

**SERVICIOS TELEFÓNICOS DE TARIFICACIÓN ADICIONAL:
MOTIVOS PARA LA MODIFICACIÓN DE LA NORMATIVA**

**-Respuesta a consulta planteada por la Consejería de Sanidad de la Junta de
Comunidades de Castilla-La Mancha-**

Ana I. Mendoza Losana

Centro de Estudios de Consumo.

Universidad de Castilla-La Mancha

-SUMARIO-

INTRODUCCIÓN

**I. POSIBILIDAD LEGAL DE EFECTUAR LA SUSPENSIÓN TEMPORAL
O PROVISIONAL DE LOS STA**

1. Suspensión individualizada.

- 1.1. Código de Conducta.
- 1.2. Ley de Servicios de la Sociedad de la Información.
- 1.3. Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios y normas autonómicas de consumo.
 - 1.3.1. *La suspensión como medida de policía.*
 - 1.3.2. *La suspensión como sanción.*

1.4. La Ley de Ordenación del Comercio Minorista.

- 1.4.1. *Ventas a distancia (arts. 38 a 48 LOCM).*
- 1.4.2. *Ventas con obsequio (artículo 32.3 LOCM).*

2. Suspensión generalizada.

3. Conclusiones.

**II. SISTEMA DE ACCESO DE LOS USUARIOS: RAZONES PARA EL
CAMBIO.**

1. Normativa sectorial.

- 1.1. Antecedentes históricos
- 1.2. La Orden PRE/361/2002 o la reducción de la protección del usuario
 - 1.2.1. *Proliferación de timos y fraudes*
 - 1.2.2. *Acceso inconsciente o irreflexivo a STA.*
 - 1.2.3. *Deficiencias en la protección de la juventud, la infancia y otros colectivos especialmente vulnerables.*
 - a) *Servicios para adultos.*
 - b) *Servicios destinados a la infancia y juventud*

- c) *Otros colectivos.*
- d) *Servicios a través de Internet.*

1.2.4. *Discrecionalidad en la configuración del derecho de desconexión.*

1.2.5. *Falta de información sobre el derecho de desconexión.*

1.3. La Ley General de Telecomunicaciones como posible obstáculo al sistema *opt-in*.

1.3.1. *El artículo 38.2,d)*

1.3.2. *La exigencia de interoperabilidad de los servicios*

1.4. El sistema *opt-in* como instrumento de control del gasto telefónico.

2. Normativa general.

2.1. El sistema *opt-in* como medida de protección de la validez del contrato.

2.2. *Normas sobre comunicaciones comerciales y publicidad no deseada.*

2.3. Normas reguladoras de ventas a distancia y fuera de establecimiento mercantil

2.4. El acceso *opt-in* y la libertad de empresa.

III. PROPUESTAS PARA UNA NUEVA REGULACIÓN DE LOS STA

1. Autorización previa y Registro Público como instrumentos de control.

2. Nuevo sistema de acceso.

3. Deberes de información y publicidad.

4. Intervención administrativa.

5. Ampliación del ámbito de aplicación.

SERVICIOS TELEFÓNICOS DE TARIFICACIÓN ADICIONAL: MOTIVOS PARA LA MODIFICACIÓN DE LA NORMATIVA

**-Respuesta a consulta planteada por la Consejería de Sanidad de la Junta de
Comunidades de Castilla-La Mancha-**

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

INTRODUCCIÓN

Originariamente, este informe pretendía dar respuesta a dos cuestiones referentes a los servicios de tarificación adicional planteadas por la Consejería de Sanidad de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, a través de su Dirección General de Consumo de Toledo. Las cuestiones planteadas son:

- 1ª) Posibilidad legal de efectuar la suspensión temporal o provisional de los servicios de tarificación adicional;
- 2ª) Viabilidad y procedimiento legal disponible para que el sistema de acceso a estos servicios sea el inverso al establecido hasta la fecha. Es decir, que tenga que ser el propio usuario el que manifieste de forma fehaciente su deseo de conectarse a estos números, mediante solicitud a la operadora.

Durante el proceso de elaboración del estudio, el Ministerio de Industria ha anunciado la modificación del sistema de acceso a servicios de tarificación adicional¹. Por ello, además de contestar a las cuestiones planteadas, el estudio ofrece una serie de motivos que justifican la modificación 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 RD 1736/1998, de 31 de julio, por el que se aprueba el Reglamento por el que se desarrolla el título II de la Ley General de Telecomunicaciones y del Código de Conducta que la desarrolla².

Para el análisis de los servicios de tarificación adicional (en adelante, STA) me remito a un completo estudio realizado por EUGENIO RIBON SEISDEDOS y publicado en el número 3 de los Cuadernos de la Confederación Española de Organizaciones de Amas de Casa, Consumidores y Usuarios (CEACCU), publicación realizada con la colaboración del Instituto Nacional de Consumo. En él se exponen detalladamente los distintos tipos de STA, su régimen jurídico, los conflictos más habituales en torno a dichos servicios, los instrumentos de protección de los usuarios, las deficiencias del sistema y diversas propuestas para su mejora.

¹ El anuncio coincide en el tiempo con la aprobación en el Senado de una moción presentada por el Grupo Parlamentario Socialista, por la que se insta al Gobierno a poner en marcha medidas urgentes para proteger a los usuarios ante el cobro no autorizado de servicios telefónicos de tarificación adicional (expte. 662/000020) (DS Pleno, núm. 9, de 23 de junio de 2004; BOCG. Serie I. Senado. Núm. 48, de 1-7-2004).

² Aprobado por Resolución de 30 de diciembre de 2002, de la Secretaria de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información (BOE núm. 24, de 28-1-2003).

I. POSIBILIDAD LEGAL DE EFECTUAR LA SUSPENSIÓN TEMPORAL O PROVISIONAL DE LOS STA

1. Suspensión individualizada.

Se exponen a continuación diversos mecanismos de reacción frente a los abusos y comportamientos fraudulentos detectados en la prestación de STA. A salvo de lo que se diga respecto a la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información (*infra* apdo. 1.2), todos estos procedimientos tienen un único destinatario. Esto es, una empresa prestadora de STA que incurre en los supuestos de hecho previstos en distintas normas y a los que éstas aplican la suspensión temporal de su actividad.

1.1. Código de Conducta.

La Orden PRE 361/2002 regula los servicios de tarificación adicional y encomienda a la Comisión de Supervisión de Servicios de Tarificación Adicional (en adelante, CSSTA) la elaboración de un Código de Conducta al que estarán sometidos tanto los prestadores de STA como los operadores de servicios de telecomunicaciones. Este Código regula, entre otras cuestiones, los deberes de información y publicidad de los prestadores de STA, la duración y contenido de los distintos servicios y la obligación de los operadores de redes y servicios de interrumpir la comunicación cuando se haya cumplido el tiempo estipulado. En el estado actual de la regulación y sin perjuicio de las sanciones previstas en la legislación de consumo, el incumplimiento por los prestadores de STA del Código de Conducta justifica la privación “con carácter inmediato” del número telefónico de tarificación adicional.

El apartado séptimo de la Orden PRE/361/2002 prevé el procedimiento de suspensión. Se iniciará a instancia de la CSSTA que realizará un informe sobre el incumplimiento y lo notificará al operador de redes y servicios de telecomunicaciones para que este retire el número objeto del incumplimiento. En el supuesto de que el operador no proceda a la retirada del número en el plazo de un mes desde que recibe la notificación de la Comisión, ésta habrá de dirigirse a la SETSI, que pondrá los hechos en conocimiento de la CMT, que procederá a la cancelación del número durante dos años³.

³ *Apartado Séptimo Orden PRE/361/2002.* “Sin perjuicio de lo que disponga la legislación de defensa de consumidores y usuarios, cuando, en ejercicio de las competencias establecidas en el apartado 5, la Comisión para la Supervisión de los Servicios de Tarificación Adicional estime que se ha producido un incumplimiento del Código de Conducta por parte de un prestador de servicios de tarificación adicional, actuará en los siguientes términos:

1. La Comisión, previa audiencia a los interesados, emitirá un Informe en el que se especificarán los motivos del incumplimiento, la identificación de las partes intervinientes en la relación contractual, es decir, el operador del servicio telefónico sobre el que se ha producido el incumplimiento.

2. Dicho informe será puesto en conocimiento del operador del servicio telefónico disponible al público correspondiente, quien estará obligado a retirar con carácter inmediato el número telefónico asignado al prestador de servicios de tarificación adicional que ha incumplido el Código de Conducta. El contrato-tipo al que se refiere el apartado 9 de la presente Orden deberá contemplar esta circunstancia de modo expreso, así como, en su caso, la posibilidad de que las partes puedan incluir como causa de resolución del mismo el incumplimiento del Código de Conducta por parte del prestador del servicio de tarificación adicional.

3. Si, transcurrido un mes desde la notificación del informe al operador del servicio telefónico disponible al público correspondiente, éste no procede a la retirada del número telefónico, la Comisión informará sobre este extremo a la SETSI.

En definitiva, la regulación permite y prevé expresamente la suspensión individualizada del STA, cuando la CSSTA “estime que se ha producido un incumplimiento del Código de Conducta por parte de un prestador de servicios de tarificación adicional”. Nada dice la norma sobre la suspensión generalizada o preventiva de la prestación de STA.

No obstante, la situación de colapso en la que actualmente se encuentra la CSSTA⁴ obliga a buscar otras alternativas.

1.2. Ley de Servicios de la Sociedad de la Información.

La Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico (en adelante, LSSI)⁵ prevé la interrupción de la prestación de servicios de la sociedad de la información o la retirada de datos cuando un “determinado servicio” “atente o pueda atentar” contra los principios que la propia Ley proclama (cfr. arts. 8 y 11). De entre estos principios y desde la perspectiva que ahora nos ocupa, los más relevantes son “la protección de las personas físicas que tengan la condición de consumidores o usuarios” [art. 8.1,b)]; “el respeto a la dignidad de la persona y al principio de no discriminación por motivos de raza, sexo, religión, opinión, nacionalidad, discapacidad o cualquier otra circunstancia personal o social” [art. 8.1,c)] y “la protección de la juventud y de la infancia” [art. 8.1,d)].

Obsérvese que no se trata de una medida sancionadora. No es preciso que el servicio “atente” contra los principios proclamados, basta que “pueda atentar”. Es una medida de policía, cuya finalidad es la de preservar el interés general amenazado por determinados servicios. Por tanto, no es preciso la instrucción del correspondiente procedimiento sancionador.

La suspensión se ajustará a los principios de objetividad, proporcionalidad y no discriminación y podrá adoptar de forma cautelar o en ejecución de una resolución judicial o administrativa (art. 8.3), siguiendo el procedimiento del artículo 8.4 o los correspondientes mecanismos de cooperación judicial⁶.

4. La SETSI dará traslado del informe a la CMT para que ésta adopte la decisión de cancelar, durante dos años, el número telefónico al operador del servicio telefónico disponible al público, de conformidad con lo previsto en el artículo 17.1.A) del Real Decreto 225/1998, de 16 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Procedimiento de Asignación y Reserva de Recursos Públicos de Numeración por la CMT”.

⁴ Como detalla el escrito de CEACCU del que trae causa esta consulta, se cuentan por miles los expedientes abiertos y no resueltos. Y es que no deja de resultar ingenuo pensar que un órgano como la CSSTA, encargado de controlar un sector de la envergadura de los servicios telefónicos de TA puede funcionar adecuadamente sin “incremento del gasto público” y con los “medios materiales y humanos (previamente) existentes en la Dirección General de Telecomunicaciones” (DA 2ª Orden PRE 361/2002), (el adverbio entre paréntesis es mío).

⁵ BOE núm. 166, de 12-7-2002.

⁶ *Artículo 8.4 LSSI.* “Fuera del ámbito de los procesos judiciales, cuando se establezcan restricciones que afecten a un servicio de la sociedad de la información que proceda de alguno de los Estados miembros de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo distinto de España, se seguirá el siguiente procedimiento:

a) El órgano competente requerirá al Estado miembro en que esté establecido el prestador afectado para que adopte las medidas oportunas. En el caso de que no las adopte o resulten insuficientes, dicho órgano notificará, con carácter previo, a la Comisión Europea o, en su caso, al Comité Mixto del Espacio Económico Europeo y al Estado miembro de que se trate las medidas que tiene intención de adoptar.

Como se expone en el apartado II (cfr. *infra* 1.2), el sistema actual de acceso a STA está causando graves perjuicios a los usuarios o consumidores finales, en cuanto, les permite utilizar casi de forma inconsciente y a veces con desconocimiento absoluto servicios de alto coste. Además, a pesar de las proclamaciones formales de la Orden de 14 de febrero de 2002 y del Código de Conducta, la regulación no protege adecuadamente a la juventud y a la infancia. En estas circunstancias, *quedaría justificada la interrupción o suspensión temporal de la prestación de STA*. No obstante, esta suspensión sólo es aplicable a los servicios de comunicaciones electrónicas. No lo son los servicios de voz [Anexo, letra a). párrafo IV,1º], pero sí los de datos [Anexo, letra a), 5º]. En otros términos, *por aplicación de la LSSI sólo pueden ser interrumpidos los servicios prestados a través del código 907, asignado a la prestación de STA a través de Internet*⁷.

La LSSI no define la competencia para adoptar la medida restrictiva, limitándose a realizar proclamaciones obvias. Así, corresponde la adopción de esta medida a “los órganos competentes” para la protección de los principios mencionados (art. 8.1.I)⁸; y “en todos los casos en que la Constitución, las normas reguladoras de los respectivos derechos y libertades o las que resulten aplicables a las diferentes materias atribuyan competencia a los órganos jurisdiccionales para intervenir en el ejercicio de actividades o derechos, sólo la autoridad judicial competente podrá adoptar las medidas previstas” (art. 8.1.IV)

Es posible impedir el acceso desde España a los servicios prestados fuera de España. Para ello, se ordenará a los “prestadores de servicios de intermediación”⁹ que tomen las medidas necesarias para impedir dicho acceso (art. 8.2).

b) En los supuestos de urgencia, el órgano competente podrá adoptar las medidas oportunas, notificándolas al Estado miembro de procedencia y a la Comisión Europea o, en su caso, al Comité Mixto del Espacio Económico Europeo en el plazo de quince días desde su adopción. Asimismo, deberá indicar la causa de dicha urgencia.

