por

la Administración autonómica de Consumo (arts 34.4 LGDCU, 3.1.5 RD 1945/1983, 17 Decreto 315/2003 y 10 RD 58/1988).

Por otra parte, en caso de que el usuario ejerza su derecho a la resolución del contrato, se pueden suscitar problemas cuando el terminal se ha adquirido con cargo a un programa de puntos, es decir, ha sido total o parcialmente canjeado por puntos derivados de la prestación del servicio. En caso de resolución del contrato de adquisición del terminal por incumplimiento del mismo (terminal defectuoso), el usuario ha de recuperar los puntos canjeados. Más allá de la reticencia de todo deudor a satisfacer las exigencias de su acreedor, no existen obstáculos que impidan obligar al operador a restituir tales puntos al cliente. Y esto tanto si el vendedor utiliza técnicas de venta directa, como si actúa a través de establecimientos franquiciados o asociados¹⁹⁴.

4.2.3. Defectos del terminal y prestación del servicio. Problemática de los contratos vinculados y mecanismos de defensa del usuario.

Supuesto de hecho. El usuario interpone reclamación ante la Administración de Consumo por la facturación del envío masivo de mensajes cortos (SMS) a un mismo destinatario en un breve plazo de tiempo (60 SMS en 13 minutos), manifestando no haber hecho uso de tal servicio en las condiciones facturadas y atribuyendo el problema a deficiencias del terminal adquirido en un establecimiento de electrónica, distribuidor asociado al operador.

El vendedor, distribuidor que comercializa terminales asociados a un contrato de prestación de servicios, declina toda responsabilidad argumentando que el responsable es el operador prestador del servicio.

Habiendo reclamado ante el Servicio de Atención al Cliente del operador prestador del servicio de telefonía móvil, éste también declina toda responsabilidad, asegurando que, según sus equipos de facturación, los mensajes salieron de la tarjeta SIM del usuario tal y como se facturaron y que

¹⁹⁴ V. en el apartado siguiente, la cuestión sobre las distintas formas de distribución de terminales y servicios de comunicaciones electrónicas.

el origen del problema puede estar en una configuración defectuosa del terminal, por lo que la reclamación deberá dirigirse frente al fabricante del equipo.

Expuesto el problema al fabricante, éste manifiesta haber recibido otras quejas similares pero que el problema no procede de sus equipos, sino de la configuración de la red del operador.

Ante esta rocambolesca situación y tras haber reclamado sucesivamente al establecimiento vendedor, al operador prestador del servicio y al fabricante del terminal, el desesperado usuario formula reclamación ante los Servicios de Consumo por la facturación indebida de servicios que no ha utilizado y ello por razones imputables a terceros, -vendedor, fabricante o prestador de servicios-, pero en ningún caso al propio usuario.

Normas aplicables. Arts.1, 3-9, DA.II Ley 23/2003, de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo; 1101, 1106, 1107, 1124 CC; 11, 25, 26, 27.1,a), 27.2, DA 1ª. II, 9ª y 10ª, 34.4, 34.9, 34.12 LGDCU; 20.3 LGTel y 105.4.III RSU.

Respuesta jurídica. El caso expuesto se solucionó amistosamente. Tras la mediación de la Administración de Consumo y como “garantía de calidad del servicio”, el operador, que insiste en la correcta facturación de los mensajes, realiza un abono por el importe de los mensajes facturados. Pero más allá de esta solución puntual y en aquellos supuestos en los que todos los agentes interventores declinan su responsabilidad, se ha de plantear cuáles son los argumentos jurídicos disponibles para tutelar el derecho del usuario frente a los diversos agentes en conflicto.

a) *Frente al establecimiento vendedor.* La Ley 23/2003 de Garantías atribuye al vendedor la responsabilidad de “cualquier falta de conformidad que exista en el momento de la entrega del bien” [arts. 1, 3.1,b), 4 Ley 23/2003]. Determinada la “falta de conformidad” en el momento de la entrega, el vendedor responderá de la misma, quedando obligado a la reparación, sustitución, reducción del precio o en su caso, resolución del contrato en los

términos de los arts. 5 a 8 Ley 23/2003. No ha de olvidarse, que la Ley 23/2003 establece una presunción a favor del consumidor, de modo que los defectos que aparezcan en el plazo de seis meses desde la entrega, se presumen existentes en aquel momento (art. 9.1.II Ley 23/2003)¹⁹⁵.

Además y sin perjuicio de la distribución interna de responsabilidad vendedor-operador, el vendedor habrá de responder frente al comprador de todos los daños derivados de la falta de conformidad del bien [DA.II Ley 23/2003], entre los que se incluye la facturación de servicios utilizados involuntariamente debido a desperfectos del terminal [arts. 1101, 1106, 1107, 1124 CC y. 25, 26, 27.1,a) LGDCU].

La negativa del vendedor a asumir cualquier responsabilidad constituye un incumplimiento de la Ley 23/2003, así como de los preceptos de la LGDCU que imponen el deber de resarcir los daños causados a los consumidores. Incluso, tras la redacción dada al art. 10 bis por la Ley 44/2006, cabría calificar tal actuación como práctica abusiva por exclusión o limitación de forma inadecuada de los derechos legales del consumidor por incumplimiento total o parcial o cumplimiento defectuoso del profesional (DA 1ª.II.9ª LGDCU) o por exclusión o limitación de responsabilidad del profesional en el cumplimiento del contrato, por los daños o por la muerte o lesiones causados al consumidor debidos a una acción u omisión por parte de aquél (DA 1ª.II.10ª LGDCU). En cualquier caso, es una infracción administrativa de consumo sancionable por la Administración autonómica (arts. 34.4, 34.9 y 34.12 LGDCU).

La respuesta jurídica que acaba de exponerse ha de aplicarse independientemente de cuál sea la fórmula de comercialización del terminal defectuoso. Actualmente, el mercado de distribución de terminales se encuentra muy diversificado, coexistiendo varias fórmulas de comercialización de equipos y servicios. Algunas de las más frecuentes son:

¹⁹⁵ Sobre la aplicación de la Ley de Garantías a los contratos en los que el vendedor asume una obligación de contenido mixto: entregar un bien y prestar un servicio, v. MARÍN LÓPEZ, M.J., *Las garantías en la venta de bienes de consumo*, *op.cit*, págs. 67, 68 y 274.

- i)* Venta de terminales por el operador, vinculados o no a contratos de prestación de servicios, mediante canales de venta directa (ej. contratación telefónica de alta en servicio de acceso a Internet con regalo o adquisición a precio subvencionado de módem ADSL, contratación electrónica de alta en servicio de telefonía móvil con adquisición de terminal a precio subvencionado; adquisición vía electrónica o telefónica de terminal a precio de mercado...);
- ii)* Venta de equipos, vinculados o no a contrato de prestación de servicios, en establecimientos franquiciados (ej. Tiendas Telefónica, Movistar, Vodafone u Orange);
- iii)* Venta de equipos asociados a contrato de prestación de servicios con un operador en exclusiva (ej. tienda de informática o electrónica distribuidor oficial de determinado operador en una localidad, tiendas Telyco);
- iv)* Venta de equipos por un distribuidor independiente que comercializa terminales asociados o no a contratos de prestación de servicios, no existiendo pacto de exclusiva con ningún operador (ej. cadenas especializadas tipo The Phone House, Comunicaciones World, ... o grandes superficies comerciales como El Corte Inglés, Eroski,...etc).

En todos los supuestos indicados, “el vendedor” ha de responder de la falta de conformidad del bien y en su caso, de los daños derivados de la misma.

Ciertamente, en algunos casos, la solución expuesta puede resultar desproporcionadamente gravosa para los distribuidores, situándoles en una situación de grave crisis económica (ej. pequeño establecimiento de equipos informáticos y electrónicos que ha de sustituir y en su caso, hacer frente a la indemnización de daños por la facturación indebida de servicios ocasionada por una partida de terminales defectuosos). Pero no es menos cierto que, conforme a la Ley de Garantías, este riesgo económico inherente a la actividad de distribución no ha de ser soportado por el usuario. Han de ser los contratos de distribución celebrados entre vendedor-operador y en su caso, fabricante o

mayorista, los que prevean medidas de distribución y reducción de tales riesgos.

- b) *Frente al operador.* Cuando el vendedor del terminal es el propio operador prestador del servicio cabe enfocar su responsabilidad desde la perspectiva de los contratos vinculados. La prestación o contrato principal es el de servicios y de forma accesorio se adquiere un terminal a precio subvencionado o incluso de forma gratuita¹⁹⁶. En estos casos, la prestación a la que se obliga el operador no es sólo la de prestar el servicio, sino también la de entregar un terminal adecuado y conforme a las características técnicas que le son propias según su etiquetado, libro de instrucciones e información facilitada en publicidad. Si el operador entrega un terminal defectuoso, incumple el contrato y sin perjuicio de su responsabilidad en cuanto vendedor analizada en el apartado anterior, cabe exigirle responsabilidad en cuanto incumple una prestación de hacer (prestación de servicios) más una prestación vinculada de dar (entrega del terminal).

El prestador del servicio ha de garantizar el disfrute del servicio en condiciones de calidad, continuidad, disponibilidad y permanencia (cfr. art. 20.3 LGTel) (“uso útil” del servicio). Si el terminal no sirve para facilitar el acceso a tal servicio o convierte el servicio en defectuoso, -ej. obligando al usuario a pagar por servicios que no utiliza-, el disfrute de tal servicio se hace imposible por razones imputables al operador. En otros términos, el incumplimiento de la prestación de dar convierte en absolutamente insatisfactoria e inútil para el acreedor (usuario) la prestación de hacer.

¹⁹⁶ Sobre el carácter vinculado de estos contratos v. Sts. AP Murcia 26 abril 2004 (JUR 2004, 299737); León 7 mayo 2001 (JUR 2001\224278), recaídas en procesos en los que se impugna la validez del laudo arbitral que se pronuncia sobre las consecuencias asociadas a los defectos del terminal (restitución del precio del terminal o de éste más el valor recargado recientemente en tarjeta prepago que desaparece con el móvil cuando éste se envía al servicio técnico para su reparación). El operador invoca la nulidad del laudo porque su sometimiento al sistema arbitral de consumo sólo abarca a las reclamaciones referentes a la prestación del servicio de telefonía y “no quedan incluidas por tanto las incidencias relativas a reparaciones o cuestiones de terminales o equipos, los cuales, además, no son fabricados por esta mercantil”. En los supuestos citados, la Audiencia confirma la validez del laudo por considerar que “de manera directa o indirecta y más allá de los problemas en torno a la reparación en sí, se ... ha privado [al usuario] del servicio que sin duda se incluye en el ámbito de la decisión arbitral”.

Si a consecuencia de los defectos del terminal, su reparación insatisfactoria y/o la negativa a la sustitución del terminal, el usuario opta por la resolución del contrato de prestación de servicios y adquisición de terminal a precio subvencionado, esta baja ha de ser tratada como una extinción del contrato de prestación del servicio por incumplimiento de una prestación vinculada (la adquisición del terminal), que no justifica la exigencia de penalización alguna al usuario (art. 105.4.III RSU). Podría argumentarse que la prestación de entrega del terminal es “accesoria” a la prestación principal y por ello y sin perjuicio de lo establecido en el contrato, su incumplimiento no justificará la resolución mismo y sólo podría pretenderse el cumplimiento correcta y una indemnización por el incumplimiento (cfr. art. 1124 CC y jurisprudencia que lo interpreta). Sin embargo, siendo el equipo o terminal un instrumento imprescindible para la utilización del servicio y considerando que el terminal se entrega “vinculado” al servicio ofrecido por cierto operador, de modo que sólo incurriendo en gastos adicionales (coste de liberación + penalización por baja anticipada), el usuario podrá liberar el terminal, resulta cínico calificar el incumplimiento de la prestación de entrega como incumplimiento de prestación accesoria carente de entidad resolutoria. Más bien habrá de calificarse como prestación complementaria y vinculada a un contrato mixto de prestación de servicios más entrega de terminal.

Como se recoge en el supuesto de hecho, es habitual que los operadores pretendan exonerarse de responsabilidad considerando que el defecto del terminal es sólo imputable al fabricante y que el operador-vendedor no incurre en ninguna responsabilidad. Tal conducta no sólo constituye un incumplimiento contractual en los términos expuestos (art. 1124 CC), sino también una práctica abusiva¹⁹⁷, pues la inoponibilidad al operador de los defectos del terminal generaría un desequilibrio importante de las posiciones de las partes del contrato de consumo (cfr. art. 10 bis.1 LGDCU,

¹⁹⁷ Obsérvese que en su nueva redacción dada por la Ley 44/2006, el art. 10.bis.1 incluye entre las cláusulas abusivas no sólo “aquellas estipulaciones no negociadas individualmente”, sino también “todas aquéllas prácticas no consentidas expresamente”.

DA 1ª.II.9ª en relación a arts. 25 a 27 LGDCU, DA 1ª.II.10ª y III.15ª LGDCU). Considerar la prestación de entrega del terminal como independiente o incluso como accesorio a la prestación del servicio, significa imponer a los usuarios una vinculación incondicionada al contrato de prestación de tal servicio, pese al total incumplimiento de la prestación del operador, privando al usuario de modo inadecuado del irrenunciable derecho de resolución del contrato ante el patente incumplimiento de la contraparte (art. 1124 CC y DA 1ª.12 y 15 LGDCU)¹⁹⁸. Correlativamente, la actuación descrita constituye una infracción administrativa de consumo sancionable por la Administración autonómica (arts 34.4, 34.9 y 34.12 LGDCU).

El carácter vinculado de las prestaciones se deduce de los propios formularios contractuales habituales en el tráfico¹⁹⁹. A veces, la vinculación es tal que el precio de venta del terminal o el de reparación no se factura de modo independiente, sino que sin perjuicio del obligado detalle de conceptos, se incluye en la factura de prestación del servicio.

De la argumentación expuesta se deduce que ante la *entrega* por el operador de un terminal defectuoso, -ya sea en régimen de regalo, canjeado por puntos, venta a precio subvencionado o venta a precio de

¹⁹⁸ V. Sts. AP Barcelona 23 diciembre 2004 (JUR 2005,33697); 19 mayo 2006 (AC 2006,1688). Aunque se refieren a contratos vinculados de enseñanza y financiación, sus argumentos respecto a los efectos perversos (desprotección del usuario) de la intervención de un tercero aparentemente ajeno al prestador del servicio y la necesaria alteración de las concepciones clásicas del Derecho de obligaciones en los contratos con consumidores son aplicables al supuesto aquí considerado.

¹⁹⁹ En el mismo documento se estipulan “Contrato de servicio digital GSM Particulares” del que son parte el cliente y EL OPERADOR + “Contrato de Adquisición de teléfono a precio especial” del que son parte igualmente EL OPERADOR y el Cliente “del servicio GSM arriba indicado”; se introducen cláusulas del tipo “el cliente ha solicitado un terminal de uso exclusivo DEL OPERADOR”; “el teléfono va provisto de una ‘llave SIM’ por la que éste sólo puede ser utilizado con tarjetas GSM DEL OPERADOR, a causa de la subvención soportada por EL OPERADOR”; “El cliente además, por haberse dado de alta en el momento de la firma del presente contrato en un Plan de precios de pos-pago DEL OPERADOR, accede al teléfono a precio especial..., abonando en este acto la cantidad descrita al final del presente documento. Las condiciones de acceso al teléfono a precio especial ... consisten en que si el cliente decide darse de baja antes de transcurridos 24 meses desde la fecha del presente contrato, el cliente autoriza AL OPERADOR a cargar en la cuenta corriente del cliente donde tiene domiciliado el pago del servicio GSM, la cantidad de 200 euros, así como las cantidades devengadas por el uso del servicio del OPERADOR”.

mercado-, asociado a un contrato de prestación de servicios, el usuario contratante del servicio dispone de los siguientes instrumentos para satisfacer su interés:

- i) Podrá negarse a pagar las cuotas fijas asociadas a servicios que resultan para él inaccesibles por defectos del terminal. Estas cuotas retribuyen la disponibilidad del servicio, la inaccesibilidad por defectos del terminal facilitado por el operador supone un supuesto de desaparición sobrevenida de la causa de la contraprestación (arts 1275 y 1895 CC) y por ello, la falta de reciprocidad de las prestaciones de las partes (art. 11.1 y DA 1ª.III.15ª LGDCU);
 - ii) Podrá exigir el reembolso de lo indebidamente facturado a consecuencia de los defectos, en cuanto resarcimiento de los daños derivados del incumplimiento del contrato, ya los sufra un consumidor [arts. 25, 26 y 27.1,a) LGDCU] o cualquier otro usuario final (arts. 1101, 1106, 1107 y 1124 CC).
 - iii) Tratándose del servicio telefónico disponible al público o del servicios de acceso a Internet, el usuario podrá exigir la compensación por interrupción temporal del servicio en los términos regulados reglamentariamente (art. 115 y 120 RSU).
 - iv) En último término, el usuario podrá resolver el contrato de prestación de servicios sin penalización alguna por incumplimiento del operador (arts. 1124 CC, 105.4.III RSU).
- c) *Frente al fabricante del equipo.* Excepcionalmente, el adquirente podría ejercer contra el fabricante la acción contra el productor prevista en el art. 10 de la Ley 23/2003, para los casos en los que no pueda o le suponga una carga excesiva dirigirse frente al vendedor por la falta de conformidad de los bienes con el contrato de compraventa. Sin embargo, a la luz de los hechos, no parece que concurran los supuestos previstos en dicho precepto.

En supuestos como el descrito en el que la falta de conformidad no pone en riesgo la seguridad del adquirente en los términos de la Ley 22/1994, de 6 de julio, de Responsabilidad Civil por los Daños causados por Productos

Defectuosos y en los que tampoco procede la acción contra el productor del art. 11 Ley 23/2003, el usuario sólo podría exigir responsabilidad al fabricante conforme al régimen de responsabilidad civil extracontractual (art. 1902 CC), lo que en la práctica parece una opción poco factible.

Si se demostrase que la facturación indebida de servicios se debe tanto a deficiencias de los terminales como a la configuración defectuosa de la red del operador, fabricante, vendedor y operador responderán solidariamente ante el perjudicado (art. 27.2 LGDCU). En tales supuestos, la distribución de responsabilidad entre operador-vendedor-fabricante se depurará en sus relaciones internas conforme a las reglas generales de responsabilidad contractual (art. 27.2 LGDCU *in fine*).

5. CALIDAD DE LOS SERVICIOS

5.1. Cuestiones comunes a diversos servicios.

5.1.1. Demora en el alta del servicio.

Supuesto de hecho. Operador incumple el plazo de conexión a red o alta en un nuevo servicio (telefónico, acceso a Internet), fijado en el contrato o anunciado en publicidad. Ante el incumplimiento, el cliente solicita la baja en un servicio que nunca ha utilizado por problemas no imputables a él (ej. falta de la infraestructura necesaria, carencias de cobertura de red del operador, deficiencias técnicas, errores de gestión comercial ...).

Normas jurídicas. Arts. 8, 13 LGDCU; 105.2,c), 106, 109 RSU; 9.2 y 11.3 Orden ITC/1030/2007.

Respuesta jurídica. Se refiere este supuesto a servicios no incluidos en la prestación del servicio universal de telecomunicaciones, esto es, cualquier servicio de comunicaciones electrónicas (telefonía fija, móvil, acceso a internet, TV de pago, paquetes integrados...), distinto a la conexión y servicio de telefonía fija prestado por Telefónica. Las negativas o demoras en la

satisfacción de demandas de nuevos servicios incluidos en el servicio universal han sido objeto de análisis específico²⁰⁰.

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 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 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, que debe figurar en el contrato, el usuario podrá darse de baja con carácter inmediato, sin necesidad de esperar el plazo de 15 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/1030/2007]²⁰¹.

Es éste uno de los supuestos en los que se revela en toda su complejidad el problema de la concurrencia y distribución de competencias sancionadoras: cabe su calificación como infracción de consumo por fraude a los consumidores (arts. 8.3, 34.4 LGDCU y 3.1.3 RD 1945/1983); pero también, si 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)²⁰².

²⁰⁰ V. dentro de este Capítulo, apdo. 1.1.

²⁰¹ Reitero aquí mi opinión respecto a este precepto. No tiene carácter simplemente procedimental, sino que reconoce un derecho subjetivo del cliente, cuya tutela cabe exigir a través de cualquiera de los procedimientos de resolución de conflictos y no exclusivamente en el procedimiento ante la SETSI.

²⁰² V. Capítulo III.

5.1.2. Interrupción del servicio, reparación de averías y compensaciones asociadas.

Supuestos de hecho. El supuesto tipo es el del abonado o conjunto de abonados que sufre durante un período temporal la interrupción del servicio telefónico (fijo o móvil) o de acceso a Internet, solicitando al operador el abono de una compensación por los daños derivados de la interrupción (ej. devolución de parte de cuotas fijas o tarifas planas, indemnización de lucros cesantes o de gastos en medios de comunicación alternativos).

En algunos casos, concurre la interrupción simultánea de varios servicios. Por ejemplo, usuario de servicio de telefonía fija que sufre la interrupción del mismo debido a una avería en la red, que tarda siete días en ser reparada. A consecuencia de tal incidencia, el usuario no puede utilizar el servicio de acceso a Internet mediante conexión ADSL facilitada por otro operador distinto al operador de acceso. Reparada la red, los técnicos del operador de acceso no realizan las actuaciones pertinentes para reactivar la conexión ADSL. Tras la reclamación presentada al operador de acceso, éste abre una nueva incidencia y finalmente queda restablecido el servicio telefónico y la conexión ADSL. El usuario reclamante solicita la compensación por la interrupción del servicio telefónico fijo y consulta si puede exigir contraprestación por la interrupción del servicio ADSL.

Normas aplicables. Arts. 1101 CC; 25 y 28 LGDCU; 38.2,e), 53 m), 54,o) y 55,e); 58 c) LGTel; DA 2ª Ley 44/2006; 105.2, d), g), 115, 120 RSU; 10, 11, 12, 16 Orden ITC/912/2006.

Respuesta jurídica. El usuario tiene derecho a recibir una compensación por la interrupción temporal del servicio en los términos regulados reglamentariamente [arts. 38.2,e) LGTel] y conforme a lo establecido en los correspondientes contratos [arts. 105.2, d), g), 115.1.VI RSU], estando obligado el operador a indemnizar automáticamente en la factura correspondiente al período inmediato al considerado, si el importe de la indemnización es superior a un euro (art. 115.1.II y 120.1.I).

Para determinar el *quatum* indemnizatorio, habrá que valorar la causa de la interrupción. El RSU se pronuncia en términos muy generales estableciendo un régimen de responsabilidad “cuasi-objetivo”²⁰³. Tratándose del servicio telefónico, se distingue entre interrupción por fuerza mayor (art. 115.1.V); interrupción por causas imputables exclusivamente a los abonados (arts. 115.2) y resto de interrupciones (art. 115.1.I-IV). En el caso de la interrupción del servicio de acceso a Internet, el RSU sólo diferencia entre dos tipos de causas: causas imputables exclusivamente a los abonados (art. 120.2) y otras causas (art. 120.1)

- i) Si la interrupción del servicio telefónico se debe a causas de *fuerza mayor* (ej. fenómenos meteorológicos imprevisibles en la zona geográfica considerada, actos de sabotaje o vandalismo de tercero, fallos de red completamente imprevisibles en función del estado de la tecnología²⁰⁴...), el operador se limitará a compensar automáticamente al abonado con la devolución del importe de la cuota de abono y otras independientes del tráfico (ej. cuotas por buzón de voz, por servicio llamada a tres...), prorrateado por el tiempo que hubiera durado la interrupción (art. 115.1.V);
- ii) Si la interrupción del servicio telefónico o del servicio de acceso a Internet se debe a *causas imputables exclusivamente al abonado* tales como el incumplimiento grave de condiciones contractuales, en especial casos de fraude o mora o conexión de equipos no evaluados de

²⁰³ V. FJ 3º SAP de Madrid de 30 enero 2007 (JUR 2007,80044), dictada en proceso incoado contra Vodafone por la interrupción masiva del servicio de telefonía móvil el 20 de febrero de 2003.

²⁰⁴ Sobre el fallo en la red como supuesto de fuerza mayor se ha de citar la SAP de Madrid de 30 enero 2007 (JUR 2007,80044). En contra de la valoración de la SETSI, que archivó el expediente contra Vodafone por la interrupción masiva del servicio el 20 de febrero de 2003, considerando que se debió a un fallo en la red totalmente imprevisible, la sentencia estima que la interrupción se debió a causas endógenas al propio sistema operativo (dos deficiencias de diseño de programas de señalización, no relacionadas entre sí e introducidas en la red de forma independiente y en momentos distintos, que no fueron detectadas durante las pruebas habituales que conlleva la introducción de nuevos programas de la red), que “alejan los supuestos de fuerza mayor, pues por razón de la necesaria prevención en orden a la calidad y mantenimiento ininterrumpido del servicio, teniendo en cuenta los avances tecnológicos en la materia, es clara la posibilidad de haber adoptado más y mejores medidas de aseguramiento”. Por ello, se considera procedente la indemnización a los usuarios en función del promedio de facturación de los tres meses anteriores a la interrupción prorrateado por el período de duración de ésta.

conformidad a la normativa vigente, no procede compensación alguna (arts. 115.2 y 120.2);

- iii) En *otros casos*, el operador deberá indemnizar por la interrupción del *servicio telefónico* con una cantidad que será, al menos, igual o la mayor de las dos siguientes: a) El promedio del importe facturado por todos los servicios interrumpidos durante los tres meses anteriores a la interrupción, prorrateado por el tiempo que haya durado la interrupción. Si la antigüedad es inferior a tres meses, se considerará el importe de la factura media en las mensualidades completas efectuadas o la que se hubiese obtenido en una mensualidad estimada de forma proporcional al período de consumo efectivo realizado; b) Cinco veces la cuota mensual de abono vigente en el momento de la interrupción, prorrateado por el tiempo de duración de ésta (art. 115.1. I RSU).

En el supuesto planteado, no se especifica la causa de la avería que provoca la interrupción del servicio telefónico fijo, por lo que operador de acceso deberá indemnizar conforme a las reglas del art. 115.1.I RSU, compensando con el pago de la mayor de las cantidades aludidas.

- iv) Respecto a la *interrupción del servicio de acceso a Internet* (mediante conexión ADSL o cualquier otra tecnología) ocasionada por *otras causas* distintas las imputables exclusivamente al abonado, el operador deberá compensar al abonado con la devolución del importe de la cuota de abono y otras cuotas fijas, prorrateadas por el tiempo que hubiera durado la interrupción. A estos efectos, el operador estará obligado a indemnizar automáticamente al abonado, en la factura correspondiente al período inmediato al considerado, cuando la interrupción del servicio suponga el derecho a una compensación por importe superior a 1 euro (art. 120.1).

Podría esgrimirse la intervención de un tercero (operador de acceso) como causa excluyente de la compensación. Sin embargo, la intervención de este tercero no puede ser equiparada a la fuerza mayor. El tercero no es ajeno al operador que facilita la conexión. Entre ellos ha

de mediar un contrato de acceso a red en el que deben distribuir la responsabilidad interna por las interrupciones o defectos de calidad del servicio final ofrecido al cliente²⁰⁵. Por ello y sin perjuicio de la exigencia de responsabilidad en las relaciones entre los dos operadores, el operador proveedor de acceso a Internet tendrá que compensar al usuario con la devolución del importe de la cuota de abono y otras cuotas fijas, prorrateadas por el tiempo que ha durado la interrupción y conforme al procedimiento previsto en el contrato (art. 120 RSU).

El tiempo de interrupción del servicio y el tiempo de reparación de averías son parámetros de calidad, definidos reglamentariamente en relación al servicio universal (cfr. arts. 16.2 y 13 Orden ITC/912/2006, respectivamente²⁰⁶) e incluidos entre los niveles individuales de calidad que los operadores se comprometen contractualmente a ofrecer (arts. 10.1 y 10.2 Orden Calidad)²⁰⁷. Como tal parámetro de calidad, su incumplimiento da derecho a una indemnización acumulable a la prevista por los arts. 115 y 120 RSU en caso de interrupción temporal del servicio (art. 11.1.II y III Orden de Calidad). El

²⁰⁵ Técnicamente, el contrato recibe la denominación de contrato de acceso al bucle de abonado. En relación a la red de Telefónica, este contrato está sometido a la Oferta de Acceso al Bucle de Abonado (OBA), aprobada por la CMT a propuesta de Telefónica. El bucle de abonado es el último tramo de la red telefónica, que une el terminal del usuario con la central telefónica de la que depende y por aplicación de la tecnología ADSL, instalada por el titular de la red o por otro operador, esta parte de la red se “desdobla” virtualmente, de forma que el operador de acceso o titular de la red (ej. Telefónica) presta a través de ella el servicio telefónico y el otro operador (ej. Wanadoo - Orange), presta el servicio de acceso a Internet mediante conexión ADSL. Sobre estos contratos, v. MENDOZA LOSANA, A.I., “Nuevas iniciativas para facilitar la competencia en el acceso al usuario final (bucle de abonado). Un estudio a raíz del artículo 2 del RD-Ley 7/2000, de 23 de junio, de Medidas Urgentes en el Sector de las Telecomunicaciones”, *Revista Española de Derecho de las Telecomunicaciones e Infraestructuras de Red (REDETI)*, Febrero 2001, núm. 10 (págs. 119-143).

²⁰⁶ Para el servicio universal (servicio telefónico fijo prestado por Telefónica hasta el 31-12-2007), el compromiso relativo al “tiempo de interrupción del servicio” no será superior a la treinta parte del período de facturación (art. 16.2 Orden Calidad) (si la facturación es bimestral, la interrupción no ha de ser superior a dos días) y el tiempo de reparación de averías ha de ser inferior a 48 horas para el 95% de los casos (art. 12.1 Orden de Calidad).

²⁰⁷ En la web <http://www.mityc.es/Telecomunicaciones/Secciones/CalidadServicio/1PublicacionNivelesCalidad/>

pueden consultarse los niveles de calidad ofrecidos por distintos operadores de telefonía fija y móvil para los parámetros definidos en la Orden ITC 912/2006, conforme a las normas del Instituto Europeo de Normas de Telecomunicación (ETSI), con la colaboración de operadores y usuarios y recogidos en la norma ETSI EG 202 057, partes 1 a 4. En concreto, el parámetro “tiempo de reparación de averías” se cifra en 48 horas (Telefónica); 43 (Euskaltel); 120 (Telecable); 80 (Jazztel); 72 (Orange). A pesar de las importantes oscilaciones en cuanto a la medida del parámetro, según la información publicada por los distintos operadores, el plazo objetivo de reparación se sitúa en torno a las 48 horas.

contrato ha de prever el mecanismo para obtener esta indemnización (ej. si se realiza de forma automática o es necesaria petición del usuario...) (art. 11.2 Orden).

Tratándose de servicios de telefonía móvil, resulta especialmente complejo determinar qué usuarios han resultado afectados por la interrupción del servicio. Por ello, la Orden ITC/912/2006 establece algunos criterios al respecto. Su art. 10.2 prevé que se entenderá que una interrupción el servicio en una zona afecta a un abonado cuando se dé alguna de las siguientes circunstancias:

- a) El operador conoce a través de sus sistemas de información que dicho abonado se encontraba en la zona afectada en el momento de la interrupción;
- b) La interrupción afecta al área donde se encuentra el domicilio que figura en el contrato y el operador, a través de sus sistemas de información, no puede situarle en otra zona durante el período de la interrupción;
- c) El abonado comunica al operador, mediante declaración responsable, en el plazo de 10 días contados a partir del restablecimiento del servicio, que ha estado en un área afectada por la interrupción en el momento de producirse y dicha afirmación no resulta contradictoria con la obtenida de los sistemas de información del operador, circunstancia esta última que será debidamente comunicada por el operador al abonado.

La compensación por interrupción del servicio o incumplimiento del correspondiente parámetro de calidad es independiente y acumulativa con otras posibles indemnizaciones de los daños derivados de la interrupción, exigibles conforme a la legislación civil (arts. 102.3 y 120.4 RSU)²⁰⁸.

Naturalmente, el pago al usuario de las compensaciones expuestas en los apartados anteriores, no excluye, en su caso, la intervención sancionadora de

²⁰⁸ La st. AP Barcelona de 23-11-2004 (AC 2005/256) condena a Telefónica indemnizar a la propietaria de un hostel situado en un lugar inhóspito de los Pirineos, al que no llegaba la telefonía móvil por el lucro cesante sufrido derivado de las continuas averías e interrupciones del servicio telefónico.

la Administración de Telecomunicaciones. En concreto, del MITC a través de la SETSI [arts.53 m), 54,o) y 55,e); 58 c) LGTel y DA 2ª Ley 44/2006].

5.1.3. Interrupción del servicio a petición del usuario debido a su mala calidad.

Supuesto de hecho: interrupción del servicio solicitada por el propio abonado debido a sus deficiencias técnicas, su uso fraudulento por terceros, que generó facturas desproporcionadas correspondientes a períodos de ausencia del domicilio y la falta de atención de la empresa a través del servicio de atención al cliente.

Normas aplicables. Arts. 1101 CC; 25 y 28 LGDCU; 38.2,e), 53 m), 54,o) y 55,e); 58 c) LGTel; DA 2ª Ley 44/2006; 105.2, d), g),115, 120 RSU; 10, 11, 12, 16 Orden ITC/912/2006.

Respuesta jurídica. El supuesto planteado es una variante del caso analizado en el subepígrafe anterior. Por ello y sin perjuicio de las peculiaridades que a continuación se exponen, han de darse por reproducidas todas las consideraciones expuestas allí en relación a la interrupción del servicio telefónico (compensaciones, parámetros de calidad, infracciones administrativas). También han de tomarse en consideración las reglas sobre la distribución de la carga de la prueba expuestas en el subepígrafe siguiente.

Se reconoce al usuario un derecho a la indemnización por interrupción del servicio, a pesar de ser él mismo quien solicitó la suspensión. Procede estimar la pretensión de indemnización de perjuicios derivados de la falta de disponibilidad del servicio telefónico porque ha sido la actitud de la suministradora con su falta de información y desatención en la subsanación de defectos, la que obligó a interesar la baja en orden a evitar mayores perjuicios (cfr. SAP Alicante de 4-3-2002, AC 2002/825).

5.2. EN PARTICULAR, SERVICIOS DE TELEFONÍA MÓVIL.

5.2.1. Llamadas fallidas o interrumpidas: compensación y solicitud de baja.

Supuesto de hecho. Llamadas infructuosas (fallidas o interrumpidas) realizadas en zonas dotadas de cobertura, pero en las que la calidad del servicio es deficiente (ej. no se oye al interlocutor). Esto obliga a interrumpir y volver a intentar la comunicación, con el correspondiente incremento del gasto telefónico a costa del usuario, que reclama compensación por estos defectos de calidad y solicita la baja sin penalización.

Normas aplicables. Arts. 38.2,j), 53 m), 54,o), 55,e) 58 LGTel; 102.3, 105.2,d), 106 RSU; Orden ITC/912/2006; arts. 12.2,a) y 17 Decreto de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha 315/2003, de Protección de los Derechos de los Consumidores y Usuarios en materia de telefonía móvil.

Respuesta jurídica. Sin perjuicio de la resolución inmediata y sin penalización por incumplimiento del operador de sus obligaciones contractuales (arts. 1124 CC y 105.4.III RSU) y de la indemnización de otros daños derivados del incumplimiento y acreditados por el perjudicado (ej. gastos derivados de la reiteración de llamadas infructuosas, gastos adicionales por la necesidad de emplear medios de comunicación alternativos...) (arts. 1124, 1101 CC y 102.3 RSU), el incumplimiento de los parámetros de calidad es en sí mismo fuente de una obligación indemnizatoria. El incumplimiento de los parámetros de calidad estipulados en el contrato da derecho al usuario a la percepción de una compensación en los términos del art. 105.2,d) RSU y art. 11 Orden Calidad.

El contrato ha de especificar el método de cálculo de la indemnización asociada al incumplimiento de los compromisos de calidad (art. 11.1.I Orden), así como si la compensación es automática o precisa petición previa, en cuyo caso deberán determinar el plazo y procedimiento de reclamación, que se presentará ante el servicio de atención al cliente del operador (art. 11.2 Orden). En su caso, la indemnización prevista contractualmente se acumula a las compensaciones que se imponen imperativamente para la interrupción del

servicio telefónico disponible al público (arts. 11.1.II Orden y 115.1 RSU) y para el servicio de acceso a Internet (art. 120 RSU).

Como dato casi anecdótico, dada su escasa aplicación práctica, se ha de traer a colación en este supuesto lo dispuesto por el Decreto CLM 315/2003 de Protección de los Derechos de los Consumidores y Usuarios en materia de telefonía móvil que obliga a “los prestadores de servicio o en su caso los intermediarios” autorizados a ofrecer información escrita complementaria, cuando ésta no se contenga en el contrato que suscriben las partes, sobre “el régimen jurídico y económico aplicable en *supuestos de reconexión*, entendida ésta como reanudación de la comunicación tras su interrupción automática por avería, sobrecarga u otras causas, entre ellas la falta de cobertura, no imputables al usuario del servicio, e información necesaria sobre las mismas, así como el tiempo mínimo para proceder a la reconexión sin coste alguno” [art. 12.2,a) Decreto]. El incumplimiento de estos deberes constituye una infracción administrativa de consumo (art. 17 Decreto CLM 315/2003).

Además, el incumplimiento puede constituir una infracción administrativa sancionable [arts.53 m), 54,o) y 55,e) LGTel]. Dado el carácter general del art. 130.2 Ley 30/1992²⁰⁹ y sin perjuicio de las acciones civiles que el usuario pueda ejercer, no se encuentra inconveniente en que en el mismo procedimiento sancionador, la Administración (de Telecomunicaciones) obligue al operador a compensar por el incumplimiento de los parámetros de calidad en los términos establecidos por la legislación sectorial, así como a la indemnización de otros daños probados derivados de la infracción²¹⁰.

²⁰⁹ Art. 130.2 Ley 30/1992. Las responsabilidades administrativas que se deriven del procedimiento sancionador serán compatibles con la exigencia al infractor de la reposición de la situación alterada por el mismo a su estado originario, así como con la indemnización por los daños y perjuicios causados que podrán ser determinados por el órgano competente, debiendo, en este caso, comunicarse al infractor para su satisfacción en el plazo que al efecto se determine, y quedando, de no hacerse así, expedita la vía judicial correspondiente.

²¹⁰ 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 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

El incumplimiento de los niveles de calidad comprometidos constituye una infracción administrativa tipificada expresamente por la normativa sectorial [arts.53 m), 54,o) y 55,e) LGTel]. Su sanción corresponde a la Administración de Telecomunicaciones [art. 58,c) LGTel]. Por tanto, presentada una reclamación administrativa por este motivo, la Administración de Consumo podrá intentar la mediación administrativa a fin de que el usuario obtenga la correspondiente compensación por interrupción del servicio y en cualquier caso, deberá poner los hechos en conocimiento de la SETSI [art. 58 c) LGTel], para que en su caso, tramite el correspondiente expediente sancionador.

En las reclamaciones referentes a las deficiencias de calidad del servicio, uno de los principales problemas que afectan al usuario es el de la prueba. ¿Cómo demostrar que las llamadas realizadas desde determinado lugar, que puede ser o no el del domicilio del usuario, son o han sido de calidad deficiente?. Como en otros supuestos, la carga de la prueba se ha de distribuir con arreglo al *principio de facilidad probatoria*. Corresponde al operador acreditar que el servicio prestado ha alcanzado los niveles de calidad exigidos por la normativa vigente o en su caso, los previstos en el contrato.

Respecto a la distribución de la carga de la prueba en materia de consumo y en particular, en relación a los servicios de telecomunicaciones, existe una abundante jurisprudencia menor que se puede resumir en los siguientes términos:

- La inversión de la carga de la prueba a favor del consumidor sólo alcanza al origen o motivo del hecho, pero no a la existencia del hecho dañoso (ej. interrupción de servicio telefónico, deficiencias de calidad), o a los perjuicios sufridos (St. AP Madrid, de 9-3-2004, JUR 2004/260593, FJ 7º);

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>)].

- Por ser el operador quien dispone de importantes medios técnicos y posibilidad de acceso a los registros correspondientes, a diferencia del consumidor, le corresponde a él proceder a la verificación técnica de todos aquellos elementos relacionados con la línea telefónica que puedan influir en un defectuoso funcionamiento o en un uso ilegítimo e informar de su resultado al cliente, acompañando la oportuna copia de todas las inspecciones técnicas realizadas. Pero no basta “cualquier escueto informe, sino uno suficientemente detallado que permita ponderar todas y cada una de las posibilidades que puedan dar lugar a un defectuoso funcionamiento o a un uso ilícito por terceros, explicando pormenorizadamente cuáles son las razones técnicas por las que, en el caso concreto de que se trate, cabe descartarlos”. La superior protección del consumidor obliga a imponer al prestador del servicio el deber de comprobar el correcto funcionamiento de las instalaciones, cuando los usuarios formulen quejas fundadas sobre tal funcionamiento, así como de informar detalladamente al cliente del resultado de la investigación técnica efectuada. Única forma de que éste, pueda tomar conocimiento de la inexistencia del defecto o anomalía, o bien, en caso de discrepancia, disponer de los datos imprescindibles para la correcta reclamación. Si no se facilita la información requerida, se ha de entender que las desproporcionadas facturaciones o la reiteración de llamadas infructuosas se deben a razones no imputables al abonado (v.gr. defectos técnicos o consumos ilícitos de terceros derivados de manipulaciones de la línea) (St. AP Alicante, de 4-3-2002, AC 2002/825, FJ. 2º);

5.2.2. Cobertura insuficiente: solicitud de baja y devolución del precio del terminal.

Supuesto de hecho. Usuario adquiere terminal y contrata servicio de telefonía móvil manifestando en el momento de contratar cual es la zona geográfica donde desarrollará su actividad y para la que se requiere cobertura. El distribuidor autorizado afirma que “la cobertura es idónea” en la zona indicada. Tras la contratación, el usuario no puede acceder al servicio por falta de cobertura. Solicita la baja sin penalización, la devolución del precio del terminal

y el reembolso de los costes asociados (ej. coste de llamadas desde teléfono fijo de uso público).

Normas aplicables. Arts. 8, 12, 13, 34, DA 1ª, 3 y 9 LGDCU; 105 y 109 RSU; Decreto CLM 315/2003, de 16 diciembre 2003, de Protección de los Derechos de los Consumidores y Usuarios en materia de telefonía móvil.

Respuesta jurídica. El operador de telefonía móvil ha de facilitar información sobre el ámbito de cobertura de la red, pues es ésta una de las características esenciales del servicio ofrecido [arts. 105.2,a), 109.3,b), 1º RSU y 10.2 Decreto CLM 315/2003]. No es imprescindible que esta información se contenga formalmente en el contrato, basta una referencia al mapa de cobertura que se pone a disposición del cliente o a las explicaciones sobre cobertura en determinada zona facilitadas por el distribuidor o agente comercial. En cualquier caso, tal información integra el contenido contractual y por ello, la falta de cobertura en contra de la información facilitada constituye un incumplimiento contractual (arts. 8 y 13 LGDCU).

Por ser una forma de incumplimiento contractual, el usuario tiene derecho a darse de baja sin penalización (art. 105.4.III RSU) y a exigir la compensación de todos los daños derivados del incumplimiento, tales como la restitución del precio del terminal u otros gastos (cuotas de alta, en su caso, gastos derivados de la portabilidad, coste de nueva conexión, coste de medios de comunicación alternativos...) (arts. 102. 3 RSU, 25-29 RSU, 1101 y 1124 CC), pretensiones que podrá formular en vía judicial, arbitral o en su caso, en el marco del procedimiento sancionador (art. 130.2 Ley 30/1992²¹¹, 36.4 LGDCU y 44.2 Ley CLM 11/2005), si se aprecia la existencia de una infracción de consumo por fraude derivado de la publicación de información falsa o engañosa (arts. 8.3, 34.4 LGDCU y 3.1.3 RD 1485/1983). Sin perjuicio de las dudas interpretativas que suscita la Orden ITC/1030/2007, en particular sus arts. 3.2,a) y 9.2,c)²¹², parece claro que no podrán plantearse tales pretensiones indemnizatorias ante la SETSI [art. 3.2.a) Orden ITC/1030/2007].

²¹¹ Sobre la interpretación de este artículo cfr. dentro de este mismo Capítulo, nota 34.

²¹² Cfr. Cap. I, apdo. 7.4.2.

Ha de entenderse que el operador cumple sus deberes y por tanto no procede la aplicación de las consecuencias del incumplimiento siempre que informe adecuadamente sobre el nivel de cobertura. El hecho de que en el domicilio del usuario o en otro lugar concreto en el que éste espere tener cobertura no disponga de la misma no justifica *per se* la solicitud de baja. Por la naturaleza del servicio de “telefonía móvil”, éste puede ser utilizado en cualquier lugar, por definición “la vida es móvil”. Para determinar si la falta de cobertura justifica la solicitud de baja sin penalización, habrá que valorar la información facilitada sobre este extremo. Si la información ha sido completa, veraz y objetiva, no habrá motivo para admitir tal resolución sin penalización.