Los requerimientos y notificaciones a que alude este apartado se realizarán siempre a través del órgano de la Administración General del Estado competente para la comunicación y transmisión de información a las Comunidades Europeas”.

⁷ *Resolución de 3 de noviembre de 2003*, de la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información, por la que se atribuye un rango de numeración específico (907) para la provisión de servicios de tarificación adicional sobre sistemas de datos (BOE núm. 268, de 8 de noviembre de 2003).

⁸ En palabras del profesor A. CARRASCO, la norma expuesta “no es específicamente una norma consumerista, pues la protección del destinatario que en ella se dispensa no depende de su cualificación como destinatario final en el sentido del art. 1 LCU”. Por esta razón, “salvo que exista una norma estatal (distinta de la LSSI) o autonómica que establezca un deber equivalente, o más intenso, en función de la condición del destinatario final de tales servicios como consumidor, [...], la competencia sancionadora correspondería en estos casos al Ministerio de Ciencia y Tecnología” (actualmente, Ministerio de Industria, Comercio y Turismo) (“Sociedad de la Información y protección del consumidor como títulos competenciales”. Web Centro de Estudios de Consumo de la UCLM. Septiembre, 2002).

⁹ Son servicios de intermediación la provisión de servicios de acceso a Internet, la transmisión de datos por redes de telecomunicaciones, la realización de copia temporal de las páginas de Internet, la transmisión de datos por las redes de telecomunicaciones, la realización de copia temporal de las páginas de Internet solicitadas por los usuarios, el alojamiento en los propios servidores de datos, aplicaciones o servicios suministrados por otros y la provisión de instrumentos de búsqueda, acceso y recopilación de datos o de enlaces a otros sitios de Internet [Anexo de definiciones LSSI, letra b)].

Con todo, la generalidad con la que se pronuncia la LSSI no hace fácil la aplicación de la medida restrictiva. Prevé la interrupción motivada por la vulneración o puesta en riesgo de genéricos principios (protección de los consumidores, de la dignidad de la persona, de la juventud y de la infancia); puede ser incluso preventiva (“atente o pueda atentar”) y ha de ser adoptada “por el órgano competente” para la protección de esos principios (lo es cualquier poder público).

Como toda norma limitativa de derechos, la suspensión ha de interpretarse restrictivamente. Los principios de libre prestación de servicios de la sociedad de la información (arts. 6 y 7 LSSI) y de objetividad y proporcionalidad (arts. 8.3 y 11.3 LSSI) dificultan la suspensión generalizada y preventiva de todos los STA prestados a través de Internet. Cabe adoptar esta medida, pero ha de quedar relegada a aquellos supuestos en los que con los medios disponibles resulte imposible identificar y suspender el servicio ofrecido por un determinado prestador, que atente o pueda atentar contra los principios proclamados.

1.3. Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios y normas autonómicas de consumo.

La Orden reguladora de los STA prevé el procedimiento frente al incumplimiento del Código de Conducta (apdo. 7º), “sin perjuicio de lo que disponga la legislación de defensa de consumidores y usuarios”. De ello se deduce que *procede la suspensión de la prestación de STA en todos aquellos supuestos en los que las normas de protección del consumidor prevean esta actuación como medida de policía o sanción ante la comisión de infracciones con motivo de la prestación de estos servicios.*

1.3.1. La suspensión como medida de policía.

La LGDCU prevé la potestad de la Administración para cerrar un establecimiento o suspender la prestación de un servicio por razones de sanidad, higiene o seguridad, sin que ello constituya una sanción [arts. 37 y 5.2.g)]¹⁰. Por la ubicación sistemática de los preceptos citados y los términos en que están redactados, la medida se orienta fundamentalmente a la protección de la salud y la seguridad de los usuarios, mientras que para la protección de sus intereses económicos y sociales se reservan otras medidas.

El cierre o suspensión ha de ser de uno o varios establecimientos, instalaciones o servicios “que no cuenten con los registros sanitarios preceptivos” o que no “cumplan los requisitos exigidos por razones de sanidad, higiene o seguridad” (art. 37). Al reproducir estos términos, lo que pretendo poner de manifiesto es el destino individual de la medida. En otros términos, la Administración impondrá la suspensión a una o varias empresas determinadas y por razón de una actividad concreta que crea los riesgos mencionados.

Los abusos cometidos como consecuencia de la prestación de STA ponen en peligro, principalmente, la protección de los intereses económicos y sociales de los usuarios. *Por ello y por el aludido destino individual de la medida, no parece justificado apelar a esta potestad de la Administración atribuida por el artículo 37 de la LGDCU o por*

¹⁰ Cfr. REBOLLO PUIG, M., “Artículo 37 LGDCU” en BERCOVITZ R. Y SALAS, J. (Coord), *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*. Civitas. Madrid, 1992, págs. 1012-1020, concr. pág. 1014.

*ciertas normas autonómicas*¹¹, para suspender con carácter generalizado la prestación de STA.

1.3.2. La suspensión como sanción.

Son varias las conductas tipificadas por el artículo 34 de la LGDCU que pueden ser cometidas con ocasión de la prestación de STA. Así, la inducción a engaño o confusión que impide conocer al usuario la verdadera naturaleza del servicio (art. 34.4); el incumplimiento de las normas reguladoras de precios o la realización de intervenciones o actuaciones ilícitas que suponen un incremento de los precios o márgenes comerciales (art. 34.5) (ej. prolongación injustificada de la llamada, modificación no consentida de la conexión a Internet...); o el incumplimiento de las normas relativas a la publicidad de los servicios (art. 34.6).

Cuando estas infracciones sean consideradas muy graves (art. 35 LGDCU), el Consejo de Ministros podrá acordar, además de la imposición de la correspondiente multa, la suspensión temporal del servicio por un plazo máximo de cinco años, en cuyo caso se aplicarán las previsiones en materia laboral para el caso de cierre (art. 36.2).

También las respectivas leyes autonómicas prevén esta medida sancionadora, que deberá ser acordada por el Consejo de Gobierno de la CCAA¹².

Naturalmente, no hay obstáculo para aplicar esta sanción del artículo 35 de la LGDCU o sus equivalentes autonómicos a la prestación de STA, siempre que concurra la conducta típica. Pero, de nuevo, se ha de poner de manifiesto que esta medida ha de ser aplicada casuísticamente. Sólo en el supuesto de que se constate la comisión de una infracción de consumo y mediante el correspondiente procedimiento sancionador. Por muy frecuentes que sean los abusos, no cabe la suspensión temporal generalizada de la prestación de STA, sin la instrucción del correspondiente expediente sancionador en el que el destinatario pueda ejercer su derecho de defensa.

1.4. La Ley de Ordenación del Comercio Minorista.

1.4.1. Ventas a distancia (arts. 38 a 48 LOCM).

La contratación de estos servicios supone una forma de contrato a distancia en cuanto se celebra en el marco de un sistema organizado de contratación a distancia, sin la presencia física simultánea de los contratantes, transmitiéndose la propuesta de contratación y la aceptación de la misma a través de una o varias técnicas de comunicación a distancia (ej. carta o e-mail y red telefónica; radio o televisión y red telefónica o red telefónica en exclusiva) (cfr. art. 38 y DA 1ª LOCM)¹³. La Ley excluye de su ámbito de aplicación los contratos “celebrados con los operadores de telecomunicaciones debido a la utilización de los teléfonos públicos” (DA 1ª LOCM, en redacción dada por Ley 47/2002). Obsérvese que la exclusión se refiere únicamente a

¹¹ Cfr. REBOLLO PUIG, M. “Artículo 37 LGDCU”, pág. 1015.

¹² V. REBOLLO PUIG, M. “Artículo 36 LGDCU” en BERCOVITZ R. Y SALAS, J., *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*. Civitas. Madrid, 1992, págs. 975-1011, concr. págs. 988-991.

¹³ El audiotexto es citado expresamente en el Anexo I de la Directiva 97/7, de Contratos a Distancia.

aquellos contratos cuyo objeto es la utilización del teléfono público de pago y no a los contratos celebrados a través de dichos teléfonos públicos. Al igual que los contratos realizados a través de distribuidores automáticos, que disponen de su propia regulación (arts. 49 a 52 LOCM), no tienen la consideración de contratos a distancia. No habría ninguna duda en considerar el STA como venta a distancia, si lo ofrecido a través de los códigos 803, 806 y 807 fueran bienes muebles materiales (ej. vajillas, productos de limpieza...etc). Tampoco han de existir dudas, si el objeto no son productos, sino otros “bienes inmateriales” (ej. derecho a la participación en concursos o sorteos, participación en charlas erótico-sentimentales, juegos, cartas astrales...etc).

Sin perjuicio de que la falta de información sobre los STA (sobre el precio y contenido del servicio, los destinatarios y la duración de los mismos...etc) pueda constituir incumplimiento del Código de Conducta (apdo. 7º Orden PRE 361/2002), tales comportamientos también infringen las normas de comercio minorista y pueden ser sancionados conforme a ellas. El incumplimiento del régimen de las ventas a distancia en materia de información que se debe suministrar al consumidor y el uso de técnicas de comunicación que requieran consentimiento previo o falta de oposición del consumidor, cuando no concurra la circunstancia correspondiente constituye una infracción grave [art. 65.1.ñ) LOCM en redacción dada por Ley 47/2002]. Si el volumen de la facturación realizada supera los cien millones de pesetas (o su equivalente en euros) o existe reincidencia la conducta se convierte en infracción muy grave (arts. 66 y 67 LOCM), que las Comunidades Autónomas pueden sancionar con el cierre o suspensión de la actividad por un período máximo de un año, en los términos de la LOCM (art. 68.5) o conforme a las propias normas autonómicas¹⁴.

Además, como medida de policía previa a la declaración de la comisión de una infracción administrativa, la Comunidad Autónoma puede adoptar la medida de suspensión de la actividad cuando no se disponga de la preceptiva autorización y hasta que se rectifiquen los defectos o se cumplan los requisitos exigidos en los supuestos de falta muy grave (art. 71 LOCM). Aplicado al supuesto que ahora nos ocupa, hasta que se cumplan los requisitos de suministro de información exigidos en el ámbito de las ventas a distancia, siempre que el volumen de la facturación realizada supere los cien millones de pesetas o cuando, dentro del año anterior, una resolución firme hubiese declarado la comisión de una infracción grave de la misma naturaleza (reincidencia ex art. 67). Si no concurren estos requisitos, no procede la suspensión de la actividad. La infracción será calificada como grave y la Administración tendrá que abrir un expediente sancionador y adoptar las medidas cautelares previstas en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común. Estas limitaciones restringen la aplicación de la medida¹⁵. En concreto, por lo que se refiere a STA, sólo será aplicable en supuestos residuales.

1.4.2. Ventas con obsequio (artículo 32.3 LOCM).

¹⁴ V. ORTEGA ÁLVAREZ, L., “Artículo 68 LOCM” en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. Y LEGUINA VILLA, J., *Comentarios a las Leyes de Ordenación del Comercio Minorista*. Tecnos. Madrid, 1997, págs. 1033-1039, concr. pág. 1037.

¹⁵ V. ORTEGA ALVAREZ, L. “Artículo 71 LOCM” en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. y LEGUINA VILLA, J., *Comentarios a las Leyes de Ordenación del Comercio Minorista*. Tecnos. Madrid, 1997, págs. 1051-1056, concr. pág. 1053.

Como pone de manifiesto el escrito de CEACCU, en numerosas ocasiones el acceso a los STA viene motivado por la utilización abusiva de premios u obsequios. Se informa al usuario de que ha resultado agraciado con un premio y se condiciona la obtención de éste a la llamada al número de tarificación adicional. Al margen de que el premio exista o no (en la mayoría de los casos no existe), esta práctica puede infringir el artículo 32.3 LOCM en cuanto no se suele advertir de que la obtención del premio se encuentra subordinada a la adquisición de determinados productos o servicios. La llamada al número de tarificación adicional constituye en sí misma la adquisición de un servicio al que se condiciona el premio con el que el usuario ha resultado agraciado

Este comportamiento constituye una infracción administrativa de comercio, de carácter leve [art. 64.h) LOCM]. Teóricamente, podría dar lugar a la suspensión de la actividad (art. 68.5 LOCM). Para ello, sería preciso que la “infracción leve” alcanzara la cualidad de “muy grave” por la vía de reincidencia [art. 66.b) LOCM] y además incurriera en tercera reincidencia (art. 68.5 LOCM). Todo ello conforme a la definición de reincidencia del artículo 67 LOCM¹⁶. A la vista de los preceptos citados, el supuesto de hecho parece de imposible realización práctica. Puede decirse que por esta vía la Administración de comercio podrá imponer las demás sanciones previstas en el artículo 68 LOCM (multas) o por las normas autonómicas, pero raramente aplicará como sanción el cierre temporal de la actividad.

2. Suspensión generalizada.

Por varias razones, no parece viable la suspensión temporal generalizada de estos servicios:

- (i) En el marco de la economía de mercado y la libertad de empresa, todas las actividades económicas no prohibidas expresamente están permitidas. Sólo han de prohibirse o restringirse aquellas actividades económicas ilícitas, conforme al ordenamiento jurídico.

Actualmente, la prestación de STA no es una actividad legalmente prohibida. La Orden PRE/361/2002 la regula y por cuestionable que pueda parecer, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (CMT) se ha manifestado abiertamente a favor de esta actividad, por considerar que ha contribuido al desarrollo de los servicios de telecomunicaciones¹⁷. Ciertamente, son muy frecuentes los abusos y conductas fraudulentas; pero ello no ha de conducir a la suspensión generalizada de estos servicios, que equivaldría a la implantación de una presunción de ilegalidad de la actividad de todas las empresas del sector.

¹⁶ Artículo 67. 1. “Se entenderá que existe reincidencia, por comisión en el término de un año de más de una infracción de la misma naturaleza cuando así haya sido declarado por resolución firme.