Resulta irónico que en casos como el descrito, el operador acceda a no cobrar la penalización por baja anticipada invocando el “gesto comercial”. Hay que resaltar que la baja anticipada sin penalización en casos de falta de cobertura no es un favor que generosamente concede el operador, sino una auténtica obligación jurídica (art. 105.4 RSU), cuyo incumplimiento sería sancionable [cfr. arts. 34.4 en relación a art. 8.3 LGDCU; 34.9 en relación a DA 1ª, 3ª (vinculación incondicionada del consumidor al contrato, aun cuando el profesional no hubiera cumplido sus obligaciones) y DA 1ª,9ª (exclusión o limitación de forma inadecuada de los derechos legales del consumidor por incumplimiento total o parcial o cumplimiento defectuoso del profesional)].

Como muestran numerosos expedientes de reclamación presentados ante los Servicios de Consumo, el vendedor del terminal (operador directamente o a través de distribuidor autorizado) rechazará la pretensión de devolución del precio argumentando que las deficiencias no son imputables al terminal, sino al servicio. Se hace necesario invocar el argumento de las prestaciones vinculadas. No se adquiere un terminal liberado apto para su utilización con cualquier operador, sino un terminal vinculado al servicio prestado por determinado operador y *para* acceder al servicio ofrecido por éste. El acceso al servicio telefónico de tal operador se convierte en causa del contrato de adquisición del terminal y si aquél resulta imposible, el contrato de adquisición del terminal deviene ineficaz por pérdida sobrevenida de la causa (art. 1275 CC). En otros términos, si se extingue la obligación principal (prestación del

servicio telefónico) por imposibilidad de cumplimiento (art. 1184 CC), imputable al operador (falta de cobertura), también se ha de extinguir la obligación accesoria o instrumental (entrega del terminal).

En una interpretación algo forzada, cabe incluso aplicar la Ley 23/2003, de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo, en cuanto el terminal presenta una falta de conformidad con el contrato. Puesto que se ha adquirido vinculado a determinado servicio, la accesibilidad al servicio mediante tal terminal y dentro del ámbito de cobertura expresado por el operador o distribuidor autorizado constituye una de las características del mismo (art. 3). Si el servicio es inaccesible, el terminal no es conforme con el contrato y por ello, el adquirente podrá exigir la devolución del precio del terminal, pues ni la reparación, ni la sustitución resultan satisfactorias (art.7 Ley 23/2003).

6. FACTURACIÓN INDEBIDA E INCLUSIÓN EN REGISTROS DE MOROSOS.

Este apartado es de lo más variopinto. No en vano los errores de facturación ocupan los primeros puestos en las listas de motivos principales de reclamación. Son muchos los supuestos en los que la reclamación trae causa en la facturación indebida de servicios, ya por la facturación de llamadas no realizadas o al menos, no realizadas voluntariamente (v.gr. terminal defectuoso, envío automático de multitud de mensajes...); por la facturación de servicios no prestados o por la facturación de servicios tras la formulación de la solicitud de baja. Expondremos algunos de los supuestos más frecuentes.

6.1. Facturación de conceptos no previstos en el contrato.

Supuesto de hecho. Es relativamente frecuente en contratos de acceso indirecto, la práctica consistente en facturar cuotas fijas, -habitualmente de escasa cuantía (ej. 2 €)-, a los que no se refiere el contrato y menos aún la publicidad del servicio.

Normativa aplicable. Arts. 1255, 1254 y 1258 CC, 8, 10 bis, 12.6, 13, DA 1ª, 20 LGDCU, art. 3 RD 1945/1983; 38.2,f) LGTel y 105.2, c), e), 106 y 109.2 RSU; arts. 3.1,a) y 9.2,c) Orden ITC/1030/2007.

Respuesta jurídica. Desde una perspectiva exclusivamente civil, la imposición al usuario de obligaciones no contempladas en el contrato y de las que sólo tiene conocimiento cuando se emiten las facturas constituye una práctica que vulnera sus derechos en cuanto contratante. Lo no contemplado en el contrato no puede ser exigido, salvo que, según la naturaleza del contrato, la exigencia sea conforme a la buena fe, al uso y a la ley (art. 1258 CC). Es manifiestamente contrario a la buena fe contractual obligar unilateralmente al usuario al pago de conceptos no previstos en el contrato.

En cuanto consumidor, el abonado tiene derecho a recibir “de forma cierta y objetiva” una información contractual “veraz, eficaz y suficiente” sobre las características esenciales” de los servicios contratados (art. 13.1 LGDCU). En particular, sobre el precio final completo, desglosando, en su caso, el importe de los incrementos o descuentos que sean de aplicación, de los gastos que se repercutan al consumidor y usuario y de los gastos adicionales por servicios accesorios u otras condiciones de pago similares [art. 13.1, d) LGDCU en redacción dada por Ley 44/2007]. Conforme al principio de buena fe objetiva, que integra de modo especial los contratos con consumidores en los supuestos de omisión de información precontractual relevante (art. 12.6 LGDCU en redacción dada por Ley 44/2006), las cuotas no previstas en el contrato no pueden ser exigidas²¹³.

La facturación de cuotas no previstas contractualmente constituye una forma de fraude en la prestación de servicios y como tal puede ser sancionada por la Administración de Consumo (arts. 8.3 LGDCU y 3.2.2 y 3.3.4 RD 1945/1983).

²¹³ La St. AP Valencia, secc.3ª, 16-3-2005, (JUR 2005\131144) condena a Uni2 a por coacción a cliente e inclusión en registro de morosos por negarse a pagar cuota mensual que no figuraba en contrato.

Además, la práctica puede ser calificada como abusiva en cuanto impone la adhesión del consumidor a cláusulas de las cuales no ha tenido la oportunidad de tomar conocimiento real antes de la celebración del contrato (art. 10 bis y DA 1ª.20 LGDCU).

Naturalmente y sin perjuicio de la intervención sancionadora de la Administración, el usuario puede negarse al pago de estas cuotas no previstas en el contrato y en caso de facturación de las mismas, tiene derecho a su reembolso por pago de lo indebido. Tales pretensiones podrán ser ejercidas en vía judicial o arbitral, ante la SETSI [arts. 3.1,a) y 9.2,c) Orden ITC/1030/2007] o en el marco del procedimiento sancionador (v. arts. 130.2 Ley 30/1992²¹⁴, 36.4 LGDCU y 44.1 Ley 11/2005, del Estatuto del Consumidor de CLM).

6.2. Facturación de servicios no solicitados.

Supuestos de hecho. Imposición de servicios no contratados como accesorios o complementarios al servicio principal, que el operador activa y factura “por norma o política de la empresa” y sin requerir para ello el consentimiento del usuario (ej. buzón de voz, servicio de llamada a tres...).

En otras ocasiones, lo que el operador impone son ciertas ofertas, promociones o tarifas planas que el usuario no sólo no ha aceptado, sino que incluso ha rechazado. Se registran algunos casos en los que tras la contratación del servicio telefónico, el operador ofrece la contratación del servicio ADSL, oferta que a pesar de ser expresamente rechazada por el usuario, es facturada tras el envío del kit ADSL necesario para la conexión.

Normas aplicables. Art. 8 LCGC; 10 bis, 12, DA 1ª.23 y 24, 34.9 LGDCU; 38.2,b), 38.2,d) LGTel, 105.2,c) y 113 RSU; 3.1,a), 7, 9.2,a) Orden ITC/1030/2007; DA 2ª Ley 44/2006.

²¹⁴ Sobre la interpretación de este artículo cfr. dentro de este mismo Capítulo, nota 34.

Respuesta jurídica. 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 (art. 34.9 LGDCU).

Si se aprecia que el usuario ha sido indebidamente dado de alta en cualquier servicio, procede la tramitación de la baja inmediata y en su caso, la restitución de las cantidades indebidamente cobradas [art. 9.2,a) Orden ITC/1030/2007]²¹⁵. En cualquier caso, corresponde al operador probar la contratación de un determinado servicio (art. 7.1 Orden ITC/1030/2007).

Si el operador incurre en prácticas de envío no solicitado (ej. módem ADSL o terminal preenrutado) será de aplicación la normativa que regula este tipo de prácticas²¹⁶.

En aquellos casos en los que el usuario haya solicitado expresamente la prestación de tales servicios, siempre podrá solicitar la baja en los mismos por el procedimiento previsto contractualmente. Conforme al principio de buena fe que ha de integrar los contratos en beneficio de los consumidores (art. 12.6 LGDCU), si los contratos de abono han de prever el procedimiento para dar por finalizado tal contrato a petición del usuario, también habrán de prever el procedimiento para causar “baja parcial”, es decir, para solicitar el cese de la prestación de servicios accesorios o complementarios al servicio principal (art. 12.4 LGDCU). En su defecto, se solicitará expresamente al operador a través del servicio de atención al cliente y por un medio que permita tener constancia de la fecha y contenido de la solicitud (arts. 13.4 LGDCU, 104.1 y 105.2.k) RSU). La negativa u obstaculización al ejercicio por el consumidor de este

²¹⁵ 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 indemnizatoria en el marco de un procedimiento sancionador (arts. 130 Ley 30/1992 y 36.4 LGDCU en redacción dada por Ley 44/2006).

²¹⁶ V. *supra* apdo. 2.2.

derecho es una forma de imposición de servicios no solicitados, prohibida por la legislación de consumo.

El derecho a la desconexión de ciertos servicios está especialmente regulado por la normativa de telecomunicaciones en relación al servicio telefónico disponible al público [arts. 38.2,d) LGTel, 105.2,c) y 113 RSU]. Sin embargo, la normativa sectorial sólo garantiza en términos de mínimos el derecho a la desconexión de determinados servicios “al menos, el de llamadas internacionales y el de llamadas a servicios de tarifas superiores, en especial, a servicios de tarificación adicional” (art. 113.1 RSU). Respecto a tales servicios, solicitada la desconexión por el usuario conforme al procedimiento establecido en el contrato, el operador deberá proceder a la desconexión en el plazo máximo de diez días desde la recepción de la solicitud. Si la desconexión no se produce en el plazo indicado por razones no imputables al abonado, serán de cargo del operador los costes derivados del servicio cuya desconexión se ha solicitado (art. 113.2 RSU). Las facturas y documentos de cargo emitidos por el operador de servicios telefónicos han de informar sobre este derecho de desconexión en los términos exigidos reglamentariamente (arts. 113.3 RSU).

En ocasiones, se da la paradoja de que el operador informa en la factura del derecho del usuario a desconectarse de servicios como los de tarificación adicional o llamadas internacionales, pero nada dice de la posibilidad de rechazar la prestación de otros servicios accesorios o complementarios al servicio contratado (buzón de voz, llamada a tres...).

La situación regulatoria descrita nos sitúa una vez más ante el complejo problema de distribución de competencias sancionadoras. Sin entrar en disquisiciones teóricas²¹⁷ y conscientes de pisar un terreno ambiguo, llegamos a las siguientes conclusiones:

i) En cuanto práctica abusiva, la imposición y facturación de servicios no solicitados (ej. buzón de voz, llamada a tres...), por simple “práctica de la

²¹⁷ V. Capítulo III.

empresa” constituye una infracción de consumo (arts. 34.5 y 34.9 LGDCU), sancionable por la Administración autonómica;

ii) Respecto al servicio telefónico disponible al público, la falta de previsión contractual de un procedimiento para solicitar la desconexión en los servicios de llamadas internacionales y tarifas superiores (tarificación adicional, mensajes Premium...) o la negativa u obstaculización al ejercicio de tal derecho de desconexión tal y como queda regulado por el art. 113 RSU constituye una infracción de la normativa sectorial de telecomunicaciones [arts. 53,l), 53,s), 54,o),p),q) y 55,e) en relación con arts. 38.2,d) y 8.1 LGTel, 105.2,c) y 113 RSU], sancionable por la Administración sectorial (art. 58 LGTel y DA 2ª Ley 44/2006);

iii) Respecto al resto de servicios accesorios al servicio telefónico no incluidos en el apartado anterior (ej. buzón de voz, llamada a tres) o a otros servicios (ej. acceso a Internet con servicios accesorios, como actualización de antivirus) y en aquellos supuestos en los que hayan sido voluntariamente contratados por el usuario, éste siempre podrá ejercer su derecho a la baja (parcial) en los términos previstos contractualmente o en su defecto, a través del servicio de atención al cliente (arts. 12.2, 12.6 y 13.4 LGDCU). La negación de este derecho o la imposición de obstáculos onerosos o desproporcionados constituye una infracción de consumo (art. 34.12 en relación a arts. 12.2 y 12.6 LGDCU), sancionable por la Administración autonómica.

iv) Cualquier eventual conflicto de infracciones ha de resolverse a favor de la tipificación sectorial²¹⁸.

v) En los casos en los que se facturan ofertas rechazadas, el operador suele acceder a la pretensión de devolución 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.

²¹⁸ V. Cap. III, apdo. 4.3.

6.3. Facturación de servicios utilizados involuntariamente debido a defectos probados del terminal.

Supuestos de hecho. Operador factura servicios que, según sus equipos de facturación, han sido utilizados por el usuario, si bien éste manifiesta que el acceso y utilización de tales servicios se debe a defectos probados del móvil (ej. teclas configuradas para acceder a Internet, de modo que cada vez que el usuario marca dicha tecla, accede al servicio, incurriendo en el correspondiente concepto de facturación; envío masivo de mensajes cortos o multimedia a un mismo número y en un espacio brevísimo de tiempo²¹⁹).

En tales supuestos, el operador invoca que la facturación es correcta en la medida en que el servicio ha sido utilizado por el usuario y así se registra en su sistema informático de facturación.

Normas aplicables. Arts. 1101 y 1124 CC; Arts. 10 bis, 25, 26 y DA 1ª. II, 9ª y 10ª LGDCU y arts. 3 a 8, DA II Ley 23/2003, de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo.

Respuesta jurídica. En la mayoría de las ocasiones, el contrato de adquisición del terminal y el contrato de prestación del servicio son contratos vinculados²²⁰. La prestación a la que se obliga el operador no es sólo la de prestar el servicio, sino también la de entregar un terminal adecuado y conforme a las características técnicas que le son propias según su etiquetado, libro de instrucciones e información facilitada en publicidad. Si el operador entrega un terminal defectuoso ha de responder de la “falta de conformidad” en los términos de la Ley 23/2003 y en su caso, de todos los daños derivados de su incumplimiento (art. 1101 CC y DA II Ley 23/2003), entre los que se incluye el coste de los servicios que el usuario ha utilizado involuntariamente por defectos del terminal.

²¹⁹ Entre los casos analizados, figura el de un usuario al que se le factura por el envío de 60 mensajes cortos al mismo número de teléfono en 13 minutos (de 8:14 a 8:27 h).

²²⁰ V. *supra* apdo. 4.2.3.

No obstante, frecuentemente, los operadores rechazan esta argumentación, esgrimiendo que el defecto del terminal es sólo imputable al fabricante y que el operador-vendedor no incurre en ninguna responsabilidad. Esta conducta no sólo constituye un incumplimiento contractual que cualquier juez estimaría en vía civil²²¹, sino también una práctica abusiva²²² (cfr. art. 10 bis.1 LGDCU y DA 1ª.II.9ª,10ª LGDCU) y por ende, una infracción administrativa de consumo sancionable por la Administración (cfr. art. 34.9 LGDCU).

6.4. Facturación de servicios no prestados.

Supuesto de hecho. Las reclamaciones presentadas ante los Servicios de Consumo de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha ofrecen un variado catálogo de supuestos en los que el operador factura servicios no prestados. Con excesiva frecuencia, el motivo es el “error administrativo, informático o de gestión”, seguidos por los supuestos de facturación de servicios desde la fecha de contratación, a pesar de que el servicio se activa en fechas posteriores o la facturación de servicios formalmente activados pero materialmente inaccesibles para el usuario por razones imputables al operador (ej. problemas de cobertura, configuración de software, retraso en la implantación de nuevas tecnologías de red...).

Normas aplicables. 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.

Respuesta jurídica. 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

²²¹ Sobre el carácter vinculado de estos contratos v. Sts. AP Murcia 26 abril 2004 (JUR 2004, 299737); León 7 mayo 2001 (JUR 2001\224278).

²²² Obsérvese que en su nueva redacción dada por la Ley 44/2006, el art. 10.bis.1 incluye entre las cláusulas abusivas no sólo “aquellas estipulaciones no negociadas individualmente”, sino también “todas aquellas prácticas no consentidas expresamente”.

informático o de administración-, conlleva el derecho del usuario a la devolución de lo indebidamente cobrado (art. 1895 CC). De probarse la mala fe del prestador del servicio (ej. alteración de los equipos y sistemas de facturación), el deber de devolución incluye la retribución de los intereses desde la fecha del pago (art. 1896 CC).

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)²²³.

En estos supuestos, el principal problema puede plantearse en *materia probatoria*. Conviene recordar aquí la doctrina jurisprudencial sobre la distribución de la carga de la prueba en materia de consumo y en particular, en relación a los servicios de telecomunicaciones. Sobre esta materia existe una abundante jurisprudencia menor que se puede resumir en los siguientes términos:

- Por ser la compañía quien dispone de importantes medios técnicos y posibilidad de acceso a los registros correspondientes, a diferencia del consumidor, le corresponde a ella proceder a la verificación técnica de todos aquellos elementos relacionados con la línea telefónica que puedan influir en un defectuoso funcionamiento o en un uso ilegítimo e informar de su resultado al cliente, acompañando la oportuna copia de todas las inspecciones técnicas realizadas. “Mas no cualquier escueto informe, sino uno suficientemente detallado que permita ponderar todas y cada una de las posibilidades que puedan dar lugar a un defectuoso funcionamiento o a un uso ilícito por terceros, explicando pormenorizadamente cuáles son las razones técnicas por las que, en el caso concreto de que se trate, cabe descartarlos”. La superior protección del consumidor obliga a imponer al prestador del servicio el deber de

²²³ 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.

comprobar el correcto funcionamiento de las instalaciones de telefonía, cuando los usuarios formulen quejas fundadas sobre tal funcionamiento, así como de informar detalladamente a su cliente del resultado de la investigación técnica efectuada. Única forma de que éste, pueda tomar conocimiento de la inexistencia del defecto o anomalía, o bien, en caso de discrepancia, disponer de los datos imprescindibles para la correcta reclamación. Si como en el caso analizado en la sentencia, la información requerida “brilla por su ausencia”, se ha de entender que las desproporcionadas facturaciones se deben a razones no imputables al abonado (v.gr. defectos técnicos o consumos ilícitos de terceros derivados de manipulaciones de la línea) (St. AP Alicante, de 4-3-2002, AC 2002/825, FJ. 2º);

- En relación a la prueba de las llamadas facturadas, el principio de la facilidad probatoria obliga a imponer la carga de la prueba a quien mayores facilidades tiene para probar los hechos. En virtud de tal principio, no puede pretenderse que la entidad prestadora del servicio acredite el importe del servicio por medios distintos de sus propios documentos, si no hubo protesta formal o denuncia de incorrección. Una compañía que presta servicios a millones de usuarios no puede procurarse medios de prueba objetivos del correcto funcionamiento de todos y cada uno de sus aparatos contadores y de la realidad de la utilización del teléfono por los abonados. La prestación en masa de los servicios impone esa realidad y esa imposibilidad, de tal manera que ha de repartirse la carga de prueba más equitativamente, en el sentido de exigir que el abonado acredite haber formulado objeción a las facturas y, una vez formulada esta protesta, exigir de la prestadora de servicio que pruebe la corrección de los aparatos de medición utilizados (Sts AP de Barcelona de 19-9-2000 y de Cantabria de 30-9-2004, JUR 2004/286333, FJ 3º).

Es sorprendente el gran número de casos en los que el operador, invocando argumentos como el “error administrativo, informático o de gestión” o incluso el “detalle comercial”, accede a las pretensiones restitutorias de los usuarios

reclamantes²²⁴. Ciertamente, se ha de acoger favorablemente cualquier actuación o estrategia tuitiva de los derechos de los usuarios, pero sería exigible un mayor rigor en el control de los procedimientos de facturación por parte del propio operador, a fin de evitar estas situaciones, que, implícitamente, encierran un tratamiento discriminatorio respecto a aquellos otros usuarios que, por razones de formación o cualquier otra, no son especialmente diligentes en el control de sus facturas o que por las incomodidades que entraña la reclamación, máxime si la cuantía no es excesiva, declinan formular tal reclamación ante operador o ante la Administración²²⁵. Desde esta perspectiva, resulta especialmente loable la normativa sectorial que impone obligaciones de calidad de la facturación (cfr. arts. 17-21 y Anexo II Orden ITC 912/2006).

Junto a las consecuencias puramente privadas, las deficiencias en materia de facturación también tienen trascendencia en el ámbito del Derecho administrativo. Por una parte, 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. Por otra, 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. El número de reclamaciones presentadas ante la SETSI en materia de facturación es uno de los indicios a considerar en cuanto al cumplimiento de los requisitos sobre calidad de la facturación establecidos por la Orden de calidad (art. 21).

²²⁴ El operador no reconoce la facturación indebida o el error sólo a él imputable (ej. cargo de facturas a número de cuenta erróneo). Simplemente en atención al cliente, decide eliminar el importe facturado indebidamente como "detalle comercial".

²²⁵ Malintencionadamente, cabe cuestionarse si no hay una estrategia general de aprovechamiento del error o confusión de modo que si el usuario no reclama, se habrán cobrado facturas indebidas; si reclama, se tiene un "detalle comercial" con el reclamante y el problema puntual queda resuelto.

Los eventuales conflictos de infracciones se han de resolver a favor de la aplicación de la normativa sectorial y de la Administración de Telecomunicaciones (DA 1ª Ley 44/2006)²²⁶.

A efectos preventivos, cabe recomendar a los usuarios especial cautela en la comprobación de las facturas emitidas por el operador, éstas han de identificar los cargos por los que se cobra, el precio de los servicios y la parte correspondiente a impuestos. En particular, se ha de estar especialmente atento a la facturación genérica de “otros cargos”. En ciertos supuestos la cifra es especialmente escandalosa y llama la atención del usuario, moviéndole a reclamar (ej. 200 € en factura a usuario residencial que habitualmente viene realizando un gasto medio de 30-40 €), en otras ocasiones, la cifra es de una cuantía no especialmente llamativa, tolerable por el usuario, que no reclama, pagando por servicios no prestados. Resulta irónico que en muchos de los casos en los que el usuario se decide a reclamar ante la Administración de Consumo por la facturación de “otros cargos” no identificados, el operador accede a su reembolso, a veces incluso de la totalidad de la factura, invocando el “error administrativo, informático o de gestión”, el “detalle comercial” o “la garantía de calidad del servicio”.

7. PROCESOS DE CAMBIO DE OPERADOR.

7.1. Cambio de operador no consentido. *Slamming* o preselección fraudulenta.

Supuesto de hecho. Sin haber solicitado el cambio de operador mediante procedimientos de selección llamada a llamada o de preasignación o haber tramitado la correspondiente solicitud de portabilidad, el usuario recibe facturas de operador con el que nunca ha contratado. Tan solo manifiesta haber recibido una llamada publicitaria que le informaba sobre las condiciones de una oferta, que rechazó o cuya aceptación pospuso a una reflexión más sosegada o condicionó al envío por el operador de información escrita (ej. solicitud de

²²⁶

V. Cap. III, apdo. 4.3.

portabilidad para su reenvío por el usuario debidamente cumplimentada). Sin embargo, tal aceptación nunca llega a producirse.

El cambio no consentido de operador afecta principalmente al servicio telefónico fijo y al servicio de acceso a Internet vía ADSL (o preselección fraudulenta o *slamming*), aunque también se detectan algunos casos en telefonía móvil (portabilidad no solicitada). Sus consecuencias se agravan en situaciones en las que, solicitada reiteradamente la baja, el operador no da cumplimiento a tal solicitud y ante la negativa a pagar las facturas –que nunca debieron emitirse-, el usuario acaba inscrito en un registro de morosos; o en aquellos otros casos en los que el pretendido nuevo operador solicita al operador del usuario la baja en un servicio (ej. acceso a Internet), y “secuestra” la línea, de modo que el usuario se ve privado de acceso a Internet y sólo puede recuperar el servicio si acepta la oferta impuesta por el “nuevo operador”.

Las prácticas para recabar los datos personales y bancarios necesarios para prestar el servicio y cargar en cuenta la correspondiente factura son de lo más variado: solicitud de datos personales antes de facilitar información comercial sobre determinada oferta; utilización de datos obtenidos como consecuencia de la prestación de otros servicios de los que el usuario ya se ha dado de baja y que no se cancelaron, a pesar de la solicitud expresa del interesado; agente comercial que visita al usuario y le solicita rellenar un formulario de datos personales para justificar ante la empresa las visitas realizadas; o incluso, engaño de comerciales de cierto operador que manifiestan ser comerciales del operador con el que el usuario tiene contratada la conexión a red y el servicio telefónico...

Normas aplicables. Arts. 1254, 1255 y 1258 CC; 12, 32 y 34 LGDCU; 18 LGTel; 42 a 46 RD 2296/2004; Circular CMT 1/2004, de 15 de julio, sobre la Conservación de la Numeración; Resoluciones CMT de 15 abril 1004 y 5 junio 2003, por las que se aprueban las Especificaciones Técnicas aplicables a la conservación de numeración en caso de cambio de operador en las redes

públicas telefónicas fijas y en las redes públicas telefónicas móviles, respectivamente; 7.1 y 9.2 Orden ITC/1030/2007.

Respuesta jurídica. Esta práctica agresiva de captación de clientes ignora las más elementales normas de protección no ya de los consumidores y usuarios, sino de cualquier contratante. Todo contrato es manifestación de la autonomía de la voluntad y como tal, ha de ser libre y voluntariamente aceptado por los contratantes (arts. 1254, 1255 y 1258 CC y 12.1 LGDCU).

Paradójicamente, esta práctica fraudulenta se ha visto incentivada por la normativa vigente en materia de preselección de operador. En su intento, de incentivar la competencia y facilitar el cambio de operador, el regulador admite la preselección verbal, que permite a cualquier operador alternativo a Telefónica dar de alta a un abonado con su consentimiento verbal, verificado por un tercero, sin necesidad de firmar ningún documento (Circular CMT 1/2004), obligando a Telefónica a dar de baja a ese cliente y prohibiéndole contactar con él o realizar ninguna práctica de recuperación de abonados preasignados en el plazo de cuatro meses contados desde la fecha de activación de la solicitud de preselección, incluso aunque sospeche de fraude (art. 5.5 Circular 1/2001, modificado por art. 3 Circular 2/2002, de 18 de julio).

La Orden ITC/1030/2007 prevé consecuencias específicas en estos supuestos. En caso de que un usuario detecte que un operador ha accedido a su línea sin su consentimiento (preselección fraudulenta, *slamming* o portabilidad no consentida), si se produce una reclamación corresponderá al operador demostrar que el usuario se ha dado de alta (art. 7.1). Si no puede hacerlo, el operador deberá tramitar la baja inmediata, anular las facturas que haya emitido y devolver el dinero que el usuario le haya abonado, así como todos los gastos que deba afrontar el usuario para volver con su operador de origen (ej. cláusulas de penalización por baja anticipada facturadas por antiguo operador, nueva cuota de alta o de restablecimiento del servicio...) [art. 9.2,a)]²²⁷.

²²⁷ 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

Además de constituir una práctica contraria a la competencia y en los casos más graves, un delito (v.gr. supuestos de obtención ilícita de datos bancarios o falsificación de firma)²²⁸, la práctica constituye una infracción de la legislación sectorial por incumplimiento de las normas en materia de preselección y portabilidad sancionable por la Administración sectorial [arts. 53, q), r), s); 54, p), q); 55,e); 58 LGTel y DA 2ª Ley 44/2006]²²⁹.

Cuando la Administración de Consumo recibe reclamaciones sobre estos hechos, sin perjuicio del intento de mediación, acostumbra a poner los hechos en conocimiento de la Fiscalía o autoridad judicial competente, si observa indicios de delito (v.gr. supuestos de obtención de datos bancarios mediante engaño, sospechas de falsificación de firma) (art. 32 LGDCU).

Respecto a las consecuencias jurídicas del ingreso injustificado en el registro de morosos, véase el apartado en el que se analiza de modo específico este supuesto.

7.2. Cambio de operador y facturación indebida de tarifas planas o planes especiales.

Supuestos de hecho. Usuario del servicio de telefonía fija solicita la preselección o preasignación (cambio de operador). Corresponde al nuevo operador (operador receptor) la tramitación de la solicitud de preselección y

(arts. 104.4 RSU y 9 Orden). Sin embargo, como ya se ha puesto de manifiesto, 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 indemnizatoria en el marco de un procedimiento sancionador (arts. 130 Ley 30/1992, 36.4 LGDCU en redacción dada por Ley 44/2006 y 44 Ley CLM 11/2005).

²²⁸ Las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona de 9-2-2005 y de la AP de Madrid de 16-3-2005 condenan a instancia de Telefónica a Auna y Uni2, respectivamente por competencia desleal al quedar probado, mediante el testimonio de clientes, la captación de clientes a través prácticas fraudulentas. Existen hasta 72 denuncias por *slamming* contra Uni2 y Auna y la CMT ha remitido a la Fiscalía las denuncias que tiene contra Auna y Uni2 por presunta falsificación de firmas y engaños.

²²⁹ V. Apartado dedicado a la solicitud de portabilidad y otras incidencias del proceso.

correlativa baja en los servicios prestados por el antiguo operador (operador donante), incluidos en la solicitud de preselección²³⁰. En la mayoría de los expedientes de reclamación, el usuario manifiesta que el nuevo operador aseguró en conversación telefónica que se encargaba de tramitar la baja y que el usuario “no debía preocuparse de nada”. Tras el cambio de operador, el usuario sigue recibiendo facturas del operador donante en las que no se facturan servicios prestados (ej. llamadas efectuadas), sino planes de descuento o tarifas planas previamente contratadas por el usuario.

Se cita este supuesto por ser el más habitual, pero idéntica solución habría que aplicar en todos los supuestos en los que solicitado el cambio de operador (preselección), el antiguo operador factura cualquier servicio que ya no presta.

Planteada la reclamación por el usuario contra los dos operadores implicados, es muy frecuente la estrategia “balones fuera”. Ambos operadores se reprochan recíprocamente ser los responsables del problema: el nuevo operador por no haber tramitado correctamente la solicitud de baja y cambio de operador; el operador donante por no haber gestionado adecuadamente la solicitud formulada por el receptor. Con frecuencia, el operador donante introduce la distinción “baja técnica” y “baja administrativa o comercial”, considerando que el operador preasignado sólo solicita la primera y no la segunda. Sea como fuere, el perjudicado es el usuario que sufre la reclamación de cargos indebidos y en su caso, puede acabar en un registro de morosos por no atender tales reclamaciones.

Como agravante, no es infrecuente que ante la escasa cuantía de cada una de las facturas consideradas aisladamente, el operador opte por acumular facturas (ej. envío 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.

²³⁰ En función de las preferencias del abonado, la preselección puede ser global (para todo tipo de llamadas) o afectar sólo a algunos servicios (ej. llamadas metropolitanas, de larga distancia o de fijo-móvil).

Normas aplicables. Arts. 7.1, 1258, 1274, 1895, 1896, 1901 CC; arts. 12.3, 12.4, 12.6, 34.10, DA 1ª.7 bis y 17ª bis LGDCU en redacción dada por Ley 44/2006; arts. 53, q), r), s); 54, p), q); 55,e); 58 LGTel y DA 2ª Ley 44/2006; art. 105.4 RSU; arts. 7.2 y 9 Orden ITC/1030/2007; Resolución de la Presidencia de al Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones por la que se hace pública Circular 1/2001, de 21 de junio de 2001, de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, sobre la implantación de la preselección de operador por los operadores de acceso obligados a proveerla en el mercado de las redes públicas de telecomunicación fijas (BOE núm. 179, de 27 julio 2001), mod. por Resoluciones Presidencia CMT por las que se hace pública la Circular 1/2004, de 27 de mayo, de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, por el que se introduce el consentimiento verbal con verificación por tercero en las tramitaciones de preselección de operador (BOE núm. 16, 7 julio 2004).

Respuesta jurídica. En primer lugar, se ha de constatar que este supuesto se refiere a la baja en planes o tarifas relativas al servicio objeto de preselección (ej. tarifa plana referente a llamadas de larga distancia) y no a otros servicios accesorios o complementarios que el operador de acceso (operador donante) puede seguir prestando (ej. buzón de voz, llamada a tres...), salvo que el usuario solicite expresamente la baja²³¹.

No hay razón para reducir el nivel de protección del usuario que solicita la preselección en relación al usuario que se limita a darse de baja en los servicios prestados por cierto operador. Si en este caso, el operador se ha de abstener de emitir facturas por cargos no imputables al usuario a partir de los quince días desde la solicitud de baja (art. 105.4 RSU), analógicamente, el mismo comportamiento es exigible cuando la baja se tramita a través de un operador autorizado por el usuario, verbalmente o por escrito (arts. 5.4 y 3 Circular 1/2001 en redacción dada por Circular 1/2004), con la peculiaridad de

²³¹ El art. 5.7 Circular 1/2001 establece que “el operador de acceso no podrá discriminar a los abonados preseleccionados en la prestación de los servicios suplementarios (tales como conferencia a tres, desvío inmediato, marcación directa, indicación de llamadas en espera y contestador en red, entre otros), ni en la prestación de servicios de asistencia técnica o en el acceso a planes de descuento”.

que, en este caso, el plazo para dar de baja efectiva no es de quince días, sino de cinco como máximo (art. 4 Circular CMT 1/2001).

El origen del problema está en que el operador receptor del nuevo cliente solicita la baja en el servicio en su conjunto (preselección global) o en ciertos servicios (ej. llamadas de larga distancia y llamadas fijo-móvil), pero no en los planes o promociones especiales contratados por el cliente en atención a la prestación de tales servicios. La Orden ITC/1030/2007 pretende dar solución a estos supuestos, estableciendo que “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” (art. 7.2). La norma no especifica la forma de acreditar que el usuario ha facultado al nuevo operador para tramitar la baja, lo que es especialmente difícil, dado el carácter verbal de la solicitud de preselección. Tendrá que ser el nuevo operador el que pruebe un hecho negativo, que no se le ha autorizado a tramitar la baja con el antiguo operador (prueba diabólica), en cuyo caso, será el usuario quien deba soportar la facturación indebida. Como ya se manifestó en el primer capítulo, sorprende que en un contexto en el que los operadores acostumbran a poner todo tipo de trabas a la baja de los clientes, el operador de origen no asuma ninguna responsabilidad en estos procesos de cambio de operador²³². Él está en mejores condiciones para dar de baja en aquéllos planes y promociones que pierden su razón de ser una vez que el usuario se da de baja en el servicio afectado. Ciertamente, es posible que formalmente el operador receptor no haya solicitado la baja en los planes especiales –si el usuario no se lo ha comunicado expresamente, no tiene porqué conocer que tal usuario contrató cierta oferta-, pero no es menos cierto que, de acuerdo con las exigencias de la buena fe (arts. 7 y 1258 CC y 12.6 LGDCU), la solicitud de preselección ha de llevar implícita la solicitud de baja en tales planes o promociones especiales. Sería deseable que el regulador

²³² ¿Qué incentivos tiene el operador de origen para dejar de facturar servicios que ya no presta o planes y tarifas que han perdido su razón de ser? Si el operador beneficiario de la preselección puede acreditar que el usuario no le ha facultado para tramitar la baja, pagará el usuario; en caso contrario, pagará el nuevo operador.

estableciera una presunción general según la cual, el operador beneficiario de la preselección se presume facultado para tramitar la baja, salvo que el usuario manifieste expresamente su voluntad en contra, quedando obligado a informar detalladamente al cliente sobre estos extremos y en su caso, posibles obstáculos a la tramitación de la denominada baja comercial (6.5 Circular 1/2001).

Además de verse obligado a soportar las facturas que se hayan generado por la incorrecta tramitación de la baja (art. 7.2 Orden ITC/1030/2007), el operador receptor podría incurrir en supuestos tipificados por el Derecho de Consumo, por vulneración de los derechos de información de los usuarios (arts. 8.3, 34.6, 34.12 LGDCU y 3.3.6 RD 1945/1983). A él corresponde informar sobre las incidencias asociadas a la preselección (art. 6.5 Circular 1/2001). Entre esa información, ha de figurar los posibles obstáculos o restricciones a la preselección efectiva, tales como la persistencia en la suscripción de planes especiales de tarifas o la llamada de atención sobre las condiciones en las que se contrató la oferta (ej. posibles cláusulas de permanencia y penalización). Si no dispone de mecanismos que garanticen la baja efectiva en tales planes o si nada puede hacer en relación a las posibles cláusulas de permanencia mínima y penalización, ha de comunicarlo al usuario, para que sea él quien se ponga en contacto con el antiguo operador²³³ y solicite la baja en tales planes²³³ o en su

²³³ Adviértase que a fin de evitar las prácticas de recuperación de clientes, la normativa sectorial impone al operador donante restricciones en cuanto a sus posibilidades de comunicación con el cliente (arts. 5.4 Circular 1/2001). Con todo, no creemos que tales restricciones hagan referencia a la solicitud de información sobre los planes especiales contratados con el cliente (art. 5.5 Circular 1/2001).

Art. 5.4 Circular 1/2001. Todo tipo de comunicación o envío de información relativa al servicio de preselección a efectuar a los usuarios que hayan solicitado la preselección o se encuentren preseleccionados, será llevada a cabo exclusivamente por el operador preseleccionado. A este efecto, el operador de acceso informará debidamente a los operadores preseleccionados de aquellos aspectos que afectando a la preselección requieren ser comunicados a los usuarios. En el curso de la tramitación de una petición, la comunicación con los usuarios se llevará a cabo por el operador solicitante.

El operador de acceso, salvo que tenga la consideración de operador solicitante, no podrá contactar directamente con los clientes de preselección de los operadores en relación al progreso de su solicitud de preselección.

Art. 5.5 Circular 1/2001. El operador de acceso no podrá realizar prácticas de recuperación de abonado en el plazo de cuatro meses contados desde la fecha de activación de la solicitud de preselección, [...]. La prohibición de prácticas de recuperación se aplica únicamente tras la habilitación de preselección de un abonado con un operador beneficiario, no afectando al plazo anteriormente señalado las posteriores actuaciones de inclusión o exclusión de llamadas sobre dicha preselección.

caso, decida sobre las posibles penalizaciones. Lo contrario, es una forma de fraude a los consumidores.

Sin perjuicio de la sorprendente norma contenida en el art. 7.2 Orden ITC/1030/2007, en aquellos casos en los que el usuario no pueda acreditar haber facultado al nuevo operador para tramitar la baja (ej. preselección verbal), resulta manifiestamente injusto obligarle a pagar por servicios, si se prueba que estos no se han prestado o por tarifas o planes que sólo tenían sentido asociadas a servicios que ya no se prestan. La facturación de cargos correspondientes a planes o promociones asociadas a servicios no prestados es una forma de cobro de lo indebido y por tanto, la respuesta ha de ser idéntica a la dada en los casos de facturación de servicios no prestados. El operador donante tendrá que abstenerse de reclamar lo indebidamente facturado o en su caso, restituir lo indebidamente cobrado (art. 1895 CC) e incluso con los correspondientes intereses ex art. 1896 CC, pues en estos supuestos no es difícil probar la mala fe del operador, que, habiendo recibido una solicitud de baja (técnica) en la prestación principal, mantiene de forma injustificada la facturación de cargos adicionales que han perdido su razón de ser (arts. 1274 CC y DA 1ª.7bis, 17 bis LGDCU). No obstante, la solución dada por el regulador sectorial en el art 7.2 Orden ITC/1030/2007 no se compadece bien con la interpretación aquí defendida y creemos que sólo en vía civil podría prosperar la pretensión de reembolso de lo indebidamente facturado.

Este tipo de prácticas pueden constituir infracciones de consumo derivadas de la facturación indebida, de los obstáculos para causar baja o del incumplimiento de deberes de información. También constituyen infracciones sectoriales en cuanto vulneren las normas que regulan los procesos de cambio de operador. Los eventuales concursos de normas sancionadoras deberán resolverse a favor de la normativa sectorial²³⁴.

Desde una perspectiva preventiva, cabe recomendar tanto a los operadores receptores como a los usuarios que extremen las cautelas al solicitar la

²³⁴ V. Cap. III, apdo. 4.3.

preselección y correlativa baja en un determinado servicio y en cualquier plan, tarifa plana o promoción asociada al mismo (ej. inclusión de datos al respecto en formularios de solicitud de preselección).

Por otra parte, para evitar situaciones sorpresivas (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 de 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 e independientemente del importe facturado.

La solución dada en este caso es aplicable a todos los procesos de cambio de operador, bien a aquéllos en los que el usuario preselecciona a un nuevo operador o en aquellos en los que el operador originario “recupera” al cliente que había optado previamente por la preasignación, encargándose de tramitar la baja en el operador preasignado, que sigue facturando servicios no prestados y/o tarifas o planes especiales asociados.

7.3. Portabilidad.

7.3.1. Tramitación de la solicitud de portabilidad. Plazo de efectividad.

Supuesto de hecho. Usuario cambia de operador de telefonía móvil y solicita la portabilidad (conservación) del número telefónico. El cambio de operador se hace efectivo a los 15 días desde la solicitud, sufriendo el usuario la interrupción del servicio durante varios días.

Normas aplicables. Arts. 18 LGTel; 114 RSU; 42 a 46 RD 2296/2004, de 10 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento sobre mercados de comunicaciones electrónicas, acceso a las redes y numeración (BOE núm. 314, de 30 diciembre 2004); Circular CMT 1/2004, de 15 de julio, sobre la

Conservación de la Numeración; Resoluciones CMT de 15 abril 1004 y 5 junio 2003, por las que se aprueban las Especificaciones Técnicas aplicables a la conservación de numeración en caso de cambio de operador en las redes públicas telefónicas fijas y en las redes públicas telefónicas móviles, respectivamente²³⁵.

Respuesta jurídica. Se reconoce el derecho a la conservación del número en caso de cambio de operador para el servicio telefónico fijo, sin cambio de servicio ni de ubicación geográfica; para el servicio de telefonía móvil, aunque cambie la modalidad del servicio (ej. contrato/tarjeta) y para los servicios de tarifas especiales y de numeración personal, cuando no haya modificación del servicio (arts. 18. I LGTel, 114 RD 424/2005, 44.1 y 46 RD 2296/2004).

Los operadores sólo estarán obligados a ceder los números de un determinado abonado cuando éste se dé de baja como tal y, simultáneamente, de alta en otro operador, considerándose que hay simultaneidad cuando la solicitud de alta en el nuevo operador incluye una petición a éste para tramitar su baja (art. 44.2 RD 2296/2004). El usuario ha de solicitar la portabilidad al nuevo operador (operador receptor), mediante escrito firmado. Es el operador receptor el que ha de realizar todos los trámites ante el operador donante hasta hacer efectivo el cambio de operador con la conservación del número.

El Reglamento estipula con toda claridad el plazo máximo para hacer efectiva la solicitud de portabilidad. Sin perjuicio de la facultad del abonado de ampliar el plazo de de efectividad de la portabilidad, que nunca será superior al plazo de un mes desde la solicitud (cfr. apdo. 7.2.2, 3 Especificación Técnica 5 junio 2003), la conservación del número se efectuará en el plazo de cuatro días hábiles contados desde el siguiente a la recepción de la solicitud de baja con conservación de números. Respecto a la posible interrupción del servicio o limitación de su prestación, el Reglamento exige que ésta se prolongue “por el tiempo mínimo indispensable” para adoptar las medidas correspondientes (art.

²³⁵ Estas especificaciones técnicas en las que se detallan ciertos aspectos de la tramitación de la portabilidad y en su caso, de la cancelación pueden consultarse en la web de la CMT (http://www.cmt.es/cmt/centro_info/numeracion/index.htm)

44.3 RD 2296/2004). Las especificaciones técnicas aprobadas por la CMT establecen las diversas fases del proceso y la duración máxima y mínima de las mismas, que en ningún caso se prolongarán más de los cinco días estipulados reglamentariamente (cfr. apdo. 7.2 Especificación de 5 junio 2003). Los operadores no se pueden negar a donar la numeración a otro operador a menos que ocurra alguno de los siguientes supuestos:

- Que en la solicitud de portabilidad haya algún dato erróneo o incompleto;
- Que exista ya una solicitud previa de portabilidad;
- Que el abonado tenga el servicio suspendido o interrumpido por deuda pendiente;
- Que exista denuncia por robo o pérdida de la tarjeta SIM;
- Que el abonado tenga tarjeta SIM múltiple o contrato multilínea;
- Que la numeración no corresponda al operador donante;
- Por imposibilidad técnica.

Los costes derivados de la necesidad de realizar las adaptaciones técnicas precisas para hacer posible la conservación de los números deberán ser sufragados por cada operador sin que por ello tengan derecho a percibir ningún tipo de indemnización. Otros costes asociados a la portabilidad deberán distribuirse entre los operadores afectados. En caso de que se impongan cuotas directas a los abonados por este concepto, no deberán tener, en ningún caso, efectos disuasorios para el uso de dichas facilidades (art. 18.II LGTel y 45 RD 2296/2004).