2. No obstante lo señalado en el párrafo anterior, para calificar una infracción como muy grave, sólo se atenderá a la reincidencia en infracciones graves y la reincidencia en infracciones leves sólo determinará que una infracción de este tipo sea calificada como grave cuando se incurra en el cuarto supuesto sancionable”.

¹⁷ La CMT ha declarado expresamente que los STA “utilizados de forma reglamentaria, también se han revelado en España como motor dinamizador del mercado de los servicios de telecomunicaciones” (Resolución de 20-2-2003, por la que se autoriza a Telefónica Móviles España, S.A. a suspender temporalmente la interconexión con números 906 anunciados a través de mensajes cortos no solicitados recibidos por los clientes de dicha compañía, FD 5º).

Ante los abusos, procede la implantación de nuevos mecanismos de protección de los usuarios, el fortalecimiento de los instrumentos de control existentes y en su caso, la suspensión o restricción de la actividad de las empresas que infrinjan el ordenamiento. Por el carácter excepcional de la suspensión se ha pronunciado expresamente la CMT en varias de sus resoluciones relativas a la autorización a los operadores para suspender la interconexión con números de tarificación adicional¹⁸. *Fuera de los casos en los que se constata la ilicitud de la conducta, ha de presumirse la legalidad de la misma*¹⁹.

- (ii) Por otra parte, *suspender la prestación de STA implica imponer restricciones a la explotación de redes y prestación de servicios de comunicaciones electrónicas*. Estas restricciones no están contempladas legalmente. En otros términos, la prohibición de prestación de STA significa la restricción del derecho de los operadores de explotar redes y prestar servicios de telecomunicaciones, en concreto, se les impide proveer acceso a red a prestadores de STA. Esta prohibición vulnera la LGTel, que proclama con rotundidad que “la explotación de las redes y la prestación de los servicios de comunicaciones electrónicas se realizará en régimen de libre competencia *sin más limitaciones que las establecidas en esta ley y su normativa de desarrollo*” (art. 5).

La prohibición, siquiera temporal, de prestación de STA sobrepasa la imposición de condiciones admitida por la LGTel, cuyo artículo 8.1 establece que “la explotación de las redes y la prestación de los servicios de comunicaciones electrónicas se sujetarán a las condiciones *previstas en esta Ley y su normativa de desarrollo, entre las que se incluirán las de salvaguarda de los derechos de los usuarios finales*”. Ni la LGTel, ni tampoco las normas que la desarrollan prevén la posibilidad de prohibir a los operadores de redes o servicios de telecomunicaciones la prestación de servicios de acceso a los prestadores de STA. Correlativamente, *la prestación de STA no puede ser suspendida por un acto administrativo individual*.

La suspensión o prohibición temporal de la prestación de STA exigiría la modificación de las condiciones actuales de prestación de los servicios de acceso a red. Esta modificación debería realizarse mediante reglamento del

¹⁸ Literalmente, “esta Comisión entiende primordial velar porque los elementos que permiten un mejor desarrollo del mercado se mantengan alejados de distorsiones perjudiciales y, en consecuencia, sería posible autorizar, al amparo del artículo 4.2 del Reglamento de Interconexión, *de forma excepcional y bajo determinadas condiciones, la suspensión de la interconexión a determinados números afectos al servicio de tarificación adicional solicitada por TME*” (v. por todas, Resolución de 20-2-2003, por la que se autoriza a Telefónica Móviles España, S.A. a suspender temporalmente la interconexión con números 906 anunciados a través de mensajes cortos no solicitados recibidos por los clientes de dicha compañía, FD 5º y 6º, que reitera la doctrina expuesta en otras muchas, como la Res. de 15 de noviembre de 2001, por la que se desestima la petición de Red Huelva, instando la intervención de la CMT para que se garantice la interoperabilidad en el acceso a determinados números de red inteligente (906) (Expte. RO 2001/4834).

¹⁹ La CMT también se ha pronunciado en este sentido afirmando que “en todo caso, hay que presumir que el nuevo prestador de servicios va a utilizar el número para prestar servicios de conformidad con lo establecido en el Código de conducta y que va a abstenerse de realizar prácticas fraudulentas a través del mismo” (Resolución de 20-2-2003, por la que se autoriza a Telefónica Móviles España, S.A. a suspender temporalmente la interconexión con números 906 anunciados a través de mensajes cortos no solicitados recibidos por los clientes de dicha compañía, FD 6º).

Gobierno, dictado previo informe de la CMT y audiencia de los interesados, del Consejo de Consumidores y Usuarios y, en su caso, de las asociaciones más representativas de los restantes usuarios (art. 8.2). Con todo, es cuestionable que el principio de objetividad y sobre todo, el de proporcionalidad permitieran la suspensión de estos servicios (cfr. arts.8.2 y 11.5 LGTel y 5.3 Directiva 2002/19/CE²⁰). La suspensión temporal y generalizada parece desproporcionada. Más conforme al mencionado principio de proporcionalidad resulta la modificación de las condiciones de prestación de los STA, en concreto, la regulación de un sistema de autorización previa, la obligación de inscripción en un Registro sometido al control de la Administración y sobre todo, la sustitución del actual sistema de acceso libre, salvo petición expresa de desconexión, por el sistema de conexión a petición expresa del abonado²¹.

- (iii) La LGTel proclama entre su elenco de objetivos “promover el desarrollo del sector de las telecomunicaciones, así como la utilización de los nuevos servicios” [art. 3,c)]. Los STA no son servicios de comunicaciones electrónicas, pero sí están asociados a ellas y actúan como motor de desarrollo de las mismas, en cuanto incrementan el tráfico. Es obvio que el impulso que ha experimentado el sector de las telecomunicaciones obedece, entre otras razones, al desarrollo de nuevas aplicaciones. Como las televisiones, los servicios de comunicaciones precisan de contenidos que les hagan atractivos para el público. Y los STA son estos “contenidos” que incrementan el tráfico de voz y datos²².
- (iv) Al mismo nivel que la promoción del desarrollo del sector de las telecomunicaciones y los servicios asociados, la LGTel sitúa la defensa de los consumidores. Literalmente, constituye un objetivo de la Ley “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 de respecto 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) LGTel].

Actualmente, como pone de manifiesto el escrito de CEACCU, los STA están dando lugar a numerosos fraudes, ocasionando graves perjuicios a los usuarios. Es obvio que la LGTel no está cumpliendo adecuadamente esa finalidad tuitiva proclamada por su artículo 3,e). Correlativamente, los poderes públicos han de adoptar medidas. Pero estas medidas han de ponderar los dos objetivos proclamados por la Ley y expuestos en los apartados precedentes. *A priori*, la suspensión de los STA supone la prevalencia absoluta del principio tuitivo. Más adecuada parece una solución que pondere los diversos intereses en conflictos,

²⁰ Directiva 2002/19/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa al acceso a las redes de comunicaciones electrónicas y recursos asociados y a su interconexión (DO L 108, de 24-4-2002).

²¹ V. Apdo. II de este estudio.

²² V. FD 5º de la Resolución CMT, de 20-2-2003, por la que se autoriza a Telefónica Móviles España, S.A. a suspender temporalmente la interconexión con números 906 anunciados a través de mensajes cortos no solicitados recibidos por los clientes de dicha compañía. Su tenor literal ha sido ya reproducido en nota a pie.

esto es, los de los operadores de redes y servicios, los de los prestadores de STA y también los de los usuarios que libre y conscientemente demandan STA.

- (v) A pesar de los abusos, es obvio que estos servicios son demandados por ciertos sectores de la población. No hay obstáculo para atender a esa demanda, siempre que se extremen las cautelas para evitar las conductas fraudulentas.

3. Conclusiones.

- (i) Como declaró la CMT²³ y ratificó la Resolución de 17 de diciembre de 1998, de la Secretaría General de Comunicaciones, por la que se dictan instrucciones a Telefónica, S.A en relación con la prestación del servicio telefónico soporte de los servicios de tarificación adicional²⁴, los STA no son servicios de telecomunicaciones. Que los STA no sean servicios de telecomunicaciones y por tanto no estén sometidos a los mecanismos del control propios de estos servicios no significa que no estén sometidos a otros tipos de control. Suponen el desarrollo de una actividad económica dirigida en la mayoría de los casos a usuarios finales en el sentido de la LGDCU. Por ello, las administraciones competentes en materia de comercio y de consumo pueden ejercer sus funciones de fiscalización y control también sobre estos servicios.
- (ii) Lo dicho en el apartado anterior ha de entenderse sin perjuicio de la intervención de la Comisión de Servicios de Tarificación Adicional, que, como es conocido, actualmente pasa por una situación de desbordamiento y escasa actividad.
- (iii) Parece existir un cierto interés en hablar de “vacío competencial” o incertidumbre en relación a las competencias de control de las diversas Administraciones involucradas. Conviene señalar que no existe tanto “vacío” como dejación de funciones: a) por no ser servicios de telecomunicaciones, la CMT carece de competencias de control sobre los mismos; su intervención se ha de limitar a cancelar la asignación del número utilizado ilegalmente y atribuido al operador de telecomunicaciones, a petición de la CSTA; b) la CSTA ha de comprobar que se cumple el Código de Conducta en cuanto normativa específica; c) la Administración de consumo (autonómica o más habitualmente, estatal, porque estas empresas suelen operar en más de una CCAA) han de velar por el cumplimiento de las normas de protección de consumidores; d) la Administración de comercio ha de comprobar que se salvaguardan las normas sobre contratos a distancia; e) la SETSI podrá conocer de los conflictos entre usuarios y operadores de telecomunicaciones suscitados en relación a los STA. Es cierto que son muy diversas las Administraciones competentes, pero esta concurrencia de Administraciones no es un rasgo exclusivo de estos servicios. Se detecta en cualquier sector, debido al carácter multidisciplinar del consumo.
- (iv) El ordenamiento prevé diversos mecanismos aplicables a los STA que permiten la *suspensión temporal e individualizada* de la prestación de los STA. En la mayoría de los supuestos, la suspensión se constituye como una *sanción* ante el incumplimiento una norma (Código de Conducta, LGDCU o las disposiciones

²³ Resolución CMT de 10 de diciembre de 1998, por la que se resuelven 117 expedientes referentes a servicios de audiotex.

²⁴ BOE núm. 2, de 2-1-1999.

sobre ventas a distancia y residualmente, ventas con obsequio ex arts. 7º Orden PRE 361/2002, 36.2 LGDCU o 68.5 LOCM).

Por su carácter sancionador, esta medida (suspensión) ha de ser aplicada casuísticamente. Sólo en el supuesto de que se constate la comisión de una infracción y mediante el correspondiente procedimiento sancionador. Por muy frecuentes que sean los abusos, no cabe la suspensión temporal generalizada de la prestación de STA, sin la instrucción del correspondiente expediente sancionador en el que el destinatario pueda ejercer su derecho de defensa.

- (v) La suspensión de la prestación de STA también puede adoptarse como *medida de policía* cuando no se cumplan las disposiciones referentes a las ventas a distancia (art. 71 LOCM) y tratándose de servicios suministrados por vía telemática (no servicios telefónicos), cuando se pongan en riesgo principios como la protección de los consumidores, la dignidad de las personas o la protección de la juventud y de la infancia (arts. 8 y 11 LSSI).
- (vi) En particular, respecto a la suspensión prevista por la LSSI, cuando se pongan en riesgo principios como la protección de los consumidores, la dignidad de las personas o la protección de la juventud y de la infancia (arts. 8 y 11), ha de indicarse que como toda *norma limitativa de derechos, la suspensión ha de interpretarse restrictivamente*. Los principios de libre prestación de servicios de la sociedad de la información (arts. 6 y 7 LSSI) y de objetividad y proporcionalidad (arts. 8.3 y 11.3 LSSI) dificultan la suspensión generalizada y preventiva de todos los STA prestados a través de Internet. Cabe adoptar esta medida, pero ha de quedar relegada a aquellos supuestos en los que con los medios disponibles resulte imposible identificar y suspender el servicio ofrecido por un determinado prestador, que atente o pueda atentar contra los principios proclamados.
- (vii) No parece justificado apelar a la potestad de cierre o suspensión de actividad atribuida a la Administración por el artículo 37 de la LGDCU o por sus equivalente en ciertas normas autonómicas, para suspender con carácter generalizado la prestación de STA
- (viii) En un marco de libre mercado, los límites y restricciones a cualquier actividad lícita han de ser proporcionados y estar justificados. La suspensión generalizada de la prestación de STA puede vulnerar la libertad de empresa, en cuanto implica la imposición de restricciones a la actividad desarrollada por tanto por los prestadores de STA como por los operadores de redes y servicios de telecomunicaciones.

La prohibición, siquiera temporal, de prestación de STA sobrepasa la imposición de condiciones admitida por la LGTel, cuyo artículo 8.1 establece que “la explotación de las redes y la prestación de los servicios de comunicaciones electrónicas se sujetarán a las condiciones *previstas en esta Ley y su normativa de desarrollo, entre las que se incluirán las de salvaguarda de los derechos de los usuarios finales*”. Ni la LGTel, ni tampoco las normas que la desarrollan

prevén la posibilidad de prohibir a los operadores de redes o servicios de telecomunicaciones la prestación de servicios de acceso a los prestadores de STA. Correlativamente, la prestación de STA no puede ser suspendida por un acto administrativo individual.

La suspensión o prohibición temporal de la prestación de STA exigiría la modificación de las condiciones actuales de prestación de los servicios de acceso a red. Esta modificación debería realizarse mediante reglamento del Gobierno, dictado previo informe de la CMT y audiencia de los interesados, del Consejo de Consumidores y Usuarios y, en su caso, de las asociaciones más representativas de los restantes usuarios (art. 8.2). Y con todo, es cuestionable que el principio de objetividad y sobre todo, el de proporcionalidad permitieran la suspensión de estos servicios. La ponderación de los diversos intereses en juego –los de los prestadores de STA, los de los operadores de redes y servicios de telecomunicaciones y los de los propios usuarios que demandan STA- impide la suspensión generalizada de la actividad de prestación de STA. Actividad admitida y regulada expresamente por el ordenamiento jurídico.

Más conforme al mencionado principio de proporcionalidad resulta la modificación de las condiciones de prestación de los STA, en concreto, la sustitución del actual sistema de acceso libre, salvo petición expresa de desconexión, por el sistema de conexión a petición expresa del abonado, como se justifica en el apartado siguiente.

II. SISTEMA DE ACCESO DE LOS USUARIOS: RAZONES PARA EL CAMBIO.

La modificación del sistema de acceso de los usuarios a estos servicios es una reivindicación constante de las asociaciones de consumidores y usuarios. Se pretende la sustitución del actual sistema de libre acceso salvo petición expresa de desconexión (*opt-out*) por el sistema inverso o de contratación positiva (*opt-in*), esto es, el de acceso a petición expresa del usuario.

En principio y salvo los motivos de mercado esgrimidos por los prestadores de STA, no existen razones legales en contra de la implantación de este sistema de contratación positiva. Al contrario, puede afirmarse que existen argumentos fundados en contra de dicho acceso. Tanto en la normativa sectorial como en el resto del ordenamiento se encuentran argumentos favorables a un sistema de acceso a los STA restringido a aquellos usuarios que expresamente hayan solicitado la conexión a los mismos. De igual modo, también cabe invocar razones de eficiencia o de oportunidad técnica, que, aplicadas conforme al principio de proporcionalidad, abogan por la modificación del sistema de acceso a los STA.

1. Normativa sectorial.

1.1. Antecedentes históricos

- (i) Ya en 1992, el Senado y el Defensor del Pueblo se hicieron eco de este problema. Apelaron a la necesidad de establecer un sistema de acceso a los STA

limitado a aquellos abonados que expresamente solicitaran la conexión a los mismos, pero sin rechazar el sistema inverso.

La *moción del Senado de 15 de octubre de 1992* se pronuncia en los siguientes términos: “El Pleno del Senado insta al Gobierno de la Nación para que, a través de su representación en *Telefónica de España, Sociedad Anónima*, de la que el Estado es accionista mayoritario, se inste a la Compañía a que, en el marco de la legislación vigente, adopte las medidas necesarias para que el servicio público de voz que dicha Sociedad presta a través del prefijo 903, *solamente resulte accesible a través de los aparatos de teléfono de los abonados que expresa y fehacientemente manifiesten su deseo de disfrutarlo* o les permita eliminar los efectos indeseados de un acceso indiscriminado al mismo”.

En similares términos se pronuncia la *Recomendación del Defensor del Pueblo 69/1992, de 30 de diciembre*, sobre restablecimiento del servicio telefónico a los abonados a los que les ha sido suspendido por impago de facturas correspondientes a servicios de líneas 903²⁵. Esta Recomendación se dirigía al Ministro de Obras Públicas y Transportes, solicitando que adoptara las medidas necesarias a fin de que *Telefónica de España, S.A.*, “limite el sistema de acceso a los servicios de valor añadido o líneas 903, de forma que el mismo *sólo se realice mediante solicitud expresa de los abonados*, o que, en todo caso, *se produzca la desconexión de la red que presta este servicio a petición del titular de la línea, sin un coste adicional para el mismo*”.

- (ii) *El regulador se inclinó inicialmente por el sistema de desconexión previa petición del abonado.* La *Resolución de 29 de enero de 1993*, de la Secretaría General de Comunicaciones, por la que se aprueban Instrucciones sobre la Prestación del Servicio Telefónico a través del Prefijo 903²⁶, obligaba a Telefónica a: 1º) prestar el servicio soporte de estos servicios de valor añadido “sólo a aquellos abonados del servicio telefónico cuyo acceso a los mismos pueda ser bloqueado desde la propia red” (instrucción 3ª); 2º) a notificar de forma fehaciente a los abonados “que tienen derecho a solicitar la desconexión de forma gratuita” o bien “tan sólo para el acceso al prefijo donde quedan englobados todos aquellos servicios que puedan producir efectos indeseados sobre determinados colectivos, y muy particularmente sobre la juventud y la infancia” (los conocidos 903) o bien “sobre el conjunto de los servicios de valor añadido con tarificación adicional ofrecidos en los dos prefijos” (903 y 906); y 3º) en su caso, proceder a la desconexión solicitada de forma gratuita y en un plazo máximo de quince días (instrucción 4ª).
- (iii) *Poco después, el sistema fue sustituido por el de solicitud expresa de conexión, pero limitado a los servicios prestados a través del código 903* (“servicios que por su naturaleza se presume puedan producir efectos indeseados sobre determinados colectivos, y muy particularmente sobre la juventud y la infancia”). La *Resolución de 30 de septiembre de 1993*, de la Secretaría General de Comunicaciones, por la que se modifica la Resolución de 29 de enero de

²⁵ BOCG. Cortes Generales. IV Legislatura. Serie A. Núm. 51. Pág. 260.

²⁶ BOE núm. 32, de 6-2-1993.

1993²⁷, acoge el sistema *opt-in*, disponiendo que “todos los servicios de valor añadido que se presten a través del prefijo 903 serán accesibles tan sólo a aquellos abonados que expresamente manifiesten su interés por la conexión a los mismos”, prohibiéndose su accesibilidad desde teléfonos de uso público (apdo. 1). La misma Resolución permite la prestación de servicios “que puedan ser de interés general y no pueden producir efectos indeseados” a través de un prefijo diferenciado (906), dándose a “la totalidad de los abonados” y exonerando a Telefónica de su deber de informar a los abonados sobre su derecho de desconexión, en los términos de su predecesora, la Resolución de enero de 1993 (apdo. 2).

- (iv) Este sistema fue igualmente acogido por la *Resolución de 17 de diciembre de 1998*, de la Secretaría General de Comunicaciones, por la que se dictan instrucciones a Telefónica, S.A en relación con la prestación del servicio telefónico soporte de los servicios de tarificación adicional (cfr. apdo. 1º)²⁸.

Como es conocido, la dualidad de formas de acceso a los STA dio lugar al efecto migratorio de los servicios que, por su contenido, debían ser prestados a través del 903 hacia el número 906 o numeración internacional. Este dato, además de ilustrar sobre la abundante picaresca existente en el sector, permite afirmar que el sistema *opt-out* supone una relajación de la protección de los intereses de los usuarios, lo que justifica que las empresas que incurren en comportamientos fraudulentos prefieran este sistema de acceso y no el inverso.

Teniendo en cuenta los antecedentes expuestos y en virtud del principio *pro consumatore*, parece que cualquier regulación que se presente como protectora de los intereses de los usuarios, deberá acoger el sistema *opt-in* o de acceso a STA a petición expresa del abonado al servicio telefónico. Para evitar el aludido efecto migratorio, basta unificar el sistema de acceso a todos los STA, independientemente de su contenido. Sin embargo, la regulación posterior no ha seguido estas pautas.

1.2. La Orden PRE/361/2002 o la reducción de la protección del usuario.

Como se apunta en el apartado anterior, la regulación posterior no ha seguido las pautas indicadas. Paradójicamente y por más que se pretenda lo contrario, *la regulación* dada por 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 *reduce el nivel de protección de los usuarios*²⁹. *La Orden deroga las restricciones de acceso a los*

²⁷ BOE núm. 236, de 2-10-1993.

²⁸ BOE núm. 2, de 2-1-1999.

²⁹ Resulta cuando menos llamativa la afirmación de la Exposición de Motivos de la Orden, según la cual “al amparo de la regulación general sobre el derecho a la desconexión de los servicios contratados, esta Orden hace definitivamente exigible el derecho a la desconexión de los servicios de tarificación adicional, recogido de modo incipiente y parcial en las Resoluciones de la Secretaría General de Comunicaciones de 29 de enero de 1993, por la que se dictan instrucciones sobre la prestación del servicio telefónico a través del prefijo 903, y de 30 de septiembre de 1993, por la que se modifica la anterior, así como las del Secretario general de Comunicaciones, de 17 de diciembre de 1998”. En el apartado dedicado a los antecedentes históricos ha quedado claramente demostrado que el derecho a la desconexión no estaba “recogido de modo incipiente y parcial” en las Resoluciones anteriores. Al

servicios prestados a través del prefijo 903 contenidas en las Resoluciones de 1993 y 1998 (DD Única). Y obliga a los operadores del servicio telefónico disponible al público que presten el servicio soporte de los STA a configurarlos “de manera que resulten de libre acceso para todos los abonados al servicio telefónico disponible al público” (art. 4.2). No es preciso desarrollar excesivos esfuerzos para justificar que este sistema de acceso libre supone una reducción de la protección de los usuarios.

La Orden ha sido desarrollada por el Código de Conducta, elaborado por la Comisión de Supervisión de los Servicios de Tarificación Adicional. A él están sometidos todos los prestadores de STA. Y aunque está basado en los principios de protección de los derechos de los consumidores y de la infancia y de la juventud (v. art. 6.1 Orden), las medidas tuitivas contenidas en el mismo no son suficientes.

A continuación, se exponen algunos datos que respaldan la afirmación de que la regulación actual no protege suficientemente al usuario.

1.2.1. Proliferación de timos y fraudes

No pretende este apartado realizar una descripción pormenorizada de la amalgama de conductas fraudulentas desarrolladas en torno a los STA, ni tampoco ofrecer un estudio estadístico sobre la evolución de los timos y fraudes referentes a los mismos. Sólo se pretende poner de manifiesto unos datos que no precisan de mayor justificación:

- (i) A poco que se siga la actualidad, es fácilmente constatable que en los últimos meses, los medios de comunicación vienen dando cuenta de un permanente goteo de denuncias, timos y fraudes en torno a estos servicios.
- (ii) El sistema actual de acceso a los STA se ha revelado inútil para hacer frente a un fraude muy extendido consistente en modificar automáticamente y sin conocimiento del usuario la conexión de acceso a Internet³⁰. Los deberes de información impuestos por el artículo 10.3 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la información, en redacción dada por la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de Firma Electrónica o no se cumplen o resultan insuficientes para evitar esta práctica fraudulenta³¹.

contrario, el derecho de desconexión se recogía claramente para los servicios 906 y para los servicios 903, la regla era la restricción del acceso, salvo petición expresa de conexión por el abonado.

³⁰ La conexión se produce como consecuencia de la descarga no consentida de un programa “dialer” en el equipo informático. Este programa modifica la configuración del acceso telefónico a redes de su ordenador, de modo que el nodo de acceso a Internet utilizado habitualmente por el usuario es sustituido por otro de tarificación adicional con prefijo 907.

³¹ *Artículo 10.3 LSSI.* Cuando se haya atribuido un rango de numeración telefónica a servicios de tarificación adicional en el que se permita el acceso a servicios de la sociedad de la información y se requiera su utilización por parte del prestador de servicios, esta utilización y la descarga de programas informáticos que efectúen funciones de marcación, deberán realizarse con el consentimiento previo, informado y expreso del usuario.

A tal efecto, el prestador del servicio deberá proporcionar al menos la siguiente información:

- a) Las características del servicio que se va a proporcionar.
- b) Las funciones que efectuarán los programas informáticos que se descarguen, incluyendo el número telefónico que se marcará.
- c) El procedimiento para dar fin a la conexión de tarificación adicional, incluyendo una explicación del momento concreto en que se producirá dicho fin, y
- d) El procedimiento necesario para restablecer el número de conexión previo a la conexión de tarificación

Este grave problema que, hasta ahora, ni los operadores de servicios telefónicos, ni los operadores de acceso a Internet han podido atajar puede ser paliado mediante el sistema *opt-in*. Obviamente, el cambio de sistema de acceso a STA no supone erradicar el problema, pues éste podrá subsistir para aquellos abonados que hayan solicitado el acceso. Pero la medida tiene eficacia en cuanto por un lado, limita el número de posibles víctimas; y por otro, es un instrumento de “alerta”, en cuanto el abonado, consciente de que a petición expresa está conectado a STA, extremará las cautelas en cuanto a su conexión de acceso a Internet.

- (iii) Como detalla el escrito de CEACCU solicitando la intervención de la Consejería de Sanidad, el incumplimiento del Código es manifiesto y se cuentan por miles los expedientes abiertos y no resueltos por la Comisión de Supervisión de Servicios de Tarificación Adicional³².

La realidad suele ir por delante del Derecho y en esta ocasión deja constancia de que el sistema actual es insuficiente.

1.2.2. Acceso inconsciente o irreflexivo a STA.

La realidad muestra no sólo la pluralidad de timos y conductas fraudulentas relacionadas con estos servicios, sino también la agresividad de las técnicas comerciales que “embaucan” a cualquier usuario-medio, conduciéndole a la utilización de unos servicios que no utilizaría si reflexionara serenamente sobre la relación entre prestación ofrecida y coste del servicio (a veces, superior a 3,50 €/minuto). *El acceso restringido a aquellos abonados que expresamente soliciten la conexión a STA es un instrumento viable y suficiente para suscitar esta reflexión*³³.

1.2.3. Deficiencias en la protección de la juventud, la infancia y otros colectivos especialmente vulnerables.

- a) *Servicios para adultos.*

Tanto si se trata de “servicios exclusivos para adultos” (código 803), como de servicios de ocio y entretenimiento “destinados a adultos” (código 806), resulta insuficiente, por no decir absurda, como medida de protección de la juventud y de la infancia la exigencia de que toda promoción o publicidad del servicio incluya la frase “sólo para

adicional.

La información anterior deberá estar disponible de manera claramente visible e identificable.

Lo dispuesto en este apartado se entiende sin perjuicio de lo establecido en la normativa de telecomunicaciones, en especial, en relación con los requisitos aplicables para el acceso por parte de los usuarios a los rangos de numeración telefónica, en su caso, atribuidos a los servicios de tarificación adicional».

³² No deja de resultar ingenuo pensar que un órgano como la Comisión de Supervisión de los Servicios de Tarificación Adicional, encargado de controlar un sector de la envergadura de los servicios telefónicos de TA puede funcionar adecuadamente sin “incremento del gasto público” y con los “medios materiales y humanos (previamente) existentes en la Dirección General de Telecomunicaciones” (DA 2ª Orden PRE 361/2002), (el adverbio entre paréntesis es mío).