Sin perjuicio de las cuestiones reguladas por los acuerdos entre los operadores, la tramitación de la solicitud de portabilidad se ha de ajustar a los cauces del procedimiento previsto reglamentariamente y su incumplimiento constituye una infracción de telecomunicaciones sancionable por la Administración sectorial [arts. 53, q), r), s); 54, p), q); 55,e); 58 LGTel y DA 2ª Ley 44/2006].

7.3.2. Cancelación de la solicitud de portabilidad.

Supuesto de hecho. Presentada una solicitud de portabilidad y cambio de operador de telefonía móvil, el usuario solicita la cancelación de la misma antes de que ésta sea efectiva. El establecimiento -distribuidor autorizado del operador- se niega a tramitar la cancelación.

Normas aplicables. Arts. 18 LGTel; 114 RD 424/2005, 42 a 46 RD 2296/2004, de 10 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento sobre mercados de comunicaciones electrónicas, acceso a las redes y numeración (BOE núm. 314, de 30 diciembre 2004); Circular CMT 1/2004, de 15 de julio, sobre la Conservación de la Numeración; Resoluciones CMT de 15 abril 1004 y 5 junio 2003, por las que se aprueban las Especificaciones Técnicas aplicables a la conservación de numeración en caso de cambio de operador en las redes públicas telefónicas fijas y en las redes públicas telefónicas móviles, respectivamente (http://www.cmt.es/cmt/centro_info/numeracion/index.htm); arts. 53, q), r), s); 54, p), q); 55,e); 58 LGTel y DA 2ª Ley 44/2006.

Respuesta jurídica. La solicitud de portabilidad es un proceso revocable dentro de los plazos regulados. La solicitud del abonado de interrumpir el proceso de portabilidad es una de las causas previstas expresamente como causa de cancelación (apdo. 7.3.2, 1 Especificación Técnica de 5 junio 2003). La solicitud del usuario de interrumpir el proceso de portabilidad se ha de presentar ante el operador receptor, que enviará al operador donante la solicitud de cancelación. Ésta deberá ser admitida siempre que se produzca en los plazos previstos por las correspondientes especificaciones técnicas aprobadas por la CMT. Si la solicitud se presenta de forma extemporánea, el sistema impedirá automáticamente la grabación de la solicitud de cancelación²³⁶.

²³⁶ Conforme al apdo. 7.3.3 de Especificación Técnica de 5-5-2003, "se aceptarán solicitudes de cancelación de portabilidad solamente si éstas llegan con una anterioridad superior a 1½ días hábiles previos al momento de la ventana de cambio propuesta por el operador donante y aceptada por el operador receptor y el operador propietario del rango. En caso de no cumplirse esta condición, no se permitirá la grabación de la solicitud".

Dado el estrecho margen temporal del procedimiento de portabilidad en los términos regulados por el RD 2296/2004 y las Especificaciones Técnicas correspondientes, la solicitud de interrupción de la portabilidad ha de presentarse como máximo en el plazo de tres días hábiles desde la solicitud de portabilidad (cfr. art. 7.2.2. y 7.2.3 Especificación Técnica 5 junio 2003). En todo caso, el operador receptor ha de informar con precisión y exactitud sobre este extremo.

La negativa infundada a tramitar la cancelación es una infracción de telecomunicaciones sancionable por la Administración sectorial [arts. 53, q), r), s); 54, p), q); 55,e); 58 LGTel y DA 2ª Ley 44/2006]. Por otra parte, las frecuentes carencias de información sobre el particular constituyen una infracción de los derechos de los consumidores, sancionable por la Administración de Consumo (art. 34 LGDCU).

7.3.3. Portabilidad no consentida.

Supuesto de hecho. Usuario que sin haber contratado ni firmado solicitud alguna de portabilidad se encuentra sorprendido con el envío de facturas por un operador con el que nunca ha contratado y dado de baja en su operador de origen.

Normas jurídicas. Arts. 1254, 1255 y 1258 CC; 12, 32 y 34 LGDCU ; DA 2ª Ley 44/2006; arts. 18; 53, q), r), s); 54, p), q); 55,e); 58 LGTel; 114 RD 424/2005; 42 a 46 RD 2296/2004; 7.1 y 9.2 Orden ITC/1030/2007; Circular CMT 1/2004, de 15 de julio, sobre la Conservación de la Numeración; Resoluciones CMT de 15 abril 1004 y 5 junio 2003, por las que se aprueban las Especificaciones Técnicas aplicables a la conservación de numeración en caso de cambio de operador en las redes públicas telefónicas fijas y en las redes públicas telefónicas móviles, respectivamente (http://www.cmt.es/cmt/centro_info/numeracion/index.htm).

Respuesta Jurídica. La portabilidad no consentida es uno de los supuestos de cambio de operador no autorizado por el usuario, por lo que la respuesta ha de ser idéntica a la expuesta para ese grupo de casos²³⁷.

La normativa sectorial exige el envío de solicitud de portabilidad escrita y firmada por el usuario al nuevo operador, que tramitará la baja ante el antiguo operador y la portabilidad conforme al procedimiento reglamentariamente establecido. La portabilidad no consentida constituye una infracción de telecomunicaciones sancionable por la Administración sectorial [arts. 53, r), 58 LGTel y DA 2ª Ley 44/2006].

En caso de que un usuario detecte que un operador ha accedido a su línea sin su consentimiento, si se produce una reclamación corresponderá al operador demostrar que el usuario se ha dado de alta (art. 7.1 Orden ITC/1030/2007). Si no puede hacerlo, el operador deberá tramitar la baja inmediata, anular las facturas que haya emitido y devolver el dinero que el usuario le haya abonado, así como todos los gastos que deba afrontar el usuario para volver con su operador de origen (ej. pérdidas de saldo en tarjeta prepago del antiguo operador, cláusulas de penalización por baja anticipada facturadas por el antiguo operador, nueva cuota de alta o de restablecimiento del servicio, ...) [art. 9.2,a)]

7.3.4. Pérdida de saldo de tarjeta prepago.

Supuesto de hecho. Un operador de telefonía móvil contacta telefónicamente con usuario prepago, formulando una oferta de portabilidad y comprometiéndose al envío sin compromiso de la documentación para formalizar la solicitud de portabilidad, para que, en su caso, sea cumplimentada y enviada por el usuario. El usuario no envía la documentación y a pesar de ello, el operador tramita la portabilidad. Además de los daños derivados del cambio no consentido de operador, la portabilidad supone para el usuario la

²³⁷ V. apdo. *supra* apdo. 7.1.

pérdida del saldo pendiente en la tarjeta prepago contratada con el operador de origen.

Normas aplicables. Arts. 18 LGTel; 42 a 46 RD 2296/2004, de 10 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento sobre mercados de comunicaciones electrónicas, acceso a las redes y numeración (BOE núm. 314, de 30 diciembre 2004); arts. 53, q), r), s); 54, p), q); 55,e); 58 LGTel y DA 2ª Ley 44/2006Circular CMT 1/2004, de 15 de julio, sobre la Conservación de la Numeración; Resolución CMT 5 junio 2003, por la que se aprueban las Especificaciones Técnicas aplicables a la conservación de numeración en caso de cambio de operador en las redes públicas telefónicas móviles, respectivamente (http://www.cmt.es/cmt/centro_info/numeracion/index.htm).

Respuesta jurídica. Con carácter general, en los procesos ordinarios de portabilidad referentes a abonados de prepago, el operador receptor no tendrá la obligación de compensar el tráfico pendiente de consumo en la tarjeta prepago del operador donante en el momento de portar un número (apdo. 5.2 Especificación Técnica 5 junio 2003). Sin embargo, cuando la portabilidad no ha sido consentida por el usuario, el operador receptor además de tramitar la baja inmediata, deberá anular las facturas que haya emitido y devolver el dinero que el usuario le haya abonado, así como todos los gastos que deba afrontar el usuario para volver a su situación de origen, entre los que ha de incluirse la pérdida de saldo de la tarjeta prepago [art. 9.2,a) Orden ITC/1730/2007]²³⁸.

²³⁸ Se ha de insistir en una idea ya manifestada a lo largo de los diversos grupos de casos y es que aunque 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), se ha de considerar que el alcance de la norma va más allá del meramente procedimental. Es decir, 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 indemnizatoria en el marco de un procedimiento sancionador (arts. 130 Ley 30/1992 y 36.4 LGDCU en redacción dada por Ley 44/2006, 44 Ley CLM 11/2005).

8. DERECHO A CAUSAR BAJA.

8.1. Plazo para comunicar la decisión de causar baja (plazo de preaviso).

Supuesto de hecho. En el clausulado de condiciones generales de ciertos operadores se exige que el usuario comunique su decisión de causar baja con una antelación mínima que no se corresponde con el plazo de 15 días previsto reglamentariamente. En el mejor de los casos, el plazo de preaviso es de 30 días a la fecha de efectividad de la baja, en otros, el plazo puede ser notablemente superior (hasta 60 días).

Normas aplicables. Arts. 105.4 RSU, DA 1ª.14 LGDCU, DA 2ª y DT 1ª Ley 44/2006.

Respuesta jurídica. La cláusula citada es nula por vulnerar las disposiciones sobre el derecho a causar baja en perjuicio del usuario, obligándole a renunciar a sus derechos (DA 1ª.14), en concreto al derecho a comunicar su decisión de causar baja con una antelación de 15 días a la fecha de efectividad de la baja, que el art.105.4 RSU prevé como plazo máximo de preaviso.

La nulidad de estas cláusulas es predicable no sólo respecto a los contratos perfeccionados a partir de la entrada en vigor de las normas que prevén tal efecto, sino también respecto a los contratos vigentes en ese momento. Así lo prevé la Ley 44/2006, que establece un plazo de dos meses desde su entrada en vigor, -31 diciembre 2006-, para la adaptación de los contratos celebrados con los consumidores a las modificaciones introducidas por la Ley, “transcurrido dicho plazo, las cláusulas contrarias a lo previsto en esta Ley serán, [...], nulas de pleno derecho” (DT 1ª).

En el clausulado de ciertos operadores, el plazo de preaviso se amplía de forma fraudulenta, ocasionando además la facturación de servicios no prestados. Ello ocurre cuando el operador establece un plazo de preaviso de quince días pero factura los bonos, tarifas planas y ofertas análogas por meses

completos, calificando el bono como “no prorrateable”. Así, si se factura de 15 a 15, por más que el usuario solicite la baja el 15 con efectos a partir del día 31 del mes siguiente, el operador facturará el mes completo (de 15 a 15). Es una práctica abusiva en cuanto conlleva la facturación de servicios no efectivamente usados e impone obstáculos injustificados al ejercicio del derecho a causar baja (arts. 12.3, DA 1ª. 7 bis y 17 LGDCU).

A pesar de las inminentes implicaciones del derecho a causar baja en la prestación de los servicios de telecomunicaciones con la legislación sobre consumo, también en este ámbito, se suscitan dudas respecto a la atribución de las competencias sancionadoras. En cuanto el art. 105.4 RSU forma parte de las condiciones de prestación del servicio de telecomunicaciones, cabe calificar la infracción como infracción de telecomunicaciones [arts. 8.3, 53, s), 54, q), 55,e) LGTel], sancionable por la Administración sectorial (DA 1ª Ley 44/2006). Parece que la sede natural para sancionar estas conductas es consumo, 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 telecomunicaciones²³⁹.

8.2. Solicitud no atendida de baja.

Supuestos de hecho: El supuesto más habitual es el del usuario que comunica al operador su decisión de causar baja en el servicio primero telefónicamente, a través del servicio de atención al cliente, y posteriormente, por otro medio que permite acreditar la recepción (ej. fax, burofax, correo certificado). A pesar de la solicitud, el operador sigue facturando cuotas fijas (ej. consumo mínimo mensual, precios de tarifas planas o planes especiales contratados) o incluso servicios no prestados (llamadas cursadas por otro operador que, naturalmente, también factura).

²³⁹

V. Cap. III, apdo. 4.3.

Cualquiera que sea la fórmula utilizada, en raras ocasiones, -por no decir nunca-, el operador informa del derecho que asiste al usuario de recibir constatación escrita de su solicitud de baja. En ocasiones, es el propio usuario quien anota la fecha de las reiteradas llamadas y el nombre del agente comercial que le ha atendido en cada ocasión.

Otra variante del mismo supuesto es el de la “baja parcial”, caso en el que el usuario comunica su decisión de causar baja en alguno de los servicios, planes o promociones del operador (ej. tarifas planas, planes de descuento por inclusión en grupos de usuarios...) y a pesar de ello, se siguen facturando.

En algunos casos, la solicitud no atendida de baja se manifiesta en un proceso de cambio de operador, supuesto ya analizado en epígrafes precedentes.

En ocasiones, las situaciones descritas por los usuarios rozan lo rocambolesco y 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 un 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 que se cancelan 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.

Normativa aplicable: 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.

Respuesta jurídica: 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 dos restricciones: a) el plazo de preaviso que no podía exceder de 15 días naturales; b) 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).

Independientemente de la fecha de perfección del contrato, 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 (no es infrecuente que los operadores requieran la comunicación de la solicitud de baja con una antelación mínima de 30 días a la fecha de emisión de la próxima factura), y a partir de la entrada en vigor de la Ley 44/2006 (1 marzo 2006, DT 1ª), aquéllas

que impongan en perjuicio del usuario formalidades para darse de baja distintas a las requeridas para darse de alta (ej. baja comunicada por fax, cuando se admite la contratación verbal). No obstante, 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).

En caso de iniciarse un procedimiento ante la SETSI, el órgano administrativo podrá obligar al operador a tramitar inmediatamente la baja y devolver todos los importes indebidamente facturados [v. arts. 9.1 y 9.2, c) Orden ITC/2007].

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 [art. 53,s) en relación art. 8.1 y 55,e) LGTel]. Esta ambigua tipificación en la LGTel 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 por el usuario de su derecho a darse de baja. Como argumenta en otros apartados de este trabajo²⁴⁰, parece que la sede natural para sancionar estas conductas es consumo²⁴¹, 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.

²⁴⁰ V. Cap. III, apdo. 4.3.

²⁴¹ 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). Respecto a la distribución de competencias sancionadoras.

Cometida la infracción (negativa u obstaculización al derecho a causar baja), el usuario perjudicado podrá exigir la reparación de todos los daños ocasionados. Esto es, junto a la restitución de lo indebidamente cobrado tras la baja, la compensación por otros posibles daños (ej. gastos de 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 podrán ser liquidados en vía judicial o en el procedimiento administrativo sancionador (arts. 130.2 Ley 30/1992²⁴²; 36.4 LGDCU y 44.2 Ley 11/2005, Estatuto del Consumidor de Castilla-La Mancha).

8.3. Solicitud no atendida de baja e ingreso en registro de morosos.

Supuesto de hecho. Usuario solicita la baja en los servicios prestados por determinado operador por un medio que permite acreditar fehacientemente su recepción por el operador (ej. fax, correo certificado con acuse de recibo...). No obstante, el operador sigue facturando cuotas fijas asociadas a la prestación del servicio, ante la negativa del usuario al pago, se le ingresa en registro de morosos sin notificar esta circunstancia al usuario²⁴³.

Normas jurídicas aplicables. Arts. 105.2,j) y 105.4 RSU; art. 12.3.II y DA 1ª.17 bis LGDCU en redacción dada por Ley 44/2006 y arts. 27, 29 LO 15/1999, de Protección de Datos de Carácter Personal; 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.

Respuesta jurídica. A la respuesta dada en el caso anterior, se habrán de sumar las consecuencias jurídicas derivadas de la inclusión en el registro de información sobre solvencia patrimonial

²⁴² Sobre la interpretación de este artículo cfr. dentro de este mismo Capítulo, nota 34.

²⁴³ Como anécdota, llama la atención la reclamación formulada en un supuesto como el descrito en el que la cuantía de la factura que motiva la amenaza de ingreso en el registro de morosos es de 1,16 €. El caso se remitió al arbitraje de consumo.

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 exigible²⁴⁴. 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)²⁴⁵.

El responsable del fichero (empresa que ofrece información sobre la solvencia patrimonial) deberá comunicar al titular de los datos su inclusión en el registro en el plazo máximo de treinta días desde tal inclusión²⁴⁶.

La inclusión o mantenimiento en un fichero de este tipo por deudas inexistentes o la falta de comunicación tras el registro constituyen infracciones [art. 44.3,f) y l) LOPD, respectivamente], sancionadas por la APD con multas de 60.101,21 a 300.506,05 euros (art. 45.2 LOPD)²⁴⁷.

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

²⁴⁴ Una exposición completa y detallada de los requisitos legales en relación a estos ficheros de datos se contiene en el Capítulo I, epgr. 8.4.

²⁴⁵ 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 CABLEEUROPA, 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.

²⁴⁶ No justifica la falta de notificación el carácter incompleto de los datos facilitados por quien los proporciona (ej. domicilio incompleto). Corresponde al responsable del fichero requerir la información necesaria para practicar esta comunicación [SAN 6 abril 2005 (JUR 2006,238705)].

²⁴⁷ V. Resolución 23 noviembre 2006, R/00900/2006, France Telecom; de 25 septiembre 2006, R/00626/2006, France Telecom.

cabría la liquidación de daños en el marco de un procedimiento administrativo sancionador (arts. 130.2 Ley 30/1992²⁴⁸).

9. CLÁUSULAS ABUSIVAS MÁS FRECUENTES.

9.1. Cláusulas de permanencia y penalización.

9.1.1. Cómputo del plazo de permanencia.

Supuesto de hecho. El operador ejecuta cláusula de penalización (facturación de 150,25 €) por incumplimiento de cláusula de permanencia (18 meses). Se discute si el plazo de permanencia mínima ha de computarse desde el momento en que el usuario contrata el acceso a la red por primera vez o desde que recibe gratuitamente un nuevo terminal con cambio de número debido a la sustracción ilegal del terminal originario. El usuario manifiesta desconocer la existencia de esta cláusula y niega haber firmado ningún documento o haber recibido ninguna información en la que se le advirtiera de su existencia.

Normas aplicables. arts. 5, 7,a) LCGC; RD 1906/1999 (arts. 2 y 3); art. 8 LGDCU; art. 105.2 f) RSU y art. 7.1 Orden ITC/1030/2007.

Respuesta jurídica. Más allá de la cuestión de fondo (cómputo del plazo de permanencia), dado el desconocimiento del adherente, la cláusula de permanencia no queda incorporada a la relación contractual (arts. 5.1, 5.3 y 7,a) LCGC) y por ello, resulta inexigible el plazo de permanencia mínima e improcedente la ejecución de la cláusula penal.

Con excesiva frecuencia, el usuario carece de justificante de la contratación y sólo dispone del albarán de entrega del terminal, – regalado, canjeado por puntos o adquirido a precio subvencionado-, que no hace referencia ni a las cláusulas de permanencia ni a la correlativa penalización en caso de incumplimiento. En todos aquellos casos en los que el usuario no ha aceptado

²⁴⁸ Sobre la interpretación de este artículo cfr. dentro de este mismo Capítulo, nota 34.

la cláusula de permanencia en los términos previstos en la normativa sobre condiciones generales de la contratación y contratación telefónica o electrónica²⁴⁹, tales cláusulas no quedan incorporadas al contrato y por tanto son inexigibles, correspondiendo al operador probar la aceptación de tales cláusulas (art. 5 RD 1906/1999 y 7 Orden ITC/1030/2007).

Con carácter general y al margen de las peculiaridades de este caso concreto (regalo de nuevo terminal con nuevo número debido a la sustracción ilegal), el plazo de permanencia mínima se computa desde que activa el servicio o en su caso, desde que se acepta una nueva cláusula de permanencia asociada a la adquisición de un terminal a precio subvencionado, canjeado por puntos u obtenido como obsequio o regalo. Sin perjuicio de las condiciones peculiares de cada oferta o promoción y de las previsiones contractuales, tales cláusulas incluidas en el contrato de adquisición del terminal funcionan de modo independiente, pueden acumularse a las cláusulas de permanencia inicial y en su caso, computarse simultáneamente. Por ejemplo, si el alta inicial en el servicio contiene una cláusula de permanencia de dieciocho meses y a los seis meses, el usuario adquiere un terminal a precio subvencionado aceptando una nueva cláusula de permanencia por otros dieciocho meses, para evitar la penalización, el usuario deberá mantener el contrato durante veinticuatro meses desde el alta inicial²⁵⁰. En este caso, las respectivas cláusulas de permanencia tienen causas distintas (ej. alta sin cuotas de conexión y regalo o precio reducido del terminal, respectivamente) y por ello, funcionan de forma independiente.

De forma anecdótica, en las reclamaciones presentadas ante los Servicios de Consumo, se ha constatado algún caso en el que, existiendo prueba de la aceptación de una nueva cláusula de permanencia asociada a la adquisición de un terminal canjeado por puntos, como “detalle o gesto comercial” hacia un cliente que había mantenido el contrato durante un largo período de tiempo y tras la presentación de la hoja de reclamaciones en una de las tiendas del

²⁴⁹ V. Cap. I, epígrafe 5.2.2.

²⁵⁰ Desde la fecha de alta inicial se computan dieciocho meses, de los que ya han transcurrido seis cuando se pacta una nueva cláusula de permanencia. Ésta se suma a la inicial, computándose a partir de este momento de forma simultánea (6 + 18= 24).

operador, éste accede a devolver la cantidad facturada como penalización por la baja anticipada (200 €, impuestos no incluidos).

9.1.2. Duplicación de cláusulas de penalización: sanción por conceptos aparentemente distintos.

Supuesto de hecho. En los contratos de adquisición de terminal a precio especial o a través de programas de puntos, se contienen dos cláusulas que contienen sendas penalizaciones por conceptos idénticos: a) pago de una cantidad (ej. 150,25 euros) en caso de que el usuario solicite la cancelación de la “llave SIM” en los doce meses siguientes a la entrega del equipo debido a la “subvención soportada por el Operador”; b) pago de una cantidad (ej. 200 euros), si el cliente decide darse de baja antes de transcurridos dieciocho meses desde la firma del contrato por haber accedido al teléfono a precio especial en el marco de un programa de puntos²⁵¹.

El usuario solicita la baja transcurridos diez meses desde la firma del contrato, eEl operador pretende ejecutar la doble penalización (pago de 350 euros, 200 € en concepto de cláusula de permanencia asociada a adquisición del terminal a precio especial + 150 en concepto de solicitud de cancelación de la llave SIM en los 12 meses siguientes a la entrega del equipo] y el usuario se opone y presenta reclamación ante los Servicios de Consumo. Frente a tal reclamación, el operador reduce su pretensión al pago de 200 € (penalización por baja en el plazo de 18 meses de haberse dado de alta en el servicio)

²⁵¹ Las cláusulas aludidas suelen redactarse en los siguientes términos 11. “El Cliente se compromete a no solicitar la cancelación de la ‘llave SIM’ en los doce (12) meses siguientes a la entrega de este equipo, o, en su caso satisfacer al operador la cantidad de 150,25 € (impuestos indirectos incluidos), debido a la *subvención soportada* por el Operador, además de aquellas que haya sido devengadas por el uso por parte del Cliente del servicio”; 12. “El Cliente además, por haberse dado de alta en el momento de la firma del presente contrato en un Plan de Precios ..., accede al teléfono a *precio especial* señalado más adelante, abonado en este acto la cantidad descrita...Las condiciones de acceso al teléfono a precio especial consisten en que si el Cliente decide darse de baja, o decide solicitar el cambio a una modalidad de prepago, antes de transcurridos dieciocho (18) meses desde la fecha del presente contrato, el Cliente autoriza al Operador a cargar en la cuenta corriente del Cliente donde tiene domiciliado el pago del servicio GSM, la cantidad de doscientos (200) euros, así como las cantidades devengadas por el uso del servicio”.

Normas aplicables. Arts. 8 LCGC; 10 bis; arts. 12.2 y 12.3 y DA 1ª.17 bis., 34.9 y 34.11 LGDCU.

Respuesta jurídica. Conforme a las cláusulas contractuales descritas, si el usuario libera el terminal antes de 12 meses, tendrá que pagar la penalización por liberación y por baja anticipada. El fundamento de la cláusula penal es la “subvención soportada por el operador” y “el precio especial” del que se beneficia el usuario por adquirir el terminal en el marco de un programa de puntos. Salvo que el operador demuestre que la penalización se fundamenta en conceptos distintos, en el contrato no se contienen datos que permitan distinguir los conceptos que dan lugar a la penalización: ¿en qué consiste la subvención soportada por el operador, si no es precisamente en el precio especial al que se adquiere el terminal?.

A falta de mayores pruebas, que sólo los operadores están en condiciones de aportar, habrá que concluir que se produce una reiteración de cláusulas penales, pues las condiciones analizadas sancionan un mismo concepto (la baja anticipada) y pretenden compensar idénticos daños sufridos por el operador y derivados de la baja anticipada (la subvención de terminales vendidos a precio especial y no amortizados por no cumplir el período de permanencia mínima).

Esta práctica es una forma de obstaculizar el derecho del usuario a causar baja (art. 12.2 y 12.3 LGDC) y por ello, constituye una cláusula nula por abusiva (se admitirá la ejecución de una de las cláusulas penales, pero no de ambas) (arts. 8 LCGC, 10 bis y DA 1ª. 17 bis LGDCU) y una infracción de consumo sancionable por la Administración autonómica (arts. 34.9, 34.11 LGDCU).

9.1.3. Ejecución unilateral de cláusulas penales.

Supuesto de hecho. Es habitual en los contratos de prestación de servicios de telecomunicaciones atribuir al operador la facultad de cargar el importe correspondiente a la penalización por causar baja anticipada en la cuenta bancaria en la que se tiene domiciliado el pago (ej. telefonía móvil) o en la

tarjeta autorizada para cargar los pagos derivados de la prestación de servicios (ej. de TV Digital)²⁵².

Normas aplicables. Art. 12.3.II y DA 1ª.17 bis, 34.9 LGDCU; 9 LCGC y DT 1ª Ley 44/2006.

Respuesta jurídica. Por más que esté asentada en el tráfico comercial, la práctica descrita supone la ejecución unilateral de cláusulas penales, calificada legalmente como sanción o carga “onerosa o desproporcionada” que obstaculiza el ejercicio del derecho a causar baja (art. 12.3.II y DA 1ª.17 bis LGDCU) y conlleva un desequilibrio entre las prestaciones en perjuicio del usuario (art. 10 bis LGDCU), al que no se le reconoce un derecho recíproco a “apropiarse” de cantidad alguna en concepto de penalización por la decisión del operador de extinguir el contrato o en concepto de indemnización por incumplimiento del operador.

Es una cláusula abusiva y por ello, nula [DA 1ª. 17 bis LGDCU, 9 LCGC y DT 1ª Ley 44/2006]. Su inclusión en los contratos constituye una infracción administrativa de consumo (art. 34.9 LGDCU y DT 1ª Ley 44/2006).

9.2. Imposición de renunciaciones o limitaciones a los derechos del consumidor.

9.2.1. Denegación del derecho de desistimiento unilateral.

Supuesto de hecho. Ciertos operadores incluyen en sus condiciones contractuales cláusulas que niegan el derecho del usuario a desistir del

²⁵² Se reproducen algunos ejemplos extraídos de clausulados al uso: en telefonía móvil, “Las condiciones de acceso al teléfono a precio especial consisten en que si el Cliente decide darse de baja, o decide solicitar el cambio a una modalidad de prepago, antes de transcurridos dieciocho (18) meses desde la fecha del presente contrato, *el Cliente autoriza al Operador a cargar en la cuenta corriente* del Cliente donde tiene domiciliado el pago del servicio GSM, la cantidad de cien (100) euros, así como las cantidades devengadas por el uso del servicio”; en TV digital, “El disfrute de las ventajas de esta promoción está ligado al mantenimiento del contrato de suscripción durante un año [...]. Si el cliente se da de baja con anterioridad, EL OPERADOR *cargará en la tarjeta autorizada* en [...] la carátula de este contrato la cantidad de 90,15 Euros, equivalente al importe en el que está valorada la citada instalación”;

contrato, -reconocido por la legislación de contratación a distancia-, o imponen obstáculos desproporcionados a su ejercicio hasta hacerlo impracticable.

Es el caso de cierto operador que tras haber recibido la solicitud de alta en su servicio ADSL ignora la comunicación del usuario desistiendo del contrato y rechazando el envío del kit ADSL. El operador no atiende esta solicitud. Envía el kit ADSL y reclama el pago de la cuota del alta, de un mes de prestación del servicio y de la penalización por baja anticipada, cuantía que asciende a 123,8 €

Normas aplicables. Arts. 44, 63 Ley 7/1996, de Ordenación del Comercio Minorista; 4 RD 1906/1999, por el que se regula la contratación telefónica o electrónica con condiciones generales en desarrollo del artículo 5.3 de la Ley 7/1998; 8 LCGC, 10 bis LGDCU y DA 1ª.14 LGDCU.

Respuesta jurídica. El desistimiento unilateral del contrato en casos de contratación a distancia es un derecho reconocido por la legislación que regula esta forma de contratación (art. 44 Ley 7/1996 y 4 RD 1906/1999). Negar u obstaculizar su ejercicio al contratante de bienes y servicios de telecomunicaciones constituye una infracción injustificada de dicha normativa y como tal ha de ser sancionado por la Administración autonómica (art. 63 LOCM).

No obstante, por la naturaleza de estos servicios (ej. servicio telefónico fijo/móvil o acceso a Internet), si el equipo o terminal es utilizado se producirá la prestación del servicio, y en consecuencia no cabe derecho de desistimiento. Por tanto, al recibir el pedido deberán extremarse las cautelas al comprobar que el equipo o terminal es conforme con lo solicitado, pues de utilizarse el mismo, ya no será posible el desistimiento. Si el citado equipo o terminal no es conforme a lo solicitado, se habrá de acudir a la Ley 23/2003, de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo, pero no cabe invocar el derecho de desistimiento unilateral.

El derecho a desistir del contrato durante el plazo mínimo de siete días hábiles desde la celebración del contrato o en su caso, desde la recepción del bien no ha de quedar supeditado en ningún caso al cumplimiento o incumplimiento de las obligaciones por el operador. Éste sólo podrá condicionar su ejercicio al cumplimiento de ciertos requisitos (ej. devolución de los bienes con el embalaje intacto; pago de costes de devolución...).

Serán nulas de pleno derecho las cláusulas o prácticas que impongan al consumidor una penalización por el ejercicio de su derecho de desistimiento o la renuncia al mismo (arts. 44.3.III LOCM, 9 LCGC, 10 bis LGDCU y DA 1ª.14 LGDCU)

9.2.2. Obstaculización del derecho a causar baja.

Por razones sistemáticas se hace alusión en este apartado a las cláusulas que niegan, limitan u obstaculizan injustificadamente el derecho del usuario a causar baja, imponiendo procedimientos complejos o costosos para el usuario, estableciendo penalizaciones desproporcionadas o redundantes para el caso de baja anticipada o determinando plazos de preaviso desproporcionados no ajustados a la regulación vigente. Todas ellas son cláusulas abusivas (DA 1ª, 1, 17 bis LGDCU) y como tales sancionables por la Administración de Consumo (art. 34.9 LGDCU). Para un análisis más detallado, véase el epígrafe precedente en el que se analizan las diversas incidencias relacionadas con el derecho del usuario a causar baja anticipadamente.

9.2.3. Limitaciones a la facultad del usuario de resolver el contrato por incumplimiento del operador.

Supuesto de hecho. En el clausulado de condiciones generales de algún operador se recoge la siguiente cláusula: “En caso de incumplimiento de alguna de sus obligaciones por EL OPERADOR, el CLIENTE estará obligado a notificar AL OPERADOR dicho incumplimiento de forma inmediata y fehaciente. *Transcurridos TREINTA (30) días desde la notificación sin que mediare subsanación* por EL OPERADOR del incumplimiento, el CLIENTE podrá dar

por finalizado el contrato, sin necesidad de abonar los gastos de cancelación anticipada mencionados. Ambas partes acuerdan que este será el *único efecto en caso de resolución contractual* por esta causa, renunciando ambas Partes a la devolución de las prestaciones ya realizadas por ambas.

EL OPERADOR 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 o en caso de impago por parte del CLIENTE de alguna de las cantidades debidas en aplicación de las condiciones económicas de este contrato²⁵³.

Normas aplicables. Art. 8 LCGC; 10 bis, DA 1ª.12; 34.9 LGDCU; DT 1ª Ley 44/2006.

Respuesta jurídica. No es preciso un gran esfuerzo argumentativo para demostrar el carácter abusivo de esta cláusula: en caso de incumplimiento por el operador, se le atribuye un “plazo de gracia” (de treinta días) para rectificar el incumplimiento, por el contrario, en caso de incumplimiento por el usuario, el operador podrá “resolver de modo inmediato”; se limitan los efectos de la resolución, reduciéndose a la extinción del contrato y a la exoneración del deber del usuario de abonar los gastos por cancelación anticipada, - ¡sería el colmo del abuso, que el usuario tuviera que pagar tales gastos incluso en caso de resolución por incumplimiento del operador!-; de modo absolutamente injustificado se excluye el derecho del usuario a reclamar la restitución de cuotas pagadas anticipadamente u otros posibles daños derivados del incumplimiento; por último y por si hubiera alguna duda, el carácter abusivo se hace aún mas evidente, si se analizan otras cláusulas del mismo contrato, por ejemplo, la que obliga al usuario a comunicar su decisión de causar baja

²⁵³ La cláusula reproducida procede de un modelo de contrato incluido en una reclamación presentada en septiembre de 2005. Contrastada con las condiciones generales del mismo operador publicadas en su web en el momento de redacción de este trabajo (mayo 2007), se observa que se han reducido los plazos: el plazo de preaviso para solicitar la baja anticipada es de 15 días y el “plazo de gracia” concedido al operador en caso de incumplimiento es también de 15 días. Sin embargo, la resolución en caso de incumplimiento por el usuario puede ser “inmediata” y los únicos efectos de la misma son la extinción del contrato y la exoneración del deber del usuario de retribuir cargos por baja anticipada.

anticipadamente con al menos sesenta días de antelación a la fecha en la que tal decisión es efectiva.

Naturalmente, las cláusulas descritas son nulas por abusivas (art. 8.2 LCGC y DT 1ª Ley 44/2006) y su inclusión en el contrato constituye una infracción de consumo (art. 34.9 LGDCU).

9.3. Falta de reciprocidad, limitación de responsabilidad y vinculación del contrato a la voluntad del profesional

9.3.1. Interrupción del servicio.

Supuesto de hecho. Son habituales las cláusulas que reservan al operador amplias facultades sobre el cumplimiento, interpretación y en su caso, resolución del contrato. En particular, en materia de interrupción del servicio no es infrecuente la cláusula que reserva al operador el derecho a “interrumpir temporalmente y sin necesidad de previo aviso la prestación del servicio en razón de la eventual necesidad de efectuar operaciones de mantenimiento, reparación, actualización o mejora del Servicio o de la infraestructura a través de la cual lo presta”.

Normas aplicables. Arts. 8 LCGC; 10 bis, 34.9, DA 1ª, 10ª y 15ª LGDCU; DT 1ª Ley 44/2006; arts. 105.4, 115 y 120 RSU.

Respuesta jurídica. La cláusula descrita reserva al profesional facultades discrecionales en relación a la eventual interrupción del servicio. Las causas que justifican esta actuación se definen en términos muy amplios (“operaciones de mantenimiento, reparación, actualización o mejora del servicio o de la infraestructura”) y los límites o condicionantes a la interrupción son inexistentes: ni se requiere aviso previo, -lo que está justificado en casos de reparación urgente, pero no en otros supuestos, como en el de la realización de operaciones de mantenimiento o mejora-; ni se limita el tiempo de duración de la interrupción al estrictamente necesario para acometer las operaciones que

justifican la interrupción; ni se prevé compensación o descuento alguno a favor del usuario por el tiempo que haya durado la interrupción.

La práctica revela que esta cláusula es utilizada por los operadores para eludir sus obligaciones de compensación por interrupción del servicio en los términos de los arts. 115 y 120 RSU. Para ilustrar esta afirmación, cabe citar como ejemplo, la negativa de un operador a compensar a un usuario por la interrupción durante más de dos días del servicio ADSL de acceso a Internet, invocando como justificación el derecho del operador a interrumpir el servicio temporalmente y sin previo aviso para realizar las aludidas operaciones de mantenimiento, reparación o actualización.

Cláusulas y prácticas como la descrita son nulas por abusivas (art. 8.2 LCGC, 10 bis y DA 1ª. 10 y 15 LGDCU y DT 1ª Ley 44/2006) y su inclusión en el contrato constituye una infracción de consumo (art. 36.9 LGDCU)

Todo ello, sin perjuicio del usuario a exigir la compensación por interrupción temporal del servicio por causas imputables al operador (arts. 115 y 120 RSU)²⁵⁴ o en su caso, resolver el contrato por incumplimiento, sin penalización alguna (art. 105.4 RSU).

9.3.2. “Hasta” 20 Megas.

Supuesto de hecho. Usuario denuncia los reiterados incumplimientos del contrato de acceso a Internet por la escasa velocidad de acceso, a pesar de que el operador ofrecía en publicidad “hasta 20 Megas”. Tras reiterados test de velocidad realizados por el usuario a diversas horas, se constata que sólo en un número muy reducido de las comprobaciones se ha alcanzado una velocidad normal para un tipo de conexión como la contratada (banda ancha o acceso de alta velocidad) y nunca se han alcanzado los 20 Megas prometidos.

²⁵⁴

V. *supra* epgr. 5.1.2.

El operador rechaza la reclamación por considerar que “en relación a la incidencia de lentitud del servicio, tras las comprobaciones oportunas, desde el Departamento Técnico Especializado, se estableció que la velocidad de navegación del cliente entraba dentro de los parámetros correctos”, señalándose que “tal y como se especifican en las características del servicio, la velocidad de recepción / envío es ‘HASTA 20 Mbps/1 Mbps’, respectivamente, no siendo garantizados dichos límites por parte DEL OPERADOR”²⁵⁵.

Normas aplicables. Arts. 8 LCGC, 10 bis, 34.9, DA 1ª. 10 y 15 LGDCU; DT 1ª Ley 44/2006; 105.4 RSU.

Respuesta jurídica. Tras las reiteradas denuncias por la escasa velocidad de acceso a Internet, el habitual incumplimiento de las condiciones publicitadas en las que se ofrece determinada velocidad de acceso (ej. 512 Kbits/s) y alguna sentencia en la que se ha condenado al operador a compensar a los usuarios por el incumplimiento del contrato integrado con la publicidad²⁵⁶, los operadores han modificado su lenguaje publicitario. Ya no se ofrece una velocidad cierta y determinada, sino que se declara sin rubor que la velocidad ofrecida es “hasta” cierta velocidad.

²⁵⁵ Por ser la más utilizada como reclamo comercial, se ha elegido la velocidad de recepción/ envío 20 Mbps/1 Mbps. El problema se plantea en términos idénticos en relación a otras velocidades (ej. hasta 6 Mbps/512 kbps; hasta 256/128 kbps...). Por su valor ilustrativo se reproduce la respuesta de un operador contenida en escrito de alegaciones presentado a los Servicios de Consumo: “D..., con evidente mala fe, oculta a esa Delegación el hecho fundamental que ocasiona su queja y que no es otro que su empecinamiento en tergiversar la realidad manifestando que ‘contrató una velocidad no inferior a 256 kbp/s’, cuando la única verdad es que tal y como se le explicó personalmente por nuestros empleados al contratar el servicio, y como clarísimamente se especifica en la C.G. 1º del contrato suscrito entre D.. y EL OPERADOR, de fecha 30-4-2004, el servicio contratado es ‘una línea de acceso inalámbrica utilizando tecnología WIFI o también conocida como Gíreles, que proporcionará al CLIENTE acceso a Internet a alta velocidad. La línea WIFI contratada tiene hasta 256 kbps de velocidad máxima Red-Cliente y hasta 64 Kbps de velocidad máxima Cliente-Red...’”;

²⁵⁶ La sentencia de 15 enero 2004, del juzgado de Primera Instancia e Instrucción Número 3 de Pola de Siero (Asturias), condenó a Wanadoo España, filial de Internet de France Telecom, a devolver la mitad de las cuotas y a indemnizar con 500 euros a un cliente por la baja velocidad del servicio ADSL Go. La fundamentación jurídica de la sentencia se basa fundamentalmente en la publicidad de Wanadoo. Si la empresa no advierte en su publicidad que la conexión no es de 256/128 kbps, sino de hasta 256/128 kbps, o que puede ofrecer velocidades inferiores a determinadas horas, está obligada a proporcionar el servicio en las condiciones establecidas en su publicidad, incumpliendo el contrato en caso contrario.

Tal práctica puede ser admisible en el lenguaje publicitario, en el que se acude con frecuencia a este tipo de usos (ej venta de coches o apartamentos *desde* un precio mínimo resaltado en publicidad, rebajas en las que se pueden encontrar artículos *desde* un precio mínimo ofrecido como reclamo publicitario...). No se induce a error al usuario, pues le pone sobre aviso, obligándole a prestar especial atención a las condiciones concretas en las que el operador se obliga dentro de los márgenes anunciados.

Lo que resulta más dudoso es si este tipo de cláusulas tienen cabida como condiciones contractuales que caracterizan y definen el objeto del contrato. Cabe cuestionarse si son cláusulas abusivas en cuanto queda al arbitrio del predisponente el cumplimiento de la prestación y la definición de una de las características esenciales del servicio (velocidad de acceso). El margen de discrecionalidad conferido al operador es muy amplio, llevado al extremo, éste cumple tanto si ofrece el servicio a 1btis/s como si lo ofrece a 20 Mbps y en el primer caso, el usuario no podrá exigir compensación alguna. Suponen una limitación de responsabilidad del operador, a la vez que ocasionan un desequilibrio entre las prestaciones de las partes, pues mientras el operador cumple tanto si la velocidad de acceso es de 1 bits como si es de 20 Mbps, al usuario no se le permite pagar “hasta cierta cantidad” o en función de la velocidad real alcanzada, sino que queda obligado a pagar en todo caso la tarifa establecida en el contrato.

Sin perjuicio de posibles limitaciones técnicas que puedan modular el cumplimiento de la prestación, existen indicios claros que permiten afirmar el carácter abusivo de este tipo de cláusulas son abusivas (arts. 10 bis y DA 1ª. 10 y 15 LGDCU). El operador no puede apelar a este tipo de cláusulas para exigir el pago de la tarifa contractual, si no se ha alcanzado la velocidad ofrecida con carácter de máximo o para negar el derecho del usuario a la resolución del contrato por incumplimiento, sin penalización alguna (art. 105.4 RSU).

La declaración de nulidad de la cláusula exige la integración del contrato mediante un mecanismo de ponderación (reducción proporcional del precio en función de cuál haya sido la velocidad real de acceso). Si por razones técnicas, el operador no puede garantizar una velocidad constante, sí puede introducir criterios correctivos de esta indefinición (ej. velocidad mínima garantizada, reducciones de tarifas en proporción a velocidad realmente alcanzada...etc.).

10. INTERRUPCIÓN Y SUSPENSIÓN DEL SERVICIO POR FALTA DE PAGO.

10.1. Retraso o falta de pago del servicio telefónico fijo.

Supuestos de hecho. Presentada al pago la factura del servicio telefónico fijo, el usuario se retrasa en el pago o se niega al mismo (ej. devolución de recibos enviados a entidad bancaria). El operador procede a la suspensión temporal del servicio hasta que se le acredite el pago de lo adeudado o de persistir la negativa interrumpe definitivamente el servicio y resuelve el contrato, sin perjuicio de la reclamación de las sumas adeudadas.

En ocasiones, el problema se plantea en supuestos de facturación indebida de otros servicios, que el usuario se niega a pagar dando orden a su banco de devolución de las correspondientes facturas (ej. usuario que careciendo de servicio de acceso a Internet, recibe factura telefónica que incluye tarifa plana por dicho servicio).

En algunos supuestos, el usuario reclama porque acreditado el pago, se demora el restablecimiento del servicio telefónico fijo (ej. 4 días).

Normas aplicables. Arts. 116.I, 118 y 119 RSU; apdos. 8º, 19º a 22º y 24º-25º Orden PRE/361/2002, mod por Orden 2410/2004.

Respuesta jurídica. La *suspensión temporal* del servicio telefónico fijo es la consecuencia asociada al retraso en el pago total o parcial superior a un mes desde la presentación de la factura al pago (art. 118 RSU). El procedimiento

para suspender el servicio se regula imperativamente en los arts. 19º a 22º Orden PRE 361/2002 mod. por Orde 2410/2004. El operador ha de requerir el pago y notificar la suspensión por medio que acredite la recepción con quince días de antelación a la fecha en que se haga efectiva, fecha que no debe coincidir con día inhábil. La suspensión no exime del pago de cuotas periódicas fijas (ej. cuota de abono) y no afecta a los servicios de llamadas entrantes, -salvo las de cobro revertido-, y salientes de urgencia (ej. llamadas al 112). El operador ha de restablecer el servicio el día laborable siguiente al que tenga constancia del pago de la cantidad adeudada, incluidos los intereses moratorios y en su caso, la cuota por rehabilitación del servicio.

La *interrupción definitiva del servicio telefónico fijo* y su resolución proceden cuando el retraso en el pago es superior a tres meses o cuando se ha suspendido el servicio por mora en dos ocasiones (art. 119 RSU). El procedimiento es el mismo que el previsto en caso de suspensión temporal (apdos. 24º y 25º Orden PRE/361/2002).

La suspensión o interrupción del servicio por falta de pago sólo ha de afectar al servicio no pagado. La falta de pago de servicios de tarificación adicional (arts. 803, 806, 807 y 907), de acceso a Internet u otro distinto al servicio de llamadas metropolitanas, larga distancia y a móviles sólo dará lugar a la suspensión de tales servicios (art. 118.1 RSU; apdos. 8º y 19º.2. Orden PRE/361/2002, mod. Orden PRE/2410/2004). A estos efectos, el usuario ha de solicitar el desglose de la factura con separación de los cargos correspondientes al servicio telefónico y a otros servicios (arts. 112 RSU y apdos. 8º.1, 3 y 11º Orden PRE/361/2002, mod. por Orden PRE/2410/2004). Si el operador incumple sus deberes en cuanto al desglose de la factura, el usuario tendrá derecho a considerar que la factura emitida no tiene la consideración de factura por prestación del servicio telefónico disponible al público y consecuentemente, a que no se produzca la suspensión o interrupción del servicio telefónico por impago y a la devolución de la totalidad del importe de la misma si la hubiese pagado, hasta que se efectúe la desagregación y se le permita abonar independientemente el importe

desglosado relativo al servicio telefónico (apdo. 8.4º Orden PRE 361/2002 mod. por Orden PRE/2410/2004).

La presentación de reclamación contra la factura ante la SETSI o ante la correspondiente Junta Arbitral y la consignación fehaciente del importe adeudado, con entrega del resguardo al operador, impide la suspensión o interrupción del servicio no pagado (apdos. 8º.2 y 22º Orden PRE 361/2002 mod. Orden 2410/2004). No obstante, esta “consignación fehaciente” a la que se refiere la norma tiene escasa eficacia práctica. Ni los operadores, ni las Administraciones encargadas de resolver la reclamación se han provisto de instrumentos que permitan esta consignación. Por ello y por más que resulte en cierta medida una claudicación ante los incumplimientos de la normativa sectorial, en la situación actual, si se quiere evitar la suspensión o interrupción del servicio (ej. acceso a Internet, servicios de tarificación adicional) u otros “daños colaterales” (ej. ingreso en registro de morosos) es recomendable pagar los servicios facturados e interponer la correspondiente reclamación de lo indebidamente pagado a efectos de obtener su restitución (art. 9.1 Orden ITC/1030/2007).

El incumplimiento del procedimiento para suspender o interrumpir el servicio telefónico fijo por falta de pago (ej. falta de comunicación previa, suspensión en día festivo, demora en el restablecimiento del servicio...) y de los deberes de desglose de las facturas constituyen infracciones de la normativa sectorial sancionables por la Administración de Telecomunicaciones [arts. 55,e), 58 LGTel y DA 2ª Ley 44/2006]²⁵⁷, sin perjuicio de la responsabilidad del operador por los daños derivados de una suspensión o interrupción improcedente, que podrán ser exigidos en vía civil, arbitral o en su caso, en el marco del procedimiento sancionador (art. 130.2 Ley 30/1992).

²⁵⁷ Sin perjuicio de todas las críticas que suscita esta sentencia (cfr. el Capítulo III, dedicado al análisis de la actuación administrativa y los problemas de distribución competencial), la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Guadalajara de 20 de abril de 2006 declaró nula la sanción impuesta a *Telefónica de España, S.A.U.* por la Delegación Provincial de Consumo de la Consejería de Sanidad de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha por incumplimiento del procedimiento para suspender temporalmente el servicio telefónico por falta de pago, en concreto por ejecutar la suspensión en día no hábil y dilatar el restablecimiento del servicio tras la acreditación del pago.

10.2. Retraso o falta de pago de otros servicios.

Supuesto de hecho. Presentada al pago la factura de servicios de telecomunicaciones distintos al servicio de telefonía fija (telefonía móvil, acceso a Internet, TV de pago,...), el usuario se retrasa o se niega al pago. El operador procede a la suspensión y en su caso, interrupción definitiva del servicio y resolución del contrato por incumplimiento.

Normas aplicables. Art. 116.II RSU; apdos. 8º y 11º Orden PRE/361/2002 mod. por Orden PRE/2410/2004.

Respuesta jurídica. La normativa sectorial no regula el procedimiento de suspensión e interrupción de los servicios de telecomunicaciones, distintos al servicio telefónico fijo, remitiéndose a lo previsto en los correspondientes contratos de abono (art. 116 RSU). A éstos serán aplicables las disposiciones generales en materia de incumplimiento de los contratos con consumidores, de modo que no se impongan condiciones que en contra de las exigencias de la buena fe vulneren la necesaria reciprocidad de las respectivas posiciones contractuales. Así, por ejemplo, no cabe establecer penalizaciones para el incumplimiento por el usuario, si no se prevén consecuencias similares para los incumplimientos del operador; ni intereses moratorios abusivos o cuotas desproporcionadas de restablecimiento del servicio (art. 10 bis LGDCU, DA 1ª.3ª y 15ª LGDCU).

La suspensión o interrupción del servicio sólo afectará al servicio impagado. En particular, la negativa al pago de servicios de tarificación adicional no justifica la suspensión o interrupción del servicio telefónico, sea fijo o móvil, si el abonado paga tales servicios (apdo. 8º.1 Orden PRE/361/2002 mod. por Orden PRE/2410/2004). Por ello, las exigencias en cuanto al desglose de la factura y la identificación de los conceptos facturados, expuestas en el apartado anterior referido al servicio telefónico fijo, son también aplicables al servicio de telefonía móvil y al de acceso a Internet (apdos. 8º,1,3, 4 y 11º Orden PRE/361/2002 mod. por Orden 2410/2004).

Al igual que ocurre en el caso de falta de pago del servicio telefónico fijo, la presentación de reclamación ante la SETSI o ante las Juntas Arbitrales de Consumo y la consignación fehaciente del importe adeudado impide la suspensión o interrupción del servicio (apdo. 8º.2 y 22º Orden PRE/361/2002 mod. por Orden PRE/2410/2004).

En relación a la telefonía móvil, la falta de inclusión de los Servicios *Premium* (ej. alerta goles, descarga de logos o melodías...) en el ámbito de aplicación la normativa reguladora de los servicios de tarificación adicional (DT 1ª Orden PRE/361/2002 mod. por PRE/2410/2004) está planteando problemas en cuanto a la facturación de estos servicios junto al servicio de telefonía móvil. En principio, cabe defender la aplicación analógica de la normativa analizada, de forma que la solicitud de desglose de la factura y el pago de la cantidad correspondiente al servicio telefónico impediría la suspensión o interrupción temporal del servicio telefónico móvil por falta de pago de servicios *Premium*²⁵⁸. Sin embargo, ante las dudas interpretativas y el posible amparo de los operadores en la falta de regulación, si se quiere evitar la suspensión o interrupción del servicio telefónico móvil es recomendable solicitar el desglose de la factura, pagar los servicios facturados (telefónico y Premium) e interponer la correspondiente reclamación a efectos de que se restituya lo indebidamente cobrado (art. 9.1 Orden ITC/1030/2007).

El incumplimiento de los deberes de desglose de las facturas y del procedimiento previsto contractualmente para proceder a la suspensión temporal o interrupción del servicio constituyen infracciones de la normativa sectorial sancionables por la Administración de Telecomunicaciones [arts. 55,e), 58 LGTel y DA 2ª Ley 44/2006], sin perjuicio de la responsabilidad del operador por los daños derivados de una suspensión o interrupción improcedente, que podrán ser exigidos en vía civil o arbitral o en su caso, en el marco del procedimiento sancionador (art. 130.2 Ley 30/1992).

²⁵⁸

V. Cap. I, apdo. 6.3.

11. RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS: SERVICIOS DE ATENCIÓN AL CLIENTE, ARBITRAJE DE CONSUMO Y OTROS PSEUDO ARBITRAJES.

11.1. Servicios de atención al cliente. Crónica de una pesadilla.

Supuesto de hecho. En la actualidad, los servicios de atención al cliente (SAC) habilitados por los operadores de servicios de telecomunicaciones constituyen uno de los puntos más críticos del sistema de prestación de servicios de telecomunicaciones en el mercado español. Las quejas y reclamaciones sobre los SAC están presentes en la práctica totalidad de las reclamaciones referentes a los servicios de telecomunicaciones. No son el objeto único y exclusivo de la reclamación. Salvo casos muy residuales, ningún usuario presenta una reclamación ante la Administración de Consumo por no haber sido tratado adecuadamente. Sin embargo, la queja está presente en todas las demás reclamaciones referentes a solicitudes no atendidas de alta, facturación indebida, preselección fraudulenta...

Los usuarios denuncian las reiteradas e inútiles llamadas a servicios de atención al cliente atendidos, en el mejor de los casos, por agentes comerciales poco formados, que no hacen un seguimiento unitario de la reclamación, -pues raramente se facilita el número de incidencia o cada vez que se llama se ofrece un número de incidencia distinto²⁵⁹- y cuyas respuestas pueden ser diversas y hasta contradictorias; en el peor, los SAC son atendidos por contestadores automáticos que ofrecen opciones cerradas y no siempre ajustadas a la reclamación del usuario y con los que sólo los usuarios más formados pueden “conversar”; las líneas están frecuentemente sobrecargadas; los tiempos de espera se prolongan hasta desesperar²⁶⁰ y por si todo ello fuera poco, resultan

²⁵⁹ Tal práctica es habitual en los Servicios Técnicos de Reparación de Averías: cada vez que el usuario relata la misma avería, se le da un número de parte distinto, lo que revela que se cierran partes de averías “en falso”, es decir, si acometer la reparación solicitada.

²⁶⁰ Por su tono irónico y cómico, pero sobre todo por lo ilustrativo de su contenido, se reproduce parte de una carta publicada el 20 de octubre de 2004 en un periódico regional, *La Voz de Galicia* e incorporada a uno de los expedientes de reclamación por sentirse el reclamante profundamente identificado con el contenido de la misma. La carta titula “El enfado de un usuario telefónico”, dice así: “En el pasado mes de agosto mi compañía X me pasa el recibo mensual. A los pocos días me pasa un nuevo recibo de 11,69 euros. No se me ocurre otra cosa mejor que llamar a la citada compañía X para preguntar a qué se debe tal recibo. Ahí empieza el calvario. Musiquita correspondiente y: ‘Si es cliente, pulse 1, si no lo es, pulse 2. Si

costosos para el usuario llamante (ej. SAC atendidos a través de número 902, servicio de pago para el llamante, sin retribución para el llamado)²⁶¹.

Normas aplicables. Arts. 11.1 y 13.4 LGDCU, 104, 105.2, k), 107 RSU; 10 y 11 Orden ITC/1030/2007.

Respuesta jurídica. 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)

es empresa, pulse 1, si es particular, pulse 2. Si quiere en gallego, pulse 1, en castellano, pulse 2. Si quiere información, pulse 1, si es consulta de abonado, pulse 2. Espere, por favor... Nuestros operadores están ocupados, espere, por favor...". Más musiquita y así hasta 22 minutos. Desesperante. Cuelgo y vuelvo a marcar y pulso 1, porque soy cliente y pulso 1 porque soy una empresa. Y, ¡Sorpresa!, al momento me cogen el teléfono. Después de jurar en arameo, me explican lo del recibo. Pero uno, que ya estaba muy enfadado, da orden a su banco de devolver el recibo para esperar a su reclamación.

Han tenido que pasar dos meses para que se pusieran en contacto conmigo. Días pasados recibo una llamada a mi móvil: 'Buenos días, le hablo de la compañía X...'. Uno, que ya llevaba tiempo esperando la llamada, contesta: 'Si quiere que le hable gallego, pulse 1, si castellano, pulse 2, y a continuación, si usted es rubia, pulse 1, si es morena, pulse 2'. La señorita: 'Oiga, por favor, ¿me deja hablar?'. Continúa: 'Si es tema de mi empresa, pulse 1, si es particular, pulse 2. Si en su ciudad llueve, pulse 1; si hace sol, pulse 2'. La señorita: 'Por favor, ¿me deja que le explique?'. Y yo: 'Espere, por favor' y como estaba en la calle y no podía ponerle musiquita, tuve que tararearle la Rianxeira y a continuación 'espere, por favor'.

Lógicamente no aguantó los 22 minutos y sigo esperando otra llamada. Desde luego no pienso pagar los 11,96 euros hasta que les agote los 22 minutos que a mí me hicieron esperar, porque mi tiempo es tan valioso como el del señor X". Juan Otero.

²⁶¹ En las condiciones generales de la contratación de algún operador se contiene la siguiente cláusula: "El Cliente podrá acceder al Servicio de Atención al Cliente a través de correo electrónico dirigiéndose a la dirección... o a través de llamada a los números de teléfono que en cada momento comunique [el Operador]. Dichos números de teléfono pueden ser de cualquier modalidad, incluidos los números de inteligencia de red, como 900, 902 y 906 (o aquellos que les puedan sustituir en el futuro) y los de telefonía móvil. El coste de la llamada a estos números deberá ser pagado por el Cliente llamante a su operador de telefonía de conformidad con las tarifas que este tenga vigentes en cada momento. No obstante lo anterior, el Cliente se obliga a resarcir al Operador de los daños, gastos y perjuicios que el eventual impago del coste de dichas llamadas pudiera provocar al Operador". Para un análisis más exhaustivo de esta cláusula y en general de las deficiencias de los SAC y las medidas regulatorias contra las mismas v. Cap. I, apdo. 7.2.

RSU; 11.1, 13.4 LGDCU en redacción dada por Ley 44/2006; 10 y 11 Orden ITC/1030/2007]²⁶².

Las exigencias legales y reglamentarias impuestas a los denominados “Servicios de Atención al Cliente” deben de extenderse a todo departamento habilitado por el operador para resolver incidencias de cualquier tipo, ya se denomine “Servicio Técnico”; “Departamento de Reparación de Averías”; “Departamento de Créditos y Facturación” u “Otras Incidencias”. Las diversas denominaciones que se pueden encontrar en el sector responden más que a cuestiones sustantivas a intentos de eludir la aplicación de las normas reguladoras de estos departamentos²⁶³.

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 sancionadoras²⁶⁴: la infracción de las normas del RSU en relación a los SAC no se tipifican expresamente en la LGTel, 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.

²⁶² V. Cap. I, epgr. 7.

²⁶³ Por ejemplo, durante el 2005 y primeros meses de 2006, un conocido operador remitía las reclamaciones sobre facturación (adeudos pendientes) a su Departamento de Créditos, atendido a través de un número geográfico, cuyo coste para el usuario dista mucho de las exigencias de gratuidad impuestas por el RD 424/2005.

²⁶⁴ V. Cap. III., epgr. 4.3.

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 sectorial²⁶⁵. Sea como fuere, conviene una acción integrada única a nivel nacional que imponga sanciones realmente preventivas y disuasorias.

11.2. Escasa adhesión al sistema arbitral de consumo.

Como es sabido, uno de los rasgos que identifican al sistema arbitral de consumo como mecanismo de resolución de conflictos de consumo, es su carácter voluntario. En el sector de las telecomunicaciones, esta cualidad se convierte en un serio inconveniente. Son muchos los operadores que ni están adheridos con carácter general al sistema arbitral de consumo, ni aceptan esta vía de resolución de conflictos suscitado un conflicto con un consumidor. También abundan los casos de operadores que estando estando adheridos, limitan considerablemente su Oferta Pública.

Según información facilitada por el Servicio de Arbitraje de la Dirección General de Consumo de la JCCM, a fecha de 15 de mayo de 2007, están adheridos los siguientes operadores: *Telefónica Móviles y Vodafone*; *Telefónica de España, S.A.U* con limitaciones (excluidas reclamaciones sobre conexión a red telefónica pública fija y acceso a servicios disponibles y al resto de obligaciones de servicio público; forma de prestación de servicios de tarificación adicional, indemnizaciones de daños y perjuicios, reclamaciones sobre facturas con antigüedad superior a seis meses y reclamaciones por equipos, terminales y servicios que no hayan sido adquiridos directamente o contratados con “Telefónica de España” o su canal de distribución); *Orange*, adherida sólo para telefonía móvil y no para fija e internet (ya antes de la absorción, en diciembre de 2005, *Wanadoo* se había desvinculado del sistema arbitral); *Xfera* adherida para servicios de telefonía móvil y no para reclamaciones sobre equipos y terminales y siempre que la cuantía de la reclamación no exceda de 600 €; *Ono*, adherida hasta el 14 de septiembre, fecha en la que cumplen los seis meses de preaviso desde que solicitó la baja en el sistema arbitral.

²⁶⁵

V. Cap. III, apdo. 4.3.

Ante esta situación, corresponde a la Administración pública y muy especialmente a la Administración de consumo adoptar medidas de promoción y fomento de la adhesión al sistema arbitral (campañas informativas, mecanismos para facilitar el desarrollo, tramitación y resolución del arbitraje, revalorización de los distintivos de calidad, consideración como elemento positivo en los concursos públicos...).

11.3. Arbitrajes distintos al de consumo en cláusulas aparentemente negociadas.

Supuesto de hecho. Cláusula opcional firmada por usuario de sumisión a arbitraje de la Asociación Europea de Arbitraje de Derecho y Equidad (AEADE) a la que se encomienda la administración del arbitraje y designación de los árbitros de acuerdo al Convenio Arbitral y las tarifas que constan, que en su caso, serán abonados por el usuario.

Son numerosos los contratos-tipo que contienen esta cláusula bajo la apariencia de cláusula anexa u opcional, ubicada al final del clausulado general, incluida en apartado “mecanismos de solución de conflictos” o incluso en documento aparte, calificado como “convenio arbitral-cláusula” y firmada expresamente por el usuario. Sin embargo, en la mayoría de las ocasiones, el usuario desconoce la existencia de esta cláusula, ignora sus efectos y a pesar de lo declarado en el pseudo convenio arbitral²⁶⁶, desconoce las normas de

²⁶⁶ En el texto, se utiliza el término “pseudo convenio arbitral” porque éste figura en el reverso de un contrato promocional de terminales, vinculado a un contrato de prestación de servicios de telefonía móvil. El contrato promocional se refiere a dicho convenio arbitral en el apartado dedicado a los mecanismos de solución de conflictos, entre los que se citan la vía judicial, el arbitraje de consumo y el arbitraje de la A.E.A.D.E, afirmándose que en uno y otro caso “la formalización del convenio arbitral... será voluntario para ambas partes”. Este apartado está expresamente firmado por el usuario, sin embargo la firma no aparece en el convenio arbitral del anverso y en la carta de bienvenida que el distribuidor envía al cliente le advierte de que “las partes... nos sometemos al arbitraje de la A.E.A.D.E. para la resolución de todo litigio, discrepancia, cuestión o reclamación que pudieran resultar de la interpretación o ejecución del antedicho contrato”; “Si usted incumple alguna de las condiciones anteriormente descritas, nos causará un perjuicio económico que pasaremos a reclamarle. En caso de que no nos haga efectivo este importe,...instaremos el inicio del Procedimiento de Arbitraje, con objeto de que A.E.A.D.E. medie en el asunto. En caso de que el Árbitro falle favorablemente a nuestro favor, el laudo arbitral podría condenarle al pago de los siguientes conceptos: el perjuicio económico ocasionado a nuestra empresa, gastos de mediación en el arbitraje, honorarios del Árbitro; Gastos de Notificación”.

administración del citado arbitraje, establecidas en su Reglamento²⁶⁷. Sólo tiene conocimiento de la intervención de esta Asociación cuando se inicia el procedimiento arbitral y en los casos más extremos, cuando se insta la ejecución del laudo, que suele condenar no sólo al pago de lo adeudado, sino también al pago de las tarifas por administración del arbitraje, honorarios del árbitro y gastos de notificación²⁶⁸.

Normas aplicables. Arts. 31.5; 34.6, 34.12 LGDCU en redacción dada por Ley 44/2006; DA 1ª.V.26 LGDCU.

²⁶⁷ En los modelos al uso figura la cláusula “Designación de Árbitro. Las partes acuerdan aceptar como Árbitro el que fuera designado al efecto por la A.E.A.D.E., rigiendo, salvo las especialidades contenidas en el presente Convenio Arbitral y en cuanto a la administración del arbitraje, las normas establecidas en su Reglamento y que las partes declaran expresamente conocer y aceptar”.

²⁶⁸ Extraídas de algunos de los modelos al uso en el mercado, según la tarifa general, las tarifas aplicables son:

HONORARIOS DEL ÁRBITRO	
Cuantía de la reclamación (€)	Honorarios (€)
Hasta 1.000	75
Hasta 1.500	100
Hasta 3.000	125
Hasta 5.000	225
Exceso hasta 10.000	1,00 %
Exceso de 10.001 a 75.000	0.75 %
Exceso de 75.001 a 150.000	0,50 %
Exceso a partir de 150.001	0.25 %

HONORARIOS DE ADMINISTRACIÓN	
Cuantía de la reclamación (€)	Honorarios (€)
Hasta 150	150
Hasta 200	175
Hasta 250	225
Hasta 300	250
Hasta 350	275
Hasta 400	325
Hasta 450	350
Hasta 500	375
Hasta 600	400
Hasta 1.000	500
Hasta 1.500	700
Hasta 3.000	800
Hasta 5.000	1.000
Exceso hasta 10.000	1,50
Exceso de 10.001 a 75.000	1,25
Exceso de 75.001 a 150.000	1,00
Exceso a partir de 150.001 Euros	0,75

GASTOS DE NOTIFICACIÓN APROX. 60 Euros IVA incluido.

Respuesta jurídica. La LGDCU en la redacción dada por la Ley 44/2006 declara nulos los *convenios arbitrales* de sometimiento a arbitrajes distintos al de consumo, celebrados con anterioridad al nacimiento del conflicto (art. 31.5 LGDCU). De este modo, la Ley 44/2006 supone un avance significativo, ya que anteriormente la LGDCU se limitaba a declarar abusivas las *cláusulas no negociadas* que impusieran arbitrajes distintos al de consumo (DA 1ª.V.26 LGDCU). De ahí, la táctica de ciertos operadores de defraudar la prohibición dando a la cláusula arbitral la apariencia de convenio negociado o cláusula particular expresamente negociada y aceptada por el usuario (documento anexo al clausulado de condiciones generales de la contratación, cláusula particular al final del clausulado de condiciones generales...). Con la nueva norma, es irrelevante que la cláusula de sumisión a arbitrajes distintos al de consumo esté o no en condiciones generales de la contratación, pues aún habiendo sido negociada, en los contratos con consumidores, tal cláusula será nula en los términos del art. 31.5 LGDCU.

No obstante, antes de la reforma, introducida por la Ley 44/2006, la jurisprudencia menor ya era consciente de la práctica descrita y son numerosas las sentencias que han declarado nulo el laudo dictado en virtud de la cláusula, aparentemente negociada, de sumisión a arbitrajes distintos al de consumo y en concreto, al arbitraje de la Asociación Europea de Arbitraje de Derecho y Equidad (AEADE)²⁶⁹. En relación a esta cuestión, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en respuesta a una cuestión planteada por la Audiencia Provincial de Madrid ha entendido que el órgano jurisdiccional que conoce de un recurso de anulación contra un laudo arbitral ha de apreciar la nulidad del convenio arbitral y anular el laudo si estima que dicho convenio arbitral contiene una cláusula abusiva, aun cuando el consumidor no haya alegado esta cuestión en el procedimiento arbitral, sino únicamente en el recurso de anulación [STJUE Luxemburgo, de 26 de octubre de 2006 (TJCE 2006,299)].

²⁶⁹ V. SSAP Jaén, de 11-11-2002 (JUR 2003,18571); Madrid de 15-7-2002 (JUR 2003,48793); de 23-4-2004 (JUR 2004,151041); 26-5-2004 (2004,150815); de 2-7-2004 (JUR 2004, 257554); 2-11-2004 (AC 2004,2141) y 12-7-2005 (AC 2005,1499); Valencia 3-10-2005 (AC 2005,1914). Todas ellas declaran abusiva la condición general de la contratación que impone la sumisión al arbitraje de la Asociación Europea de Arbitraje y Equidad (asociación privada).

Obviamente, las prácticas descritas pueden ser perseguidas por la Administración de Consumo, en virtud de su potestad para sancionar las infracciones consistentes en la introducción en los contratos de cláusulas abusivas (arts. 34.9 LGDCU) o vulneración de las prohibiciones establecidas en legislación de consumo (art. 34.12 en relación a art. 31.5 LGDCU).

CAPITULO III
ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA:
DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS Y PRÁCTICA DIARIA.

1. INTRODUCCIÓN.

Este Capítulo III se divide en dos partes claramente diferenciadas, la primera de ellas pretende dar respuesta a la discutida cuestión competencial. Más allá de sus complejas implicaciones jurídico-teóricas, la distribución de competencias entre las distintas Administraciones con funciones en el sector de las telecomunicaciones y en el del consumo es una cuestión que ocupa y preocupa a los funcionarios, que en su qué hacer diario se ven sometidos continuamente a la necesidad de delimitar sus atribuciones competenciales por razón del territorio y sobre todo, por razón de la materia objeto del conflicto (competencia funcional). Sin olvidar las imprescindibles consideraciones teóricas, se trata de afrontar el problema desde una perspectiva eminentemente práctica, formulando algunas reglas o criterios que guíen la actuación ordinaria de la Administración y sus agentes en la resolución de reclamaciones y ejercicio de la potestad sancionadora.

La segunda parte de este Capítulo describe la práctica administrativa ante las reclamaciones presentadas por los usuarios sobre la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas. Sin aportar datos del funcionamiento interno a los que la autora ha tenido acceso gracias a la gentileza y amabilidad del personal de las Delegaciones Provinciales de la Dirección General de Consumo de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha y cuya publicación podría distorsionar o dificultar el normal desarrollo de la actuación administrativa, se pretende describir la práctica de los Servicios de Consumo, poniendo de manifiesto las principales virtudes y carencias a fin de elaborar una especie de “modelo” de actuación que aglutine los elementos más positivos de la actividad de cada una de las Delegaciones Provinciales de Consumo y pueda servir para maximizar la eficacia de todas ellas.

2. ADMINISTRACIONES COMPETENTES: ADMINISTRACIÓN DE TELECOMUNICACIONES, ADMINISTRACIÓN DE CONSUMO Y OTRAS.

Antes de analizar los problemas de distribución de competencia territorial y funcional, se han de indicar las diversas entidades administrativas, que en virtud de diferentes títulos, ostentan competencias reguladoras, de inspección y control y en su caso, de sanción sobre los servicios de comunicaciones electrónicas. A continuación se exponen cuáles son las entidades administrativas con competencias relacionadas con la prestación de servicios de telecomunicaciones y cuyas atribuciones repercuten, -directa o indirectamente-, sobre el *status* de los usuarios²⁷⁰.

2.1. Administración de Telecomunicaciones.

Se denomina “Administración de Telecomunicaciones” o Administración sectorial a la integrada por el Gobierno; el Ministerio de Industria, Turismo y Comercio (MITC) y dentro de éste, la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información (SETSI); la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos (CDGAE), inserta en el Ministerio de Economía; la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (CMT) y la Agencia Estatal de Radiocomunicaciones (art. 46.1 LGTel)²⁷¹.

Se atribuye al *Gobierno* la potestad reguladora, desarrollando mediante reglamento, entre otras, las disposiciones legales en materia de servicio público

²⁷⁰ No corresponde aquí el análisis detallado de las diversas atribuciones competenciales de las entidades administrativas que se citan. Por el objeto de este estudio, las referencias se circunscriben a aquellas competencias más estrechamente relacionadas con los derechos de los consumidores y usuarios de servicios de comunicaciones electrónicas. Un estudio más completo de estas cuestiones se contiene en CARRASCO PERERA Y MENDOZA LOSANA, “La protección de los consumidores y usuarios en el nuevo régimen jurídico del mercado de las telecomunicaciones: Estudio comparativo de las Leyes 32/2003 y 11/1998” en CARRASCO PERERA (Coord.), *Estudios sobre Telecomunicaciones y Derecho de Consumo*. Aranzadi, 2005, págs. 85-184, concr. págs. 114-118; 149-162; 164-183; ARPÓN DE MENDÍVIL, CARRASCO PERERA, CRESPO, “La Administración de las Telecomunicaciones” en ARPÓN DE MENDÍVIL Y CARRASCO PERERA (Direct), *Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones*. Aranzadi, 1999, págs. 799-886.

²⁷¹ Por influencia de la terminología utilizada por las Directivas comunitarias, el art. 46 LGTel designa a estos organismos como “Autoridades Nacionales de Reglamentación de Telecomunicaciones”.

y en particular, el contenido mínimo del servicio universal (arts. 46, 22-25 LGTel); los derechos de los usuarios (art. 38.2 LGTel) y otras condiciones de prestación de los servicios (art. 8.1 y 2 LGTel).

El *MITC* es competente en aspectos relativos a la regulación y control, a través de la *SETSI* de las obligaciones de servicio público, –sin perjuicio de las competencias de la *CMT* en relación a la financiación del servicio universal- (arts. 20.3 LGTel y 25 RSU), la protección de los usuarios (ej. determinación de parámetros de calidad); evaluación de conformidad de equipos y aparatos y la gestión del dominio público radioeléctrico.

La *SETSI* es el órgano de la Administración sectorial encargado de aprobar los contratos-tipo a propuesta de los operadores y en su caso, introducir modificaciones para evitar tratamientos abusivos (art. 38.7 LGTel y 108 RSU²⁷²); resolver las reclamaciones de los usuarios mediante el procedimiento reglamentariamente previsto (arts.38.1 LGTel, 104 RSU y Orden ITC/1030/2007) y en su caso sancionar las infracciones de los derechos de los consumidores y usuarios finales expresamente tipificadas en la LGTel [art 58,c) LGTel y DA 2ª Ley 44/2006]. Por estas razones, la delimitación de sus competencias y las de la Administración de consumo suscita frecuentes conflictos que serán analizados en un epígrafe específico de este Capítulo.

Corresponde a la *CDGAE* la determinación de los precios de los servicios de comunicaciones electrónicas, siempre que ello esté justificado conforme a los criterios legalmente establecidos (cfr. DT 3ª LGTel).

La *CMT* es el organismo garante de la competencia en el sector (art. 48 LGTel). Para el ejercicio de tal función se le atribuyen diversas competencias como la de analizar mercados e imponer obligaciones específicas a los operadores con peso significativo en el mercado considerado; dictar instrucciones o Circulares dirigidas a los operadores (ej. Circulares sobre

²⁷² Adviértase que no todos los contratos de prestación de servicios de comunicaciones electrónicas han de ser aprobados por la Administración. Sobre las diversas exigencias en esta materia v. Cap. I.

portabilidad, mecanismos de selección y preselección de operador); resolver conflictos entre operadores (ej. derivados de acuerdos de interconexión o uso compartido del bucle de abonado); responder consultas planteadas por los usuarios, los operadores u otros organismos de la Administración Pública y sancionar los incumplimientos de las condiciones de prestación del servicio, especialmente las impuestas en sus instrucciones o resoluciones [art. 58, a) LGTel]. Conviene hacer hincapié en que la CMT no resuelve conflictos entre operadores y usuarios, como tampoco se pronuncia sobre el eventual carácter abusivo de ciertas prácticas o condiciones aplicadas por los operadores en sus relaciones con los usuarios (ej. redondeos) o sobre la eventual vulneración por los operadores del Derecho General de la Competencia (ej. pactos sobre precios)²⁷³.

La Agencia Estatal de Radiocomunicaciones ostenta como función principal la atribución de títulos para el uso del espectro radioeléctrico, salvo cuando estos se otorguen en número limitado, la inspección y control del cumplimiento de las condiciones de uso del dominio público radioeléctrico, la revocación del título y en su caso, la propuesta de incoación de expedientes sancionadores por la SETSI (cfr. art. 47 LGTel y 23 Rgto DP Radioeléctrico).

La Ley habilita al Gobierno para desarrollar mediante reglamento las diversas competencias que se atribuyen a estas ANR.

2.2. Administración de Consumo.

Integran la Administración de Consumo, el Ministerio de Sanidad y Consumo y el Instituto Nacional de Consumo, que extienden su competencia a todo el territorio nacional; la Administración autonómica de Consumo, con diversas denominaciones en cada CCAA y las Corporaciones Locales.

²⁷³ Así se ha puesto de manifiesto en la Resolución CMT de 29 marzo 2007, por la que se da contestación a las consultas formuladas por la SETSI y el INC en relación con las modificaciones tarifarias acaecidas a raíz de la entrada en vigor de la ley 44/2006 (AEM 2007/207).

Por ser “consumo” un título transversal y pluridisciplinar, la Administración de Consumo ostenta potestades de tutela de los derechos de los usuarios finales de comunicaciones electrónicas, en cuanto destinatarios finales de bienes y servicios. La Administración de Consumo puede resolver reclamaciones y en su caso, sancionar los incumplimientos de la legislación general de consumo cometidos con ocasión de la prestación de los servicios de telecomunicaciones. No obstante, tal atribución de competencias no es una cuestión pacífica y en numerosas ocasiones, las potestades de la Administración de Consumo tienen su límite en la atribución exclusiva de competencias a la Administración sectorial (art. 149.1.21ª CE).

2.3. Otras.

Se incluyen en este apartado entidades heterogéneas cuyas atribuciones competenciales afectan de modo directo o indirecto a la prestación de servicios de telecomunicaciones:

- *La Agencia Española de Protección de Datos (AEPD)*. Corresponde a la AEPD garantizar el cumplimiento de las normas sobre protección de datos personales, sean éstas generales (LO 15/1999, de Protección de Datos de Carácter Personal) o sectoriales (arts. 38.3 y 4 LGTel, desarrollados por arts. 61-82 RSU; arts. 12, 21 y 22 LSSI). En particular, dicta “instrucciones”, que interpretan y concretan las disposiciones legales en la materia y sanciona los incumplimientos de la normativa vigente.

En el sector de las comunicaciones electrónicas, la AEPD está llamada a desempeñar un papel protagonista, pues a ella corresponde controlar y en su caso, sancionar prácticas tan habituales como la captación fraudulenta de datos, -normalmente asociadas a prácticas de *slamming* o cambio de operador no consentido-, cesión de datos no consentida por el interesado, ingreso injustificado en registro de morosos o envíos de comunicaciones comerciales no deseadas [cfr. art 58,b) en relación a arts. 38.3 y 4, LGTel y art. 43.1 LSSI en relación a arts. 38.3, c), d) e f) y 38.4 d),g) y h)].

- *Comisión de Supervisión de la Prestación de Servicios de Tarificación Adicional (CSSTA)*. Los STA no ostentan la calificación de servicios de telecomunicaciones, por lo que la CSSTA tampoco forma parte de la Administración sectorial de telecomunicaciones. Sus atribuciones se limitan a la aprobación del Código de Conducta para la prestación de STA, a comprobar el cumplimiento por los prestadores de servicios de tarificación adicional, -ej. vidente que presta sus servicios a través de 806 o empresa que facilita contenidos eróticos a través del 803-, de la normativa reguladora de estos servicios (Orden PRE 361/2002 mod. por Orden 2410/2004) y especialmente el Código de Conducta que desarrolla dicha normativa y al que han de adherirse estas empresas (apdo. 5º Orden PRE/361/2002 en redacción dada por Orden PRE/2410/2004). En caso de observar incumplimientos de tales normas, la CSSTA informará a la SETSI para que ésta a su vez inste la retirada del número telefónico suministrado al prestador de STA que ha incumplido el Código (cfr. apdo. 7º Orden PRE/361/2002, en redacción dada por Orden 2410/2004).

- *Ayuntamientos*. Al menos de forma indirecta, la Administración Local y muy especialmente los Ayuntamientos también pueden influir e incluso determinar la prestación de servicios de telecomunicaciones. En cuanto titulares del dominio público viario y de potestades en materia de urbanismo y ordenación del territorio, a ellos corresponde otorgar las licencias correspondientes para la instalación de infraestructuras y despliegue de redes imprescindibles para la prestación de los servicios y en su caso, sancionar los incumplimientos²⁷⁴.

3. DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIA TERRITORIAL.

La Administración de Telecomunicaciones es única para todo el territorio nacional, por lo que su intervención no suscita dificultades de índole territorial, ejerciendo sus potestades sobre todos los operadores que exploten redes o

²⁷⁴ Como se ha visto en el Capítulo dedicado a la exposición y análisis de diversos casos prácticos, no es infrecuente que el operador obligado a prestar el servicio universal justifique la negativa o dilación de la conexión en la falta de otorgamiento de licencia municipal para la instalación de infraestructura.

presten servicios de comunicaciones electrónicas en España (arts. 6 y 7 LGTel).

En cuanto a la distribución territorial de competencias entre las diversas Administraciones de Consumo no se plantean problemas específicos asociados al sector de las telecomunicaciones y distintos a los que se suscitan en cualquier otro sector del consumo. En relación a la resolución de reclamaciones, los puntos de conexión territorial que justifican la intervención de la Administración de Consumo son muy diversos: lugar del domicilio del usuario, lugar de prestación del servicio, lugar de celebración del contrato, lugar del establecimiento del prestador del servicio...

No obstante, en algunas ocasiones –muy escasas- la Delegación Provincial ante la que se presenta cierta reclamación se declara incompetente para iniciar la mediación y en su caso, el procedimiento sancionador, dando traslado del expediente a otra Delegación o incluso al organismo equivalente de otra Comunidad Autónoma. Así, se recogen algunos casos en los que presentada la reclamación ante la Administración de Consumo de la Comunidad de Madrid, ésta traslada el expediente a la Delegación Provincial correspondiente al domicilio del usuario (reclamación referente a las condiciones contractuales de prestación de un servicio de telefonía móvil) o al lugar de prestación del servicio (línea ADSL asociada a número geográfico correspondiente a demarcación provincial de Castilla-La Mancha o TV digital a inmueble ubicado en Castilla-La Mancha). Entre Delegaciones Provinciales los casos de inhibición a favor de otra Delegación coinciden con reclamaciones sobre adquisición de terminales en establecimientos abiertos al público ubicados en otra provincia²⁷⁵.

²⁷⁵ En algún caso aislado, el motivo del traslado de expediente al lugar del domicilio social del operador es la falta de respuesta a los Servicios de Consumo del domicilio del usuario. No debe aceptarse esta forma de tramitar la reclamación, máxime en supuestos en los que el motivo de la misma es la adquisición de un terminal defectuoso, que el operador-vendedor se niega a sustituir. En tales casos, la Delegación ante la que se presenta la reclamación puede iniciar el procedimiento sancionador por falta de respuesta al requerimiento administrativo (art. 5.1. RD 1945/1983) y en su caso, por incumplimiento de la Ley 23/2003, de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo, utilizando como punto de conexión el lugar de comisión de la infracción o el lugar de manifestación de la lesión del derecho del consumidor, cualquiera que sea el domicilio o lugar del establecimiento o domicilio del responsable (art. 36 Ley 11/2005, del Estatuto del Consumidor de Castilla-La Mancha). Pero el traslado de expediente de

Mayores problemas se plantean al delimitar territorialmente las competencias sancionadoras de la Administración autonómica de Consumo. Por no ser éste un problema exclusivo del sector de las comunicaciones electrónicas, no será objeto de análisis específico, quedando remitido su estudio al ámbito propio del Derecho Administrativo Sancionador de Consumo²⁷⁶.

En el sector de las comunicaciones electrónicas, la intervención de los entes locales plantea escasos problemas de atribución competencial. Sus facultades de inspección y sanción sólo se ejercerán sobre los establecimientos abiertos al público ubicados en su territorio y en relación a cuestiones muy concretas, como las referentes a licencias de apertura, el cumplimiento de normativa vigente en materia de exposición y presentación de precios y publicidad o el cumplimiento de la normativa en materia de higiene, sanidad y seguridad... (arts. 41 LGDCU, 6 y 35 Ley CLM 11/2005).

4. DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIA FUNCIONAL.

4.1. Criterios de reparto competencial.

reclamación por razones de competencia territorial no puede ser utilizado como una segunda oportunidad dada al operador para llegar a una solución pactada del conflicto y evitar la intervención sancionadora de la Administración. Sin perjuicio de la eventual solución al caso concreto, esta práctica poco ayuda a la configuración de un sistema eficaz y sólido de resolución de reclamaciones y a que la intervención sancionadora de la Administración de Consumo surta su función disuasoria y ejemplarizante.

²⁷⁶ Hasta la entrada en vigor de la Ley 44/2006, los criterios para determinar la CCAA competente para sancionar y los mecanismos para ejercitar tal competencia se contenían con carácter orientativo en la *Decisión de la Conferencia Sectorial de Consumo sobre criterios de competencia territorial ante infracciones suprarregionales en materia de consumo* [sobre tales criterios v. BUSTO LAGO, J.M. (Coord.), *Reclamaciones de Consumo*. Aranzadi, 2005, págs. 148-151 y bibliografía allí citada]. La Ley 44/2006 eleva tales criterios a rango de ley dando una nueva redacción a los apdos. 3 y 4 del art. 32 LGDCU:
Artículo 32. Prejudicialidad penal.

[...]

3. Las Administraciones españolas que en cada caso resulten competentes sancionarán las infracciones de consumo cometidas en territorio español cualquiera que sea la nacionalidad, el domicilio o el lugar en que radiquen los establecimientos del responsable.

4. Las infracciones se entenderán cometidas en cualquiera de los lugares en que se desarrollen las acciones u omisiones constitutivas de las mismas y, además, salvo en el caso de infracciones relativas a los requisitos de los establecimientos e instalaciones o del personal, en todos aquellos en que se manifieste la lesión o riesgo para los intereses de los consumidores y usuarios protegidos por la norma sancionadora.

La atribución de competencias a la Administración General del Estado bajo el título competencial “telecomunicaciones” (art. 149.1.21ª CE) no impide el reconocimiento de competencias a las CCAA sobre la explotación y prestación de redes y servicios de comunicaciones electrónicas, fundadas en otros títulos competenciales [v.gr. urbanismo y ordenación del territorio (art. 148.1.3º CE), medio ambiente (art.148.1.9º CE) o protección de los consumidores²⁷⁷]. Como corresponde al objeto de este estudio, sólo se examinan las eventuales competencias de las CCAA sobre la explotación y prestación de redes y servicios de comunicaciones electrónicas comprendidas en el título competencial “defensa del consumidor”.

La tutela de los derechos y legítimos intereses de los consumidores y usuarios es un título que justifica la intervención y control de las Administraciones públicas sobre la explotación de redes y la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público. La invocación de este título suscita conflictos de competencia no sólo entre Estado y CCAA, sino también en el seno de la Administración estatal, entre la Administración de Telecomunicaciones y la Administración de Consumo²⁷⁸. Estos conflictos habrán de resolverse conforme a los criterios que a continuación se exponen.

4.1.1. Prevalencia de la competencia estatal exclusiva sobre “telecomunicaciones” (art. 149.1.21ª CE).

El legislador estatal puede regular los derechos de los usuarios de redes y servicios de comunicaciones electrónicas, en cuanto, éstos forman parte de las condiciones de prestación de un servicio de interés general (cfr. art. 8.1 LGTEL), que la Constitución reserva en exclusiva al Estado (art. 149.1.21ª CE y art. 1.1 LGTEL). Siguiendo las pautas marcadas por el Tribunal Constitucional, el fin de protección de los consumidores puede realizarse a través de múltiples formas y no todas ellas son de exclusiva titularidad estatal o

²⁷⁷ Como es sabido, aunque la Constitución no determina el régimen competencial aplicable en materia de consumo, todas las CCAA han asumido competencia normativa (plena o compartida) y ejecutiva en materia de defensa del consumidor y usuario.

²⁷⁸ Sobre la distribución de competencias entre administraciones pertenecientes al Estado central v. CARRASCO PERERA, A. Y MENDOZA LOSANA, A., “La protección de los consumidores...”, *op.cit.*, págs. 155-158.

autonómica. Como es conocido, “consumo” es una materia multidisciplinar. La protección de los consumidores y usuarios constituye un fin en sí mismo que puede ser alcanzado a través de diversos títulos competenciales atribuidos tanto al propio Estado [v.gr. regulación de condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los ciudadanos en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes (art. 149.1.1º CE), la legislación mercantil (art. 149.1.6º CE), legislación civil (art. 149.1.8º CE)] o asumidos por las CCAA [v.gr. mercados interiores, industria (salvo art. 149.1.11ª y 13ª CE), publicidad (excepto art. 149.1.1ª, 6ª y 8ª), comercio interior o fomento del desarrollo económico regional].

El conflicto entre el *fin normativo* (competencia autonómica) y la *reserva estatal* determina normalmente la *prevalencia de la competencia estatal* (cfr. SSTC 15/1989, 225/1993, 228/1993, 264/1993, 283/1993).

4.1.2. La “defensa de los consumidores” como competencia de las CCAA.

Aunque la “defensa de los consumidores” no es una materia específicamente comprendida en los arts. 148 y 149 CE y sin perjuicio de otros títulos competenciales exclusivos de las CCAA que también son instrumentos de protección de los usuarios [v.gr. mercados interiores, industria (salvo art. 149.1.11ª y 13ª CE), publicidad (excepto art. 149.1.1ª, 6ª y 8ª), comercio interior o fomento del desarrollo económico regional], la generalidad de las CCAA dispone, al menos, de competencias de desarrollo legislativo y ejecución en “materia de consumo”.

La prevalencia de la competencia estatal sobre telecomunicaciones (art. 149.1.21ª) no puede significar la negación de la competencia autonómica sobre consumo en relación a los servicios de comunicaciones electrónicas.