³³ V. *infra* apdo. 2.1 (El sistema *opt-in* como medida de protección de la validez del contrato).

mayores de 18 años” o que el prestador del servicio controle “siempre que sea posible, mediante los sistemas pertinentes de autocontrol, que los demandantes de estos servicios no sean menores de 18 años” (cfr. apdos. 3.2.3.2; 3.2.4.2 y 3.2.3.4 Código de Conducta). Más que un elemento disuasorio, se puede afirmar que esta práctica constituye un eficaz reclamo. No hay nada más atractivo para un menor que “informarle” de que el destinatario debe ser mayor de edad.

Por otra parte, tampoco resulta suficiente limitar los medios y horarios en los que debe aparecer la publicidad de los servicios destinados exclusivamente a adultos (cfr. apdo. 3.2.3.4 Código de Conducta). Que sean medios “que no tengan como posibles destinatarios el colectivo infancia o juventud” no significa que estos colectivos no puedan acceder fácilmente a ellos. Además, la definición de tales medios es lo suficientemente genérica como para comprender cualquiera. Así, tras citar la televisión y la radio, las revistas o publicaciones destinadas para adultos o los anuncios clasificados o por palabras de los periódicos de ámbito nacional o local, el Código de Conducta admite la inclusión de publicidad sobre estos servicios en “los demás medios y soportes, siempre y cuando, no tengan como posibles destinatarios, atendiendo a su difusión y contenido, la juventud o la infancia” (apdo. 3.2.3.4.4).

b) Servicios destinados a la infancia y juventud.

Respecto a los servicios destinados a la infancia y juventud, tampoco resulta una medida de protección eficaz avisar de que el servicio debe ser utilizado con el consentimiento de un adulto o de que la factura se enviará al abonado (apdos. 3.3.2 y 3.3.4 Código de Conducta). Es muy probable que la sugestiva publicidad de estos servicios dote al menor de la fortaleza suficiente como para hacer caso omiso a este frío aviso.

Además, tal aviso ha de realizarse en el “menú inicio” (apdo. 3.3.2.3 y 3.3.4). Es decir, una vez que ya se ha iniciado la comunicación, bien “una vez que se efectúe el descolgado de la llamada”, tratándose de comunicaciones telefónicas, o bien en “la pantalla de inicio de los servicios”, si la comunicación es a través de Internet (apdo. 1.2.4 Código de Conducta).

c) Otros colectivos.

El apartado 3.1.5 del Código de Conducta contiene una genérica proclamación que nada añade a la protección de estos colectivos: “Los servicios no deberán suponer explotación o atentar contra la intimidad de ninguna persona mentalmente discapacitada, desequilibrada o cualquier otra persona vulnerable, debiéndose tener en cuenta la especial protección que necesitan dichas personas”. Esto no constituye una auténtica medida de protección, sino una simple manifestación de buenos propósitos que serían igualmente aplicables, aunque nada dijera el Código de Conducta.

Sin obstáculo alguno, estos usuarios pueden acceder a STA.

d) Servicios a través de Internet.

La situación de desprotección de los colectivos especialmente vulnerables es mayor aún en relación a los servicios de datos prestados a través del código 907. No hay diferencia

de contenidos prestados a través de este código. El número 907 indica la prestación de STA a través de Internet, pero no informa sobre los contenidos suministrados, aglutinando los servicios destinados exclusivamente a adultos, los servicios de ocio y entretenimiento y los servicios profesionales. Cualquier usuario puede acceder sin restricciones a tales contenidos.

En definitiva, realizando una ponderación de los intereses en juego, también desde esta perspectiva es obvio que el sistema opt-in o de consentimiento expreso permite una mejor tutela de los intereses de todos los colectivos de usuarios, incluidos aquellos “especialmente vulnerables”. Ciertamente, conforme al sistema actual, el abonado a la línea telefónica, consciente de sus circunstancias personales y familiares, puede solicitar la desconexión al operador del servicio telefónico. Pero la realidad muestra que sólo una minoría es consciente de este derecho y un porcentaje menor aún lo ejerce. Por ello, no es desproporcionado invertir el sistema actual. Resulta una medida de protección más eficaz articular un sistema en el que el acceso al STA sólo sea posible previa petición expresa del abonado al servicio telefónico. De esta forma se logra la protección directa de los colectivos vulnerables (sólo podrán acceder al STA, si el titular de la línea ha solicitado la conexión), pero también la protección indirecta, en cuanto el abonado, consciente de haber ejercido la opción, será especialmente diligente en la vigilancia del acceso y utilización de estos servicios por las personas de su entorno, en particular, aquellas pertenecientes a alguno de estos “colectivos vulnerables”.

1.2.4. Discrecionalidad en la configuración del derecho de desconexión.

La Orden implanta el sistema de desconexión voluntaria a petición de los abonados (*opt-out*). Así, “los abonados del servicio telefónico disponible al público podrán excluir la contratación o solicitar la desconexión de todos estos servicios de tarificación adicional o de los que se presten a través de un determinado código” (art. 4.3) y los operadores de servicios telefónicos disponibles al público están obligados a “garantizar a sus abonados el derecho a la desconexión de determinados servicios, entre los que se incluirá al menos el de llamadas a servicios de tarificación adicional y el de llamadas internacionales, *en la forma que determine el correspondiente contrato de abono*” (art. 2). Correlativamente, dichos operadores están obligados a regular “en sus contratos de abono la forma de ejercicio del derecho de desconexión (art. 3.I)”.

Se constata una *excesiva discrecionalidad conferida a los operadores de servicios telefónicos*. Estos habrán de regular en sus contratos de abono la forma del ejercicio del derecho de desconexión y los efectos de la misma. La regulación es muy parca en este sentido. Se limita a disponer que “el abonado comunicará al operador, su intención de desconectarse de determinados servicios” (art. 3.II); “el operador habrá de proceder a dicha desconexión como máximo en el plazo de diez días desde la recepción de la comunicación del abonado” y “en caso de que dicha desconexión no se produjera 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. 3.III). Como se observa, la norma además de prever un plazo amplio para realizar la desconexión (diez días) no prevé la forma en la que se ha de comunicar la solicitud de desconexión y tampoco exige que la desconexión sea gratuita. *Los operadores son libres para facilitar o dificultar, según su criterio, el ejercicio del derecho de desconexión por los abonados a la red telefónica.*

1.2.5. Falta de información sobre el derecho de desconexión.

Las deficiencias de la regulación no constituyen la principal fuente de indefensión del usuario. *La indefensión procede principalmente de la falta de conocimiento de su derecho de desconexión de los STA.* La regulación anterior era mucho más rigurosa en la imposición de deberes de información a los operadores del servicio telefónico (cfr. instrucciones 4ª y 5ª Resolución de enero de 2003³⁴). *A diferencia de la Resolución de enero de 1993 (v. instrucción 4ª³⁵), la Orden de 14 de febrero de 2002 es muy parca en la regulación de los deberes de información de los operadores sobre el derecho de desconexión a STA.* Exige que “las facturas o documentos de cargo que se emitan por los operadores que presten el servicio telefónico disponible al público para el cobro de los *servicios prestados*, deberán reflejar, de manera adecuada para ser percibido claramente por el destinatario, el derecho a desconectarse de los servicios de tarificación adicional” (art. 3.IV). Parece que ha de interpretarse que las facturas que han de mencionar este derecho son únicamente las que contienen cobros en concepto de STA, pues las facturas referentes a la prestación del servicio telefónico ordinario, -al menos las emitidas por Telefónica, SAU-, no contienen esta mención³⁶. Es evidente la situación de indefensión en la que se encuentra el usuario: para cuando resulta informado de su derecho a desconectarse de los STA, puede haber incurrido ya e incluso de forma inconsciente en la obligación de pagar cuantiosas sumas por su acceso a estos servicios³⁷. Es muy probable que ya en este momento el propio usuario tome todas las cautelas a su alcance para no volver a conectarse a tales servicios.

Con carácter transitorio, desde la entrada en vigor de la propia Orden y hasta el funcionamiento efectivo de la nueva clasificación de los servicios de tarificación adicional (803, 806, 807 y 907³⁸), los operadores “deberán informar de manera

³⁴ La instrucción 5ª imponía a Telefónica el deber de “enviar a tales abonados una información sencilla y comprensible sobre las características de los mismos, incluyendo las tarifas aplicables”. No hay disposición similar en la Orden PRE/361/2002; el art. 10.3 LSSI impone un deber equiparable a los prestadores de servicios de TA a través de Internet.

La instrucción 4ª se refería expresamente al derecho de desconexión y se reproduce en la siguiente nota.

³⁵ La citada Resolución exigía que “Telefónica notifique de forma fehaciente a estos abonados que tienen derecho a solicitar la desconexión de forma gratuita:

O bien tan sólo para el acceso al prefijo donde quedan englobados todos aquellos servicios que puedan producir efectos indeseados sobre determinados colectivos, y muy particularmente sobre la juventud y la infancia;

O bien sobre el conjunto de los servicios de valor añadido con tarificación adicional ofrecidos en los dos prefijos” (instrucción 4ª).

³⁶ Consta que en las facturas correspondientes a Agosto de 2003, Telefónica Móviles incluyó un texto del siguiente tenor: “*Telefónica Movistar informa: del derecho que le asiste, de conformidad con la normativa vigente, a desconectarse de los servicios de tarificación adicional, mediante una llamada gratuita a nuestros Centros de Relación con el cliente.*”

³⁷ Piénsese en las estafas cometidas a través de Internet. Mediante programas situados en webs gratuitas (generalmente, de contenidos pornográficos o musicales) se reconfigura la conexión de acceso a Internet, sustituyéndose por una conexión a través de un número de tarificación adicional (906, 806, 807). El usuario medio sólo se percata de la sustitución cuando recibe la factura telefónica.

³⁸ El proceso de tránsito hacia los nuevos códigos ha sido regulado por varias Resoluciones: *Resolución de 16 de julio de 2002*, de la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información, por la que se atribuyen recursos públicos de numeración a los servicios de tarificación adicional (BOE núm. 186, de 5-8-2002). Esta Resolución atribuye los códigos 803, 806 y 807 a los STA y

individual a todos sus abonados acerca del nuevo modelo de acceso a los servicios de tarificación adicional” y de “las condiciones básicas de prestación de estos servicios” (DT 3^a).

Por otra parte, la utilidad de los contratos de abono al servicio telefónico como instrumento de información a los usuarios de sus derechos de desconexión es muy limitada. En la actualidad, el operador abrumadoramente mayoritario no facilita a sus abonados el citado contrato, limitándose a responder a las cuestiones planteadas por los usuarios mediante llamadas a su servicio de atención al cliente (1004)³⁹.

Al margen de las obligaciones legales, tampoco los operadores son muy generosos al facilitar información sobre el derecho de desconexión de STA. Por lo general, se limitan a ofrecer información a las empresas sobre sus ofertas de líneas de tarificación adicional, pero nada dicen a los clientes residenciales sobre la posibilidad de desconectarse a dichas líneas⁴⁰.

1.3. La Ley General de Telecomunicaciones como posible obstáculo al sistema *opt-in*.

1.3.1. El artículo 38.2,d)

La Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGTel)⁴¹ no introduce modificaciones en este ámbito. Su artículo 38.2,d) se pronuncia en términos idénticos a los del artículo 54.2,d) de la Ley de 1998. Establece el contenido mínimo de las normas básicas de utilización de los servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público, que determinen los derechos de los consumidores que sean personas físicas y otros usuarios finales. Estas normas habrán de regular, “entre otros extremos”, “los derechos de desconexión de determinados servicios, *previa solicitud del usuario*”⁴².

establece los contenidos suministrados a través de ellos; fijando la desaparición de los códigos 903 y 906, el 1 de octubre de 2003, fecha que por Resolución de 26 de septiembre de 2003 se prorrogará hasta el 1 de enero de 2004; *Resolución de 5 de mayo de 2003*, de la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información (BOE núm. 126, de 27-5-2003), establece el procedimiento de migración de los antiguos servicios prestados a través del 903 y 906 hacia la nueva numeración; *Resolución de 26 de septiembre de 2003*, de la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información, por la que se establece un plazo transitorio de tres meses para la liberación de los códigos 903 y 906 utilizados para la prestación de servicios de tarificación adicional (BOE núm. 234, de 30-9-2003); *Resolución de 3 de noviembre de 2003*, de la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información, por la que se atribuye un rango de numeración específico (907) para la provisión de servicios de tarificación adicional sobre sistemas de datos (BOE núm. 268, de 8 de noviembre de 2003).

³⁹ V. mi informe “Pago por adelantado de cuota de abono telefónico”. Mayo, 2004, publicado en la *Web* del Centro de Estudios de Consumo de la Universidad de Castilla-La Mancha, págs. 13 a 15.

⁴⁰ Navegando por las *webs Telefónica.es* y *Telefónica.com* y utilizando sus buscadores, no he hallado ninguna referencia al derecho de desconexión a servicios de tarificación adicional. Sin perjuicio de que se incluya en algún otro apartado, no se hace ninguna mención a este derecho en su “sede natural”, esto es, en el apartado “atención al cliente”, en concreto “gestiones administrativas”. Salvo ciertas excepciones (ej. *Euskaltel*), dicho comportamiento es predicable igualmente de otros operadores consultados (v.gr. *Vodafone o Auna*).

⁴¹ BOE núm. 264, de 4-11-2003.