4.1.3. Necesaria interpretación restrictiva del título competencial “telecomunicaciones”.

La Constitución atribuye al Estado la competencia sobre telecomunicaciones en un contexto muy concreto, en el que se califica a estos servicios como servicios públicos de titularidad estatal prestados en régimen de monopolio. La calificación originaria de los servicios de telecomunicaciones como “servicios públicos” se sustituye posteriormente por la calificación como “servicios de interés general”. Tal calificación justifica la imposición de condiciones a la explotación de las redes y la prestación de los servicios, en particular, la imposición de obligaciones de servicio público, así como una especial protección de los usuarios y un peculiar régimen de intervención administrativa sobre las actividades prestadas en competencia. Esta imposición de condiciones a la explotación de las redes y a la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, bien mediante la introducción de condiciones en los correspondientes títulos habilitantes (régimen LGTel de 1998), bien mediante su imposición reglamentaria a todos los operadores (régimen LGTel 2003) pretende garantizar un sistema único de redes y servicios de telecomunicaciones, de calidad homogénea y disponible para todos los usuarios a precios asequibles.

A fin de evitar la fragmentación del sistema de redes y servicios de telecomunicaciones, la CE sustrae a la intervención de las CCAA la regulación de las condiciones de explotación de redes y la prestación de los servicios de telecomunicaciones.

En síntesis, las *materias incluidas* en el *título competencial telecomunicaciones, interpretado restrictivamente*, y que se configuran como núcleo indisponibles de competencias estatales, sobre las que las CCAA carecen de atribuciones son: las características técnicas del servicio; las obligaciones de servicio público, los precios, las condiciones de calidad y la defensa de la competencia en el mercado²⁷⁹.

²⁷⁹ V. CARRASCO PERERA, A. Y MENDOZA LOSANA, A., “La protección de los consumidores...”, págs. 153-155.

Sin embargo, la abundante regulación estatal en materia de telecomunicaciones revela que el objetivo ya no es sólo establecer las condiciones de explotación de las redes que garanticen la existencia de un servicio de telecomunicaciones único y de calidad para todo el territorio nacional, sino que se persigue también la protección de los consumidores y usuarios finales en cuanto parte débil de una relación contractual. Corresponde al MITC la competencia para desarrollar y aplicar el real decreto que aprueba las condiciones básicas de prestación de los servicios de telecomunicaciones a los consumidores y usuarios finales (DF 5ª RD 424/2005) y se encomienda a la Administración de telecomunicaciones la tutela de los intereses de los consumidores y usuarios finales conforme a la definición de la LGTEL, esto es, incluidos los usuarios empresariales (art. 3,e).

Correlativamente, puede afirmarse sin temor a equivocarse que se ha impuesto una interpretación expansiva del título competencial “telecomunicaciones”. Dicho de otro modo, existe un *abuso del título competencial estatal exclusivo sobre telecomunicaciones*, que conduce a negar o restringir, –creo que injustificadamente-, las competencias de las CCAA asumidas en sus Estatutos de Autonomía y basadas en la necesidad de protección de los consumidores finales, en cuanto colectivo en situación de inferioridad respecto a las empresas vendedoras de bienes y prestadoras de servicios.

Cabe citar ejemplos muy concretos que corroboran las afirmaciones precedentes. Así, la regulación del derecho a causar baja unilateralmente o por incumplimiento del operador, en cuyo caso no procede la aplicación de penalización alguna (art. 105.4 RSU); la regulación del derecho del usuario a resolver anticipadamente y sin penalización el contrato en caso de modificación por el operador de las condiciones contractuales (art. 107 RSU); la regulación del derecho a percibir una compensación por interrupción del servicio telefónico o de acceso a Internet en los términos reglamentariamente definidos y sin perjuicio de otras compensaciones por incumplimiento de parámetros de calidad (arts. 115, 120 RSU y 11 Orden ITC 912/2006). La invocación del título competencial “telecomunicaciones” para regular estos derechos de los

usuarios conlleva la negación de toda competencia autonómica de regulación, ejecución o sanción por la vulneración de tales derechos. Correlativamente, pone en manos de la Administración de Telecomunicaciones (MITC y CMT) la aplicación de normas sectoriales cuyo objetivo es la defensa del usuario en cuanto parte débil de una relación contractual²⁸⁰. No hay ninguna razón que justifique esta solución en el ámbito de las telecomunicaciones y no en otros sectores (ej. suministro de agua, gas, electricidad, contratos de transporte de viajeros...etc.).

No parece que este modelo sea acorde con el modelo de distribución de competencias previsto en la Constitución y en los Estatutos de Autonomía. Pero más allá de cualquier reivindicación puramente competencial, se impone un argumento de eficacia práctica, que obliga a responder a la siguiente cuestión: ¿la reserva estatal de competencias sobre “telecomunicaciones” sirve realmente para proteger a los usuarios en cuanto parte débil frente a la empresa prestadora del servicio?. Honestamente, creo que no y así trataré de demostrarlo en los apartados siguientes.

La protección de los derechos de los usuarios se puede lograr invocando otros títulos competenciales menos invasivos de las competencias autonómicas y más tuitivos de los derechos de los usuarios, atribuidos tanto al propio Estado [v.gr. regulación de condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los ciudadanos en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes (art. 149.1.1º CE), la legislación mercantil (art. 149.1.6º CE), legislación civil (art. 149.1.8º CE)] como a las CCAA [v.gr. mercados interiores, industria (salvo

²⁸⁰ La Administración de telecomunicaciones sólo aplica la normativa sectorial y no la normativa general de defensa de los consumidores y usuarios (cfr. art. 3.2 Orden ITC/1030/2007). Ha existido cierta confusión sobre esta distribución de atribuciones que ha generado polémicas e insatisfacción de los usuarios. Así, la intervención de la CMT ha sido muy denostada por las Asociaciones de Consumidores y Usuarios. Pero en todas sus intervenciones “sensibles” a la tutela de los derechos de los usuarios, la CMT se ha pronunciado sin perjuicio de la aplicación de la normativa de protección de consumidores y usuarios (LGDCU y LCGC). Por ejemplo, en materia de redondeos, la CMT se limitó a decir que según el Derecho de las Telecomunicaciones, los operadores de telefonía móvil son libres para fijar los precios y no hay restricciones al método de facturación. Todo ello, sin perjuicio de la normativa sobre cláusulas abusivas en las relaciones con consumidores.

art. 149.1.11ª y 13ª CE), publicidad (excepto art. 149.1.1ª, 6ª y 8ª), comercio interior o fomento del desarrollo económico regional].

4.1.4. Necesaria ponderación de los títulos competenciales concurrentes.

Conforme a los parámetros anteriores (prevalencia de la competencia estatal exclusiva sobre telecomunicaciones y reconocimiento de competencias autonómicas sobre protección de defensa de los consumidores y usuarios), se ha de construir un sistema de distribución competencial en el que tengan cabida tanto la Administración sectorial de telecomunicaciones como la Administración autonómica de consumo a imagen del sistema construido por la jurisprudencia en relación a la distribución de competencias entre Estado y Ayuntamientos sobre la instalación de infraestructuras de telefonía móvil [SSTS 4-7-2006 (RJ 2006, 5988); 23-5-2006 (RJ 2006, 3685); 15-12-2003 (RJ 2004,326); 26-10-2005 (RJ 2005,8038); 24-10-2005 (RJ 2005,8284); 4-5- 2005 (RJ 2005,4694); 24-1-2000 (RJ 2000,331) y Sts. de numerosos TSJ, entre las que se incluyen las Sts. TSJ Castilla-La Mancha 15-2-2006 (JUR 2006,95347); 28-2-2006 (RJCA 2006,328); TSJ Valencia 22-7-2005 (JUR 2006,4545), 30-9-2003; 12-5-2004 (JUR 2004,309587); 16-2-2005 (RJCA 2005,229); 16-5-2005; 4-5-2005 (RJCA 2005,465); 22-6-2005 (RJCA 2005, 521)]. Estas sentencias, cuya argumentación es extrapolable al conflicto Estado-CCAA, admiten la intervención de los entes locales en defensa del interés general del municipio fundada en títulos como urbanismo y justifican un cierto control sobre la instalación de infraestructuras para la defensa de “sus intereses”, defendiendo la necesidad de considerar los diversos títulos competenciales concurrentes y resolver la cuestión conforme al principio de proporcionalidad de los intereses en juego, de modo que ha de prevalecer un título competencial u otro en función de la existencia de intereses públicos específicos dignos de protección²⁸¹.

²⁸¹

Todas las sentencias citadas llegan a las siguientes conclusiones:

“1º) La competencia estatal en relación con las telecomunicaciones no excluye la del correspondiente municipio para atender a los intereses derivados de su competencia en materia urbanística, con arreglo a la legislación aplicable, incluyendo los aspectos de estética y seguridad de las edificaciones y medioambientales.

Por consiguiente, los Ayuntamientos pueden, en el planeamiento urbanístico, establecer condiciones para la instalación de antenas y redes de telecomunicaciones, y contemplar

Desde esta perspectiva, no puede compartirse la argumentación de algún órgano judicial que ha negado toda competencia de la Administración autonómica de consumo para resolver reclamaciones o sancionar a los operadores de telecomunicaciones por la vulneración de los derechos de los consumidores y usuarios. Se funda tal conclusión en la consideración de tales derechos como “obligaciones de carácter público”, reguladas en el Cap. III del Título III de la LGTel al amparo de la reserva estatal exclusiva sobre telecomunicaciones (art. 149.1.21ª CE), exigibles a todos los operadores en los términos previstos por la legislación sectorial (art. 20.2 LGTel) y cuyo control y sanción corresponde en exclusiva al Ministerio de Industria, Turismo y Comercio a través de la SETSI [arts. 20.4, 53,s), 54,q) y 55,e) LGTel], de modo que queda proscrita toda competencia autonómica ejercida al amparo del art. 148 CE y los Estatutos de Autonomía (St. 20-4-2006 del Juzgado Cont.-Administrativo de Guadalajara²⁸²).

exigencias y requisitos para realizar las correspondientes instalaciones en ordenanzas o reglamentos relativas a obras e instalaciones en la vía pública o de «calas y canalizaciones» o instalaciones en edificios [art. 4.1 a)LRBRL y 5 RSCL], tendentes a preservar los intereses municipales en materia de seguridad en lugares públicos [artículo 25.2 a)], ordenación del tráfico de vehículos y personas en las vías urbanas [artículo 25.2 b)], protección civil, prevención y extinción de incendios [artículo 25.2 c)], ordenación, gestión, ejecución y disciplina urbanística [artículo 25.2 d)], protección del medio ambiente [artículo 25.2 f)], patrimonio histórico-artístico [artículo 25.2 e)] y protección de la salubridad pública [artículo 25.2 f)].

2º) El ejercicio de dicha competencia municipal en orden al establecimiento de exigencias esenciales derivadas de los intereses cuya gestión encomienda el ordenamiento a los Ayuntamientos no puede entrar en contradicción con el ordenamiento ni traducirse, por ende, en restricciones absolutas al derecho de los operadores a establecer sus instalaciones, ni en limitaciones que resulten manifiestamente desproporcionadas.

Por ello puede resultar útil, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional y la jurisprudencia de esta Sala, el examen de los preceptos cuestionados desde las perspectivas de los parámetros que sirven para determinar la existencia de proporcionalidad; esto es, la idoneidad, utilidad y correspondencia intrínseca de la entidad de la limitación resultante para el derecho y del interés público que se intenta preservar.

Pero, claro está, sin negar in radice la competencia municipal para establecer mediante ordenanza una regulación que contemple los intereses indicados”.

²⁸² La sentencia citada declara la nulidad de la Resolución dictada por el Director General de Consumo de la Consejería de Sanidad de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha de 10-11-2005 por la que se desestima el Recurso de Alzada interpuesto por Telefónica de España, S.A.U. contra la Resolución de la Delegada Provincial de Guadalajara de la Consejería de Sanidad por la que se sancionaba a Telefónica por la comisión de dos infracciones de consumo con sendas multas de 900 € cada una. Los hechos sancionados y calificados como infracciones leves tipificadas por el art. 34 LGDCU eran el incumplimiento del procedimiento de interrupción del servicio telefónico fijo por falta de pago (interrupción en día festivo y rehabilitación transcurridos dos días desde la acreditación del pago) y el incumplimiento de deberes de facturación (facturación de 225 € por servicios que el usuario manifiesta no haber utilizado por tener contratada tarifa plana, teniendo conocimiento del cargo a través de la anotación bancaria del adeudo, ya que el operador no envía factura).

Tal interpretación literal de la normativa sectorial es excesivamente rigorista e incluso contraria a la propia legislación sectorial que en reiteradas ocasiones invoca su aplicación sin perjuicio de la legislación de consumo (arts. 38.8 LGTel, 102.2, 103, 105.1 y 106.1 RD 424/2005). La sentencia citada ni siquiera hace alusión a esta aplicación complementaria de la legislación general y autonómica de consumo. Su argumentación se centra en la atribución a la Administración General del Estado de competencias sobre la resolución de controversias, control y sanción del cumplimiento de “obligaciones de carácter público” entre las que se encuentran los derechos de los usuarios recogidos en la Orden PRE/361/2002.

Hay varios datos que obligan a rechazar esta interpretación literal. No todos los derechos regulados por la Orden PRE/361/2002 quedan adscritos a la competencia de la Administración de Telecomunicaciones y en concreto de la SETSI que salvo cuestiones de facturación, no resuelve reclamaciones sobre servicios de tarificación adicional, por no ser servicios de telecomunicaciones pese a su regulación en la Orden PRE/361/2002²⁸³. Por otra parte, ni la propia Telefónica comparte esta interpretación literal y restrictiva del concepto de “obligaciones de carácter público”, pues en su Oferta Pública de Adhesión al Sistema Arbitral de Consumo de 21 de enero de 2003 excluye del arbitraje “las solicitudes de conexión a la red telefónica pública fija y de acceso a los servicios disponibles y al resto de obligaciones de servicio público, por ser materia reservada legalmente al MCYT (MITC), y no ser, en consecuencia, materia de libre disposición de las partes” (cláusula 2ª). La propia empresa aclara que dichas obligaciones son las que figuran recogidas en el Capítulo I [y no en el Capítulo III como declara la sentencia], Título III de la LGTel 11/1998 y han sido desarrolladas por el RSU, aprobado por RD 1736/1998, de 31 de julio y por la Orden de 21 diciembre 2001”²⁸⁴. El citado Cap. I del Título III de la

²⁸³ La SETSI resuelve reclamaciones sobre la inclusión en la factura del servicio telefónico de STA o sobre el derecho desconexión de tales servicios pero se limita a remitir a la CSSTA otras reclamaciones relativas al incumplimiento del Código de Conducta al que, según la Orden, han de adherirse los prestadores de STA (ej. falta de información, tiempo conexión, fraudes...).

²⁸⁴ La nota a pie de página incluida en la Oferta Pública de Adhesión al Sistema Arbitral de Consumo y en la que se aclara el alcance de la exclusión se redacta en los siguientes términos: “El artículo 66 de la Ley 14/2000, de 29 de Diciembre de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social modificó el apartado 2 del artículo 35 de la Ley 11/1998, de 24

LGTel de 1998 abarcaba los arts. 35 a 42 y se refería exclusivamente a “obligaciones de servicio público”, entre las que se incluyen el servicio universal (secc 2ª); servicios obligatorios (secc. 3ª) y otras obligaciones de servicio público (secc. 4ª), fuera de este Capítulo I, en el Capítulo III del citado Título III se regulaban “el secreto de las comunicaciones y protección de los datos personales y derechos y *obligaciones de carácter público* vinculados con las redes y servicios de telecomunicaciones”, entre los que se incluía el art. 54, dedicado a los “derechos de los usuarios”. El esquema de la LGTel de 1998 es idéntico al de la actual Ley 32/2003. Su artículo 38, referente a los derechos de los usuarios, desarrollado por el RD 424/2005 y Orden PRE/361/2002 mod. por Orden PRE/2410/2004, se incluye en el Cap. III del Título III, dedicado al “secreto de las comunicaciones y protección de los datos personales y derechos y obligaciones de carácter público vinculados con las redes y servicios de comunicaciones electrónicas”.

“Telecomunicaciones” y “consumo” son títulos concurrentes. Sin perjuicio de otros fines, ambos sirven a un objetivo común: la protección de los derechos de los consumidores y usuarios finales [cfr. art. 3,e) LGTel]. El problema de la atribución competencial no puede convertirse en un obstáculo en perjuicio de ese objetivo. La actuación de ambas Administraciones ha de ser complementaria y no excluyente. Por ello, en atención al caso concreto se ha de determinar de una forma ponderada si la cuestión a resolver afecta al mercado en su conjunto (v.gr. a la situación de la competencia en el mercado, al grado de penetración del servicio, al estado de la tecnología, a la posición de los competidores y de cualquier usuario, etc), en cuyo caso habrá de intervenir la Administración de telecomunicaciones o por el contrario, si la cuestión afecta principalmente al colectivo de los consumidores y usuarios finales (v.gr. cláusulas abusivas, información confusa o engañosa, etc.), la competencia corresponderá a la Administración de consumo.

de Abril, General de Telecomunicaciones, atribuyendo al Ministerio de Ciencia y Tecnología la competencia para “el control y el ejercicio de las facultades de la Administración relativas a las obligaciones de servicio público que se imponen en este artículo”. Dichas obligaciones de servicio público figuran recogidas en el Capítulo I, Título III de la Ley General de Telecomunicaciones, y han sido desarrolladas por el Reglamento de Servicio Universal, aprobado por RD 1736/1998, de 31 de julio y por la Orden de 21 de diciembre de 2001”.

4.2. Atribución de competencias sobre resolución de reclamaciones. Razones que justifican la mediación de los Servicios de Consumo.

La legislación sectorial prevé mecanismos específicos de resolución de conflictos entre operadores y usuarios finales. Estos son el arbitraje de consumo y en su defecto, un pseudo arbitraje ante la SETSI (arts. 38.1 LGTel y 104 RSU). En este contexto, se plantea si cabe también como procedimiento alternativo de resolución de conflictos la mediación de la Administración de Consumo. En otros términos, se trata de determinar si la regulación sectorial establece mecanismos específicos de resolución de conflictos con carácter exclusivo y excluyente de otros previstos en la normativa general de consumo.

Es un hecho constatado que las diversas Delegaciones Provinciales de la Dirección General de Consumo de Castilla-La Mancha resuelven reclamaciones de consumo referentes a los servicios de comunicaciones electrónicas, dirigidas contra los operadores y a través de los cauces previstos en la normativa autonómica (ej. hoja de reclamaciones, solicitudes de mediación presentadas en las Delegaciones o a través de lasOMIC...). La cuestión que se pretende responder es si esta intervención de los Servicios de Consumo está jurídicamente justificada o si por el contrario, constituye un exceso competencial, de modo que la Administración de Consumo no debería mediar en estos conflictos, limitándose a remitir la reclamación a los procedimientos previstos en la legislación sectorial, es decir, arbitraje de consumo o en su defecto (ej. operador no adherido, usuario profesional...), el procedimiento de resolución de reclamaciones por la SETSI.

Son varios los argumentos que llevan a afirmar la competencia de la Administración de Consumo para resolver reclamaciones sobre telecomunicaciones en los términos previstos en la normativa autonómica de consumo:

- i) *Carácter no exclusivo ni excluyente de la regulación sectorial.* Naturalmente, ni la legislación de telecomunicaciones ni ninguna otra norma general o sectorial puede privar a los ciudadanos de derechos

constitucionalmente reconocidos, como el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE). En otros términos, aunque la regulación sectorial sólo prevé expresamente dos procedimientos de resolución de conflictos, -el arbitraje de consumo y el procedimiento administrativo ante la SETSI-, es obvio que los usuarios disponen en todo caso de una tercera vía que es la demanda ante la jurisdicción civil o penal, según los casos²⁸⁵.

Además, del tenor literal de la normas sectoriales se extrae la conclusión de que los procedimientos en ellas establecidos no son exclusivos ni excluyentes de otros procedimientos. Así, entre los contenidos del contrato de abono regulados por el art. 105 RSU han de figurar los “procedimientos de resolución de litigios de entre los previstos en el artículo 104, con inclusión, en su caso, de los que haya creado el propio operador” [art. 105.2.i) RSU]. *Mutatis mutandi*, si el operador puede crear contractualmente procedimientos alternativos de resolución de conflictos, también los usuarios podrán optar por los procedimientos articulados por la normativa general de consumo.

- ii) *Carácter potestativo de los procedimientos previstos en la legislación sectorial.* Tanto el art. 38.1 LGTel como sus normas de desarrollo (art. 104.3 RSU y 3 Orden 1030/2007) atribuyen al usuario la libertad de optar por los procedimientos sectoriales. En ambos preceptos, el arbitraje de consumo o el pseudo arbitraje ante la SETSI se configuran con carácter opcional, de modo que “los consumidores que sean personas físicas y otros usuarios finales *podrán* someter las controversias que les enfrenten” al arbitraje o al procedimiento ante la SETSI.

Como se ha reiterado, la normativa sectorial ha de aplicarse sin perjuicio de la legislación estatal y autonómica de consumidores y usuarios (art. 38.8 LGTel, 102.2, 103, 105.1 y 106.1 RD 424/2005). Y la normativa

²⁸⁵ Ha de interpretarse que por su obiedad, la normativa sectorial guarda silencio sobre esta vía de resolución de conflictos.

estatal no puede alterar el reparto competencial realizado por la CE y los respectivos Estatutos de autonomía, negando a las CCAA sus atribuciones competenciales sobre la defensa de los consumidores y usuarios.

- iii) *Límites del sistema arbitral de consumo.* A pesar de sus muchas virtudes, el sistema arbitral de consumo tiene una carencia importante por todos conocida. Y es su carácter voluntario. La controversia sólo se resolverá por esta vía, si el operador se adhiere al sistema arbitral. En telecomunicaciones, son pocos los operadores adheridos al sistema arbitral de consumo²⁸⁶. Esto obliga a los usuarios a acudir a la SETSI como único procedimiento alternativo a la resolución de conflictos de consumo.

- iv) *Límites y carencias del procedimiento ante la SETSI.* La regulación sectorial exige dos cualidades al procedimiento de resolución de conflictos ante la SETSI: la rapidez y la gratuidad (art. 38.1.I LGTel). No se discute el carácter gratuito del procedimiento, pues independientemente de que el usuario se ve obligado a presentar la reclamación ante un órgano administrativo con sede en Madrid, cabe utilizar cualquiera de los procedimientos previstos en la legislación de procedimiento administrativo (ej. presentación en cualquier registro público) e incluso la vía telemática. Al margen de los eventuales costes de prueba, el coste económico de la presentación y tramitación de la reclamación es mínimo para el usuario reclamante.

²⁸⁶ A fecha de 15 de mayo de 2007, de los operadores más significativos, están adheridas *Telefónica Móviles* y *Vodafone*; *Telefónica de España, S.A.U* con limitaciones (excluidas reclamaciones sobre conexión a red telefónica pública fija y acceso a servicios disponibles; forma de prestación de servicios de tarificación adicional, indemnizaciones de daños y perjuicios, reclamaciones sobre facturas con antigüedad superior a seis meses y reclamaciones por equipos, terminales y servicios que no hayan sido adquiridos directamente o contratados con "Telefónica de España" o su canal de distribución); *Orange*, adherida sólo para telefonía móvil y no para fija e internet (ya antes de la absorción, en diciembre de 2005, *Wanadoo* se había desvinculado del sistema arbitral); *Xfera* adherida para servicios de telefonía móvil y no para reclamaciones sobre equipos y terminales y siempre que la cuantía de la reclamación no exceda de 600 €; *Ono*, adherida hasta el 14 de septiembre, fecha en la que cumplen los seis meses de preaviso desde que solicitó la baja en el sistema arbitral.

Más discutible es la rapidez del procedimiento. El plazo para resolver y notificar se regula reglamentariamente. Son seis meses computados desde la fecha en que la solicitud haya tenido entrada en el Registro de la SETSI (art. 104.4 RSU y 9.3º Orden 1030/2007) y se impone la tramitación exclusivamente telemática, a fin de reducir plazos (art. 5.1.II Orden ITC/1030/2007). No obstante, la posibilidad de interponer recurso ante la jurisdicción contencioso-administrativo con la correlativa posibilidad de suspender la ejecución de la resolución puede provocar la dilación de la efectividad de dicha resolución.

Pero más que estas cuestiones procedimentales, resultan decisivas las carencias de tipo sustantivo o material. Y es que la intervención de la SETSI “únicamente podrá versar” sobre los *derechos* de los consumidores que sean personas físicas y otros usuarios finales *regulados específicamente en la legislación sectorial* (Título IV RSU y su normativa de desarrollo) (arts. 104.4 RSU). En particular, la SETSI “es competente para resolver las reclamaciones que tengan por causa la controversia sobre las siguientes materias: a) disconformidad con la factura recibida, tanto en la cuantía como en los conceptos incluidos; b) negativa o demora en la instalación de línea telefónica fija; c) negativa o demora en tramitar la baja en el servicio por el operador; d) negativa o demora en la portabilidad de número o en la selección de operador; e) contratación no solicitada por el usuario; f) averías e interrupciones del servicio; g) incumplimiento de ofertas por el operador; h) incumplimiento del derecho de desconexión; i) depósitos de garantía del servicio telefónico fijo; j) falta de comunicación de las modificaciones contractuales; k) *demás conflictos* que puedan surgir en materia de los *derechos* de los usuarios finales *regulados en el Reglamento aprobado por RD 424/2005*, de 15 de abril y su normativa de desarrollo (art. 3.1. Orden ITC/1030/2007).

No se extienden las atribuciones de la SETSI a otros conflictos de consumo surgidos en el ámbito de la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas y que tienen su origen en derechos no

expresamente regulados por la legislación general de telecomunicaciones. Por ejemplo, no caen en el ámbito competencial de la SETSI las reclamaciones referentes a publicidad engañosa, contratos con prima o regalo o cláusulas abusivas (ej. redondeos, penalizaciones excesivas para el caso de baja anticipada o imposición de formalidades para causar baja distintas a las exigidas para contratar). De esta exclusión deja constancia la propia norma reguladora del procedimiento ante la SETSI, estableciendo que “no podrán ser objeto del procedimiento ... las *controversias* que se encuentren *reguladas por normativa distinta de la de protección específica* de los usuarios finales de servicios de comunicaciones electrónicas”, tales como (arts. 3.2 y 3.3): la procedencia de indemnización por posibles daños y perjuicios causados por la prestación deficiente del servicio o por su falta de prestación²⁸⁷; la posible existencia de cláusulas abusivas según la Ley 26/1984, General de Defensa de los Consumidores y Usuarios; las posibles infracciones de la Ley 34/1988, General de Publicidad; las materias relacionadas con la protección de datos personales; o las materias relacionadas con aparatos terminales de telecomunicaciones o con instalaciones situadas tras el punto de terminación de red²⁸⁸. Ante la negativa de los operadores a adherirse al sistema arbitral de consumo y la falta de competencia de la SETSI, la intervención mediadora de la Administración de Consumo se configura como única alternativa a la vía judicial para la resolución de estos conflictos de consumo.

²⁸⁷ Ha de entenderse que la norma se refiere a la compensación por daños distintos a los constituidos por la propia interrupción o deficiencias del servicio (v.gr. gastos adicionales derivados de la necesidad de emplear medios de comunicación alternativos, eventuales lucros cesantes en el caso de profesionales...), ya que la normativa sectorial regula el derecho de los usuarios a compensaciones derivadas de la interrupción o deficiencias de calidad del servicio (cfr. arts. 115, 120 RSU y 11 Orden ITC/912/2006).

²⁸⁸ Ciertamente, los aparatos terminales o instalaciones situadas tras el punto de terminación de red no forman parte de la prestación de servicio de telecomunicaciones (art. 3.3 Orden ITC/1030/2007), sin embargo sí son causas de otras reclamaciones referentes a la prestación de estos servicios (ej. baja anticipada motivada por defectos del terminal o facturación indebida motivada por una incorrecta programación del equipo). En tales casos se plantean problemas de fraccionamiento de competencias sobre un mismo conflicto, ¿tendrá el usuario que reclamar ante la SETSI por los problemas de facturación o referentes a la baja anticipada y ante la Administración de Consumo por los defectos del terminal?. A todas luces, el desdoblamiento de competencias resulta ineficiente.

- v) *Necesaria cooperación entre diversas Administraciones públicas.* Suscita alguna duda la enigmática exclusión del ámbito competencial de la SETSI de “las reclamaciones dirigidas a otras Administraciones públicas con competencia en la protección de los consumidores y usuarios” (art. 3.2 Orden ITC/1030/2007). Parece que desde el MITC se ha querido poner fin a una práctica habitual en la Administración de Consumo, consistente en la remisión a la SETSI de las reclamaciones referentes a servicios de telecomunicaciones en casos en los que la Administración de Consumo se consideraba incompetente (ej. problemas referentes a portabilidad o cambios no consentidos de operador) o en casos en los que había fracasado la mediación administrativa. En tales supuestos, la respuesta de la SETSI ha sido la devolución del expediente por entender que faltaba un requisito fundamental exigido por la legislación sectorial, la “solicitud del usuario”, considerando que “resulta jurídicamente imposible que la interposición de una reclamación ante un organismo de consumo de una Comunidad Autónoma, pueda ser interpretada como un escrito de iniciación del procedimiento administrativo de reclamaciones de la Ley General de Telecomunicaciones” y que “la Comunidad Autónoma no puede sustituir la voluntad del administrado derivando su reclamación a una vía que, al no ser la única posible, no resulta evidente que sea querida por el interesado”²⁸⁹. Esta respuesta encierra una interpretación excesivamente formalista de la LGTel que no se compadece bien con la interpretación flexible que ha de regir la tramitación del procedimiento de reclamaciones ante la SETSI, máxime si se tiene en cuenta que hasta el 21 de abril de 2007 no ha existido una norma específica reguladora de tal procedimiento, la Orden ITC/1030/2007. No es preciso que conste claramente la solicitud del usuario para entender que éste acepta el inicio de un procedimiento “gratuito” y “rápido” para resolver una controversia no resoluble por otros medios (ej. falta de adhesión al arbitraje de consumo, fracaso de la mediación administrativa...) y cuya

²⁸⁹ El texto entre comillas recoge la respuesta literal dada por la SETSI en el escrito de devolución a los Servicios de Consumo de las reclamaciones a ella remitidas.

solución ha sido demandada a la Administración de Consumo por razones de proximidad y por gozar de mayor difusión entre los usuarios como organismo de resolución de quejas y reclamaciones de consumo.

Ciertamente, la Ley 30/1992, de Procedimiento Administrativo sólo impone al órgano que se estime incompetente para conocer de un asunto el deber de remitir el expediente al órgano competente si pertenece a la misma Administración pública (art. 20.1 Ley 30/1992). Pero no es menos cierto que la misma Ley permite a cualquier órgano administrativo registrar las solicitudes de los ciudadanos y remitir tal solicitud al órgano competente (art. 38.4 Ley 30/1992²⁹⁰) y que el principio de lealtad institucional y necesaria cooperación entre Administraciones públicas (arts. 4 Ley 30/1992, 4.5 y 4.6 Ley 11/2005 del Estatuto del Consumidor de Castell-La Mancha) conduce a admitir esta remisión incluso entre órganos de distintas Administraciones.

Aun aceptando que existen trabas legales que impiden a la Administración de Consumo remitir las reclamaciones a la SETSI, tales impedimentos son fácilmente vencibles. Bastará con añadir al formulario de reclamación utilizado por los Servicios de Consumo una alternativa más a las ya existentes (mediación o arbitraje), de modo que se solicite al usuario su autorización expresa para tramitar ante la SETSI la reclamación en caso de falta de adhesión del operador al sistema arbitral de consumo, fracaso de la mediación o incompetencia de la

²⁹⁰ *Artículo 38.4 Ley 30/1992.* Las solicitudes, escritos y comunicaciones que los ciudadanos dirijan a los órganos de las Administraciones públicas podrán presentarse:

- a) En los registros de los órganos administrativos a que se dirijan.
- b) En los registros de cualquier órgano administrativo, que pertenezca a la Administración General del Estado, a la de cualquier Administración de las Comunidades Autónomas, o a la de alguna de las entidades que integran la Administración Local si, en este último caso, se hubiese suscrito el oportuno convenio.
- c) En las oficinas de Correos, en la forma que reglamentariamente se establezca.
- d) En las representaciones diplomáticas u oficinas consulares de España en el extranjero.
- e) En cualquier otro que establezcan las disposiciones vigentes.

Mediante convenios de colaboración suscritos entre las Administraciones públicas se establecerán sistemas de intercomunicación y coordinación de registros que garanticen su compatibilidad informática, así como la transmisión telemática de los asientos registrales y de las solicitudes, escritos, comunicaciones y documentos que se presenten en cualquiera de los registros.

Administración de Consumo (ej. reclamaciones referentes al servicio universal).

Como recomendación, se ha de hacer hincapié en la necesidad de reducir al mínimo los plazos en caso de que se intente la mediación administrativa. La Administración de Consumo ha de ser especialmente cauta en el acortamiento de los plazos a fin de evitar el transcurso del plazo máximo de tres meses de los que dispone el usuario para iniciar el procedimiento ante la SETSI. Aunque desde una perspectiva teórica, existen argumentos suficientes para defender la suspensión de este plazo mientras se tramita la mediación administrativa [art. 42.5,e) Ley 30/1992²⁹¹], para evitar que en la práctica, la SETSI invoque la caducidad del derecho a reclamar, es preferible iniciar el procedimiento antes del transcurso del plazo máximo de tres meses siguientes a la respuesta del operador o a la finalización del plazo para responder o desde la notificación de la no aceptación del arbitraje de consumo (arts. 104.4 RSU y 4.3 Orden ITC/1030/2007)²⁹².

²⁹¹ Art. 42.5,e) Ley 30/1992. “El transcurso del plazo máximo legal para resolver un procedimiento y notificar la resolución se podrá suspender en los siguientes casos:

e) Cuando se inicien negociaciones con vistas a la conclusión de un pacto o convenio en los términos previstos en el artículo 88 de esta Ley, desde la declaración formal al respecto y hasta la conclusión sin efecto, en su caso, de las referidas negociaciones que se constatará mediante declaración formulada por la Administración o los interesados”.

Aunque el art. 88 Ley 30/1992 se refiere a convenios o acuerdos entre la Administración y otras personas de Derecho público o privado, entiendo que no hay obstáculo en admitir que si esta vía de resolución se prevé para “procedimientos verticales”, esto es, que relacionan a la Administración con los administrados, la misma solución habrá de aplicarse a procedimientos horizontales, en los que la relación se establece entre administrados, siendo la Administración (SETSI) un intermediario que impone la solución final a los administrados.

²⁹² El profesor CARRASCO PERERA rechaza que se pueda plantear este problema porque entiende que el Estado carece de competencia para establecer estos procedimientos con carácter exclusivo y excluyente. “Por mucho que el precepto comentado detalle las minucias de este procedimiento arbitral sui generis, las CCAA pueden proceder ordinariamente en el ejercicio de sus competencias administrativas de consumo, especialmente las sancionadoras, sin atender a la avocación competencial que se hace en estas normas ni someterse a los plazos de reclamación y resolución que allí se establecen”; “El procedimiento de resolución de conflictos diseñado ante la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones por el art. 38.I LGTel y 104 RSU/2005 no excluye, ni compromete ni condiciona en modo alguno el ejercicio de sus competencias administrativas por las CCAA” (“Sociedad de la información, telecomunicaciones y protección del consumidor como títulos competenciales” en CARRASCO PERERA, A. (Coord.), *Estudios sobre telecomunicaciones y Derecho de Consumo*, págs. 29-84, concr. pág. 83).

- vi) *Proximidad y eficacia de la Administración de Consumo.* Por último y más allá, de argumentaciones estrictamente jurídicas, cabe invocar un argumento finalista o de eficacia. Es un hecho constatado que la intervención mediadora de la Administración de Consumo logra frecuentemente resultados positivos. Las motivaciones del operador para aceptar la solución amistosa pueden ser muy variadas: como “detalle comercial” o “garantía del servicio”, eficacia disuasoria o coactiva de la intervención administrativa y ánimo del reclamado de evitar eventuales procedimientos sancionadores; la comprobación, realizada a instancia de la Administración y no antes, ante la previa reclamación del usuario, del carácter justificado de la reclamación o de la existencia de un error informático, administrativo o de gestión... En definitiva, por razones de diversa índole, en un gran número de casos, la pretensión del usuario se satisface de forma amistosa y mediante un procedimiento breve, -la media es de cuatro meses como máximo-, gratuito y muy cercano al usuario (se tramita desde la OMIC de su Ayuntamiento o Delegación de Consumo de su ciudad, por funcionarios que informan y tratan personalmente al usuario e incluso le llaman por teléfono para ver si ha recibido alguna respuesta o solución del operador...).
- vii) *Riesgo de saturación de la Administración estatal.* A los argumentos expuestos, habría que añadir el riesgo de saturación de la SETSI, que se incrementaría en caso de rechazar la potestad de la Administración de Consumo para resolver reclamaciones sobre los servicios de comunicaciones electrónicas.

A pesar de las manifestaciones públicas de algunos funcionarios de la SETSI en foros especializados, según los datos publicados por la Secretaría, no existe tal saturación, pues en 2005, se presentaron 12255 reclamaciones, de las cuales se resolvieron 12019; en 2006, el número de reclamaciones presentadas fue 15210 y el de reclamaciones

resueltas de 15394²⁹³). Con todo, estos datos responden a una situación en la que la Administración autonómica de consumo resuelve un gran número de reclamaciones. Si se rechaza esta competencia autonómica, aumenta el riesgo de saturación del órgano estatal.

Por todo ello y al margen de los límites a su potestad sancionadora, parece un despropósito negar la competencia de la Administración de Consumo para resolver reclamaciones contra los operadores derivadas de la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas. La invocación de un título sectorial (ej. telecomunicaciones) no puede justificar la exclusión automática de cualquier intervención de la Administración de consumo o su reducción a la mínima expresión (mera información) sobre dicho sector. Excluir cualquier intervención mediadora o sancionadora de la Administración de consumo sobre sectores atribuidos en exclusiva al Estado supone, a mi juicio, no sólo una simplificación improcedente de la cuestión, sino también la dejación injustificada de las funciones que el Estatuto de Autonomía atribuye a la Administración Autonómica [ej. arts. 4.2,h), l) Ley 11/2005 del Estatuto del Consumidor de Castilla-La Mancha], la renuncia al grado de autonomía logrado tras casi 30 años de Constitución y en términos más prácticos, la desprotección de los consumidores y usuarios. En particular, en un sector como el de las telecomunicaciones, que ocupa el primer lugar en el puesto de quejas y reclamaciones²⁹⁴.

En *conclusión*, independientemente de la existencia de otros procedimientos de resolución de conflictos previstos en la legislación sectorial, *la Administración autonómica de Consumo es competente para resolver reclamaciones de consumo contra los operadores de telecomunicaciones conforme a los cauces*

²⁹³ [Http://www.usuarioteleco.es/NR/rdonlyres/1CEE43DC-48FC-487A-9594-77DF3C8FF08E/18495/DatosOAUT2006.pdf](http://www.usuarioteleco.es/NR/rdonlyres/1CEE43DC-48FC-487A-9594-77DF3C8FF08E/18495/DatosOAUT2006.pdf).

²⁹⁴ En Castilla-La Mancha, en 2005 se recogieron 11.875 demandas, de las cuales 4700 fueron reclamaciones y denuncias, según datos publicados en la Memoria de la Dirección General de Consumo de la JCCM (<http://www.jccm.es/sanidad/consumo/anuarios/mem2003/memo06.pdf>); en 2006, los arbitrajes de consumo en materia de comunicaciones electrónicas constituyen en su conjunto más de la mitad de los expedientes arbitrales (suponen 465 de los 884 totales).

previstos en la legislación autonómica [ej. mediación ex arts. 12.1, d) y 14 Ley 11/2005 del Estatuto del Consumidor de Castilla-La Mancha]²⁹⁵.

4.3. Atribución de competencias sancionadoras.

4.3.1. Origen del problema competencial.

Se ha cuestionado la competencia de la Administración autonómica de Consumo para sancionar las infracciones de los derechos de los consumidores y usuarios cometidas con ocasión de la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas. El origen del problema se sitúa en el detallado *estatuto del consumidor y usuario final* de servicios de comunicaciones electrónicas *regulado por la normativa sectorial* (derechos de información, derecho a celebrar contratos con el contenido mínimo regulado reglamentariamente, a acceder a un conjunto mínimo de prestaciones, a causar baja, a solicitar la desconexión de ciertos servicios, a la portabilidad del número, a la compensación por interrupción o mala calidad de los servicios...). La LGTel y sus normas de desarrollo contemplan los derechos de los consumidores y usuarios finales como condiciones de explotación de las redes y de prestación de los servicios de comunicaciones electrónicas [arts. 3,e) *in fine* y 8.1 LGTel], calificándolos como obligaciones “de carácter público” a las que quedan sujetos los operadores en los términos determinados legal y reglamentariamente (art. 20.2 LGTel en relación a art. 38). Esta regulación tiene por finalidad, entre otras, la de defender los intereses de los “usuarios finales”, -categoría que incluye tanto a los consumidores en el sentido de la legislación de consumo como a otros usuarios empresariales o profesionales, siempre que no se dediquen a la explotación de redes o prestación de servicios de telecomunicaciones (cfr. Apdo. 35 Anexo LGTel), asegurando su derecho al acceso a los servicios de comunicaciones electrónicas en adecuadas

²⁹⁵ Se ha de hacer una llamada de atención sobre la práctica observada en alguna Delegación Provincial de Consumo en la que al recibir y tramitar la reclamación de los usuarios sobre servicios de telecomunicaciones, se invoca el procedimiento previsto en el art. 104 RSU. La Administración autonómica no tiene ninguna competencia para tramitar este procedimiento, le basta invocar las normas autonómicas que le habilitan para resolver reclamaciones de consumo, bien promoviendo la solución amistosa mediante mediación administrativa o el arbitraje de consumo (arts. 13 y 14 Ley 11/2005).

condiciones de elección, precio y calidad [art. 3,e) LGTel]. Tal regulación tuitiva de los derechos de los usuarios finales se genera al amparo del título competencial “telecomunicaciones”, materia constitucionalmente reservada al Estado central en exclusiva (art. 149.1.21ª CE). Correlativamente, corresponde también a la Administración estatal, -Ministerio de Industria, Turismo y Comercio o CMT-, la inspección y control del cumplimiento de la legislación sectorial (arts. 20.4, 50 LGTel y 25 Orden ITC/912/2006) y en su caso, la sanción de su incumplimiento [arts. 53, l), s); 54, o), p),q) 58 LGTel y DA 2ª Ley 44/2006)].

En relación a los derechos de los usuarios, la LGTel sólo tipifica específicamente como infracción “la vulneración de los derechos previstos por el artículo 38.3” [arts. 53,z) y 54, r)]. Se trata de derechos de los abonados, relativos principalmente a la protección de datos. Correlativamente, se atribuye la potestad sancionadora a la Agencia de Protección de Datos [art 58, b)]. Con carácter general, la LGTel tipifica “el incumplimiento por los operadores de las condiciones para la prestación de servicios o la explotación de redes de comunicaciones electrónicas” [art. 53,s) y 54, p)], -entre las que se incluyen las de salvaguarda de los derechos de los usuarios finales ex art. 8.1 LGTEL-. Además se tipifican otras infracciones que, directa o indirectamente, afectan a los derechos de los usuarios, como el incumplimiento de las obligaciones de servicio público [arts. 53,l) y 54,o)] o de los niveles de calidad [art. 53,m)]. Sobre todas ellas se atribuye la potestad sancionadora a la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información “en el ámbito de competencias de la Administración General del Estado” [art. 58,c)].

La Administración de telecomunicaciones podrá ejercer su potestad sancionadora cuando el operador incumpla los requisitos exigidos para la explotación de redes y la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas (ej. no realice la notificación previa al inicio de su actividad) [art. 53, t) LGTEL]; cuando de forma grave o reiterada incumpla las condiciones impuestas por la Ley o su normativa de desarrollo para la prestación de servicios o la explotación de redes de comunicaciones electrónicas [art. 53, s) LGTEL]; o cuando simplemente incumpla estas condiciones [arts. 54.p)]. Los

dos primeros comportamientos se tipifican como infracciones muy graves, el último como infracción grave o leve del art. 55, e) que califica como infracción leve “cualquier otro incumplimiento de las obligaciones impuestas a operadores de redes o de servicios de comunicaciones electrónicas o de sus usuarios, previsto en las leyes vigentes, salvo que deba ser considerado como infracción grave o muy grave”. Se ha de poner de manifiesto la amplitud y variedad de comportamientos que caben en la descripción de la infracción, así como la relevancia de esta potestad en relación con la tutela de los derechos de los usuarios. En cuanto “condiciones para la explotación de redes o la prestación de servicios” y sin perjuicio de otras infracciones expresamente tipificadas [ej. incumplimiento de derechos de protección de datos y salvaguarda de la privacidad de los arts. 53, z) y 54,r)²⁹⁶ o el incumplimiento de los niveles de calidad ex arts. 53, m), 54, q) y 55,e)²⁹⁷] constituye infracción, -muy grave o grave-, el incumplimiento de las obligaciones en materia de conservación del número de abonado (art. 18 LGTEL); de selección o preselección de operador (arts. 19 LGTEL)²⁹⁸; el incumplimiento de las normas reguladoras de los derechos de los usuarios previstos por la Ley (art. 38.2), entre otros, el derecho a la desconexión de determinados servicios, previa solicitud del usuario (v.gr. servicios de tarificación adicional) o el derecho a obtener una compensación por la interrupción del servicio; o el incumplimiento de las restricciones sobre los precios que, en su caso, imponga la CDGAE (DT 3ª) o de cualquier otra condición impuesta con la finalidad de salvaguardar los derechos de los usuarios finales (art. 8.1 LGTEL).

²⁹⁶ Art. 53. Se consideran infracciones muy graves:

z) La vulneración grave o reiterada de los derechos previstos por el art. 38.3, salvo lo previsto por el párrafo h), cuya infracción se regirá por el régimen sancionador previsto por la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y Comercio Electrónico.

Art. 54. Se consideran infracciones graves:

r) La vulneración de los derechos previstos por el art. 38.3, salvo que deba ser reconocida como infracción muy grave. Queda exceptuado el derecho previsto por el párrafo h), cuya infracción se regirá por el régimen sancionador previsto por la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y Comercio Electrónico.

²⁹⁷ Incumplimiento reiterado de la obligación de mantener los niveles de calidad establecidos para la prestación.

²⁹⁸ Estos comportamientos también podrán ser sancionados por la CMT en cuanto constituyan incumplimiento de condiciones determinantes de la adjudicación y asignación de los recursos de numeración incluidos en los planes de numeración debidamente aprobados [art. 53, x)].

Las competencias sancionadoras para controlar el cumplimiento de las condiciones para la explotación de redes o la prestación de servicios se distribuyen entre diversos órganos de la Administración. En particular, corresponde:

- A la CMT, cuando se trate del incumplimiento de los requisitos para explotar redes o prestar servicios públicos de comunicaciones electrónicas (ej. ausencia de notificación previa a la CMT) o el incumplimiento de las condiciones para la prestación de servicios o la explotación de redes [art. 58,a)].

- A la Agencia de Protección de Datos, por el incumplimiento de los derechos en materia de protección de datos del art. 38.3 [art. 58, b)] y envío masivo de comunicaciones comerciales no deseadas (art. 43 LSSI).

- En los demás casos y cuando se trate de comportamientos incluidos en las competencias de la Administración General del Estado, corresponderá al Secretario de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información. En particular, el incumplimiento de los niveles de calidad [arts. 53,m; 54,q o 55, e)].

Las sanciones son la *multa*, la *inhabilitación* para la explotación de redes o la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, la *amonestación pública* y la *amonestación privada*. Obviamente, la cuantía de las multas varía en función de la calificación de la infracción; la inhabilitación por un plazo máximo de cinco años sólo se prevé respecto a las infracciones muy graves; la amonestación pública o publicación de la resolución sancionadora firme en el BOE y en dos diarios de difusión nacional se aplica a las infracciones graves o muy graves²⁹⁹ y la amonestación privada a las infracciones leves (cfr. art. 56 LGTEL). Todo ello en los términos que decida el órgano sancionador conforme a la LGTEL y a la Ley 30/1992 (art. 56.2).

²⁹⁹ La Ley sólo prevé esta sanción para las infracciones graves. *A fortiori*, entendemos que también cabe su aplicación sobre las infracciones muy graves.

En este contexto y puesto que la legislación sectorial se aplica sin perjuicio de la legislación general protectora de consumidores y usuarios (arts. 38.8 LGTel, 102.2, 103, 105.1, 106.1 RSU), se cuestiona si la Administración de Consumo tiene competencia para sancionar las conductas que sin perjuicio de la eventual vulneración de la normativa sectorial, también constituyen infracciones de consumo. A modo de ejemplo, cabe citar un largo elenco de supuestos que estando tipificados como infracciones de telecomunicaciones, encajarían sin dificultades en las conductas tipificadas como infracciones de consumo por el art. 34 LGDCU³⁰⁰, RD 1945/1983³⁰¹ o la legislación autonómica, ya directamente, ya indirectamente, mediante la técnica de la remisión:

³⁰⁰ *Artículo 34. Infracciones en materia de defensa de los consumidores y usuarios.*

Se consideran infracciones en materia de defensa de los consumidores y usuarios:

1. El incumplimiento de los requisitos, condiciones, obligaciones o prohibiciones de naturaleza sanitaria.
2. Las acciones u omisiones que produzcan riesgos o daños efectivos para la salud de los consumidores o usuarios, ya sea en forma consciente o deliberada, ya por abandono de la diligencia y precauciones exigibles en la actividad, servicio o instalación de que se trate.
3. El incumplimiento o transgresión de los requerimientos previos que concretamente formulen las autoridades sanitarias para situaciones específicas, al objeto de evitar contaminaciones o circunstancias nocivas de otro tipo que puedan resultar gravemente perjudiciales para la salud pública.
4. La alteración, adulteración o fraude en bienes y servicios susceptibles de consumo por adición o sustracción de cualquier sustancia o elemento, alteración de su composición o calidad, incumplimiento de las condiciones que correspondan a su naturaleza o la garantía, arreglo o reparación de bienes duraderos y en general cualquier situación que induzca a engaño o confusión o que impida reconocer la verdadera naturaleza del producto o servicio.
5. El incumplimiento de las normas reguladoras de precios, la imposición injustificada de condiciones sobre prestaciones no solicitadas o cantidades mínimas o cualquier otro tipo de intervención o actuación ilícita que suponga un incremento de los precios o márgenes comerciales.
6. El incumplimiento de las normas relativas a registro, normalización o tipificación, etiquetado, envasado y publicidad de bienes y servicios.
7. El incumplimiento de las disposiciones sobre seguridad en cuanto afecten o puedan suponer un riesgo para el usuario o consumidor.
8. La obstrucción o negativa a suministrar datos o a facilitar las funciones de información, vigilancia o inspección.
9. La introducción de cláusulas abusivas en los contratos.
10. Las conductas discriminatorias en el acceso a los bienes y la prestación de los servicios, y en especial las previstas como tales en la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.
11. Las limitaciones o exigencias injustificadas al derecho del consumidor de poner fin a los contratos de prestación de servicios o suministro de bienes de tracto sucesivo o continuado, la obstaculización al ejercicio de tal derecho del consumidor a través del procedimiento pactado, la falta de previsión de éste o la falta de comunicación al usuario del procedimiento para darse de baja en el servicio.
12. En general, el incumplimiento de los requisitos, obligaciones o prohibiciones establecidas en esta Ley y disposiciones que la desarrollen.

³⁰¹ RD 1945/1983, de 22 de junio, por el que se regulan las infracciones y sanciones en materia de defensa del consumidor y de la producción agroalimentaria (BOE núm. 168, de 15 julio 1983).

- La negativa o dilación injustificada a satisfacer la solicitud de nueva conexión o de traslado de la red telefónica fija constituye un incumplimiento de obligaciones de servicio público [arts. 53,l) y 54,o) LGTel] y una negativa injustificada a satisfacer demandas del consumidor o usuario (art. 3.2.8 RD 1945/1983);
- La solicitud no atendida de baja supone una vulneración de las condiciones de prestación de servicios, en cuanto la normativa sectorial reconoce al usuario final este derecho y lo incluye entre las obligaciones de carácter público incluidas en el Título III LGTel [arts. 53,l) y 54, o); 53, s); 54, p),q); 55,e) LGTel en relación a arts. 3,e), 8 LGTel, 105.2, j) y 105.4 RSU]. La obstaculización al derecho a causar baja y la imposición de cláusulas de penalización excesiva constituyen infracciones de consumo [art. 34.11 y 34.9 en relación a DA 1ª.17 bis LGDCU³⁰² y 11.1,q) Ley 11/2005, del Estatuto del Consumidor de Castilla-La Mancha];
- El incumplimiento de deberes de información precontractual o la información confusa, así como el incumplimiento de las condiciones ofrecidas supone un incumplimiento de las condiciones de prestación de los servicios de comunicaciones electrónicas [arts. 53,s); 54,p),q),r); 55,e) LGTel en relación a arts. 3,e), 8 LGTel 105.2 y 109 RSU], que puede ser perseguida como fraude a los consumidores [arts. 8.3, 34.4. LGDCU, 3.1.3 RD 1945/1983 y 11.1,a) Ley 11/2005, Estatuto del Consumidor, de Castilla-La Mancha];
- El incumplimiento de los niveles mínimos de calidad se tipifica como infracción de telecomunicaciones [arts. 53, m) y 55, e)] y como fraude a los consumidores (art. 3.1.4 RD 1945/1983);

³⁰² A los efectos previstos en el artículo 10 bis, tendrán el carácter de abusivas al menos las cláusulas o estipulaciones siguientes:

17 bis. Las estipulaciones que impongan obstáculos onerosos o desproporcionados para el ejercicio de los derechos reconocidos al consumidor en el contrato, en particular en los contratos de prestación de servicios o suministro de bienes de tracto sucesivo o continuado, la imposición de plazos de duración excesiva, la renuncia o el establecimiento de limitaciones que excluyan u obstaculicen el derecho del consumidor a poner fin a estos contratos, así como la obstaculización al ejercicio de este derecho a través del procedimiento pactado, cual es el caso de las que prevean la imposición de formalidades distintas de las previstas para contratar o la pérdida de las cantidades abonadas por adelantado, el abono de cantidades por servicios no prestados efectivamente, la atribución al profesional de la facultad de ejecución unilateral de las cláusulas penales que se hubieran fijado contractualmente o la fijación de indemnizaciones que no se correspondan con los daños efectivamente causados.

- En relación a la facturación, la falta de entrega de factura en los “casos en los que sea preceptivo” y en telefonía lo es, constituye una infracción de consumo (art. 3.2.9 RD 1945/1983 en relación arts. 66 y 112 RD 424/2005) y una infracción de telecomunicaciones por incumplimiento de las condiciones de prestación del servicio [arts. 53 ,s); 54,p),q),r); 55,e) LGTel en relación a arts. 3,e), 8 LGTel, 66 y 112 RSU). En particular, la facturación indebida de servicios no solicitados o no prestados puede constituir un incumplimiento de parámetros de calidad [arts. 53, m) y 55, e) LGTel en relación a arts. 17 a 21 y Anexo II Orden ITC/912/2006], que también se tipifica como infracción de consumo (art. 34.5 LGDCU y 3.2.4 RD 1945/1983).

4.3.2. Respuesta legal y jurisprudencial.

Como ya se ha expuesto en el apartado dedicado al análisis de los criterios de reparto competencial, algún órgano judicial ha negado toda competencia de la Administración autonómica de consumo para sancionar a los operadores de telecomunicaciones por la vulneración de los derechos de los consumidores y usuarios, considerando que tales derechos constituyen “obligaciones de carácter público”, reguladas en el Cap. III del Título III de la LGTel al amparo de la reserva estatal exclusiva sobre telecomunicaciones (art. 149.1.21ª CE), exigibles a todos los operadores en los términos previstos por la legislación sectorial (art. 20.2 LGTel) y cuyo control y sanción corresponde en exclusiva al Ministerio de Industria, Turismo y Comercio a través de la SETSI [arts. 20.4, 53,s), 54,q) y 55,e) LGTel], de modo que queda proscrita toda competencia autonómica ejercida al amparo del art. 148 CE y los Estatutos de Autonomía (St. 20-4-2006 del Juzgado Cont.-Administrativo de Guadalajara³⁰³). Tal interpretación literal de la normativa sectorial es excesivamente rígida y no puede compartirse por contener una solución simplista, que no tiene en consideración ni la realidad del sector, ni la propia normativa sectorial que invoca la aplicación concurrente de la legislación general de consumo (arts. 38.8 LGTel, 102.2, 103, 105.1 y 106 RSU). Más acertada resulta la

³⁰³ Sobre el contenido y fundamentación de la sentencia v. *supra* epgr. 4.1 de este Capítulo.

ponderación de títulos competenciales concurrentes y la atribución de competencias a diversas Administraciones públicas en función de la existencia de intereses específicos dignos de protección [SSTS 4-7-2006 (RJ 2006, 5988); 23-5-2006 (RJ 2006, 3685); 15-12-2003 (RJ 2004,326); 26-10-2005 (RJ 2005,8038); 24-10-2005 (RJ 2005,8284); 4-5- 2005 (RJ 2005,4694); 24-1-2000 (RJ 2000,331) y Sts. de numerosos TSJ, entre las que se incluyen las Sts. TSJ Castilla-La Mancha 15-2-2006 (JUR 2006,95347); 28-2-2006 (RJCA 2006,328); TSJ Valencia 22-7-2005 (JUR 2006,4545), 30-9-2003; 12-5-2004 (JUR 2004,309587); 16-2-2005 (RJCA 2005,229); 16-5-2005; 4-5-2005 (RJCA 2005,465); 22-6-2005 (RJCA 2005, 521)]³⁰⁴.

La Ley 44/2006 ha pretendido arrojar luz al complejo problema de distribución de competencias sancionadoras, sin embargo puede afirmarse que el problema subsiste prácticamente en los mismos términos que antes de la entrada en vigor de la Ley. Según la nueva redacción del art. 32.5 LGDCU, “[l]as autoridades competentes en materia de consumo sancionarán, asimismo, las infracciones tipificadas como infracciones en materia de defensa de los consumidores y usuarios de los empresarios y profesionales de los sectores que cuenten con regulación específica”. Consecuentemente y conforme al tenor literal de tal precepto, la Administración autonómica de consumo podrá sancionar las infracciones en materia de defensa de los consumidores y usuarios de los operadores de telecomunicaciones. Sin embargo, esta nítida conclusión parece desvanecerse al abrigo de la DA 2ª de la Ley 44/2006, dedicada de forma expresa a la regulación de la “competencia sancionadora en materia de telecomunicaciones” y según la cual “la sanción por las infracciones previstas en la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, corresponderá, en todo caso, a los organismos previstos en el artículo 58 de dicha Ley”. A la luz de esta DA, habrá de interpretarse que la Administración sectorial sancionará con carácter exclusivo y excluyente de otras Administraciones las infracciones previstas en la Ley 32/2003, entre las que se incluyen las infracciones de los derechos de los consumidores y usuarios reconocidos por la normativa de desarrollo de la LGTel

³⁰⁴

V. *supra* apdo. 4.1.

(principalmente, RD 424/2005), en la medida en que tales derechos de los usuarios se configuran como condiciones de prestación de los servicios exigibles a todos los operadores (art. 8.1 LGTel).

Sin embargo, persisten los problemas de distribución de competencias sancionadoras entre la Administración sectorial y la Administración de Consumo en términos prácticamente idénticos a los concurrentes antes de la entrada en vigor de la Ley 44/2006. Y es que el principal problema competencial no ha sido si la Administración de Consumo ostentaba competencia para sancionar las infracciones “previstas en la Ley 32/2003” y sus normas de desarrollo. Por la prevalencia de toda competencia estatal sectorial concurrente con otras competencias atribuidas en razón a la finalidad tuitiva de la norma (cfr. SSTC 15/1989, 225/1993, 228/1993, 264/1993, 283/1993), resultaba claro que esta competencia había de corresponder a la Administración sectorial estatal (ej. incumplimiento de obligaciones de servicio universal tales como denegación o dilación injustificada de la solicitud de conexión a la red telefónica fija, incumplimiento de parámetros de calidad, denegación injustificada de solicitudes de portabilidad...). Tampoco ha de ofrecer duda la atribución de competencias a la Administración autonómica de consumo para sancionar conductas de los operadores de telecomunicaciones sólo tipificadas por la legislación de consumo (ej. incumplimiento de la Ley de Garantías en la venta de equipos y terminales; publicidad engañosa; incumplimiento de la normativa sobre contratación a distancia, en particular, la falta de entrega de justificante de la contratación o la obstaculización del derecho de desistimiento; la introducción de cláusulas abusivas como las de redondeo o las penalizaciones excesivas a la baja anticipada ...).

El problema persistente es si la Administración de Consumo puede sancionar conductas que, estando tipificadas en la legislación sectorial, lo están *también* en la legislación de consumo (ej. fraude a los consumidores por facturación indebida, incumplimiento de ofertas o de condiciones contractuales, falta de entrega de factura detallada en los términos reglamentariamente exigidos, obstaculización al derecho a causar baja ...). Además, al problema derivado de la doble tipificación de ciertas conductas se ha de unir la dificultad para

delimitar las infracciones tipificadas exclusivamente como infracciones de telecomunicaciones. Por ejemplo, es muy tenue el límite que separa el incumplimiento de ofertas y de la información facilitada en los términos del art. 109 RSU y las prácticas calificadas como publicidad engañosa sancionables por la Administración de Consumo; lo mismo ocurre con la obstaculización del derecho a causar baja reconocido por la legislación sectorial (art. 105.4 RSU) y la introducción de cláusulas de permanencia y penalización abusivas (DA 1ª. 17bis LGDCU).

La respuesta a la cuestión planteada, esto es, si la Administración de Consumo tiene competencia para sancionar conductas tipificadas en la legislación general de consumo y en la legislación de telecomunicaciones- no se encuentra en la DA 2ª Ley 44/2006, sino en el art. 32.5 LGDCU, de modo que en principio, la Administración de Consumo podrá sancionar las infracciones tipificadas como infracciones en materia de defensa de los consumidores y usuarios de los operadores de telecomunicaciones. La regulación específica de este sector y la tipificación de tales comportamientos en la normativa sectorial no impide la intervención sancionadora de la Administración autonómica sobre las infracciones de los derechos de los consumidores y usuarios cometidos por los operadores de telecomunicaciones y tipificadas *también* por la normativa general de consumo.

No obstante, la conclusión precedente ha de rechazarse. Pero no por la negación de la competencia funcional de la Administración de consumo, sino por aplicación de las normas del concurso de infracciones y la imprescindible aplicación del principio *non bis in idem*. En caso de doble tipificación –sectorial y general-, la cuestión habrá de resolverse no en atención a las reglas de atribución de competencia funcional, sino según las reglas de resolución del concurso de infracciones administrativas. Lo que conduce inexorablemente a afirmar la *competencia exclusiva de la Administración sectorial*. Las reglas del concurso de infracciones no determinan la Administración competente, sino la normativa aplicable. Cualquiera que sea el criterio de resolución del conflicto – principio de especialidad o principio de alternatividad o máxima sanción-, la normativa aplicable será la sectorial. Dado el tenor literal de la DA 2ª Ley

44/2006 y la interpretación que aquí se ha defendido, habrá que admitir que la Administración de Consumo no tiene competencia para sancionar las infracciones previstas en la LGTel y sus normas de desarrollo y que ésta corresponde “en todo caso” a los organismos de la Administración sectorial estatal previstos en el art. 58 LGTel (CMT, MITC, APD, AER).

4.3.3. Conclusiones.

A la vista de los argumentos precedentes, cabe concluir que la potestad sancionadora sobre las infracciones cometidas por los operadores en la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas se distribuye con arreglo a los siguientes criterios:

- i) *Las infracciones tipificadas exclusivamente en la normativa sectorial han de ser sancionadas por la Administración estatal de telecomunicaciones.* Así, por ejemplo corresponde al MITC o en su caso, a la SETSI la sanción del incumplimiento de obligaciones de servicio universal, tales como la denegación o dilación injustificada de la conexión a la red telefónica fija o del traslado de la misma en caso de cambio de domicilio, la negativa a sustituir la tecnología obsoleta (ej. TRAC) por otra que permita el acceso funcional a Internet, los incumplimientos en materia de abono social o deberes referentes a la existencia y características de teléfonos públicos de pago; la negativa a satisfacer las solicitudes de baja y la emisión de facturas transcurridos 15 días desde la solicitud de baja; el incumplimiento de parámetros mínimos de calidad como los referentes a la interrupción del servicio o el tiempo máximo de reparación de averías; el incumplimiento de deberes en materia de factura desglosada; las dilaciones o denegaciones de portabilidad; el incumplimiento del procedimiento reglamentario para proceder a la suspensión o interrupción del servicio por falta de pago...etc.

- ii) *Las infracciones tipificadas exclusivamente en la normativa general de consumo han de ser sancionadas por la Administración autonómica.* Así, corresponde a la Administración autonómica de consumo la potestad

sancionadora sobre conductas tan habituales como el incumplimiento de la Ley 23/2003 de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo (ej. venta de terminales defectuosos de telefonía móvil o acceso a Internet); la publicidad engañosa; la facturación indebida, considerada fraude; el incumplimiento de la normativa en materia de contratación a distancia (ej. incumplimiento de deberes de confirmación de la contratación efectuada, denegación o imposición de obstáculos al ejercicio del derecho de desistimiento...); o la introducción de cláusulas abusivas como la imposición de redondeos, las penalizaciones excesivas a la baja anticipada; la facturación de servicios no prestados; la imposición de servicios no solicitados ...

- iii) *Las infracciones en materia de protección de datos personales han de ser sancionadas por la Agencia Española de Protección de Datos. Se incluyen aquí infracciones muy comunes como el envío de comunicaciones comerciales telefónicas o electrónicas no deseadas, el ingreso injustificado en registros de morosos (ej. deuda inexistente, falta de requerimiento de pago previo o falta de comunicación al interesado) [art. 58, b) LGTel, 43.1 LSSI y 37.1,h) LO 15/1999].*

- iv) *Las infracciones tipificadas en la legislación sectorial y en la legislación de consumo serán sancionadas por la Administración de Telecomunicaciones. En aplicación de las reglas de resolución del concurso de infracciones, la normativa aplicable es la sectorial y en virtud de la DA 2ª Ley 44/2006, la potestad sancionadora sobre las conductas tipificadas en la legislación sectorial corresponde a la Administración sectorial. La Administración autonómica de consumo deberá inhibirse a favor de la Administración sectorial cuando se deban incoar expedientes sancionadores sobre infracciones como la negativa a entregar factura detallada en los términos regulados reglamentariamente; el incumplimiento de deberes de información precontractual; la obstaculización del derecho a causar baja; el cambio de operador no consentido o los incumplimientos referentes a la disponibilidad de un servicio de atención al cliente gratuito ...*

4.3.4. Críticas y propuestas.

Naturalmente, es siempre deseable y máxime en un sector como el de las telecomunicaciones, un sistema sancionador eficaz, que unifique criterios y tenga realmente poder disuasorio y coactivo sobre los operadores de telecomunicaciones. Y aunque un sistema basado en la imposición aislada de sanciones por la comisión de infracciones de consumo por las diversas CCAA no puede calificarse como un sistema sancionador dotado de tales virtudes, la no oculta su insatisfacción ante las conclusiones a las que conduce la normativa vigente. Al menos, se suscitan dos críticas que convierten al sistema en casi impracticable e incrementan los riesgos de impunidad de las infracciones cometidas por los operadores de telecomunicaciones:

- i) *Las clasificaciones suelen responder a criterios puramente convencionales que raramente se presentan en la práctica en estado puro.* Por ejemplo, los conflictos suscitados por la venta de móviles defectuosos no se refieren sólo al contrato de compraventa, sino que plantea problemas que afectan a la prestación del servicio y en particular, a derechos regulados por la normativa sectorial (ej. derecho a resolver el contrato sin penalización por incumplimiento del operador) o por la normativa general de consumo (ej. facturación de servicios a los que no se ha tenido acceso debido a las deficiencias del terminal); otro ejemplo ilustrativo es el del ejercicio del derecho a darse de baja anticipadamente, la falta de atención a una solicitud de baja y el cargo de facturas transcurridos quince días desde la solicitud constituye una infracción de la normativa sectorial sancionable por la Administración de telecomunicaciones, mientras que la regulación de procedimientos distintos al requerido para darse de alta o la imposición de cláusulas de penalización excesivas constituyen infracciones de la normativa general de consumo. Estos y otros supuestos³⁰⁵ revelan como una única conducta (venta de móvil defectuoso u obstaculización del derecho a causar baja) puede generar diversas infracciones sancionables por

³⁰⁵

V. Cap. III, "Manual de Casos Prácticos".

distintas Administraciones, lo cual puede dar lugar al indeseable “efecto rebote” o recíprocas e infructuosas inhibiciones que desincentivan al usuario a formular denuncias y propician la impunidad de los infractores.

- ii) Por otra parte, la ambiciosa y detallada regulación sectorial de los derechos de los usuarios de telecomunicaciones pone en manos de la Administración de Telecomunicaciones y en concreto de la SETSI, la resolución de conflictos que son propiamente de consumo, esto es, cuyo fundamento es la asimetría entre las partes contractuales y que poco o nada tienen que ver con el título competencial “telecomunicaciones” invocado para justificar una competencia exclusiva sobre las condiciones de explotación de las redes y prestación de servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público (ej. sobre incumplimiento de deberes de información precontractual, sobre la obstaculización del derecho a causar baja o sobre la resolución anticipada de un contrato en caso de incumplimiento del operador).

Tal sistema incrementa los riesgos de impunidad frente a los habituales abusos e incumplimientos en los que incurren los operadores de telecomunicaciones y poco aporta a la protección de los usuarios en cuanto colectivo situado en posición de inferioridad frente a las empresas prestadoras de servicios. Si la Administración de Telecomunicaciones se especializa en lo que le es propio (ej. incumplimiento obligaciones de servicio universal, parámetros de calidad...) y la de consumo en lo que le es connatural (cuestiones referentes a baja, facturación, publicidad, cláusulas abusivas....) es de esperar que el funcionamiento del sistema gane en eficiencia. No sólo porque no habrá lugar al rebote competencial tan desagradable para el usuario y poco fructífero para el sistema, sino porque se ganará en especialización y maximización de la eficiencia de los recursos humanos y materiales empleados.

Naturalmente, es imprescindible una elevada dosis de buena voluntad y de coordinación y cooperación entre Administraciones. Para no “marear” al

usuario, es imprescindible que cada Administración se muestre receptiva a las denuncias, quejas, reclamaciones o sugerencias de los usuarios, sin perjuicio de su remisión al órgano competente. Por ejemplo, en aquellas reclamaciones referidas a la dilación o denegación en satisfacer nuevas conexiones a la red telefónica fija, la Administración autonómica ni ha de intentar la mediación administrativa, ni remitir la reclamación para la incoación de expediente sancionador. Ello sólo sirve para dilatar el procedimiento. La Administración autonómica ha de limitarse a remitir el expediente a la Administración estatal (SETSI), bien directamente o bien a través de la correspondiente Delegación territorial, para que ésta se pronuncie y en su caso, inicie el procedimiento sancionador por incumplimiento de obligaciones de servicio universal.

De *lege ferenda* sería deseable una interpretación restrictiva del título competencial “telecomunicaciones” de modo que la legislación sectorial sólo regulara cuestiones directamente relacionadas con las redes y la garantía de un conjunto mínimo de servicios de calidad determinada y a precio asequible, reservando a la Administración estatal funciones sobre el cumplimiento de obligaciones de servicio universal y niveles de calidad. El resto de cuestiones deberían regularse invocando otros títulos competenciales como la regulación de las condiciones básicas que garantice la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes (art. 149.1^a CE), legislación civil y mercantil (arts. 149.1.8^a y 6^a) o las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica (art. 149.1.13^a), títulos que permiten la regulación estatal unitaria pero que a su vez, permiten la intervención de la Administración autonómica (modelo LCGC o LGDCU). Esto es, cabría considerar que las medidas de protección de los consumidores y usuarios finales, en particular, los apdos. 2 y 3 del art. 38 LGTel, constituyen *normas de Derecho privado* (arts. 149.1.6^a y 8^a), que tutelan los derechos de los usuarios no en cuanto destinatarios finales de los servicios de comunicaciones electrónicas, sino en cuanto partes de un contrato. En cuyo caso y a falta de tipificación expresa por la Ley estatal, el incumplimiento de los contenidos contractuales tal y como queda configurado por la normativa de desarrollo del artículo 38.2, podría ser utilizado por las CCAA competentes como tipos de conductas sancionables [v.gr. falta de compensación por la

interrupción del servicio o negativa a practicar la desconexión de ciertos servicios a petición del usuario]³⁰⁶, con los límites definidos por el TC en su sentencia 87/1985 (fundamento razonable, unidad de mercado...)³⁰⁷.

Por otra parte, la sanción como infracción de consumo y no como infracción de telecomunicaciones ofrece al usuario la posibilidad de solicitar la indemnización de daños en el mismo procedimiento sancionador (arts. 36.4 LGDCU³⁰⁸ y 44 Ley CLM 11/2005³⁰⁹). Ciertamente, esta posibilidad también se contempla con carácter general en el artículo 130.2 Ley 30/1992³¹⁰, pero la doctrina

³⁰⁶ V. Decreto 315/2003, de 16 de diciembre, de Castilla-La Mancha, de Protección de los Derechos de los Consumidores y Usuarios en materia de telefonía móvil (DOCM núm. 178, de 19-12-2003). En él se han regulado entre otros, derechos de información contractual y precontractual de los usuarios (art 4, 5, 10 y 11), derecho a un servicio gratuito de atención al consumidor (art. 10.3), deber de formalizar un contrato con el contenido mínimo estipulado por la norma (v.gr. régimen jurídico y económico aplicable a supuestos de reconexión tras la interrupción del servicio no imputable al usuario, mecanismos de compensación en caso de no alcanzar los niveles de calidad contratados, sistema de información a clientes prepago sobre saldo disponible...) o en su defecto, deber de proporcionar información adicional sobre dichas condiciones (art. 12). Corresponde a la Consejería de Sanidad y demás órganos competentes en materia de protección del consumidor la vigilancia e inspección sobre la aplicación de la norma (art. 16), que tipifica como infracción el incumplimiento de cualquiera de los preceptos del Decreto (art. 17).

³⁰⁷ Sobre los límites a la competencia autonómica en materia de consumo en la doctrina del TC v. CARRASCO PERERA, "Sociedad de la Información...", *op.cit.*, págs. 34-35.

³⁰⁸ Art. 36.4 LGDCU en redacción dada por art. 1.Doce Ley 44/2006, de Mejora de la Protección de los Consumidores y Usuarios. Conforme a lo previsto en el artículo 130.2 de la Ley 30/1992, [...], en el procedimiento sancionador podrá exigirse al infractor la reposición de la situación alterada por la infracción a su estado original y, en su caso, la indemnización de daños y perjuicios probados causados al consumidor que serán determinados por el órgano competente para imponer la sanción, debiendo notificarse al infractor para que en el plazo de un mes proceda a su satisfacción, quedando, de no hacerse así, expedita la vía judicial".

³⁰⁹ Art. 44 Ley 11/2005 del Estatuto del Consumidor de Castilla-La Mancha. Toda infracción consistente en el cobro indebido de sobreprecio o cantidad obligará a la Administración a imponer la restitución de la cantidad indebidamente cobrada, si el consumidor lo requiere. Si el obligado a esta restitución no la llevara a cabo quedará expedita la vía judicial.

El particular afectado en sus derechos por la conducta constitutiva de infracción administrativa podrá pedir igualmente en el procedimiento sancionador la determinación de los daños sufridos. A tales efectos, la Administración se inhibirá cuando conste, antes o durante el procedimiento, que una de las partes en conflicto ha interpuesto la correspondiente acción judicial para la defensa de sus derechos.

Este precepto de la normativa autonómica es pionero y predecesor del equivalente en la normativa estatal. Sin embargo, en espera del necesario desarrollo reglamentario, hasta el momento su aplicación en la práctica administrativa ha sido escasa o nula.

³¹⁰ Art. 130.2 Ley 30/1992. Las responsabilidades administrativas que se deriven del procedimiento sancionador serán compatibles con la exigencia al infractor de la reposición de la situación alterada por el mismo a su estado originario, así como con la indemnización por los daños y perjuicios causados que podrán ser determinados por el órgano competente, debiendo, en este caso, comunicarse al infractor para su satisfacción en el plazo que al efecto se determine, y quedando, de no hacerse así, expedita la vía judicial correspondiente.

administrativista³¹¹ y el propio regulador (cfr. art. 22.1 RD 1398/1993³¹²) han interpretado restrictivamente la posibilidad de reclamar daños en el proceso sancionador, considerando que esta reclamación ha de reducirse a los daños causados a la propia Administración. Sin embargo, la nueva redacción dada al art. 36.4 LGDCU por la Ley 44/2006 no deja lugar a dudas: los daños y perjuicios reclamables en el procedimiento sancionador de consumo son los “causados al consumidor”, que serán determinados por el órgano competente para imponer la sanción, debiendo notificarse al infractor para que en el plazo de un mes proceda a su satisfacción, quedando, de no hacerse así, expedita la vía judicial³¹³.

5. PRÁCTICA ADMINISTRATIVA: COMENTARIOS, CARENCIAS Y EXCELENCIAS.

Como se advirtió en la introducción a este Capítulo, lo que ahora se pretende es describir la práctica de los Servicios autonómicos de Consumo ante las reclamaciones presentadas por los usuarios referentes a la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, poniendo de manifiesto las principales virtudes y carencias de la misma a fin de elaborar una especie de “modelo” de actuación que aglutine los elementos más positivos de la actividad de cada una de las Delegaciones Provinciales de la Dirección General de Consumo de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha y pueda servir

³¹¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, E – FERNANDEZ, T.R., *Curso de Derecho Administrativo II*, Civitas. 5ª Edic, págs. 195 y 196; REBOLLO PUIG, M., “Artículo 36” en BERCOVITZ R. Y SALAS J., *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*. Civitas, 1992, págs. 975-1011, concr. págs. 998-1000.

³¹² Art. 22.1 RD 1398/1993, por el que se aprueba el Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora. 1. Si las conductas sancionadas hubieran causado daños o perjuicios a la Administración Pública, la resolución del procedimiento podrá declarar:

- a) La exigencia al infractor de la reposición a su estado originario de la situación alterada por la infracción;
- b) La indemnización por los daños y perjuicios causados, cuando su cuantía haya quedado determinada durante el procedimiento”.

³¹³ Excede del objeto de este estudio el análisis de esta cuestión que ha sido ya tratado por la doctrina civilista más autorizada. V. CARRASCO PERERA, A. (dir.), *El Derecho de Consumo en España: presente y futuro*, Madrid, 2002, pág. 411 y ss; CORDERO LOBATO, E., “La liquidación de daños entre particulares en el procedimiento administrativo”. *Working Paper* nº 132. Barcelona, abril 2003 (www.indret.com); CORDERO LOBATO, E., “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>).

para maximizar la eficacia de todas ellas. He de insistir en que el objetivo de este apartado es realizar una descripción comparativa y crítica constructiva de la práctica observada en las diversas Delegaciones Provinciales de Consumo, sin hacer referencias concretas a cada una de ellas a fin de no distorsionar su encomiable labor ni “herir sensibilidades” de quienes invierten grandes esfuerzos en mejorar los sistemas de protección de los usuarios. No se analizan aquí cuestiones de fondo a las que se ha dedicado el Capítulo precedente, “Manual de Casos Prácticos”, sino cuestiones de forma o procedimiento. Y tampoco se contienen datos estadísticos por estar éstos publicados en los Anuarios o Memorias de Gestión de la Dirección General de Consumo³¹⁴.

Para lograr cierto orden sistemático la exposición se esquematiza en atención a las diversas fases del tratamiento de una reclamación de consumo, realizando previamente algunas consideraciones generales.

5.1. Consideraciones generales.

A la vista de la práctica administrativa, los rasgos más significativos que caracterizan al procedimiento de resolución de reclamaciones por la Administración de Consumo son los siguientes:

- *Flexibilidad y ausencia de formalismo.* Estos rasgos se observan tanto en la presentación de la reclamación como a lo largo de su tramitación. El procedimiento se inicia a solicitud del usuario manifestada a través de diversas modalidades (hoja de reclamaciones; formulario de reclamaciones disponibles en las oficinas de la Administración de consumo; solicitud redactada libremente por el usuario; teléfono del consumidor...etc.). Sólo se exige que consten claramente los datos del reclamante y el reclamado, los hechos que motivan la solicitud, lo que se solicita de la Administración y la firma del reclamante (manuscrita o electrónica reconocida).

³¹⁴

<http://www.jccm.es/sanidad/consumo/anuarios/mem2003/index.html>

Tampoco en la tramitación del procedimiento se siguen cauces procedimentales demasiado estrictos. Frecuentemente, se huye de formalismos y son habituales las llamadas telefónicas tanto al usuario reclamante como a la empresa reclamada a fin de impulsar la solución amistosa.

- *Agilidad y rapidez de los procedimientos.* La ausencia de formalismos facilita la rápida resolución de las reclamaciones. La media es de tres-cuatro meses, pero también son numerosas las reclamaciones que se resuelven en pocas semanas. La tramitación telemática (ej. mediante correo electrónico) agiliza notablemente el procedimiento y se observa que las reclamaciones tramitadas por esta vía se resuelven en pocos días o incluso en horas.

No obstante, se ha observado algún vicio en la práctica administrativa que dilata innecesariamente el procedimiento. La regla general es que las reclamaciones presentadas ante las OMIC sean tramitadas desde la misma oficina y sólo excepcionalmente se remitan a las Delegaciones Provinciales de Consumo (ej. falta de respuesta o respuesta insatisfactoria del reclamado en casos especialmente graves, numerosas reclamaciones de diversos usuarios contra una misma empresa y por los mismos hechos...etc). Sin embargo, se ha observado que algunas OMIC “recopilan” reclamaciones y cuando han acumulado cierto número o periódicamente (ej. mensualmente) las envían en bloque a la Delegación Provincial de Consumo. Esta práctica dilata el procedimiento, no sólo porque supone que la Delegación Provincial recibe de forma simultánea un número importante de reclamaciones para su trámite, sino también porque se constatan casos en los que desde que el reclamante presenta la reclamación en la OMIC hasta que ésta se envía a la Delegación Provincial transcurre más de un mes. Obviamente, esto perjudica al usuario pues se dilata la eventual solución, puede agravar los daños derivados del incumplimiento (ej. ingreso en registro de morosos motivado por negativa al pago de factura indebida) y supone un acortamiento de los plazos para iniciar otras vías de reclamación

(ej. procedimiento ante la SETSI)³¹⁵. En la actualidad, prácticas como las descritas no tienen razón de ser pues el envío mediante fax o correo electrónico u otras formas de tramitación telemática permiten que la presentación de la reclamación y en su caso, el envío a la Delegación Provincial de Consumo transcurran de forma casi simultánea.

- *Carácter ordenado del procedimiento.* La flexibilidad y ausencia de formalismos no son incompatibles con el carácter ordenado y sistemático del procedimiento. Es cierto que no en todas las Delegaciones se sigue una práctica homogénea pues en unas prima la flexibilidad sobre el orden y en otras, ocurre a la inversa. No obstante, en todas ellas el procedimiento viene marcado por hitos concretos: presentación de reclamación; remisión a arbitraje, si ha sido solicitado por el usuario y el operador no ha hecho público su falta de adhesión; requerimiento al reclamado para que formule alegaciones; traslado al reclamante para que manifieste su conformidad o disconformidad y por último, resolución de la Administración constatando la finalización del procedimiento por acuerdo amistoso, falta de acuerdo e indicación de los cauces disponibles para solucionar la controversia (vía judicial) o en su caso, reenvío a la Administración competente (ej. SETSI).

Aunque la excesiva burocratización de los procedimientos no es deseable en ningún ámbito de la actuación administrativa y especialmente en un procedimiento como el de resolución de reclamaciones de consumo, caracterizado por la ausencia de formalismos, sí conviene que todas las actuaciones administrativas queden acreditadas documentalmente (ej. entradas y salidas de documentación, diligencias de comparecencia en las oficinas o de realización de llamadas telefónicas...etc.). La constatación escrita de actuaciones no es incompatible con la tramitación telemática o incluso verbal (actuaciones realizadas a través de llamada telefónica). En

³¹⁵ Se ha de insistir en la idea manifestada en otros apartados de este Estudio (v. Cap. III, epgr. 4.2) y es que aunque ha de considerarse que los procedimientos previstos por la legislación sectorial son independientes de los procedimientos previstos por la legislación de consumo y que el Estado no dispone de competencia para regular un procedimiento que invada las competencias autonómicas, en la práctica esta argumentación puede generar problemas y no es descartable que la SETSI rechace la tramitación de la reclamación por caducidad de los plazos señalados en el art. 104 RSU, por mucho que esto se deba al intento de mediación administrativa.

cualquier caso, se ha de documentar la actuación no sólo a efectos de orden, sino también para lograr un mejor seguimiento de la tramitación de la reclamación³¹⁶ y a efectos de preconstituir prueba ante la eventual incoación de procedimientos sancionadores (ej. por falta de respuesta a los requerimientos administrativos ex art. 5.1 RD 1945/1983)³¹⁷.

- *Contundencia y firmeza de la actuación administrativa.* La flexibilidad en la forma no ha de ser incompatible con el rigor en el fondo. La Administración de Consumo ha de actuar con contundencia en el marco de sus competencias. A pesar de los siempre escasos recursos humanos y materiales, la Administración ha de ser especialmente cauta en el inicio de procedimientos sancionadores por hechos de los que tiene conocimiento en el marco de las reclamaciones de consumo, así como con la falta de respuesta a sus requerimientos. Por ejemplo, ante la práctica habitual de no enviar justificante escrito de la contratación realizada por vía telefónica o electrónica, la Administración no puede “claudicar”, confesando que no puede resolver el fondo de la reclamación porque no se han aportado las condiciones generales aplicables a la contratación. Ésta es una carga que se impone al operador y si no ha cumplido con sus deberes, será él quien tenga que sufrir las consecuencias (ej. no incorporación de condiciones generales de las que el usuario no tiene conocimiento y en su caso, sanción por incumplimiento de la normativa sobre contratación a distancia).

Aunque la intervención de la Administración de Consumo es limitada, sí dispone de instrumentos para “impulsar” (coactivamente) la solución pacífica, tales como apercibir o “avisar” al operador de que su incumplimiento puede traerle consecuencias negativas como la imposición de sanciones (ej. por incumplimiento de la legislación en materia de contratación a distancia, por la introducción de cláusulas abusivas...) o

³¹⁶ Por ejemplo, de este modo es fácil comprobar si el operador ha cumplido o no la solución amistosa propuesta (ej. devolución de importes indebidos mediante requerimiento de abono bancario o en su caso, de abono en las facturas posteriores).

³¹⁷ Como dato anecdótico, cabe señalar que las anotaciones manuscritas o en *poss-it* incorporadas a la carpeta que guarda el expediente no cumplen adecuadamente esta función. El funcionario ha de expedir una diligencia en soporte papel o electrónico, debidamente firmada y fechada, en la que quede constancia de las actuaciones realizadas.

“recordarle” cuales son sus deberes legales (ej. sustitución o reparación en casos de venta de equipos o terminales defectuosos), y en cualquier caso, la Administración puede remitir la reclamación para el inicio del correspondiente expediente sancionador, independientemente de la solución dada al caso concreto.

En definitiva, la Administración de consumo no debe actuar como mero canal transmisor de alegaciones y contra-alegaciones, sino que ha de participar activamente, impulsando el proceso para lograr la solución amistosa a través de los medios (limitados) de los que dispone (avisos, apercibimientos, información sobre derechos y deberes...).

- *Salvaguarda del interés particular y general.* La actuación de la Administración de Consumo en la resolución de reclamaciones ha de salvaguardar simultáneamente el interés particular del usuario reclamante y el interés general en la protección de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios. Esto obliga a separar la eventual solución satisfactoria de una reclamación y la incoación de expedientes sancionadores cuando ello sea procedente. En ocasiones, el detonante que motiva el inicio de un expediente sancionador es precisamente la falta de satisfacción de una reclamación individual (ej. negativa a sustituir terminal defectuoso, facturación indebida e inclusión en registro de morosos...etc). Correlativamente, si la reclamación se satisface satisfactoriamente (ej. se entrega un móvil nuevo en sustitución del defectuoso o se cancela la facturación indebida), no se inicia el expediente sancionador. Con todo, la Administración ha de desarrollar una función de inspección y control de la actuación de los operadores, de modo que si se reiteran las reclamaciones por los mismos comportamientos (ej. penalizaciones excesivas a la baja anticipada) o si se trata de conductas especialmente graves y lesivas para los derechos de los usuarios (ej. *slamming* o cambio de operador no consentido), la Administración ha de incoar el expediente sancionador o en su caso, remitir los hechos a la Administración competente, para el inicio del mismo, independientemente de la eventual solución satisfactoria al caso

concreto (ej. *slamming* motivado por “error de gestión” o facturación indebida e ingreso en registro de morosos por “error administrativo”)³¹⁸.