⁴² En tanto se dicta la nueva normativa de desarrollo de la LGTel, la norma llamada a cumplir este mandato es el artículo 56 del RD 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 lo relativo al servicio universal

En mi opinión, *la norma no constituye un obstáculo al sistema de acceso a STA restringido a STA a aquellos usuarios que los soliciten previa y expresamente*. Y ello por dos razones:

- (i) El artículo 38.2,d) de la LGTel se limita a determinar algunos contenidos mínimos de las normas básicas de utilización de los servicios de comunicaciones electrónicas, entre los que se incluye el derecho de desconexión de ciertos servicios. Pero, no obliga a los operadores de servicios telefónicos que prestan servicios portadores a los STA a configurarlos de manera que resulten de libre acceso para todos los abonados al servicio telefónico disponible al público, como hace la Orden de 14 de febrero de 2002 (art. 4.2). Según se deduce de la dicción literal del precepto, que habla de “normas básicas” o de regulación “entre otros extremos”, es una *norma de derechos mínimos* de los usuarios finales de servicios de telecomunicaciones. No hay obstáculo para ampliar no sólo el alcance subjetivo de esos mínimos (art. 38.2 *in fine*), sino también su alcance objetivo, en aras de una mayor y más eficaz tutela de los intereses de los usuarios (cfr. art. 38.8 LGTel). En otros términos, *conforme el tenor literal de la LGTel el umbral mínimo de protección de los usuarios de servicios telefónicos viene determinado por la posibilidad de desconectarse a determinados servicios, previa solicitud. Este umbral mínimo puede ser elevado, reconociendo al usuario un derecho a no estar conectado a determinados servicios, salvo petición previa y expresa del propio usuario*.
- (ii) El artículo 38.2,d) de la LGTel, igual que su predecesor de la Ley de 1998, se dirige no sólo a exigir la regulación del derecho a la desconexión de ciertos servicios (v.gr STA o llamadas internacionales), sino también a exigir la regulación del derecho de los abonados a causar baja –temporal o definitiva-, previa comunicación al operador de servicios telefónicos. A este derecho se refieren también los artículos 56.5 RSU⁴³ y 23º Orden PRE 361/2002⁴⁴. Obviamente, la baja definitiva o la interrupción temporal del servicio sólo procede “previa petición del usuario”.

1.3.2. La exigencia de interoperabilidad de los servicios

de telecomunicaciones, a las demás obligaciones de servicio público y a las obligaciones de carácter público en la prestación de los servicios y en la explotación de las redes de telecomunicaciones (BOE núm. 213, de 5-9-1998) (DT 1ª.5 LGTel 2003). El citado art. 56.3 RSU dispone que “con arreglo a lo que se establezca mediante orden, el Ministerio de Fomento habrá de garantizar al usuario, conforme al artículo 54.2 de la LGTel, el derecho a desconectarse, previa solicitud expresa, *de los servicios contratados...*”. La Orden PRE 361/2002 ha desarrollado este precepto en los términos que ya conocemos. Esto es, estableciendo un sistema de acceso libre a STA, salvo petición expresa de desconexión (arts. 2, 3 y 4.3).

⁴³ *Artículo 56.5 RSU*. “El contrato de abono se extinguirá por las causas generales de extinción de los contratos y, especialmente por voluntad del abonado, comunicándolo, previamente y de forma fehaciente, al prestador del servicio con una antelación mínima de quince días naturales al momento en que ha de surtir efectos”.

⁴⁴ *Apdo. 23º Orden PRE/361*. 1. “Los operadores han de indicar en la información general [...] el lugar o en su defecto, el teléfono (y, en su caso, dirección de correo electrónico) *al que pueden dirigirse o llamar los abonados para solicitar la suspensión temporal del servicio telefónico*.”

2. El *abonado* que quiera obtener la suspensión temporal del servicio telefónico *deberá solitarlo al operador que se lo preste...*”.

La consecución de la interoperabilidad de los servicios de telecomunicaciones es una manifestación del fenómeno de “convergencia multimedia”. Se pretende maximizar las posibilidades de comunicación, de forma que todo usuario pueda acceder a los servicios prestados a través de las redes de telecomunicaciones, independientemente del tipo de red a la que esté conectado (cable, espectro radioeléctrico), de la señal transmitida (imagen, voz, datos) y de la tecnología empleada (digital, analógica, GSM, GPRS, UMTS). Así entendida, la interoperabilidad de los servicios ha sido uno de los móviles del proceso de liberalización. Tanto la LGTel de 1998, como la actual Ley 32/2003 han proclamado expresamente esta finalidad, al servicio de la cual se han impuesto a los operadores de servicios de telecomunicaciones obligaciones de interconexión (cfr. arts. 22.2.II, 22.3 LGTel 1998 y concordantes del RD 1651/1998⁴⁵; y arts. 11.2; 11.4 y 12.2 LGTel 32/2003⁴⁶). La implantación de un sistema de acceso a STA restringido a los usuarios que expresamente lo soliciten puede entrar en conflicto con la consecución de este objetivo.

No obstante, no es seguro que se produzca el conflicto interoperabilidad-acceso restringido, y en caso, de producirse, ha de primar el principio de protección del usuario.

- (i) La interoperabilidad es una aptitud o cualidad de las redes. Queda garantizada en cuanto las redes estén diseñadas de forma que permiten el acceso a estos servicios, independientemente del operador de servicios telefónicos que provea el número de tarificación adicional. Pero la exigencia de interoperabilidad no significa que todos los usuarios conectados a las redes de comunicaciones electrónicas estén necesariamente conectados a los servicios prestados sobre ellas. Basta que tengan la posibilidad de conectarse. El sistema de acceso *opt-in* implica que los STA prestados a través de las redes de comunicaciones electrónicas son potencialmente accesibles por cualquier usuario, para que el acceso sea efectivo, el usuario tendrá que emitir su consentimiento de forma previa, expresa y fehaciente. Desde esta perspectiva, no existe conflicto entre interoperabilidad-sistema de acceso *opt-in*.

⁴⁵ Reglamento por el que se desarrolla el Título II de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones, en lo relativo a la interconexión y al acceso a las redes públicas y a la numeración.

⁴⁶ Los preceptos citados de la Ley 32/2003 son del siguiente tenor literal:

Artículo 11.2. “Los operadores de redes públicas de comunicaciones electrónicas tendrán el derecho y, cuando se solicite por otros operadores de redes públicas de comunicaciones electrónicas, la obligación de negociar la interconexión mutua con el fin de prestar servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público, con el objeto de garantizar así la prestación de servicios y su interoperabilidad”;

Artículo 11.4. “La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones podrá intervenir en las relaciones entre operadores, a petición de cualquiera de las partes implicadas, o de oficio cuando esté justificado, con objeto de fomentar y, en su caso, garantizar la adecuación del acceso, la interconexión y la interoperabilidad de los servicios, así como la consecución de los objetivos establecidos en el artículo 3”;

Artículo 12.2. “La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, en la medida en que sea necesario garantizar la posibilidad de conexión de extremo a extremo, podrá imponer obligaciones a los operadores que controlen el acceso a los usuarios finales, incluida, en casos justificados, la obligación de interconectar sus redes cuando no lo hayan hecho.

- (ii) Aún cuando el argumento precedente no sea tenido en cuenta y se considere que sí existe conflicto entre la exigencia legal de interoperabilidad y el sistema de acceso *opt-in*, el conflicto ha de resolverse a favor del sistema *opt-in*.

Además de las normas generales que proclaman la defensa de los consumidores y usuarios como principio general informador del ordenamiento jurídico (arts. 51 CE y 1.1 LCU), también la LGTel acoge este principio. La Ley proclama entre sus objetivos “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...” [art. 3,e)]. Las exigencias de interoperabilidad también tienen una finalidad tuitiva de los intereses de los usuarios, en cuanto se pretende ampliar las posibilidades de comunicación. El sistema actual de acceso libre a STA, salvo petición de desconexión, preserva la interoperabilidad pero lesiona los intereses de los consumidores, como prueban los diversos argumentos que se esgrimen en este estudio. Resulta paradójico que una medida establecida en interés de los usuarios (aunque también de los operadores y prestadores de STA) acabe revertiendo en perjuicio de los mismos.

Por todo ello, la ponderación entre el principio de protección de los derechos de los usuarios y la exigencia de interoperabilidad conduce a considerar preferente el primero. Lo que aplicado al supuesto que nos ocupa, significa que el sistema de acceso a STA ha de ser modificado. De forma que sólo puedan acceder a dichos servicios los usuarios que lo soliciten de forma previa, expresa y fehaciente.

1.4. El sistema *opt-in* como instrumento de control del gasto telefónico.

El acceso al servicio telefónico desde una ubicación fija es una prestación de servicio universal [arts. 22.1,a) LGTel y 12,a) RSU]. El precio de este servicio ha de ser asequible. Como instrumento de garantía de la asequibilidad del precio, el RSU y la Orden de 21 de diciembre de 2001⁴⁷, que lo desarrolla contemplan la posibilidad de restringir y bloquear por parte de los usuarios y sin coste alguno, entre otras, las llamadas a servicios con tarificación adicional [art. 18.3,e) RSU y 13º.2 Orden]. A todas luces, como instrumento de control de gasto es más eficaz el sistema de acceso restringido, salvo petición expresa del abonado que el sistema de acceso libre, salvo petición expresa de desconexión. Como ya hemos reiterado en varias ocasiones, el sistema *opt-in* tiene, entre otras, la virtualidad de obligar al usuario a la reflexión sobre su decisión de utilizar los STA. Obviamente, al tomar tal decisión valorará sus posibilidades económicas y la conveniencia de limitar el gasto telefónico.

2. Normativa general.

2.1. El sistema *opt-in* como medida de protección de la validez del contrato.

Es sobradamente conocido que la adquisición de cualquier producto o servicio exige como elemento esencial del contrato la prestación del consentimiento contractual (art. 1261 CC). Y que es nulo el consentimiento y por ende, nulo o anulable el contrato, si se emite por quien es incapaz de prestarlo (art. 1263 CC) o si median vicios, que lo

⁴⁷ Orden del Ministerio de Ciencia y Tecnología, de 21 de diciembre de 2001, por la que se regulan determinados aspectos del Servicio Universal de Telecomunicaciones (BOE núm. 311, de 28-12-2001).

invaliden (arts. 1264-1270 CC). Por más que el abonado pague al operador del servicio telefónico, el acceso a servicios de tarificación adicional constituye una relación contractual entre usuario y prestador del servicio de tarificación adicional. Desde esta perspectiva, el operador del servicio telefónico no es más que un autorizado para recibir el pago, que ha de restituir al prestador del servicio (art. 1162 CC). Naturalmente, la relación contractual entre prestador de STA y usuario sólo queda válidamente constituida si concurren los elementos esenciales del contrato y en particular, por lo que ahora interesa, el consentimiento contractual.

Ciertamente, el usuario emite el consentimiento contractual mediante un acto concluyente, la marcación del número telefónico que le facilita el acceso al STA⁴⁸. Pero no es menos cierto que en la mayoría de las ocasiones, el usuario está fuertemente mediatizado por la influencia de la publicidad, -a menudo directa y en ocasiones, engañosa-, y de las sugerentes ofertas que se le formulan (regalos, premios...). A poco que se analice la casuística, será muy fácil descubrir vicios (fundamentalmente, error, cuando no dolo) que invalidan el consentimiento contractual y justificarían la declaración de nulidad del contrato⁴⁹.

Además, la práctica ofrece numerosos ejemplos de estafas basadas en la posibilidad técnica de prescindir de la manifestación de voluntad del usuario, mediante la reconfiguración de su número de acceso a Internet a través de programas informáticos situados en *webs* de acceso gratuito.

En principio, una forma de tutelar los intereses del usuario es la anulación del contrato viciado o radicalmente nulo. Sin embargo, esta medida conlleva un coste desproporcionado de realización del Derecho, en cuanto exigiría multitud de procesos para declarar la nulidad de dichos contratos. Esta medida es manifiestamente

⁴⁸ El acceso a STA es un contrato a distancia en los términos de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista (v. *infra*. apdo. 2.3). El artículo 41.2 LOCM, referente a los contratos a distancia, exige que la aceptación del contrato se manifieste de forma “explícita”. No vale cualquier consentimiento o aceptación. Éste se puede manifestar en cualquier forma acorde con el medio a través del que se contrata (verbal o escrito) pero en todo caso ha de ser expreso. Se excluyen las aceptaciones tácitas por muy concluyentes o inequívocas que puedan parecer. No obstante, en este aspecto la doctrina no es unánime. Para algunos autores, no son actos concluyentes válidos para sustituir la manifestación expresa de la aceptación la firma de un recibo de la cosa suministrada, la comunicación del número de una tarjeta de crédito o de los datos de una cuenta bancaria y ni siquiera el pago del producto o artículo recibido (v. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., “Artículo 41” en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO Y LEGUINA VILLA, J. (Coordinadores), *Comentarios a las Leyes de Ordenación del Comercio Minorista*. Tecnos. Madrid, 1997, págs. 703-705, concr. pág. 704). Otros, en cambio, sí admiten la perfección del contrato mediante estos actos concluyentes (MARÍN LÓPEZ, J.J., *Ordenación del Comercio Minorista. Praxis*, 1996, pág. 308). Desde la perspectiva que aquí interesa, la polémica es, en cierta medida, irrelevante. Como se expone en el texto, nada aporta a la tutela del usuario discutir la existencia y validez del contrato. Lo cierto es que ha utilizado un servicio y al menos, por aplicación de la doctrina de las “relaciones contractuales de hecho”, tendrá que pagar por ello.

⁴⁹ Con esto no quiero decir que todos los prestadores de STA incurran en comportamientos reprochables como publicidad ilícita o incluso delitos de estafas y que todos los consentimientos emitidos mediante la marcación del código pertinente estén viciados. Pero desgraciadamente, la situación actual es bastante desfavorable para los prestadores que desarrollan lícitamente su actividad. No tengo datos suficientes para afirmar que estos últimos son menores en número, pero lo que es obvio es que los primeros alcanzan un protagonismo notablemente superior y que los daños causados son un dato a tener en cuenta. Por lo que parece justificado adoptar ciertas medidas tendentes a proteger a los usuarios frente a estos comportamientos.

insuficiente. No sólo porque el usuario medio no suele estar dispuesto a litigar por cantidades que, aún siendo importantes, aisladamente consideradas no suponen cuantías excesivas, ni a enfrentarse a la dificultad de probar el vicio que invalidó el consentimiento prestado; sino también porque por aplicación del expediente de las “relaciones obligatorias de hecho”, el usuario puede verse obligado a pagar a pesar de la declaración de nulidad del contrato.

Mucho más eficiente resulta que sea el propio ordenamiento jurídico el que preserve la validez del consentimiento emitido. Para ello, basta con invertir el sistema de acceso a los STA. Exigir que el usuario manifieste expresamente y de forma fehaciente su voluntad de acceder a dichos servicios es una forma de garantizar que el consentimiento es válido o al menos, que se ha emitido de forma consciente.