- *Función informativa y asesora de la Administración.* Corresponde a la Administración de Consumo informar a los consumidores y usuarios de los derechos que les asisten, así como de las vías de resolución de sus quejas y reclamaciones. Sin perjuicio de los mecanismos de información previstos con carácter general (campañas periódicas, publicaciones, teléfono del

³¹⁸ Entre las reclamaciones presentadas en las Delegaciones de Consumo, existen algunos expedientes especialmente ilustrativos:

- Por ejemplo, en un caso en el que la empresa solicita el pago de la penalización por la baja anticipada en la prestación de servicios de acceso a Internet prestados a velocidad muy inferior a la permitida por un módem RDSI debido a los defectos del módem (en la mayoría de los casos por debajo de 64 kbps, cuando la velocidad de recepción / envío que figuraba en las condiciones generales de la contratación era de “HASTA 256/128 kbps”), acreditados mediante diversos test de velocidad realizados por técnicos de la empresa y de otras empresas; no se atendió la solicitud de baja solicitada por el usuario mediante burofax, ni las reiteradas llamadas al servicio de atención al cliente y se ordenó el ingreso del cliente en un registro de morosos, la Administración archiva la reclamación y no inicia expediente sancionador porque habiendo amenazado el operador con interponer “una querrela” por falta de pago, habían transcurrido más de seis meses desde la amenaza, sin que se recibiera notificación judicial alguna. Obviamente, más allá de que el operador demandara o no, se observa que se han cometido diversas infracciones tanto de consumo como de telecomunicaciones [ej. venta de equipos defectuosos, facturación indebida, introducción de cláusulas abusivas que dejan al arbitrio del operador el cumplimiento del contrato, obstaculización al derecho del usuario a resolver de forma inmediata el contrato ante el incumplimiento del operador, ingreso indebido en registro de morosos...] y la Administración tenía motivos fundados para incoar el expediente sancionador e incluso remitir los hechos a otras Administraciones para su sanción (ej. Agencia de Protección de Datos por inclusión indebida en registro de morosos).
- En otro supuesto, el usuario manifiesta que tras recibir la visita de dos comerciales que dicen pertenecer a Telefónica, sin su consentimiento se le da de alta en los servicios prestados por otro operador. Al recibir la factura al mes siguiente, solicita la baja y a pesar de ello, el operador sigue facturando durante nueve meses más. Es un caso claro de cambio de operador no consentido (*slamming*) que no sólo puede constituir infracción administrativa, sino también un tipo penal en cuanto se obtiene el consentimiento del usuario bajo engaño o incluso con falsificación de firma. En este caso, la Administración de consumo envía la reclamación para su solución mediante arbitraje de consumo, en otros, el operador manifiesta que “tras las oportunas comprobaciones se resolvió tener por no válida el alta en el servicio telefónico de Acceso Indirecto y en el de Marcación Directa con nuestra Compañía, por cuanto los contratos que tenemos como firmados por la reclamante no reúnen los requisitos establecidos por la legislación vigente en materia de contratación”; “Por lo anteriormente expuesto, les comunicamos que el impago de las facturas pendientes de emisión o las ya emitidas, de importes... no será objeto de ninguna acción de recobro por parte DEL OPERADOR”. En uno u otro caso, la eventual solución satisfactoria de la reclamación individual no debe conducir a la Administración a abstenerse de salvaguardar el interés general mediante la incoación del correspondiente expediente sancionador o en su caso, la remisión de los hechos a la Administración de telecomunicaciones (incumplimiento de la normativa sectorial que disciplina el cambio de operador) y al Ministerio Fiscal.

consumidor...), la tramitación de reclamaciones es también un cauce para facilitar información de forma individual o personalizada. Así, antes de presentar la reclamación, la Administración asesora al reclamante sobre los cauces a emplear, la documentación a presentar...y los mecanismos alternativos de solución de conflictos, en particular, sobre el arbitraje de consumo; a lo largo de la tramitación del expediente de reclamación, la Administración también ha de informar sobre el sistema arbitral como vía alternativa de resolución de conflictos³¹⁹, los derechos de carácter sustantivo y procedimental que asisten al reclamante, como, por ejemplo, su derecho a solicitar la indemnización de los daños causados por la infracción en caso de que se inicie un procedimiento sancionador (arts. 36.4 LGDCU y 44 Ley CLM 11/2005); o habiendo fracasado la mediación administrativa, conviene que la Administración informe al usuario de su derecho a acudir a la vía jurisdiccional, sin necesidad de asistencia letrada (abogado y procurador), cuando la reclamación no alcance la cuantía de 900 €³²⁰.

En todo caso, la información se ha de facilitar en lenguaje claro y comprensible para cualquier usuario medio. A fin de no crear falsas expectativas, es de gran importancia que se informe con precisión al reclamante de cuales son las medidas que puede adoptar la Administración de Consumo para resolver el conflicto y de los límites de la actuación administrativa³²¹, advirtiéndole de que la mediación se configura como un impulso o búsqueda de solución amistosa pero que no finaliza con una resolución vinculante y ejecutiva a favor del reclamante y que en caso de inicio del procedimiento sancionador y sin perjuicio de solicitar la indemnización de daños conforme a los arts. 36.4 LGDCU y 44.2 Ley

³¹⁹ En alguna Delegación Provincial, es práctica habitual la de enviar un folleto informativo sobre el sistema arbitral de consumo junto al primer requerimiento realizado al reclamado, una vez presentada la reclamación.

³²⁰ Así se recoge en los formularios de respuesta final al uso en alguna de las Delegaciones Provinciales.

³²¹ No son suficientes declaraciones genéricas del tipo “[S]e ha recibido su escrito en el que se ponen de manifiesto posibles actuaciones irregulares llevadas a cabo por el establecimiento referenciado. Por tanto, este Organismo iniciará las *actuaciones necesarias* con la finalidad de aclarar los hechos denunciados. En caso de que se constate la existencia de infracción administrativa en materia de disciplina de mercado y defensa de los consumidores y usuarios, *se tomarán las medidas necesarias* para corregir la conducta infractora”.

11/2005 del Estatuto del Consumidor de CLM, -preceptos que por el momento gozan de escasa aplicación en ausencia de desarrollo reglamentario-, el papel del denunciante es muy limitado.

5.2. Fase previa a la presentación de la reclamación.

Resulta encomiable la labor realizada desde la Administración autonómica de consumo en cuanto a la información y el asesoramiento de los usuarios. Además de las campañas informativas organizadas periódicamente, la Administración de Consumo realiza una importante tarea de información y asesoramiento individualizado a través del correo electrónico³²², de forma presencial en las OMIC, oficinas de las Delegaciones Provinciales y en la propia Dirección General y muy especialmente a través del teléfono del consumidor.

El teléfono del consumidor es un servicio gratuito (900 50 10 89), disponible las 24 horas del día³²³, que orienta al usuario sobre sus derechos y mecanismos de resolución de conflictos y en numerosas ocasiones, sirve de filtro a reclamaciones infundadas o a la inversa, de impulso a la presentación de reclamaciones que pueden concluir con la incoación de expedientes sancionadores³²⁴.

5.3. Presentación de la reclamación.

Aunque existen diversos cauces de presentación de las reclamaciones, -a través del correo electrónico, del teléfono del consumidor o por correo

³²² Se ha habilitado una dirección de correo electrónico a la que dirigir las reclamaciones de consumo (infoconsumodgc@jccm.es). Sin embargo, no es infrecuente que los propios responsables de los Servicios de Consumo atiendan consultas y resuelvan dudas a través de su dirección de correo electrónico publicada en el Directorio de la web de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

³²³ La atención se realiza de forma personalizada en horario de 9:00 a 14:00 horas de lunes a viernes y fuera de ese horario, a través de un contestador automático, en el que el usuario puede dejar su mensaje y en el día siguiente hábil se atenderá su llamada.

³²⁴ Sobre los servicios ofrecidos a través del Teléfono del Consumidor v. <http://www.jccm.es/sanidad/consumo/cartatel04.pdf>.

ordinario-, la vía utilizada mayoritariamente es la de presentación a través de OMIC o de las Oficinas de las Delegaciones Provinciales de Consumo, cumplimentando el formulario disponible para ello.

Sin caer en demasiados formalismos, los servicios de recogida y tramitación de reclamaciones han de ser especialmente cautos al exigir que el usuario exponga con claridad los hechos que motivan la reclamación y qué es lo que solicita. Del mismo modo, han de asegurarse de que se presentan todos los elementos que prueben los hechos y justifiquen la reclamación (ej. folletos publicitarios, contratos, facturas, solicitudes de baja, documentos de garantía...etc.). Desde esta perspectiva, resulta loable la iniciativa adoptada en alguna Delegación Provincial de Consumo en la que es el funcionario que recibe la reclamación, quien cumplimenta el formulario disponible con los datos facilitados por el usuario. Esto hace más claras y homogéneas las reclamaciones y agiliza su tramitación.

En virtud del principio de cooperación entre Administraciones públicas y a fin de evitar el empleo inútil de recursos humanos y materiales, así como dilaciones indebidas, es importante que el organismo ante el que se presenta la reclamación controle su propia competencia. De modo que presentada una reclamación sobre la Administración de Consumo carece de competencia funcional (ej. denegación o dilación de nueva conexión a red telefónica fija incluida en el servicio universal), remita el expediente a la Administración competente (en el ejemplo, la SETSI o la delegación territorial de dicho organismo, la Jefatura Provincial de Inspección de Telecomunicaciones). La remisión del expediente a otra Administración ha de ser un trámite interno y sin perjuicio de su notificación al usuario, no ha de configurarse como impeditiva de la continuación de la tramitación del expediente. Es decir, no debe convertirse en una forma de “marear” al usuario, remitiéndole de oficina a oficina, ni de alargar infructuosamente la tramitación del procedimiento.

En alguna Delegación provincial se inicia la mediación administrativa no conforme a las normas autonómicas, sino invocando el art. 104 RSU, de forma que a los efectos previstos en este precepto, la Administración que recibe la

reclamación actúa a modo de representante del usuario y requiere al operador para que en el plazo un mes remita su versión de los hechos, posibles soluciones, así como la información y documentación que posea sobre el asunto. En caso de no recibir respuesta o de no satisfacer ésta la reclamación, se requiere al usuario para que en el plazo de 10 días comunique a la Administración su decisión de continuar adelante con la reclamación a través del sistema arbitral de consumo o a través del procedimiento ante la SETSI y en su defecto, se entenderá que no desea proseguir con la reclamación. Como ya se ha argumentado en epígrafes anteriores, no es preciso invocar normas sectoriales que ninguna competencia atribuyen a la Administración autonómica, por otra parte, esta práctica obliga a esperar un mes para que el operador responda o en su caso, no responda, mientras que siguiendo los trámites habituales de la mediación administrativa, el plazo dado al operador para contestar suele ser de diez días (arts. 42 Ley 30/1992 y 4.5 Decreto CLM 72/1997, de las Hojas de Reclamaciones). Por otra parte, resulta muy acertada la solicitud de autorización al usuario reclamante para iniciar el procedimiento ante la SETSI, pues de este modo se evita que el organismos estatal rechace el expediente por considerar que falta este requisito exigido por la legislación sectorial.

En el formulario de solicitud, han de facilitarse al usuario las diversas opciones sobre la tramitación del procedimiento, añadiendo una alternativa más a las que hasta el momento se incluyen: mediación administrativa; arbitraje de consumo y en su defecto, procedimiento ante la SETSI. De este modo, en caso de fracaso de la mediación administrativa o falta de sumisión al arbitraje de consumo, la Administración de Consumo podrá enviar la reclamación a la SETSI y ésta no podrá devolver el expediente alegando la falta de solicitud del usuario [art. 3.2,g) Orden ITC/1030/2007]³²⁵.

³²⁵

V. *supra* dentro de este Cap., epgr. 4.2 y en Cap. I, epgr. 7.4.2.

5.4. Acuse de recibo y requerimiento al reclamado.

Recibida la reclamación, la Administración formula acuse de recibo en el que informa al reclamante de la recepción de la reclamación, en su caso, la remisión a la Junta Arbitral correspondiente para el inicio del arbitraje o en su defecto, el inicio del proceso de mediación administrativa, tendente a la búsqueda de una solución amistosa y en su caso, la incoación del correspondiente expediente sancionador. A fin de no crear falsas expectativas, es de gran importancia que este acuse de recibo informe con precisión al reclamante de cuales son las medidas que puede adoptar la Administración de Consumo para resolver el conflicto, advirtiéndole de que la mediación administrativa se configura como un impulso o búsqueda de solución amistosa pero que no finaliza con una resolución ejecutiva a favor del reclamante.

En el acuse de recibo, la Administración informa sobre los derechos del usuario en caso de inicio del procedimiento sancionador. En este ámbito la Administración de Consumo tendrá que actualizar sus formularios a efectos de informar a los consumidores sobre la posibilidad de solicitar la liquidación de daños derivados de la infracción administrativa en los términos determinados por los arts. 36.4 LGDCU, 44 Ley 11/2005, del Estatuto del Consumidor de CLM y del futuro reglamento de desarrollo de este precepto. Por otra parte, también se ha de informar al “denunciante” de su derecho a ser considerado parte en el procedimiento sancionador, cuando de la resolución sancionadora se pudiera deducir un efecto positivo en su esfera jurídica (ej. liquidación de daños derivados de la infracción) o la eliminación de una carga o gravamen (ej. exclusión de registro de morosos derivada de la declaración de una facturación improcedente), o cuando ostente un interés legítimo en que se esclarezca la conducta objeto del expediente sancionador (art. 37 Ley 11/2005, del Estatuto del Consumidor de CLM³²⁶).

³²⁶ Desde esta perspectiva, ha de eliminarse el texto incluido en el acuse de recibo realizado por ciertas Delegaciones en el que se indica al reclamante-denunciante “que no existe ninguna ley que le permita a usted, como denunciante, ser parte en el procedimiento administrativo sancionador. Así, el Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora aprobado por RD 1398/1993, sólo contempla que al denunciante se le notifique el acuerdo de iniciación del procedimiento, cuando la denuncia vaya acompañada de una solicitud de iniciación”. El art. 37 del Estatuto del Consumidor de CLM amplía los

Como se ha indicado en las consideraciones generales previas al análisis de cada una de las fases del procedimiento, en alguna Delegación Provincial se inicia la mediación administrativa no conforme a las normas autonómicas, sino invocando el art. 104 RSU, de forma que a los efectos previstos en este precepto, la Administración que recibe la reclamación actúa a modo de representante del usuario y requiere al operador para que en el plazo un mes remita su versión de los hechos, posibles soluciones, así como la información y documentación que posea sobre el asunto. En caso de no recibir respuesta o de no satisfacer ésta la reclamación, se requiere al usuario para que en el plazo de 10 días comunique a la Administración su decisión de continuar adelante con la reclamación a través del sistema arbitral de consumo o a través del procedimiento ante la SETSI y en su defecto, se entenderá que no desea proseguir con la reclamación. Esta práctica suscita algunos comentarios:

- Innecesaria invocación de normas sectoriales. Como ya se ha argumentado en epígrafes anteriores, no es preciso invocar normas sectoriales que ninguna competencia atribuyen a la Administración autonómica;
- Prolongación del plazo concedido al operador para responder. Esta práctica obliga a esperar un mes para que el operador responda o en su caso, no responda, mientras que siguiendo los trámites habituales de la mediación administrativa, el plazo dado al operador para contestar suele ser de diez días (arts. 42 Ley 30/1992 y 4.5 Decreto CLM 72/1997, de las Hojas de Reclamaciones).
- Necesaria comunicación del reclamado de la solución adoptada. No sólo se ha de requerir al reclamado que formule alegaciones, proponga soluciones o aporte la información necesaria sobre los hechos que motivan la reclamación, sino también que en su caso, notifique a la Administración la eventual solución adoptada. De no exigirse esta notificación sobre la solución amistosa adoptada, es la propia Administración quien ha de indagar acerca de la solución (ej.

supuestos en los que el denunciante puede ser considerado parte del procedimiento sancionador.

requerimientos o llamadas al usuario) y existe el riesgo de que la Administración actúe sobre hechos ya resueltos. Esto genera cierta inseguridad y a veces, da lugar al cierre en falso de expedientes que se creían resueltos pero no lo están y a la inversa, a la realización de actuaciones administrativas sobre reclamaciones resueltas satisfactoriamente³²⁷. Estos inconvenientes dificultan la actuación administrativa y a veces, causan molestias innecesarias a los usuarios, por ello se considera más conveniente conminar al operador en el requerimiento inicial para que en el plazo de diez días desde su recepción formule alegaciones, aporte información y en su caso, proponga a la Administración la solución amistosa o notifique a la misma la resolución amistosa de la reclamación. Posteriormente, la Administración avisará al usuario del archivo de la reclamación por solución amistosa y éste en su caso, deberá oponerse si tal solución amistosa no se ha ejecutado.

- Solicitud de autorización para iniciar el procedimiento ante la SETSI. Resulta muy acertada esta solicitud de autorización al usuario reclamante para iniciar el procedimiento ante la SETSI, pues de este modo se evita que el organismo estatal rechace el expediente por considerar que falta este requisito exigido por la legislación sectorial.
- Plazo para comunicar la opción. La Administración de Consumo solicita al usuario reclamante que manifieste su opción por el arbitraje de consumo o la reclamación ante la SETSI, para el caso de que el operador no responda o su respuesta no sea satisfactoria. El plazo para comunicar dicha opción es de 10 días, transcurridos los cuales sin recibir respuesta, se entenderá que el usuario desiste de la reclamación. Se ha de matizar esta práctica. Ciertamente, la Administración ha de acotar plazos para evitar la prolongación innecesaria de los procedimientos y conseguir un mejor seguimiento de los expedientes, pero siempre se ha de informar al usuario de que su derecho a reclamar no caduca por el

³²⁷ Por ejemplo, se han observado algunos casos en los que enviado el expediente a asesoría jurídica para el inicio del procedimiento sancionador (ej. por incumplimiento de la Ley de Garantías), cuando el usuario recibe la notificación de que se va a iniciar este procedimiento, llama por teléfono o acude a la Delegación correspondiente avisando de que la reclamación se resolvió satisfactoriamente porque tras recibir el requerimiento de la Administración, el vendedor accedió a reparar o sustituir el terminal defectuoso.

transcurso de los 10 días indicados. Caducará su derecho para demandar la actuación de la Administración de Consumo, pero ello no impide que inicie otros cauces de resolución del conflicto como el arbitraje de consumo (ej. requerimiento directo al operador o a la Junta Arbitral competente) o el procedimiento ante la SETSI. El art. 104 RSU da un plazo de tres meses para optar por estas vías desde la respuesta insatisfactoria del operador o del transcurso del plazo para responder o en su caso, desde la comunicación de la no aceptación del arbitraje. La intervención de la Administración de Consumo no puede conllevar una reducción de estos plazos en perjuicio del usuario. Por tanto, la Administración de Consumo deberá informar al reclamante de que en caso de no comunicar su opción en el plazo exigido por la Administración de Consumo (10 días), esta archivará la reclamación, sin perjuicio de que el usuario inicie otros procedimientos de resolución de la reclamación sin contar ya con el auxilio de los Servicios de Consumo.

5.5. Prueba.

En el procedimiento de mediación administrativa para la resolución de reclamaciones de consumo, no existe una fase probatoria perfectamente delimitada. El reclamante suele presentar sus pruebas en el momento de presentación de la reclamación y el reclamado cuando contesta al requerimiento de la Administración, tras la recepción de la solicitud. No obstante, las pruebas se pueden aportar en cualquier momento del procedimiento.

De nuevo, la Administración realiza una importante función de información y asesoramiento al requerir al reclamante que acompañe todos los elementos que permitan acreditar su reclamación (ej. publicidad, folletos informativos, contratos, condiciones generales entregadas por el operador o descargadas de Internet, facturas que contengan los cargos o conceptos indebidos y facturas que acrediten las llamadas al servicio de atención al cliente...etc.).

Con todo, el usuario reclamante siempre se encuentra en inferioridad en cuanto a la práctica de la prueba. Desde esta perspectiva se ha de tener en consideración el principio procesal de facilidad probatoria y en virtud del mismo, la Administración de Consumo ha de ser más exigente con la empresa u operador reclamado. Hay casos muy concretos que revelan la desigualdad de armas y que justifican un tratamiento diferenciado a las partes. Por ejemplo, es práctica común en la contratación telefónica la falta no sólo de entrega de las condiciones generales de la contratación, sino también de información sobre su existencia y aplicación. En tales supuestos, la Administración no puede exigir al usuario que presente estas condiciones generales y menos aún archivar la reclamación por entender que tales condiciones –desconocidas para el usuario– contemplan la pretensión del reclamado (ej. cláusula de penalización por baja anticipada o incluso por incumplimiento del operador). Incluso, ni siquiera ha de requerir al reclamado las grabaciones de la conversación, debiendo ser él quien las aporte³²⁸. En tales casos, lo que ha de hacer la Administración es advertir al reclamado de que sobre él recae la carga de probar que se ha informado sobre estas condiciones y se han cumplido los deberes impuestos por la normativa sobre contratación telefónica bajo condiciones generales de la contratación (arts. 5.3 LCGC y RD 1906/1999], que en su defecto, tales condiciones no han quedado incorporadas al contrato y por tanto, nada cabe exigir al usuario en aplicación de las mismas [art. 7,a) LCGC] y que el incumplimiento de sus deberes en esta materia puede constituir una infracción sancionable por la CCAA por incumplimiento de deberes en materia de contratación a distancia [art. 65.1,ñ) Ley 7/1996, de Ordenación del Comercio Minorista].

³²⁸ Ante la imposibilidad de acreditar el contenido de la oferta, desde alguna Delegación Provincial se está adoptando la práctica de reclamar a los operadores la grabación realizada. Esta práctica puede ser cuestionada, primero porque no existen garantías suficientes de que la grabación no ha sido alterada y segundo, porque aunque la grabación esté intacta y se corresponda con el contenido de la oferta realizada al usuario, tal grabación no puede suplantar los deberes impuestos al operador por la legislación sobre contratación a distancia. Tales deberes se imponen *para proteger al usuario* y es éste quien debe disponer de medios duraderos para conocer, comprobar y en su caso, reclamar el cumplimiento de las condiciones en las que se ha obligado.

Especiales problemas probatorias se plantean en relación a las reclamaciones derivadas de la adquisición de equipos y terminales defectuosos y la aplicación de la Ley 23/2003, de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo. Es práctica habitual que ante la reclamación del adquirente por la falta de conformidad y antes de proceder a la reparación o sustitución del equipo, el vendedor imponga el envío al correspondiente servicio técnico para que se pronuncie sobre el carácter originario o sobrevenido de la falta de conformidad. Esto es, para que determine si el defecto queda o no cubierto por la garantía. Son numerosos los casos en los que, a pesar del escaso tiempo transcurrido entre la adquisición del terminal y la aparición del defecto, el Servicio Técnico califica el defecto como sobrevenido e imputable al mal uso (golpes, humedad en la placa, manipulación...), lo que exonera al vendedor de los deberes impuestos por la Ley 23/2003. Ante este “dictamen técnico”, la única alternativa del usuario es acudir a la vía arbitral o judicial y solicitar prueba pericial que pueda desvirtuar tal informe. Obviamente, en la mayoría de las ocasiones, el usuario no está dispuesto a correr con estos gastos probatorios, con lo que su pretensión quedará insatisfecha. En tal situación, ciertas Delegaciones Provinciales han adoptado una práctica muy loable, consistente en solicitar el pronunciamiento de un laboratorio independiente³²⁹, que corrobora o en su caso, desmiente el informe del servicio técnico del vendedor. De este modo, la Administración dispone de mejores argumentos para impulsar la mediación y en su caso, iniciar el procedimiento sancionador³³⁰.

5.6. Resolución.

³²⁹ Centro de Investigación y Control de la Calidad, dependiente del INC y situado en Barajas (Madrid).

³³⁰ Se han constatado algunos casos en los que el Servicio Técnico del operador consideró que los defectos del teléfono móvil no eran de origen porque se había detectado “infiltración de líquidos” o indicios de manipulación por el usuario y sin embargo, el laboratorio independiente negó tales valoraciones. En todo caso, de *lege ferenda*, el regulador debería exigir y en su caso, proporcionar mecanismos para sufragar, este pronunciamiento de técnico imparcial con carácter previo al examen por el servicio técnico dependiente del vendedor. Malintencionadamente, cabe pensar que aunque el defecto sea de origen, el servicio técnico del vendedor, que analiza el bien en primer lugar y a sabiendas de que su dictamen será revisado por técnico imparcial, adopte medidas para que el defecto parezca siempre sobrevenido y nunca de origen.

Dadas las limitaciones impuestas a la Administración en la resolución de reclamaciones de consumo, la resolución que pone fin a la mediación no es un acto administrativo vinculante, ejecutable y recurrible ante la jurisdicción contencioso-administrativa, sino la mera constatación de alguno de los siguientes hechos que ponen fin al procedimiento y dan lugar al archivo del expediente:

- i) Envío a arbitraje de consumo, si el reclamante lo solicita y el reclamado está adherido o acepta el arbitraje en el caso concreto;
- ii) Finalización del procedimiento por haber alcanzado las partes una solución amistosa a la reclamación. Como se ha manifestado en otros lugares de este estudio, sorprende el elevado número de casos que se resuelve de forma satisfactoria para el reclamante. Frecuentemente, el reclamado se aviene a resolver satisfactoriamente la reclamación apelando al “gesto comercial”, el “error informático o de gestión” o la “garantía de calidad del servicio”. Desde esta perspectiva sólo cabe alabar la actuación de la Administración de Consumo que con su intervención tutela los derechos de los usuarios, -que, de otro modo, quedarían sin protección, pues son pocos los usuarios dispuestos a iniciar la vía judicial-, y actúa de filtro que impide la saturación de otros organismos administrativos con competencia en la materia (SETSI);
- iii) Finalización del procedimiento por fracaso de la mediación administrativa, dada la falta de respuesta del reclamado o la imposibilidad de alcanzar una solución amistosa. La Administración comunica el archivo del expediente y propone vías alternativas para la resolución del conflicto:
 - Vía judicial. En algunas Delegaciones, se informa al usuario de su derecho a acudir a los tribunales sin necesidad de abogado y procurador, siempre que la cuantía de la reclamación no exceda de 900 €;

- Procedimiento ante la SETSI, para lo que se ha de requerir al reclamante la firma del impreso de solicitud de intervención de la Administración estatal.

En cualquiera de los casos, la finalización del procedimiento de mediación administrativa no es incompatible con la apertura de expediente sancionador por la propia Administración de Consumo, si los hechos constituyen una infracción administrativa de consumo (ej. falta de respuesta del reclamado a los requerimientos de la Administración, introducción de cláusulas abusivas...); con su remisión a la Administración competente (ej. SETSI o Agencia de Protección de Datos), si los hechos constituyen una infracción de otro tipo o incluso al Ministerio Fiscal, si existen indicios de delito o falta (ej. cambio de operador mediante engaño o estafa, estafas a través de números de tarificación adicional...etc).

La resolución que pone fin al procedimiento se notifica al reclamado, dando un plazo de diez días para que alegue lo que estime por conveniente y en caso de falta de respuesta, la reclamación se archivará.

CAPITULO IV

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

1. CONCLUSIONES: NOTAS CARACTERÍSTICAS DEL SECTOR DE LAS COMUNICACIONES ELECTRÓNICAS EN CASTILLA-LA MANCHA.

Tras la observación de más de mil expedientes de reclamación presentadas ante los Servicios de Consumo de la JCCM sobre la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, cabe extraer algunas conclusiones respecto a las características de este sector y el grado de satisfacción de los usuarios en Castilla-La Mancha, que a juzgar por los resultados de otros estudios son extrapolables al ámbito nacional.

1.1. Sector altamente conflictivo y escasamente respetuoso con los derechos de los usuarios.

Tanto a nivel estatal, como a nivel autonómico, el sector de las telecomunicaciones lleva varios años ocupando el primer lugar en el escalafón de las quejas y reclamaciones de los consumidores y usuarios³³¹, lo que permite afirmar no sólo que es un sector de elevada conflictividad, sino también que, en general, los operadores se muestran poco respetuosos con los derechos de los usuarios. Desarrollan ingentes esfuerzos en captar y fidelizar

³³¹ En 2004, las reclamaciones relacionadas con telecomunicaciones se incrementa un 55% y superan por primera a las reclamaciones referentes a vivienda (*Consumer.es*, 29-5-2005); lo mismo ocurre en 2005, en el que las reclamaciones en este sector aglutinan la cuarta parte del total de las quejas y reclamaciones (v. Diario *Cinco Días*, 4-2-2006, donde se publican datos comparados aportados por diversas asociaciones de consumidores tanto generalistas como especializadas en el sector e Informe CEACC publicado con motivo de la celebración del día del consumidor, el 15 de marzo de 2006) e idéntica tendencia se registra en 2006, según los datos publicados por la SETSI.

Las Memorias de Consumo publicados anualmente por la Dirección General de Consumo de la Consejería de Sanidad revelan datos similares en relación a Castilla-La Mancha (<http://www.jccm.es/sanidad/consumo/anuarios/mem2003/index.html>). En 2004, las demandas referentes a telefonía aglutinan el 31% del total de las reclamaciones; en 2005, las demandas referentes a telecomunicaciones ascienden al 23,1%, seguidas a cierta distancia de vivienda (11,4%) y suministros de agua, luz y gas (9,2%); para 2006, las reclamaciones en materia de comunicaciones suman el 52,6% del total de los expedientes arbitrales.

al cliente, pero poco se preocupan de mantener elevado su grado de satisfacción.

Ciertamente, como ponen de manifiesto los operadores, el número de conflictos en el sector no ha de ser cuantificado en términos absolutos, sino en términos relativos. Es normal que el mayor número de reclamaciones y quejas de los usuarios se registre en un sector en el que, según los últimos datos de la SETSI, el volumen de contratación asciende a 80 millones. Según ASTEL, la Asociación de Empresas Operadoras y de Servicios de Telecomunicaciones, las 12.255 reclamaciones resueltas por el Ministerio de Industria el pasado año 2006, significan en la práctica que de los 80 millones de contratos de servicios de telecomunicaciones, las quejas representaron un 0,015%, es decir, 1,5 de cada 10.000 clientes. Pero no es menos cierto, que del estudio de los casos concretos recogidos en los expedientes de reclamación se deduce que el conflicto procede del incumplimiento de las más elementales normas en materia de contratación y en particular, en materia de protección de los usuarios (ej. falta de entrega del contrato, imposición de servicios nunca contratados, modificación unilateral y no comunicada de condiciones contractuales...). Tales prácticas no constituyen fenómenos aislados sino que se encuentran asentadas en el sector, hasta el punto de que algunos operadores las incluyen como parte de su “política o práctica de empresa”.

1.2. Tendencia a la búsqueda de soluciones particulares y escasos esfuerzos por mejorar de forma global la prestación de los servicios.

A pesar de las importantes ausencias del sistema arbitral de consumo³³² y excepto algunas notables excepciones³³³, en general, se observa una

³³² A fecha de 15 de mayo de 2007 y según información facilitada por los Servicios de Arbitraje de la JCCM, de los operadores más significativos, están adheridas *Telefónica Móviles* y *Vodafone*; *Telefónica de España*, S.A.U con limitaciones (excluidas reclamaciones sobre conexión a red telefónica pública fija y acceso a servicios disponibles; forma de prestación de servicios de tarificación adicional, indemnizaciones de daños y perjuicios, reclamaciones sobre facturas con antigüedad superior a seis meses y reclamaciones por equipos, terminales y servicios que no hayan sido adquiridos directamente o contratados con “Telefónica de España” o su canal de distribución); *Orange*, adherida sólo para telefonía móvil y no para fija e internet (ya antes de la absorción, en diciembre de 2005, *Wanadoo* se había desvinculado del sistema arbitral); *Xfera* adherida para servicios de telefonía móvil y no para reclamaciones sobre equipos y terminales y siempre que la cuantía de la reclamación no exceda de 600 €, *Ono*,

predisposición de los operadores a solucionar amistosamente las reclamaciones formuladas ante la Administración de Consumo.

Esta predisposición se manifiesta en varias actitudes como el frecuente recurso al expediente del “detalle comercial” o “calidad del servicio”; la habilitación de departamentos o direcciones específicas encargadas de atender las reclamaciones que llegan a través de los Servicios de Consumo (OMIC, Delegaciones Provinciales de Consumo, ...); respecto a un tipo de reclamaciones muy concretas, las referidas a averías e interrupciones del servicio telefónico fijo, los operadores cumplen la normativa subsanando la deficiencia y abonando voluntariamente la correspondiente compensación por interrupción del servicio en los términos fijados reglamentariamente, aunque, lamentablemente, esta buena disposición al cumplimiento de la norma no es predicable de las interrupciones del servicio de acceso a Internet; la misma tendencia a la solución pactada de los conflictos se observa en relación a las reclamaciones sobre equipos y terminales. Aunque éstas son abundantes en número, la mayoría se resuelve con la reparación o sustitución del terminal defectuoso. La actuación mediadora de la Administración alcanza porcentajes de éxito muy satisfactorios.

Con ser éste un aspecto positivo de la actuación de los operadores, se ha de destacar que hasta ahora, se ha puesto el acento en la satisfacción de “los reclamantes” y no de los usuarios en general; en la atención al usuario que reclama a través de la Administración y no a cualquier usuario que plantea alguna queja, reclamación o incidencia ante el Servicio de Atención al Cliente del operador. En lugar de acometer actuaciones de fondo tendentes a mejorar la prestación del servicio, abundan los “parches” o soluciones casuísticas. Muchas reclamaciones se solucionan con “gestos comerciales”, invocando la “garantía de calidad del servicio” por parte del operador. Esto ha de ser

adherida hasta el 14 de septiembre, fecha en la que cumplen los seis meses de preaviso desde que solicitó la baja en el sistema arbitral.

³³³ Hay algún operador que de forma sistemática no responde a los requerimientos de la Administración o que responde sin demasiadas explicaciones, limitándose a contestar mediante un formulario en el que se recogen de modo estándar diversas respuestas, entre las que el operador señala la que proceda en cada caso (ej. “la reclamación no procede de acuerdo a lo establecido en la Ley o las Condiciones Generales de la Contratación”).

valorado positivamente en cuanto el usuario suele agradecer el tratamiento personalizado, sin embargo, revela una falta de calidad objetiva de los servicios e incluso en ocasiones, tratamientos discriminatorios. Es discriminatorio que se ofrezcan soluciones casuísticas y personalizadas a aquellos que reclaman en detrimento de los que por falta de información o de medios no lo hacen. Los derechos de los usuarios quedarían mejor tutelados si se adoptara un plan de actuación general tendente a eliminar las malas prácticas, que tantos perjuicios causan a los usuarios (ej. falta de entrega documental del contrato celebrado telefónicamente, publicidad engañosa, cláusulas de permanencia asociadas al móvil canjeado por plan de puntos y “camufladas” en albarán de entrega; obstaculización generalizada del derecho a causar baja....)...etc.

1.3. Deficiencias de calidad en la gestión comercial y especialmente en los servicios de atención al cliente.

En la prestación de los servicios se observan deficiencias de calidad tales como errores de facturación, retrasos en la reparación de averías de red telefónica fija, interrupciones del servicio, zonas sin cobertura de telefonía móvil³³⁴...

Con todo, a la vista de las reclamaciones de los usuarios, cabe afirmar que tales deficiencias afectan en mayor medida a la gestión comercial. Son muchas las reclamaciones cuyo origen, según los operadores, es un “error informático, administrativo o de gestión” (solicitudes de baja no tramitadas, facturas no anuladas a pesar de que la empresa contesta a la reclamación del usuario asegurando que quedan cancelados los cargos pendientes, altas no consentidas...). Elemento común, presente de forma unánime en las reclamaciones, es la deficiente atención al cliente. El prólogo de toda reclamación presentada ante la Administración de Consumo es un historial de llamadas reiteradas a servicios de atención al cliente automatizados, saturados, atendidos por personal escasamente formado, que da información diversa e

³³⁴ Las reclamaciones sobre falta de cobertura son especialmente numerosas en Ciudad Real.

incluso discrepante, que no facilita números de incidencia ni justificantes de la reclamación formulada y que a lo sumo, reconoce que ha habido un error (ej. de facturación, de tramitación de baja o de alta...) pero que no llevan a la práctica la solución a tal error (ej. no se abona lo incorrectamente facturado a pesar de haber reconocido el carácter indebido de la facturación o la falta de prestación de cierto servicio).

El servicio de atención al cliente es clave para garantizar una buena imagen comercial del operador y determinante del grado de satisfacción de los usuarios. Por ello, tan importante como mejorar la cobertura de las redes o la velocidad y calidad de los servicios prestados es mejorar la relación con el cliente a través de estos servicios de atención. La práctica muestra que muchas de las reclamaciones formuladas ante los Servicios de Consumo no se presentarían, si los operadores dispusieran de servicios de atención al cliente más eficientes.

1.4. Cumplimiento generalizado de obligaciones de servicio universal.

En relación a las obligaciones de servicio universal (conexión a red telefónica fija, servicio telefónico fijo, acceso funcional a Internet, teléfonos públicos de pago y facilidades de acceso para colectivos desfavorecidos), cabe afirmar que el grado de cumplimiento de estas obligaciones es aceptable.

La mayoría de las reclamaciones en esta materia se refieren a casos en los que el operador obligado a prestar este servicio, -Telefónica, hasta el 31 de diciembre de 2007-, no satisface adecuadamente las solicitudes de nueva conexión a red o de traslado de línea a zonas de reciente urbanización. Se constata que el mayor número de reclamaciones referidas a nuevas conexiones a la red telefónica fija (denegación o dilación injustificada) o solicitudes de traslado de línea se registran en la provincia de Toledo, seguida a gran distancia de Guadalajara. El crecimiento urbanístico, en ocasiones desproporcionado, está generando problemas de despliegue de infraestructura. No se constata este problema en otras provincias, en las que el crecimiento urbanístico es más ordenado y se ve acompañado un despliegue progresivo y

proporcional de las infraestructuras de telecomunicaciones necesarias para satisfacer las nuevas demandas.

Por otra parte, se ha de constatar que son casi inexistentes las reclamaciones relacionadas con la accesibilidad de los servicios de comunicaciones electrónicas por personas que sufren alguna discapacidad (invidentes, problemas de audición o de accesibilidad a teléfonos públicos...). No existen datos suficientes que permitan valorar las causas de esta situación. Desde una perspectiva optimista, cabe pensar que ello se debe al correcto cumplimiento por el operador obligado de sus deberes en esta materia; desde una perspectiva más pesimista, puede que el motivo del escaso número de reclamaciones sea la escasa concienciación de los usuarios de sus derechos en este ámbito.

1.5. Deficiencias de equipos y aparatos, origen de numerosas reclamaciones sobre la prestación de los servicios.

Muchas de las reclamaciones, especialmente en el sector de la telefonía móvil, tienen su origen en la adquisición de equipos y terminales defectuosos. La resistencia de los operadores-vendedores o distribuidores autorizados a cumplir la Ley 23/2003, de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo y sustituir o reparar el terminal defectuoso ocasiona importantes perjuicios no sólo los directamente derivados de la adquisición del terminal defectuoso, sino también otros asociados (imposibilidad de acceder a los servicios contratados y facturados, incremento de la facturación debido a la necesidad de reiterar llamadas o porque el móvil defectuoso envía automáticamente mensajes, penalizaciones por bajas anticipadas que en realidad han de calificarse como resolución por incumplimiento contractual...etc.).

Sin perjuicio de la aplicación de la doctrina de los contratos vinculados, que obliga al operador-vendedor a responder de todos los daños derivados del incumplimiento y de la imposición de la sanción correspondiente por incumplimiento de la Ley de Garantías, así como de la posibilidad de exigir la indemnización de tales daños en el procedimiento sancionador (arts. 44 Ley

11/2005 y 36.4 LGDCU)³³⁵, cabe exigir a los operadores-vendedores mayor cautela en el cumplimiento de la Ley de Garantías en la venta, regalo o canjeo por puntos de terminales, así como demandar de la Administración el mayor rigor al exigir el cumplimiento de tal Ley y en su caso, sancionar los incumplimientos.

1.6. Incumplimiento generalizado de la legislación sobre contratación a distancia.

A lo largo de este estudio, se ha puesto de manifiesto en varias ocasiones que es una práctica generalizada entre los operadores el incumplimiento de la legislación sobre contratación a distancia (Ley 7/1996, de Ordenación del Comercio Minorista, Ley 34/2002, de Servicios de la Sociedad de la Información y RD 1906/1999, que regula la contratación telefónica o electrónica con condiciones generales en desarrollo del artículo 5.3 de la LCGC)³³⁶. No se facilita una adecuada información precontractual, apelando a que el contenido de la conversación se está grabando por el operador o que está disponible en Internet (curiosamente, cuando lo que se está contratando es precisamente, el acceso a Internet); no se envía justificante escrito de la contratación ni se facilitan las condiciones generales aplicables al contrato; se obstaculiza el derecho de desistimiento (ej. en contratos de adquisición de equipos y terminales)...

Naturalmente, todo ello lesiona los derechos de los usuarios, causándoles inseguridad e incertidumbre al ignorar u olvidar fácilmente las condiciones bajo las que se ha contratado y carecer de prueba en la que fundamentar sus pretensiones (ej. cláusulas de vinculación mínima y penalización de la baja anticipada, abono de cuotas fijas o consumos mínimos no mencionados en conversación telefónica, plazos de validez de ofertas...etc).

Para los operadores, el cumplimiento de estos deberes impuestos por la normativa reguladora de la contratación a distancia constituye una asignatura

³³⁵ V. Capítulo II, epgr. 4.2.3.

³³⁶ V. Capítulo I, epgr. 5.2.2.

pendiente. Correlativamente, también cabe exigir a la Administración autonómica una intervención más activa, recordando a los operadores-reclamados sus deberes en esta materia, avisándoles de las consecuencias negativas de su incumplimiento (ej. falta de incorporación de las condiciones generales no facilitadas al adherente) y en su caso, imposición de sanciones por incumplimiento de la normativa en materia de comercio minorista.

1.7. Desaparición de las reclamaciones sobre servicios de tarificación adicional.

Los servicios de tarificación adicional, prestados a través de los números 903, 906, 907 y 909 (actuales, 803, 806, 807 y 907) fueron una habitual fuente de conflictos en otros ejercicios (ej. 2003 y 2004). Sin embargo, puede decirse que la regulación de tales servicios por Orden PRE/361/2002, posteriormente modificada por Orden PRE/2410/2004 ha tenido resultados muy positivos. Se puede afirmar que las reclamaciones sobre estos servicios han desaparecido en los años 2005 y 2006.

No obstante, no se entiende bien porqué a la vista de estos buenos resultados, el regulador no amplía el ámbito de aplicación de tales normas a los *Servicios Premium* de telefonía móvil (SMS o MMS de alertas, logos, tonos, polítonos y análogos). Sin llegar aún a las cotas de conflictividad que alcanzaron los STA, estos nuevos servicios están apareciendo en la escena de las reclamaciones de los consumidores, causando perjuicio a colectivos especialmente dignos de protección como son los jóvenes, adolescentes e incluso niños³³⁷.

2. RECOMENDACIONES.

El análisis de los expedientes de reclamación presentados ante las Delegaciones de Consumo de la Consejería de Sanidad de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha ha permitido detectar ciertas conductas

³³⁷ Existen algunas reclamaciones de padres que reciben elevadas facturas de telefonía móvil derivadas de la utilización de estos servicios por niños y adolescentes y que habiendo solicitado al operador la desconexión de tales servicios, su solicitud no ha sido atendida.

de los usuarios, prácticas comerciales de los operadores y actuaciones administrativas que generan controversias evitables, agravan los conflictos o dificultan su solución y en general, representan carencias o deficiencias del sistema, en muchos casos, fácilmente subsanables. Huyendo de cualquier reflexión teórica, interpretativa o de argumentaciones jurídicas ya expuestas en los Capítulos precedentes, y a modo de “recetario”, este último Capítulo pretende ofrecer un catálogo de recomendaciones muy concretas, dirigidas a todos los que se ven inmersos en la prestación de servicios de telecomunicaciones y en su caso, en los procedimientos de resolución de conflictos referentes a los mismos. Modestamente, estas recomendaciones a los usuarios, a los operadores y a la Administración pretenden incrementar el nivel de protección o autoprotección de los usuarios, mejorar la calidad de los servicios ofrecidos por los operadores y maximizar la eficacia de la actuación administrativa.

2.1. Al regulador.

- i) *Interprétese restrictivamente el título sectorial “telecomunicaciones”.* Como se ha puesto de manifiesto en el Capítulo III, apdo. 4.3.4, la interpretación extensiva realizada hasta ahora por el legislador estatal de su competencia exclusiva en materia de telecomunicaciones conduce a situaciones en las que los derechos de los consumidores y usuarios finales pueden no quedar adecuadamente protegidos. Los problemas de distribución de competencias dan lugar a situaciones de impunidad de los operadores y ponen en manos de la Administración sectorial la aplicación e interpretación de normas cuyo fundamento es la situación de inferioridad de los usuarios ante las empresas prestadoras de servicios de telecomunicaciones.

Ante tal situación, se recomienda una interpretación estricta del título competencial “telecomunicaciones”, de modo que a su amparo sólo se regulen cuestiones directamente relacionadas con las condiciones de explotación de las redes y prestación de los servicios en cuanto “servicios de interés general”, prestados en régimen de competencia, a

niveles idénticos de calidad y a precios asequibles a todos los usuarios independientemente de su localización geográfica (ej. obligaciones de servicio universal, parámetros de calidad, características técnicas de las redes, precios máximos...etc.).

El resto de cuestiones fundadas en la necesidad de tutela de los derechos de los consumidores y usuarios finales no solo en cuanto destinatarios de servicios de interés general, sino en cuanto partes débiles de una relación contractual han de ser regulados en virtud de otros títulos competenciales estatales que, garantizando una regulación unitaria, resultan menos invasivos de las competencias autonómicas, como la regulación de las condiciones básicas que garantice la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes (art. 149.1ª CE), legislación civil y mercantil (arts. 149.1.8ª y 6ª) o las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica (art. 149.1.13ª).

- ii) *Evítese el exceso de regulación y en especial, las normas excesiva o desproporcionadamente tuitivas.* A veces, se reprocha la falta de regulación en el sector de las comunicaciones electrónicas. Es un reproche absolutamente infundado. Al contrario, cabe hablar de un exceso de regulación, pues se utiliza el título sectorial “telecomunicaciones” para regular cuestiones que ya están suficientemente reguladas en la normativa general (estatal y autonómica) sobre defensa de consumidores y usuarios. Esta tendencia devalúa el sistema y pone en entredicho la credibilidad de la Administración y la eficacia de la regulación.

El regulador sólo debe imponer normas que el sistema esté en condiciones de cumplir y hacer cumplir. Las normas que pretenden tutelar el interés del usuario con instrumentos desproporcionados o fuera del alcance de la Administración competente para su aplicación menoscaban el sistema. Por ejemplo, el artículo 38.7 LGTel prevé que “el MITC podrá introducir cláusulas de modificación de los contratos

celebrados entre los operadores y los consumidores que sean personas físicas y usuarios finales, para evitar el trato abusivo a éstos”. En foros especializados, algunos representantes de la propia SETSI, sección de aprobación de contratos, manifiestan no haber hecho uso en ningún caso de esta facultad, cuestionan su potestad para aplicar esta norma y confiesan la falta de medios e instrumentos para controlar todas las cláusulas contractuales contenidas en los contratos-tipo y sus modificaciones que los operadores han de comunicar (cfr. art. 108.4 RSU).

2.2. A los usuarios³³⁸.

2.2.1. Antes de contratar.

A) *Cautela sobre los datos personales.*

i) *Atención a quién, cuándo y para qué se facilitan datos personales.* La salvaguarda de los datos personales y bancarios es una de las principales medidas para prevenir el *slamming* o preselección fraudulenta (cambio de operador no consentido). Por ello, se ha de ser especialmente cauto sobre a quién y cuándo se facilitan datos personales y bancarios. Si se solicitan como condición para proporcionar información comercial, no deben aportarse tales datos y lo mejor es desistir de la solicitud de información. Probablemente, ante la negativa, el interesado dará la información sin necesidad de facilitar los datos.

ii) *Comunicación al operador de la modificación de datos personales.* El deber de comunicación de la modificación de los datos personales y muy especialmente del domicilio se suele imponer en los contratos de abono. Es especialmente relevante el deber de informar sobre cambios de domicilio a efectos de envío de facturas. Si no se comunican los cambios

³³⁸ Estas recomendaciones generales se han de entender sin perjuicio de otras recomendaciones más concretas expuestas en el Capítulo II, “Manual de Casos Prácticos”, a tenor de cada grupo específico de casos.

de domicilio, el usuario se puede encontrar con la acumulación de facturas con cargos indebidos, que pueden llevarle a ingresar en un registro de morosos, sin tener opción a ejercer las correspondientes acciones para la defensa de sus derechos.

B) Conservación de publicidad y otros elementos probatorios.

Como es conocido, la publicidad integra el contenido de los contratos, salvo que estos contengan disposiciones distintas más favorables para el usuario (art. 8 LGDCU). Si la conservación de la publicidad conforme a la que se contrata es recomendable en cualquier sector del consumo, con mayor razón lo es en el ámbito de las telecomunicaciones donde las múltiples y variadas ofertas se suceden y sustituyen vertiginosamente. A ello se une la tendencia generalizada de los operadores a no facilitar confirmación de la contratación realizada con lo que la publicidad se convierte en el único elemento probatorio del que dispone el usuario para acreditar las condiciones bajo las que ha contratado.

En general, el usuario ha de conservar todos los elementos que puedan servir en el futuro para acreditar sus pretensiones, tales como justificante de la solicitud de nueva conexión o de preselección y portabilidad del número, cartas o e-mail de bienvenida, albaranes de entrega de equipos y terminales y justificantes de cualquier incidencia, queja o reclamación.

2.2.2. Al contratar, exigir justificante de la contratación en soporte duradero.

La principal recomendación que cabe formular al usuario en esta fase es que requiera al operador para que envíe justificante en soporte duradero de la contratación efectuada. El usuario sólo puede conocer y ejercer adecuadamente sus derechos contractuales (ej. negativa a pagar cuotas no previstas o servicios no contratados, solicitud de baja en caso de modificación de condiciones contractuales...) y calcular las consecuencias de sus decisiones (ej. aplicación de cláusulas de penalización en caso de cambio de operador y

baja anticipada), si conoce las condiciones en las que se ha obligado. El envío en soporte duradero del justificante de la contratación efectuada es un mecanismo simple que sirve con eficacia a estos objetivos. Por ello y sin perjuicio del deber del operador de enviar tal soporte y de la carga de probar que ha cumplido con sus deberes en esta materia, el usuario ha de exigir el envío del justificante que contenga los datos de los contratantes, la fecha de la contratación y las condiciones contractuales en las que las partes se obligan.

El soporte duradero puede contenerse en formato papel enviado por correo ordinario o documento electrónico (ej. e-mail, SMS...).

El usuario ha de adoptar la cautela de exigir justificante en soporte duradero no sólo en el momento de contratar, sino en relación a cualquier gestión, reclamación o incidencia realizada a través del servicio de atención al cliente (ej. reclamación por error en la facturación, comunicación de avería o de interrupción del servicio, solicitud de baja...).

2.2.3. Durante la vigencia del contrato.

A) Atención a las facturas.

El usuario ha de ser especialmente cauto en la comprobación de las facturas que el operador ha de emitir y enviar periódicamente al abonado por correo ordinario, electrónico o poniéndola a su disposición a través de Internet.

La factura no es sólo el documento que permite al usuario comprobar si los servicios contratados se están facturando correctamente o no (ej. aplicación de tarifas contratadas, cumplimiento de ofertas y promociones, facturación de cuotas y consumos mínimos...etc.); reclamar en caso de facturación indebida y en su caso, impedir su ingreso en un registro de morosos por falta de pago. Es también el principal canal de comunicación entre el operador y el abonado. A través de la factura se requiere el consentimiento (tácito) para posibles cesiones de datos personales, en la factura se suele informar de la modificación de ofertas y en su caso, del derecho del usuario a darse de baja

anticipadamente de no aceptar la modificación; del derecho de desconexión de ciertos servicios o de los procedimientos para reclamar.

Por todo ello y pesar de la falacia mental que a veces se construyen los usuarios (“si no me envían la factura es que no me cobran el servicio”), el usuario ha de requerir el envío de la factura por cualquiera de los medios previstos contractualmente, si observa dilaciones o si transcurre el período de facturación sin recibir tal factura. Sólo así quedarán suficientemente garantizados sus derechos a recibir información sobre los servicios prestados y en su caso, el derecho a reclamar, si se observan irregularidades.

Por otra parte, la factura sirve comprobante del consumo telefónico medio durante los últimos tres meses, a efectos de determinar la compensación debida en casos de interrupción temporal del servicio telefónico (art. 115 RSU).

B) Actuación ante incumplimientos del operador.

Por mucho que el operador incurra en diversos supuestos de incumplimiento contractual del tipo facturación indebida, prestación de servicios que no se ajustan a las condiciones pactadas o cualquier otro tipo de incumplimiento (ej. demora en la activación del servicio, velocidad ADSL insuficiente, falta de cobertura...), no es recomendable que el usuario se niegue sin más a pagar las facturas emitidas por el operador, dando orden a su entidad bancaria de devolver las mismas. En función de cuál sea la voluntad del usuario, su actuación deberá ser una u otra:

- i) Si el abonado pretende mantener el contrato, a pesar del incumplimiento del operador, la actuación recomendable es pagar la factura y posteriormente, reclamar ante el propio operador y si ésta no resulta satisfecha, acudir a los cauces legalmente previstos (Administración de Consumo, Arbitraje de Consumo o SETSI). Por más que suene a claudicación ante los incumplimientos, esta recomendación evita males mayores (ej. acumulación de pagos indebidos, ingreso en registro de morosos, suspensión temporal o interrupción definitiva del servicio...).*

Desde esta perspectiva resulta imprudente, si no ingenua la actuación del usuario que ante la deficiente prestación del servicio decide dejar de pagar las facturas y “esperar una llamada para explicar los motivos y acordar con ellos la mejor forma posible de solución”³³⁹;

- ii) *Si el abonado opta por resolver el contrato, ha de comunicar su decisión al operador, exponiendo la razón que motiva la negativa al pago. La resolución motivada en el incumplimiento del contrato tendrá efectos inmediatos, absteniéndose las partes de reclamarse las obligaciones recíprocas derivadas del contrato que se generen con posterioridad a la fecha del requerimiento, “en tanto no se resuelva la reclamación por incumplimiento que debe formular el consumidor, conforme a los procedimientos previstos en el artículo 104” (art. 105.4.III RSU). A pesar de que la normativa sectorial resulta criticable en cuanto condiciona la decisión del usuario de resolver el contrato a la formulación de una reclamación, conforme a los procedimientos previstos en el artículo 104 RSU³⁴⁰, el usuario tendrá que reclamar si desea hacer valer su derecho a resolver el contrato e impedir su ingreso en un registro de morosos. Y todo ello, sin necesidad de acudir a la vía judicial³⁴¹.*

- C) *Actuación ante la emisión de facturas con las que el usuario no está de acuerdo.*

Por ser los motivos más frecuentes de reclamación, se distinguen entre dos supuestos de facturación indebida: facturación de servicios de acceso a Internet, llamadas internacionales y STA y facturación tras la solicitud de baja.

³³⁹ El texto entrecorillado corresponde a los argumentos esgrimidos por un usuario reclamante que ante la facturación de cargos con los que no estaba de acuerdo, da orden a su banco de no pagar las facturas, sin más reclamación o notificación al operador. Tras las reclamaciones de pago del operador así como de una empresa de gestión de cobros, acaba inscrito en un registro de morosos y con el servicio telefónico cortado.

³⁴⁰ V. Capítulo I, epgr. 5.4.2.

³⁴¹ Se hace esta aclaración porque en caso de que el usuario decidiera interponer una demanda civil, es más que probable que el juez hiciera valer la facultad resolutoria prevista en el art. 1124 CC, sin atenerse a lo dispuesto en la legislación sectorial.

- i) *Facturación de servicios de acceso a Internet, llamadas internacionales o servicios de tarificación adicional.*

En caso de que la factura telefónica con la que el usuario no está de acuerdo incluya la facturación de servicios de acceso a Internet, llamadas internacionales o servicios de tarificación adicional (803, 806, 807 y 907), cabe pedir el desglose de la factura y pagar sólo la parte correspondiente al servicio telefónico con la que se está de acuerdo, presentando una reclamación respecto al resto. Si además se quiere evitar la suspensión o interrupción de los servicios cuestionados (ej. STA), cabe la consignación fehaciente del importe adeudado. No obstante, como se puso de manifiesto en el apartado dedicado a esta cuestión, tal consignación tiene escasa virtualidad práctica porque ni los operadores ni los órganos de resolución de conflictos disponen de mecanismos para facilitar tal consignación.

En resumen, ante la facturación de cargos que el usuario considera improcedentes, derivados de los servicios indicados, cabe seguir el siguiente procedimiento:

1º) Dar orden al banco en el que se ha domiciliado el pago de devolver el recibo íntegro, si éste no estuviera adecuadamente desglosado;

2º) Comunicar el problema al operador y solicitar el fraccionamiento de la factura, indicando los datos identificativos de la misma (titular de la línea, NIF, número y fecha de factura), cuantía total de la factura y cargos de números de acceso a Internet, llamadas internacionales o tarificación adicional con los que no se está de acuerdo. El operador debe informar de si el cargo fraccionado va a ser pasado por el Banco, si el pago está domiciliado y si no es así, se ha solicitar el número de cuenta del Operador o de dirección de oficina más próxima para realizar la transferencia.

Además del desglose de la factura, se ha de solicitar información sobre el operador titular de los números de tarificación adicional y el prestador de los servicios de tarificación adicional, si no aparecen identificados en la factura;

3º) Como para cualquier otra reclamación, si la comunicación es telefónica, se ha de solicitar el número de incidencia, el nombre de la persona que atiende y la confirmación escrita de la reclamación, con indicación de la fecha y hora, que ha de ser enviada al domicilio del usuario.

Si la comunicación es escrita, conviene su envío por Burofax, Correo Certificado con acuse de recibo, entrega en la oficina del operador con devolución de copia sellada o envío por vía telemática con firma electrónica reconocida;

4º) Recibida la factura desglosada, realizar una transferencia al Operador para pagar el importe de las llamadas con las que se está conforme (todas aquellas que NO se corresponde con números de acceso a Internet, llamadas internacionales y servicios de tarificación adicional) y enviar al operador el justificante de este pago. De esta forma, se impide la suspensión o interrupción del servicio telefónico y la inclusión del usuario en registro de morosos;

5º) Formular una reclamación formal ante Junta Arbitral de Consumo; ante la SETSI (solicitud de anulación de los cargos con los que no se está de acuerdo) o ante los Servicios de Consumo de la CCAA;

6º) Si se considera que se ha sido víctima de un timo o estafa, se han de denunciar los hechos ante los cuerpos de Seguridad del Estado.

ii) Facturación tras la solicitud de baja.

Si lo que motiva la facturación indebida es la solicitud no atendida de baja, el usuario puede negarse a pagar las facturas por servicios prestados a partir de los quince días desde la solicitud de baja, asegurándose en todo caso de que ésta se ha realizado por el procedimiento previsto contractualmente y de que dispone de justificante que acredite la fecha de recepción de tal solicitud.

2.2.4. Al reclamar.

A) *El operador, primer destinatario de la reclamación.*

La Administración de Consumo no ha de ser utilizada como “gestor”, que tramita reclamaciones en nombre de los usuarios, ni como un “notario” o “testigo cualificado” que da fe de las reclamaciones presentadas por los usuarios ante los operadores. Por ello, antes de acudir a la Administración, el usuario ha de dirigir sus reclamaciones o solicitudes (ej. baja, subsanación de errores de facturación...) al propio operador y por los medios previstos en el contrato o en su defecto, por medio que permita acreditar su recepción por el operador. Sólo si éste no responde o no satisface adecuadamente la pretensión, quedarán abiertos otros procedimientos de reclamación. De otro modo, la Administración podría desestimar la reclamación.

No obstante, no cabe ignorar que en gran medida son los propios operadores los responsables de esta forma de actuar de los usuarios. Las deficiencias de los Servicios de Atención al Cliente, hacen que, a menudo, resulten infructuosos los intentos del cliente por presentar la reclamación ante el propio operador.

La reclamación ante el operador se debe formular a través del servicio de atención al cliente y por la vía prevista contractualmente (reclamación telefónica, por fax, burofax, correo certificado con acuse de recibo o correo electrónico). En caso de que la reclamación se presente por vía telefónica, se ha de insistir aquí en la importancia de solicitar número de incidencia y el envío de justificante escrito de la reclamación formulada con indicación de fecha, hora y motivo de la reclamación. El usuario ha de adoptar la cautela de exigir justificante en soporte duradero no sólo en el momento de contratar, sino en relación a cualquier gestión, reclamación o incidencia realizada a través del SAC (ej. reclamación por error en la facturación, comunicación de avería o de interrupción del servicio, solicitud de baja...).

Por ser la vía telefónica el medio habitual de comunicación entre operador y usuario, la exigencia de justificante en soporte duradero de todas las gestiones realizadas ante el operador puede ralentizar –los ya lentos- procesos de gestión de incidencias por los operadores. Pero, dada la situación actual, en el conflicto entre rapidez y seguridad, ha de primar la seguridad del usuario. Quizás, si en el futuro los operadores hacen un esfuerzo por mejorar sus servicios de atención al cliente, deba prevalecer la rapidez, de modo que no sea preciso exigir justificante en soporte duradero y el usuario pueda acreditar la realización de cualquier gestión y hacer un adecuado seguimiento de la misma mediante el número de incidencia facilitado por el operador. En tanto esto ocurra, se ha de recomendar a los usuarios que soliciten el número de incidencia y exijan justificante en soporte duradero de todas las gestiones realizadas ante el operador.

B) Forma y contenido de la reclamación.

i) Claridad y concreción de la reclamación. La claridad y concreción de las reclamaciones no son características incompatibles con la flexibilidad y ausencia de formalismos exigibles a cualquier procedimiento de resolución de conflictos de consumo. Cualquiera que sea el mecanismo de reclamación -ante el propio operador, ante la Administración de Consumo, Junta Arbitral o SETSI-, el usuario ha de ser especialmente cauto al aportar sus datos, los del reclamado y los de la contratación efectuada. Se ha de acompañar de una exposición clara y sucinta de los hechos y sobre todo, se ha de dejar clara y concreta constancia de la pretensión.

La reclamación no puede quedar formulada como mera manifestación del “derecho al pataleo” o queja genérica sobre el tratamiento recibido o el funcionamiento del servicio. Se ha concretar qué se pide al operador y qué es lo que se solicita del órgano actuante (que inicie la mediación, que envíe a arbitraje, que inicie el procedimiento sancionador y en su caso, se pronuncie

sobre la restitución de lo indebido y la indemnización de los daños asociados ...)³⁴².

No es necesario que la reclamación sea extensa, no por ello va a ser mejor atendida.

La formulación de la reclamación según los criterios expuestos no sólo permite una actuación administrativa más ágil y eficaz, también coadyuva a eliminar falsas expectativas, pues, siendo consciente de qué es lo que el usuario demanda, la Administración podrá informar más adecuadamente sobre sus potestades y en su caso, sobre los límites de su intervención (ej. a través de la mediación de consumo, la Administración autonómica no puede obligar al operador a indemnizar los daños ocasionados, ello sólo procederá si se inicia el correspondiente expediente sancionador y el usuario solicita expresamente la reparación).

ii) Aportación de todos los elementos de prueba a su alcance. Aunque no se trata de un proceso judicial, sí facilita la actuación del órgano que resuelve el conflicto la aportación de todos los elementos probatorios a disposición del usuario: folletos publicitarios, anuncios, justificante de la contratación, facturas, tickets de compra, albaranes de entrega, resguardos de depósito de terminal para su reparación, copia de la solicitud de baja enviada al operador por medio que permita acreditar fehacientemente su recepción...

A estos efectos, una vez más se ha de insistir en la importancia de que el usuario sea especialmente cauto en la conservación de todos los documentos referentes a la contratación. Cautela que se ha de prolongar desde la fase precontractual (publicidad en soporte papel, gráfico, electrónico o de otro tipo) hasta la extinción del contrato por cualquiera de los supuestos previstos legal o contractualmente.

³⁴² A estos efectos, resulta loable la práctica de algunas Delegaciones de Consumo de la Consejería de Sanidad de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha en las que es el propio funcionario responsable de recibir las reclamaciones, quien rellena un formulario que recoge de forma clara y sucinta los datos del reclamante, del reclamado, los hechos que motivan la reclamación y finalmente, la petición formulada.

C) *Reclamar para mejorar.*

Por mucho que se haya asentado en la conciencia social la convicción de que el sector de las telecomunicaciones es un “sector sin ley”, que los operadores “abusan impunemente de los clientes” y que la Administración “tolera” los abusos, en ningún caso, el usuario ha de hacer dejación de sus derechos y renunciar gratuitamente a su derecho a reclamar.

Desde la perspectiva del interés general, la reclamación es la única vía para hacer constar estadísticamente el elevado número de conflictos³⁴³ y correlativamente, incentivar la adopción de medidas por las Administraciones competentes y los propios operadores tendentes a eliminar las deficiencias y mejorar la calidad del sistema en su conjunto.

Desde el punto de vista del interés particular, resulta sorprendente el elevado número de expedientes de reclamación presentados ante la Administración de Consumo que acaban resolviéndose satisfactoriamente para el usuario. Los motivos que explican este hecho son diversos: existía un “error comercial, informático o de gestión” (ej. en casos de altas no consentidas, facturación indebida, solicitudes de baja no atendidas...), que el operador sólo se toma la molestia de comprobar y subsanar cuando recibe el requerimiento administrativo de información y no antes, cuando el usuario ha reclamado reiterada e infructuosamente ante el Servicio de Atención al Cliente; la fuerza intimidatorio de la Administración y el ánimo de cualquier empresa, especialmente de los establecimientos distribuidores de equipos y terminales de evitar cualquier conflicto y muy particularmente, cualquier comportamiento

³⁴³ Ciertamente, como ponen de manifiesto los operadores y ya se ha comentado en el apartado de conclusiones, el número de conflictos en el sector no ha de ser cuantificado en términos absolutos, sino en términos relativos. Es normal que el mayor número de reclamaciones y quejas de los usuarios se registre en un sector en el que, según los últimos datos de la SETSI, el volumen de contratación asciende a 80 millones y el número de reclamaciones, con ser elevado representa un 0,015%, es decir, 1,5 de cada 10.000 clientes. Pero no es menos cierto, que el análisis de los casos concretos recogidos en los expedientes de reclamación revela que el conflicto procede del incumplimiento de las más elementales normas en materia de contratación y en particular, en materia de protección de los usuarios (ej. falta de entrega del contrato, imposición de servicios nunca contratados, modificación unilateral y no comunicada de condiciones contractuales...). Tales prácticas no constituyen fenómenos aislados sino que se encuentran asentadas en el sector, hasta el punto de que algunos operadores las incluyen como parte de su “política o práctica de empresa”.

que pueda dar lugar a la incoación de un procedimiento sancionador; o simplemente, el afán de toda empresa de mejorar sus servicios y reducir los conflictos bajo la vieja máxima de que “el cliente siempre tiene razón”, que en el sector de las telecomunicaciones se presenta bajo la forma del “detalle comercial” o “garantía del servicio”.

Todo ello, obliga a recomendar al usuario que en todos aquellos casos en los que observe que su operador de servicios de telecomunicaciones vulnera sus derechos, presente la correspondiente reclamación por cualquiera de los cauces previstos para ello: en primer lugar, ante el Servicio de Atención al Cliente del Operador y en caso de no obtener respuesta satisfactoria, ante la Administración de Consumo o en su caso, ante la Junta Arbitral competente o ante la SETSI.

2.3. A los operadores

2.3.1. Mejorar la atención al cliente.

A lo largo de este estudio se ha puesto de manifiesto en reiteradas ocasiones, las carencias de los servicios de atención al cliente. Tales carencias desprestigian la imagen comercial de los operadores, agravan las consecuencias de incidencias que podrían resolverse sin grandes esfuerzos y generan la insatisfacción de los usuarios, que a menudo manifiestan sentirse “engañados y estafados”. Por ello, no es necesario desarrollar demasiadas argumentaciones para recomendar a los operadores la adopción de un plan general de mejora de sus servicios de atención al cliente, incidiendo especialmente en los siguientes aspectos:

- *Atención personalizada.* Nada hay más frustrante para el usuario que pretende formular una reclamación que enfrentarse a un contestador automático que le propone una serie de alternativas cerradas en las que, a

menudo, resulta difícil encajar la reclamación concreta y que frecuentemente obliga a pasar largos ratos pegado al teléfono³⁴⁴.

- *Mejorar la formación* técnica y comercial del personal de atención al cliente;
- *Mejorar la información facilitada.* A través de una información completa y veraz se tutelan los derechos de los usuarios y se garantizan los tratamientos no discriminatorios, evitándose una práctica que parece estar asentada entre los operadores que es la del pro reclamante mediante “gestos comerciales”, “atención especial...”. Son muchos los casos en los que formalmente se declara que el cliente no tiene razón (ej. no estaba en vigor la promoción que el cliente creía haber contratado; existía la cláusula de permanencia que el usuario decía desconocer...) y a pesar de ello “como gesto comercial” se estima la reclamación. Es preferible que la información sea completa y veraz para que se reduzca el número de reclamaciones y sólo se reclame cuando realmente existe una causa justificada.

344

Por su tono irónico y cómico, pero sobre todo por lo ilustrativo de su contenido, se reproduce parte de una carta publicada el 20 de octubre de 2004 en un periódico regional, *La Voz de Galicia* e incorporada a uno de los expedientes de reclamación por sentirse el reclamante profundamente identificado con el contenido de la misma. La carta titula “El enfado de un usuario telefónico”, dice así: “En el pasado mes de agosto mi compañía X me pasa el recibo mensual. A los pocos días me pasa un nuevo recibo de 11,69 euros. No se me ocurre otra cosa mejor que llamar a la citada compañía X para preguntar a qué se debe tal recibo. Ahí empieza el calvario. Musiquita correspondiente y: ‘Si es cliente, pulse 1, si no lo es, pulse 2. Si es empresa, pulse 1, si s particular, pulse 2. Si quiere en gallego, pulse 1, en castellano, pulse 2. Si quiere información, pulse 1, si es consulta de abonado, pulse 2. Espere, por favor... Nuestros operadores están ocupados, espere, por favor...’. Más musiquita y así hasta 22 minutos. Desesperante. Cuelgo y vuelvo a marcar y pulso 1, porque soy cliente y pulso 1 porque soy una empresa. Y, ¡Sorpresa!, al momento me cogen el teléfono. Después de jurar en arameo, me explican lo del recibo. Pero uno, que ya estaba muy enfadado, da orden a su banco de devolver el recibo para esperar a su reclamación.

Han tenido que pasar dos meses para que se pusieran en contacto conmigo. Días pasados recibo una llamada a mi móvil: ‘Buenos días, le hablo de la compañía X...’. Uno, que ya llevaba tiempo esperando la llamada, contesta: ‘Si quiere que le hable gallego, pulse 1, si castellano, pulse 2, y a continuación, si usted es rubia, pulse 1, si es morena, pulse 2’. La señorita: ‘Oiga, por favor, ¿me deja hablar?’. Continúo: ‘Si es tema de mi empresa, pulse 1, si es particular, pulse 2. Si en su ciudad llueve, pulse 1; si hace sol, pulse 2’. La señorita: ‘Por favor, ¿me deja que le explique?’. Y yo: ‘Espere, por favor’ y como estaba en la calle y no podía ponerle musiquita, tuve que tararearle la Rianxeira y a continuación ‘espere, por favor’.

Lógicamente no aguantó los 22 minutos y sigo esperando otra llamada. Desde luego no pienso pagar los 11,96 euros hasta que les agote los 22 minutos que a mí me hicieron esperar, porque mi tiempo es tan valioso como el del señor X”. Juan Otero.

- *Implantar un sistema de gestión unitaria o centralizada del servicio de atención al cliente, mediante la asignación de un número único de incidencia.* La asignación de un número de incidencia permite un seguimiento de la reclamación, maximiza la eficiencia de la gestión y evita reiteración de actuaciones, pues la incidencia no se cierra hasta que no se soluciona³⁴⁵.

Esta demanda de gestión unitaria ha de hacerse extensiva no sólo al servicio de atención al cliente, sino también a otras áreas o departamentos de la empresa. La separación o independencia de departamentos, áreas o servicios como “gestión técnica”/ “gestión comercial”; “reclamaciones/quejas/otras incidencias”; “adquisición de bienes o servicios/prestación de servicios”; “facturación/otras incidencias”...ha de afectar única y exclusivamente a la organización interna de la empresa, pero nunca ha de trascender en sus relaciones con el cliente. Esta separación convencional ocasiona pérdidas de tiempo, impide el seguimiento unitario de la reclamación y en general, además de “marear” al usuario, repercute negativamente en la prestación del servicio y deteriora la imagen de la empresa.

2.3.2. Entregar justificante de la contratación.

Dada la situación actual del sector y la tendencia generalizada de los operadores a no facilitar justificante de la contratación efectuada, se ha de afirmar lo obvio. Y es que, a pesar de la validez del contrato celebrado telefónicamente, la entrega de justificante de la contratación es una medida de protección de los consumidores y usuarios. Tratándose, como es el caso, de contratación bajo condiciones generales y en la mayoría de las ocasiones celebrada por vía electrónica o telefónica, el operador ha de enviar justificante de la contratación efectuada en soporte duradero. De no cumplir tales deberes, incurre en infracción administrativa por incumplimiento de las disposiciones en

³⁴⁵ En alguno de los expedientes de reclamación se constata que una misma reclamación sobre los mismos hechos (facturación indebida de servicio ADSL) da lugar a tres números de incidencia distintos.

materia de contratación a distancia y las condiciones generales de la contratación no facilitadas al usuario no quedan incorporadas.

Resulta incomprensible que lo que en otros sectores del tráfico es una práctica habitual (ej. seguros, contratos bancarios, suministro de gas o electricidad...), en el ámbito de las telecomunicaciones se haya convertido en una meta por alcanzar. Paradójicamente, antes de la liberalización los usuarios sí conocían las condiciones en las que se obligaban mediante la publicación en las guías telefónicas del Reglamento de prestación del servicio telefónico por *Telefónica de España*.

El envío de justificante de la contratación en soporte duradero es una medida fácil de adoptar, que sin excesivo coste para el operador incrementaría notablemente el nivel de seguridad y protección del usuario y disminuiría el número de reclamaciones.

2.4. A la Administración.

2.4.1. Filtrado de reclamaciones.

Sin olvidar la ausencia de formalismos y flexibilidad que ha de caracterizar al procedimiento de actuación de la Administración de Consumo, a efectos de maximizar su eficiencia, cabe recomendar el establecimiento de un procedimiento sencillo para el filtrado de las reclamaciones. Repercute negativamente en el sistema la admisión de reclamaciones manifiestamente improcedentes que consumen recursos públicos (humanos y materiales), impidiendo una mejor atención de las reclamaciones realmente fundadas.

No se defiende aquí un filtro basado en la cuantía de la reclamación, pues por mínima que ésta resulte, acumulada y multiplicada por millones de usuarios puede generar a los operadores ingresos indebidos millonarios. Precisamente, por la escasa cuantía de la reclamación, el usuario acudirá a la mediación

administrativa o en su caso, al arbitraje de consumo y no a otras vías de resolución de conflictos. Además, también ante pequeñas cuantías el operador está dispuesto a reclamar y amenaza con incluir en registro de morosos. Con todo, sería deseable la fijación de algún límite cuantitativo. Resulta desproporcionado y a largo plazo repercute negativamente en la eficacia general del sistema invertir recursos públicos en la resolución de reclamaciones cuya cuantía asciende a 1,16 €, 0,34 € o incluso a 0,10 €³⁴⁶.

Tampoco se defiende un filtro basado en la corrección formal de la solicitud, pues el procedimiento de resolución de conflictos por la Administración de Consumo ha de estar abierto a todos los usuarios, -formados y no formados- y todavía son muchos los usuarios cuyo nivel de formación no les permite expresar con toda claridad su reclamación. Tendrá que ser la propia Administración quien asesore y guíe la formulación de ésta.

Lo que se está defendiendo es que se evite la instrumentalización de la Administración de Consumo para la satisfacción de intereses o realización de gestiones que no suscitan auténticos conflictos de consumo. Por ejemplo, en ocasiones los usuarios solicitan una especie de intervención cautelar, acudiendo a la Administración para “evitar futuras reclamaciones”, a modo de “notario” ante el que comunican la decisión de causar baja o la reclamación que han dirigido contra el operador, sin esperar a que éste se pronuncie, de modo que cuando la Administración requiere al operador para que envíe las alegaciones oportunas se encuentra con que la reclamación ya ha sido satisfecha, la baja tramitada o el número portado. En estas ocasiones, la maquinaria administrativa se ha puesto inútilmente en marcha con el correspondiente gasto de recursos públicos que podrían dedicarse a la atención de otras reclamaciones fundadas.

³⁴⁶ Estas cuantías no son meros ejemplos puestos por la autora, sino que han motivado conflictos ante los Servicios de Consumo de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, cuya solución se remitió en los dos primeros casos al sistema arbitral de consumo y en el tercero, se resolvió por vía amistosa.

2.4.2. Control de la competencia funcional: reclamaciones de consumo versus denuncias por el mal funcionamiento de los servicios de telecomunicaciones.

No corresponde aquí reiterar las complejas reflexiones sobre la distribución de competencias entre la Administración de Consumo y la Administración de Telecomunicaciones, ya expuestas en el Capítulo III de este estudio. Lo que se pretende es llamar la atención de la Administración Autonómica de Consumo sobre la necesidad de extremar las cautelas sobre su propia competencia y encontrar un ámbito en el que su actuación no resulte discutida. Por una parte, la extralimitación supone un despilfarro impropio de recursos públicos y convierte en ineficaz la acción administrativa, que puede verse anulada en sede judicial (por ejemplo, resultan inútiles los inicios de procedimientos sancionadores por incumplimiento de obligaciones de servicio universal); por otra parte, la inactividad constituye una dejación del ejercicio de funciones públicas atribuidas por la Constitución y el Estatuto de Autonomía, que provocan la desconfianza de los ciudadanos y el descrédito de las instituciones públicas (ej. constituye una forma de inactividad negarse a la resolución de reclamaciones de consumo derivadas de la prestación de servicios de telecomunicaciones alegando incompetencia).

Consciente de la dificultad de buscar un punto óptimo de equilibrio, la Administración de Consumo debe ser especialmente diligente al intervenir. Algunos de los expedientes analizados y en ciertos casos, tramitados por la Administración como reclamaciones de consumo no dan lugar a dudas. Son denuncias por el mal funcionamiento de los servicios de telecomunicaciones y muy particularmente, del servicio universal. En estos casos, la actuación de la Administración autonómica ha de limitarse a remitir el expediente al Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, para que tome las medidas adecuadas y en su caso, imponga la sanción correspondiente. Eliminando cualquier dato que permita identificar al denunciante o a la Delegación actuante, reproducimos un caso concreto que puede servir como modelo:

Visitante de pequeña población denuncia que en la población en la que habitualmente viven tres personas y esporádicamente visitan hasta 10 más (la mayoría entre 50 y 70 años), sólo existe un teléfono fijo en el domicilio de los ancianos habitantes que ponen a disposición del público facturando por “pasos”. Durante su estancia en la población, el teléfono estuvo averiado. Desde otros lugares, se avisó a Telefónica y los técnicos no repararon. No hay cobertura de móvil y al municipio se accede a través de 13 kms. de caminos forestales. Denuncia ante la Dirección General de Consumo el grave riesgo al que estuvieron expuestos los vecinos y visitantes por la situación de incomunicación ante eventuales enfermedades graves o incendios. El operador niega la legitimidad del denunciante para presentar la reclamación por no ser el titular de la línea averiada. El Servicio de Consumo de la Delegación Provincial decide enviar a asesoría jurídica para que en su caso, inicie el expediente sancionador.

En este supuesto, no hay lugar a la discusión sobre la competencia funcional de la Administración de Consumo. No es un problema de consumo, sino del funcionamiento del servicio universal de telecomunicaciones. Dadas las características del municipio, todo parece indicar que el operador obligado a prestar el servicio universal debería instalar un teléfono público, no basta con la existencia del teléfono privado de uso público (art. 32.1.III RSU). En cualquier caso, es el Ministerio de Industria, Turismo y Comercio quien ha de garantizar el cumplimiento de las obligaciones de servicio público y a él le corresponde intervenir. La Administración de Consumo debería haberse limitado a enviar la denuncia a la Administración Estatal.

2.4.3. Mayor cautela en la persecución de infracciones de la legislación general de defensa de consumidores y usuarios.

Como se argumentó en el Capítulo III, resulta indiscutible la competencia de la Administración autonómica para sancionar a los operadores de redes y servicios de telecomunicaciones por las infracciones de la normativa general de defensa de los consumidores y usuarios no tipificadas como infracciones de

telecomunicaciones. Son numerosas las infracciones de la legislación de garantías en la venta de bienes de consumo (venta de equipos defectuosos que impiden el acceso a los servicios y obligan al usuario a solicitar la baja); de la regulación de la contratación a distancia (falta de entrega del justificante de la contratación efectuada, obstaculización del derecho de desistimiento...) y de la normativa sobre publicidad (publicidad engañosa sobre precios, vigencia y condiciones de promociones, abono de consumos mínimos y cuotas fijas...), entre otras. Por ello, cabe demandar una intervención más activa de la Administración de consumo en la vigilancia, control y sanción de este tipo de comportamientos.

2.4.4. Mayor cooperación entre Administraciones.

Dados los complejos problemas de atribución de competencias entre Administración de Consumo, Administración sectorial de telecomunicaciones y otras Administraciones, cabe demandar de todas ellas una mayor cooperación en aras del principio de lealtad entre Administraciones que ha de inspirar la actuación de la Administración Pública en defensa de los intereses generales. De un lado, la Administración de Consumo ha de adoptar la práctica de enviar a la Administración sectorial competente, - MITC, SETSI, CMT o Agencia de Protección de Datos- todas aquellas denuncias y reclamaciones referentes a problemas de su competencia exclusiva (cumplimiento obligaciones de servicio universal, problemas de portabilidad del número, falta de cobertura, incumplimiento de las normas sobre protección de datos...). Por otra parte, también la Administración sectorial y en particular, la SETSI ha de ser más receptiva hacia los expedientes remitidos por los Servicios autonómicos de consumo en aquellos casos en los que la mediación ha fracasado. Resulta contrario al principio de lealtad y cooperación entre Administraciones rechazar tales expedientes basándose en el incumplimiento de requisitos puramente formales y fácilmente subsanables (ej. falta el consentimiento del abonado o transcurso de los plazos previstos por la legislación sectorial para reclamar ante la SETSI a consecuencia del intento de mediación administrativa).

La aptitud de estrecha cooperación entre las diversas Administraciones competentes es la única vía para superar los conflictos competenciales derivados de la concurrencia de títulos como telecomunicaciones y consumo, así como el único instrumento para evitar las frecuentes situaciones de impunidad de los comportamientos de los operadores de telecomunicaciones y garantizar la adecuada tutela a los derechos de los consumidores y usuarios.

Junio 2007

ABREVIATURAS

AEPD	Agencia Española de Protección de Datos
AN	Audiencia Nacional
AP	Audiencia Provincial
Cap.	Capítulo
CDGAE	Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos
CGC	Condiciones Generales de la Contratación
CMT	Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones
CSSTA	Comisión de Supervisión de Servicios de Tarificación Adicional
DA	Disposición Adicional
DT	Disposición Transitoria
Epgr.	Epígrafe
INC	Instituto Nacional de Consumo
JCCM	Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha
LCGC	Ley 7/1998, de Condiciones Generales de la Contratación
LGDCU	Ley 26/1984, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios
LGTel	Ley 32/2003, General de Telecomunicaciones
LMPCU	Ley 44/2006, de Mejora de la Protección de Consumidores y Usuarios
LOCM	Ley 7/1996, de Ordenación del Comercio Minorista
LOPD	Ley Orgánica 15/1999, de Protección de Datos de Carácter Personal
LSSI	Ley 34/2002, de Servicios de la Sociedad de la Información y Comercio Electrónico
MITC	Ministerio de Industria, Turismo y Comercio
RJ Az.	Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi
RSU	RD 424/2005, Reglamento del Servicio Universal y protección de los usuarios
SAC	Servicios de Atención al Cliente

SETSI	Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información
SSAP	Sentencias de Audiencia Provincial
STA	Servicios de Tarificación Adicional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TRAC	Telefonía Rural de Acceso Celular

BIBLIOGRAFÍA

ALVAREZ OLALLA, P., "Disposición Adicional.1ª.Seis: Disp. Dic. 1ª.1.2ª LGDCU" en RODRIGO BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Coord), *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*. Aranzadi, 1999, págs. 849-888

ARPÓN DE MENDÍVIL, CARRASCO PERERA, CRESPO, "La Administración de las Telecomunicaciones" en ARPÓN DE MENDÍVIL Y CARRASCO PERERA (Direct), *Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones*. Aranzadi, 1999, págs. 799-886

CARRASCO PERERA (Director), *El Derecho de Consumo en España: Presente y Futuro*. Instituto Nacional de Consumo, 2002

CARRASCO PERERA, A., "Sociedad de la información, telecomunicaciones y protección del consumidor como títulos competenciales" en CARRASCO PERERA, A. (Coord.), *Estudios sobre telecomunicaciones y Derecho de Consumo*, Thomson-Aranzadi, 2005, págs. 29-84

CARRASCO PERERA, A., "Tres dudas sobre la Ley de Venta y Garantías de productos de consumo". Mayo de 2005, (<http://www.uclm.es/cesco/>).

CARRASCO PERERA, ARROYO JIMÉNEZ, MENDOZA LOSANA, "Impacto de la evolución de la liberalización de las telecomunicaciones en la protección del consumidor", en CARRASCO PERERA (Coord.), *Estudios sobre Telecomunicaciones y Derecho de Consumo*. Thomson-Aranzadi, 2005, págs. 185-229.

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.

CARRASCO PERERA, A Y MENDOZA LOSANA, A.I., "La protección de los consumidores y usuarios en el nuevo régimen jurídico del mercado de las telecomunicaciones: estudio comparativo de las leyes 32/2003 y 11/1998" en CARRASCO PERERA (Coord), *Estudios sobre Telecomunicaciones y Derecho de Consumo*. Thomson-Aranzadi, 2005, págs. 85-184.

CARRASCO PERERA, A Y MENDOZA LOSANA, A.I., "Notas y Comentarios al Proyecto de Decreto de Protección de los Derechos de los Consumidores y Usuarios en materia de telefonía móvil" en CARRASCO PERERA (Coord.), *Estudios sobre Telecomunicaciones y Derecho de Consumo*. Thomson-Aranzadi, 2005, págs. 231-263

CARRASCO PERERA, MENDOZA LOSANA, IGARTURA, “Los derechos de los usuarios de las telecomunicaciones” en ARPÓN DE MENDÍVIL Y CARRASCO PERERA, *Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones*. Aranzadi, 1999, págs. 603-692

CORDERO LOBATO, E., “La liquidación de daños entre particulares en el procedimiento administrativo”. *Working Paper* nº 132. Barcelona, abril 2003 (www.indret.com)

CORDERO LOBATO, E., “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>]

ERDOZÁIN LÓPEZ, J.C., “Firma electrónica. Aspectos procesales: valor probatorio. Modelos de responsabilidad de los prestadores de servicios de certificación, *Aranzadi Civil*, núm. 1/2003 (2003) (BIB 2003\237).

GARCIA DE ENTERRÍA, *Curso de Derecho Administrativo*. Civitas, 5ª Edic, 1998.

GONZÁLEZ CARRASCO, C., *Informe sobre contratación de línea de telefonía móvil por menores con deficiencias psíquicas*. Mayo, 2006. http://www.uclm.es/cesco/investigacion_06.asp

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

MARIN LÓPEZ, M.J., *Las garantías en la venta de bienes de consumo en la Unión Europea: la Directiva 1999/44/CE y su incorporación a los Estados Miembros*. Instituto Nacional de Consumo. Octubre, 2004

MARÍN LÓPEZ, M.J., “Los derechos del consumidor en la Ley 23/2003, de 10 de julio, de garantías en la venta de bienes de consumo”. Noviembre 2006 (http://www.uclm.es/cesco/investigacion_06.asp)

MARTÍN BRICEÑO M. R. , “La protección de los intereses del consumidor a través de la forma del contrato”, *Aranzadi Civil* núm. 6, 2001, (BIB 2001,500).

MENDOZA LOSANA, A.I., “Servicios telefónicos de tarificación adicional: luces y sombras de la nueva regulación”, *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas tecnologías*, Nº. 8, 2005, pags. 73-99.

MENDOZA LOSANA, A.I., “Nuevas iniciativas para facilitar la competencia en el acceso al usuario final (bucle de abonado). Un estudio a raíz del artículo 2 del RD-Ley 7/2000, de 23 de junio, de Medidas Urgentes en el Sector de las Telecomunicaciones”, *Revista Española de Derecho de las Telecomunicaciones e Infraestructuras de Red (REDETI)*, Febrero 2001, núm. 10 (págs. 119-143)

MENDOZA LOSANA, A.I., "Servicios Telefónicos de Tarificación Adicional: motivos para la modificación de la normativa" en CARRASCO PERERA (Coord.), *Estudios sobre Telecomunicaciones y Derecho de Consumo*. Thomson-Aranzadi, 2005, págs. 307-347

MENDOZA LOSANA, A.I., "El nuevo Reglamento del Servicio Universal de Telecomunicaciones" en CARRASCO PERERA (Coord.), *Estudios sobre Telecomunicaciones y Derecho de Consumo*. Thomson-Aranzadi, 2005, págs. 265-306

PASQUAU LIAÑO, "Artículo 47" en *Comentarios a la Ley de Ordenación del Comercio Minorista*, Universidad San Pablo CEU, Edit. Civitas. Madrid, 1997

PEÑA LOPEZ, Sección 5ª. "Actividades de Promoción de Ventas y Modalidades de Venta" en BUSTO LAGO, J.M (Coord.), *Reclamaciones de Consumo. Derecho de Consumo desde la Perspectiva del Consumidor*. Aranzadi, 2006, págs. 211-340.

PÉREZ CONESA, "Contratación electrónica (contratación celebrada por medios telemáticos)", *Aranzadi Civil*, núm. 20/2001 (2002) (BIB 2002,21).

REBOLLO-PUIG, "Artículo 36" en BERCOVITZ R. Y SALAS J., *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*. Civitas, 1992, págs. 998-1000

SÁNCHEZ ARISTI, R., *Estudio sobre la validez o abusividad de las cláusulas de limitación temporal de validez de las tarjetas prepago de telefonía móvil*, Noviembre 2002 (www.uclm.es/cesco/).