El sistema propuesto no es otra cosa que una manifestación más de la regla general vigente en nuestro ordenamiento. Para el perfeccionamiento de cualquier contrato, se exige la emisión del consentimiento contractual (art. 1261 CC), entendiendo por tal la voluntad de contratar formada y manifestada libremente y en ausencia de vicios. En el ámbito contractual, salvo contadas excepciones, en las que suele existir una relación previa (ej. prórroga de suministros o suscripciones periódicas), el silencio tiene valor negativo. Aplicada esta regla al acceso a STA, se impone la exigencia de un consentimiento expreso. Ciertamente, en el sistema actual también se precisa “consentimiento expreso”, pues sólo acceden al servicio, los usuarios que “marcan” el número de tarificación adicional. Pero la realidad, -que suele ir por delante de la norma jurídica-, ha demostrado que en estos supuestos el consentimiento no siempre se emite libremente. Unas veces por el medio técnico (*dialers* que modifican la configuración del acceso a Internet) y otras, por la agresividad de las prácticas comerciales empleadas (llamadas directas, promesa de magníficos regalos...etc).

Por las peculiares circunstancias técnicas y comerciales en las que se produce la contratación, la mera marcación del número de tarificación adicional no es un acto concluyente válido a efectos de la manifestación del consentimiento contractual. A objeto de preservar la emisión de un consentimiento contractual libremente y de tutelar el interés superior del usuario es preciso establecer un sistema de consentimiento expreso.

Basándose en argumentos similares, el Consejo de Consumidores y Usuarios presionó para la introducción de un sistema de acceso *opt-in* en la Orden de 14 de febrero de 2002. Pero la SETSI no admitió sus alegaciones⁵⁰.

2.2. Normas sobre comunicaciones comerciales y publicidad no deseada.

Las normas reguladoras de las ventas a distancia imponen restricciones a la utilización de ciertas técnicas de comunicación a distancia. Así, la Directiva 97/7/CEE del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de mayo de 1997, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia exige que al principio de cualquier conversación telefónica con el consumidor se precise “explícita y claramente” la identidad del proveedor y la finalidad comercial de la llamada (art. 4.3); para el caso de empleo de llamadas automáticas, es decir, sin intervención humana o del fax, se exige el

⁵⁰ V. RIBÓN SEISDEDOS, E. “Los Servicios...”, pág. 19.

consentimiento previo del consumidor (sistema *opt-in*, art. 10.1) y para el resto de técnicas que permitan una comunicación individual, es preciso que no exista oposición manifiesta del consumidor (sistema *opt-out*, art. 10.2). Estas exigencias han sido incorporadas al Ordenamiento español en los términos del artículo 39 de la LOCM, en su redacción dada por la Ley 47/2002, de 19 de diciembre, de reforma de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista (BOE núm. 304, de 20 diciembre 2002)⁵¹.

Sin embargo, el Código de Conducta al que están sometidos los prestadores de STA eleva el nivel de protección del usuario. Aplica a la publicidad de STA las restricciones impuestas en otros ámbitos (cfr. art. 21 LSSI, en redacción dada por Ley 32/2003), prohibiendo “el envío de comunicaciones publicitarias o promocionales, que previamente *no hayan sido solicitadas expresamente por los destinatarios de las mismas*” (art. 2.1.7.). En otros términos, amplía la aplicación del sistema *opt-in*, que la LOCM reserva para las llamadas telefónicas automáticas o el fax, a cualquier forma de comunicación publicitaria, que permita la comunicación individualizada⁵².

Resulta llamativo que una actividad de menor “intensidad obligacional”, como es el envío de publicidad precise el consentimiento previo del destinatario y no se exija el mismo requisito para una actividad contractual, como es el acceso a los STA. A la vez que se requiere consentimiento previo para el envío de comunicaciones comerciales, se acepta que el usuario esté conectado “por defecto” al servicio, de modo que pueda acceder a él sin formular petición expresa distinta a la simple marcación del número de tarificación adicional o incluso, prescindiendo de esa petición (reconfiguración fraudulenta de acceso a Internet).

Aplicando una argumentación a fortiori, se desprende la conveniencia de exigir también una solicitud expresa de conexión a STA, distinta de la emitida mediante la marcación del código. Porque, como se ha expuesto en el apartado anterior, a menudo, ésta adolece de nulidad (error o dolo) o es radicalmente nula por falta de conocimiento del usuario.

⁵¹ *Artículo 39 LOCM. Propuesta de contratación.*

1. En todas las propuestas de contratación deberá constar inequívocamente que se trata de una oferta comercial. Concretamente, en el caso de comunicaciones telefónicas, deberá precisarse explícita y claramente, al principio de cualquier conversación con el comprador, la identidad del vendedor y la finalidad comercial de la llamada.

2. La utilización por parte del vendedor de las técnicas de comunicación que consistan en un sistema automatizado de llamada sin intervención humana o el telefax necesitará el consentimiento previo del consumidor.

3. En todo caso, deberán cumplirse las disposiciones vigentes sobre condiciones generales de contratación, protección de los menores y respeto a la intimidad. Cuando se utilicen datos personales procedentes de fuentes accesibles al público para la realización de comunicaciones comerciales, se proporcionará al destinatario la información que señala la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre (RCL 1999, 3058), de Protección de Datos de Carácter Personal, y se ofrecerá al destinatario la oportunidad de oponerse a la recepción de las mismas.

Sobre las deficiencias de esta norma de transposición cfr. ARROYO APARICIO, A., *Los Contratos a Distancia en la Ley de ordenación del Comercio Minorista*. Aranzadi. 2003, págs. 176 y 177.

⁵² Aunque el Código de Conducta no incluye esta mención a las técnicas promocionales o publicitarias *que permitan una comunicación individualizada*, refiriéndose en general a cualquier técnica, habrá de entenderlo así si se quiere evitar “ofrecer una protección ilusoria” (cfr. Posición común respecto a la Propuesta de Directiva 97/7/CEE, aprobada por el Consejo, DOCE núm. C 288, de 30 de octubre, pág. 11).

2.4. Normas reguladoras de ventas a distancia y fuera de establecimiento mercantil

Las normas que regulan las ventas a distancia⁵³ y las ventas fuera de establecimiento mercantil⁵⁴ pretenden incrementar la protección del adquirente en un marco en el que su posición de debilidad se ve agudizada, debido al entorno en el que se produce la contratación. La protección de la posición del usuario se concreta en la atribución de derechos específicos. En concreto, el derecho de desistimiento (art. 44 LOCM) y el derecho a la revocación del consentimiento prestado (art. 5 LCCFEM). En puridad, las razones a las que obedece el mayor grado de protección es distinto en uno y otro caso. Tratándose de ventas a distancia, la falta de contacto directo con el producto o servicio objeto del contrato justifica el incremento del nivel de protección; en el supuesto de las ventas fuera de establecimiento mercantil (ej. ventas a domicilio o ventas en medios de transporte) es la agresividad de la práctica comercial lo que fundamenta una tutela específica de los adquirentes. Sin embargo, descendiendo a la realidad práctica, ambas fundamentaciones pueden concurrir. En numerosas ocasiones, la venta fuera de establecimiento mercantil se perfecciona sin que el adquirente tenga contacto directo con el producto o servicio (ej. a la vista de un catálogo mostrado en el domicilio del adquirente) y la venta a distancia se realiza empleando prácticas comerciales agresivas que impiden al usuario reflexionar sobre el contrato y sus condiciones (llamadas telefónicas, cartas con mensajes de urgencia y de agotamiento inminente de ofertas...)⁵⁵.

En el marco de los STA concurren los rasgos señalados. Como ya se ha explicado, *la contratación de estos servicios supone una forma de contrato a distancia* en cuanto se celebra en el marco de un sistema organizado de contratación a distancia, sin la presencia física simultánea de los contratantes, transmitiéndose la propuesta de contratación y la aceptación de la misma a través de una o varias técnicas de comunicación a distancia (ej. carta o e-mail y red telefónica; radio o televisión y red telefónica o red telefónica en exclusiva) (cfr. art. 38 y DA 1ª LOCM). El usuario sólo tiene contacto directo con el servicio (suministro de cierta información) una vez que ha contratado (ha efectuado la llamada). Antes de llamar, todo lo que conoce del servicio es una sugestiva publicidad que cuando no ofrece premios fáciles de obtener, anuncia la solución a cualquier problema personal, familiar o laboral a cambio de una simple llamada telefónica pero nada dice de los tiempos de espera, de las melodías interminables y sólo oscuramente informa sobre los precios. Con el agravante, de que a menudo, esta publicidad suele ir dirigida de forma personalizada y directa al usuario mediante llamadas o cartas a su domicilio.

⁵³ Artículos 38 a 48 Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista (BOE núm. 15, de 17-1-1996), corrección de errores BOE núm. 42, de 17-2-1996, modificada por Ley 47/2002, de 19 de diciembre, Reforma de la Ley 7/1996, de 15-1-1996 (RCL 1996\148, 554), de Ordenación del Comercio Minorista, para la transposición al ordenamiento jurídico español de la Directiva 97/7/CE, en materia de contratos a distancia, y para la adaptación a diversas Directivas comunitarias (BOE núm. 304, de 20-12-2002) (en adelante, LOCM).

⁵⁴ Ley 26/1991, de 21 de noviembre, de Contratos Celebrados Fuera de los Establecimientos Mercantiles (BOE núm.283, de 26-11-1991), modificada por la Ley 39/2002, de 28 de octubre, de transposición al ordenamiento jurídico español de diversas directivas comunitarias en materia de protección de los intereses de los consumidores y usuarios (BOE núm. 259, de 29-10-2002) (en adelante, LCFEM).

⁵⁵ V. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., “Artículo 44” en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. Y LEGUINA VILLA, J. (Coordinadores), *Comentarios a las Leyes de Ordenación del Comercio Minorista*. Tecnos. Madrid, 1997, págs. 715-725, concr. pág. 717.

Por otra parte, técnicamente, el acceso a STA *no es una forma de contrato celebrado fuera de establecimiento mercantil en el sentido de la LCFEM*. Falta un elemento definidor de este tipo de contratos, que es la presencia simultánea de empresario o su representante y consumidor⁵⁶. Sin embargo, a menudo, este tipo de contratos presenta un rasgo no menos característico de los contratos fuera de establecimiento mercantil. Es el elemento “sorpresa”, que aunque no se exige de manera expresa por la LCFEM, sí puede deducirse por diversas vías (ej. *ex art. 1.1 b) LCFEM*)⁵⁷. En numerosas ocasiones, el acceso a STA tiene en común con la venta domiciliaria y asimiladas (en centro de trabajo, excursiones o medios de transporte) la especial agresividad del oferente de productos o servicios, que “atropella” al cliente, sin darle oportunidad para la reflexión. Por supuesto, el usuario es “atropellado” por el prestador de STA que deja un mensaje en el contestador telefónico advirtiéndolo al destinatario de que en su departamento de entregas ha sido devuelto, por error en la dirección, un paquete regalo enviado al destinatario, paquete que suele ser inexistente y que aguarda durante un breve plazo de tiempo (24 o 48 horas), hasta la llamada a un número de tarificación adicional. Ante esta práctica, el usuario no sólo precisa de una especial tutela civil, sino también de tutela penal, en cuanto el engaño pueda ser calificado como estafa. Pero, en cierta medida, el usuario también es “atropellado” por el programa de televisión que impunemente ofrece 2000 € por identificar a una afamada actriz de teatro (“Lina Morgan”), cuya imagen aparece repetida dos veces en un conjunto de tres fotos (la tercera, era de Mercedes Milá) y cuyo nombre aparece al pie de una de ellas o por aquel otro que ofrece un premio igualmente sustancioso a los acertantes de la pregunta “¿de qué color es el caballo blanco de Santiago?”⁵⁸.

Queda demostrado que *las razones que justifican la especial protección concedida por el ordenamiento a los consumidores tanto en los contratos a distancia, como en los celebrados fuera de establecimiento mercantil concurren igualmente en el ámbito del acceso a los STA. El elemento determinante de una tutela reforzada de los intereses de los usuarios no son los productos o servicios objeto del contrato, sino las circunstancias que rodean la contratación*⁵⁹. Por ello y en atención al interés superior del consumidor, también a los contratantes de STA se ha de dispensar una tutela específica.

En el ámbito de los contratos a distancia o fuera de establecimiento mercantil, la protección de la posición del usuario se concreta mediante la atribución de derechos específicos. En concreto, el derecho de desistimiento (art. 44 LOCM) y el derecho a la revocación del consentimiento prestado (art. 5 LCFEM). Este instrumento de protección es propio de los contratos –de adquisición de productos o arrendamiento de servicios– cuya ejecución se dilata en el tiempo, pero resulta insuficiente en casos, como el que nos ocupa, en los que perfección y ejecución del contrato coinciden. La perfección del contrato y la utilización del servicio objeto del mismo se producen de forma simultánea.

⁵⁶ V. ARROYO APARICIO, A., *Los Contratos a Distancia en la Ley de Ordenación del Comercio Minorista*. Aranzadi, 2003, pág. 185.

⁵⁷ Cfr. ARROYO APARICIO, A., *Los Contratos...*, pág. 184.

⁵⁸ Ambos son ejemplos tomados de dos cadenas de televisión pública, nacional y autonómica, respectivamente.

⁵⁹ Este es el criterio acogido en la STJCE de 17 de marzo de 1998, *Bayerische Hypotheken- und Wechselbank AG-Edgar Dietzinger*, As. C-45/1996, Rec. 1998-3, págs. I-1214 y ss (TJCE 1998, 52), en la que el Tribunal se pronuncia sobre el ámbito de aplicación de la Directiva 85/577, sobre contratos negociados fuera de los establecimientos mercantiles.

Es preciso crear instrumentos de protección alternativos, más adecuados a las peculiaridades de estos contratos. Tales instrumentos han de orientarse a tutelar los intereses del consumidor *a priori* y no *a posteriori* de la contratación, cuando ya pueden haber resultado lesionados.

En la situación descrita, sólo se protegerá eficazmente al consumidor si se articula un sistema que garantice que el usuario toma consciente y libremente su decisión de acceder a los STA. Este sistema ha de perseguir tres fines: 1º) que el *usuario* que desde un terminal telefónico marca un número 803, 806, 807, 906 o 907 *sepa que está contratando*; 2º) que *acepte y consienta libremente* ese contrato; y 3º) que *conozca y acepte las condiciones* en las que está contratando. El sistema de libre acceso, salvo petición expresa de desconexión, no garantiza que el usuario sea consciente de que está realizando un contrato y menos aún que quiera realizar ese contrato en las condiciones unilateralmente impuestas por el prestador de STA. *Con toda seguridad, los dos primeros fines se alcanzan mediante la articulación de un sistema de acceso a los STA previa petición expresa del usuario*; para el tercero, será además preciso imponer deberes de información y transparencia en la publicidad y oferta de STA realizada por los proveedores de tales servicios.

En *conclusión*, las peculiaridades del acceso a STA justifica el reconocimiento de un *plus* de protección del consumidor. *Plus* de protección que no puede ser ni el previsto en la LOCM (derecho de desistimiento) ni, por analogía, el regulado por la LCFEM (revocación del consentimiento). Ambos resultan ineficaces.

El interés superior del consumidor aconseja establecer un sistema opt-in como alternativa a otros instrumentos de protección, que se revelan inoperantes en relación a los STA. No hay duda de que este sistema es el que garantiza, de forma más eficaz, que sólo accederán a los STA aquéllos usuarios que con “conocimiento de causa”, deseen acceder a los mismos. Es un instrumento útil para evitar que estos servicios sean utilizados por usuarios que “embaucados” o “presionados” por agresivas prácticas comerciales marcan el número de TA, número que no hubieran marcado si hubieran conocido realmente el contenido del servicio y las condiciones en que se ofrece.

2.4. El acceso *opt-in* y la libertad de empresa

A la vista de los diversos argumentos esgrimidos, estamos en condiciones de afirmar que la inversión del sistema actual de acceso a STA no supone una restricción y menos aún una restricción injustificada a la libertad de empresa proclamada por el art. 38 de la Constitución. Realizando la imprescindible ponderación de intereses *ex artículo*. 1.II de la Ley 26/1984, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, se advierte que exigir el consentimiento expreso del usuario para la conexión a este tipo de servicios no resulta ni desproporcionado, ni injustificado.

Como se ha expuesto en los apartados precedentes, el sistema propuesto no es otra cosa que una manifestación más de la regla general vigente en nuestro ordenamiento. Para el perfeccionamiento de cualquier contrato, se exige la emisión del consentimiento contractual (art. 1261 CC), entendiendo por tal la voluntad de contratar formada y manifestada libremente y en ausencia de vicios. Por las peculiares circunstancias técnicas y comerciales en las que se produce la contratación, la mera marcación del número de tarificación adicional no es un acto concluyente válido a efectos de la

manifestación del consentimiento contractual. A objeto de preservar la emisión de un consentimiento contractual libre y de tutelar el interés superior del usuario es preciso establecer un sistema de consentimiento expreso.

El nuevo sistema no impedirá a los prestadores de STA el desarrollo de su actividad, ni les impondrá restricciones injustificadas, pues ya hemos visto que el interés superior del usuario justifica la restricción. Pero sí les obligará a prestar unos servicios de mayor calidad, a los que accederán los usuarios “interesados” (no “embaucados”) por tales servicios.

Por otra parte, el cambio de regulación también es demandado por ciertas empresas que desarrollan lícitamente la actividad de prestación de STA. Los continuos fraudes están perjudicando su negocio, por la desconfianza que aquellos suscitan en los usuarios.

III. PROPUESTAS PARA UNA NUEVA REGULACIÓN DE LOS STA.

La anunciada nueva regulación de los STA ha atender a las consideraciones que a continuación se exponen.

1. Autorización previa y Registro Público como instrumentos de control.

Como declaró la CMT⁶⁰ y ratificó la Resolución de 17 de diciembre de 1998, de la Secretaría General de Comunicaciones, por la que se dictan instrucciones a Telefónica, S.A en relación con la prestación del servicio telefónico soporte de los servicios de tarificación adicional⁶¹, los STA no son servicios de telecomunicaciones. El prestador de STA o servicio de audiotex se limita a ofrecer una información pero no realiza actividad de telecomunicación. El servicio tanto de llamada como de conmutación e inteligencia de red, en definitiva la posibilidad de que la información suministrada sea comunicada a distancia, lo presta el operador del servicio telefónico. Por estas razones, los prestadores de STA no estaban sometidos al régimen de títulos habilitantes de la Ley 11/1998, General de Telecomunicaciones, ni tampoco están sometidos al cumplimiento de los requisitos para la explotación de redes o prestación de servicios de comunicaciones electrónicos de la vigente Ley 32/2003 (arts. 5 a 9). Los únicos “requisitos” que han de cumplir los prestadores de STA son prestar servicios de información y comunicación y haber celebrado un contrato con un operador de redes y servicios de comunicaciones electrónicas (apdo. 1.2.2 Código de Conducta).

No obstante, ello no significa que su actividad no pueda someterse a otras autorizaciones o requisitos administrativos que permitan un cierto control de su actividad. Los prestadores de STA realizan una actividad encuadrable en los contratos a distancia regulados por la Ley 7/1996 de Ordenación del Comercio Minorista (art. 38 a 48 LOCM por remisión de su DA 1^{a62}), así como por diversas leyes autonómicas. Sin perjuicio de las dificultades prácticas que ello entraña, nada obsta para que la

⁶⁰ Resolución CMT de 10 de diciembre de 1998, por la que se resuelven 117 expedientes referentes a servicios de audiotex.

⁶¹ BOE núm. 2, de 2-1-1999.

⁶² La Directiva de 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 1997, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia (DOCE serie L, núm. 144, de 4-6-1997), como indica su propio título, se aplica a los “contratos a distancia”, sin distinción entre ventas y prestación de servicios.

Administración, central o autonómica, según el ámbito territorial de actuación de la empresa, exija la obtención de la pertinente autorización para prestar este tipo de servicios (arts. 37 y 38.2 LOCM y normas autonómicas de desarrollo). La LSSI, aplicable a los STA prestados a través de Internet, admite expresamente esta posibilidad. Al proclamar que la no sujeción a autorización previa de la prestación de servicios de la sociedad de la información “no afectará a los regímenes de autorización previstos en el ordenamiento jurídico que no tengan por objeto específico y exclusivo la prestación por vía electrónica de los correspondientes servicios” (art. 6).

El mecanismo de autorización previa concedida por la Administración estatal o autonómica, según el ámbito de actuación, y la inscripción en un Registro público específico, -de ámbito nacional o autonómico-, puede ser de utilidad a efectos de controlar la actividad de los prestadores de STA. Cabe exigir la inscripción del prestador de STA y todos los números de los que es titular. Con ello, se subsana el problema de la identificación de estas empresas, que tantos inconvenientes está ocasionando y se facilita el seguimiento de los contenidos prestados a través de los diversos números de los que el prestador del servicio es titular.

Obviamente, la prestación de servicios sin autorización ha de constituir una infracción administrativa sancionable por la Administración que ha de conceder dicha autorización. Del mismo modo, la infracción de la normativa aplicable justifica la revocación de la autorización y por ende, la suspensión de la actividad.

2. Nuevo sistema de acceso.

En los apartados precedentes ha quedado suficientemente demostrado que *no existen obstáculos legales para modificar el sistema de acceso a los STA*. Ni la LGTel de 1998, ni la vigente LGTel de 2003 obligan a los operadores de servicios telefónicos que prestan servicios soporte a los STA a configurarlos de manera que resulten de libre acceso para todos los abonados al servicio telefónico disponible al público. *Adoptar un sistema de acceso libre o restringido constituye una opción de política reguladora, que se ha de adoptar ponderando los diversos intereses presentes*. La configuración del nuevo sistema de acceso a STA habrá de atender a las siguientes consideraciones:

- (i) En virtud del principio *pro consumatore*, cualquier regulación que se presente como protectora de los intereses de los usuarios, deberá acoger el sistema *opt-in* o de acceso a STA restringido a aquellos usuarios que formulen una petición previa, expresa y fehaciente de conexión a dichos servicios.
- (ii) Para evitar el conocido fenómeno migratorio, este sistema de acceso ha de ser común para todos los STA, independientemente de su contenido.
- (iii) Sin perjuicio de la discrecionalidad de los operadores de servicios de telecomunicaciones, la nueva normativa habrá de regular la forma de ejercicio del derecho de conexión. En todo caso, se exigirá la *petición previa, expresa y fehaciente del abonado a la red telefónica*.

Otras cuestiones como el carácter gratuito o remunerado de la solicitud será regulado en los respectivos contratos de abono.

- (iv) Por *petición previa, expresa y fehaciente* se ha de entender *aquella que el abonado a la línea telefónica formula al operador de servicios de telecomunicaciones de forma escrita, firmada (firma convencional o electrónica) y realizada al margen de cualquier conexión concreta a STA*. En otros términos, no se considerará petición previa, expresa y fehaciente la marcación del código de tarificación adicional bien desde un terminal telefónico o a través del acceso a determinadas *webs*.
- (v) La petición de conexión a STA habrá de especificar el servicio o servicios para los que se solicita la conexión (803, 806, 807, 907).
- (vi) La nueva normativa ha de regular también con precisión la forma de revocación del consentimiento prestado para acceder a STA.
- (vii) Los operadores de servicios de telecomunicaciones han de seguir obligados a vigilar el cumplimiento por los prestadores de STA de la normativa reguladora y en caso de incumplimiento, proceder a la privación del número.
- (viii) Aunque el acceso a STA se produzca previa petición del abonado, ello no ha de significar una relajación de los deberes de información.

3. Deberes de información y publicidad.

Se habrán de intensificar las campañas de publicidad realizadas por las Administraciones de consumo e imponer deberes de información no sólo a los prestadores de STA, también a los operadores de redes y servicios telefónicos, que se encuentran en una posición privilegiada por su vinculación directa y permanente con el usuario y con el prestador de STA. Esta información ha de referirse principalmente al sistema de acceso a tales servicios (sólo previa petición del usuario), a los contenidos que han de ser suministrados a través de cada código y a los límites de duración y precio establecidos para cada servicio.

Los prestadores de STA han de informar sobre las condiciones de prestación del servicio (contenido, destinatarios, precio, tiempo máximo...etc). Y ello no en el “menú inicio”, es decir, cuando se ha iniciado la comunicación, sino en un momento anterior. Para ello, parece razonable establecer un tiempo de información (ej. 20 o 30 segundos) que serán cobrados a un precio establecido por la norma, y sólo a partir del momento en que el usuario acepta las condiciones, cobrar por la prestación del servicio.

4. Intervención administrativa.

La modificación del sistema de acceso no significará el fin de todos los problemas que afectan al sector. La Administración (CSTA o Administración de Consumo) habrá de extremar las cautelas para que los contenidos coincidan con los códigos de tarificación adicional, en los términos regulados por el Código de Conducta. Y ello para evitar un fenómeno ya conocido, que es la migración de los contenidos propios de un código a otro. En otros términos, que, consentido el acceso a STA prestados a través del Código 806, no se presten a través de este código servicios que deberían ser prestados a través del 803 (exclusivamente para adultos).

Se han de fortalecer y delimitar las funciones inspectoras y fiscalizadoras de la Administración de telecomunicaciones, de consumo y la CSSTA. Para evitar así la impunidad de los operadores de redes o servicios de telecomunicaciones y de los prestadores de STA, que actúan fraudulentamente, amparados en la concurrencia de competencias administrativas.

Se han de simplificar los trámites del procedimiento de reacción ante el incumplimiento del Código de Conducta y reducir los plazos previstos para la cancelación del número de TA⁶³.

Además, conviene articular mecanismos de “inhabilitación” al prestador de STA, de modo que habiéndosele cancelado un número de TA por incumplimiento del Código de Conducta, no pueda obtener otro número de igual naturaleza hasta el transcurso del plazo que determine la norma.

5. Ampliación del ámbito de aplicación.

Las nuevas medidas de protección del usuario han de aplicarse también a otros servicios, como los de mensajes cortos a través de móviles y los de información sobre abonados (números 118).

No obstante, a estos últimos no debe aplicarse el sistema *opt-in*. Las circunstancias en las que se produce la contratación difieren de las concurrentes en el ámbito de los STA. Cuando el usuario marca un 118 es porque realmente precisa de un servicio de información. Es consciente de que está contratando y de que tendrá que pagar un precio. Las cautelas respecto a este servicio han de ponerse en la promoción y publicidad y en la información respecto a las condiciones en las que se presta el servicio⁶⁴.

⁶³ El apartado 7º de la Orden PRE/361/2002 prevé que ante el incumplimiento del Código de Conducta, la Comisión de Supervisión de servicios de tarificación adicional emitirá un informe en el que determinará los motivos del incumplimiento. Este informe se pondrá en conocimiento de operador, que estará obligado a retirar con carácter inmediato el número telefónico asignado al prestador de servicios de tarificación adicional que ha incumplido el Código de Conducta. Si transcurrido un mes desde la notificación del informe al operador, éste no procede a la retirada del número telefónico, la Comisión informará a la SETSI y ésta dará traslado del informe a la CMT para que ésta adopte la decisión de cancelar, durante dos años, el número telefónico al operador del servicio telefónico disponible al público. Entiendo que no hay obstáculo, ni se producen situaciones de indefensión si se eliminan algunos de estos trámites, por ejemplo, el informe a la SETSI. La CSSTA puede dirigirse directamente a la CMT.

⁶⁴ Por ejemplo, no es una práctica admisible que el operador con poder significativo en el mercado y designado para la prestación del servicio universal desarrolle intensas campañas publicitarias del 11822, tres veces más caro que el 11818 (ej. junto a la factura bimensual envía una pegatina para poner en el terminal y tener siempre a mano el número de información 11822) y sin embargo, apenas informe sobre el 11818, que es el verdadero heredero del antiguo 1003 y cuya tarificación está regulada y es la más reducida.