

PAGO POR ADELANTADO DE LA CUOTA DE ABONO TELEFÓNICO.

Ana I. Mendoza Losana

Profesora Dra. asociada de Derecho Civil.

- Centro de Estudios de Consumo. Universidad de Castilla-La Mancha-

SUMARIO

INTRODUCCIÓN

- 1. PRÁCTICAS DE FACTURACIÓN DE CUOTAS DE ABONO.**
 - 1.1. Telecomunicaciones.**
 - 1.2. Energía eléctrica.**
 - 1.3. Suministro de gas.**
- 2. DELIMITACIÓN CONCEPTUAL.**
- 3. NATURALEZA DE LA OBLIGACIÓN DE PAGO DE LA CUOTA DE ABONO**
- 4. TIEMPO DEL PAGO DE LA CUOTA DE ABONO**
 - 4.1. Normativa sectorial**
 - 4.2. Regulación supletoria.**
- 5. LA FACTURACIÓN BIMENSUAL ANTICIPADA Y LA NORMATIVA SECTORIAL.**
 - 5.1. Obligación de facilitar el acceso a la red telefónica a precio asequible (arts 22.1 LGTel, 11, 12 y 18 RSU).**
 - 5.2. Prohibición de exigir fianzas no reguladas [arts. 18.3,b) y 57.3 RSU y apdos. 11 a 17 ° Orden PRE 361/2002].**
- 6. EL COBRO BIMESTRAL ANTICIPADO COMO CONDICIÓN GENERAL DE LA CONTRATACIÓN.**
 - 6.1. Incorporación al contrato.**
 - 6.2. El carácter insólito o sorprendente de de la facturación bimestral anticipada.**
 - 6.3. La facturación bimestral anticipada como posible cláusula nula.**
 - 6.3.1. *La facturación bimestral anticipada y la configuración legal de la obligación de pago***
 - 6.3.2. *La facturación bimestral anticipada y la configuración usual de la obligación de pago.***
 - 6.3.3. *La facturación bimestral anticipada y el justo equilibrio contractual.***
- 7. CONCLUSIONES**
- 8. CONCLUSIÓN FINAL**

PAGO POR ADELANTADO DE CUOTA DE ABONO TELEFÓNICO

Ana I. Mendoza Losana
- Centro de Estudios de Consumo-

INTRODUCCIÓN

La facturación del servicio telefónico, así como la de otros servicios o suministros (agua, electricidad...etc,) se compone de dos elementos: una parte variable en función del consumo y una parte fija o cuota de abono que retribuye la disponibilidad y el mantenimiento de la red. Tanto unas como otras cuotas se devengan mensualmente, pero la práctica no es unánime respecto a dos extremos: la facturación de las cuotas de abono por períodos vencidos o por períodos anticipados y el período de facturación.

Constituye el objeto de este estudio las prácticas de facturación de las cuotas fijas o de abono y no de los servicios de tráfico telefónico o por tiempo consumido. En concreto, se somete valoración la práctica aplicada por la Telefónica, Sociedad Anónima Unipersonal (en adelante, Telefónica) consistente en facturar las cuotas de abono por períodos anticipados de dos meses.

1. PRÁCTICAS DE FACTURACIÓN DE CUOTAS DE ABONO.

Del análisis de las prácticas de facturación de cuotas de abono en diversos sectores en los que éstas se aplican se han obtenido los siguientes resultados:

1.1. Telecomunicaciones.

Telefónica cobra la cuota de abono por períodos anticipados de dos meses. Aplicando esta práctica al *acceso a la red telefónica*, tanto a su modalidad básica, como a los accesos RDSI y ADSL. Si bien en este último caso, la facturación es mensual.

De entre los operadores con mayor cuota de mercado, sólo Telefónica factura el acceso a la red telefónica por períodos de dos meses. El resto de operadores factura mensualmente.

Entre los operadores de cable no existe unanimidad respecto a la facturación de las cuotas de abono. Todos ellos facturan mensualmente y la mayoría por períodos anticipados (ej. ONO; AUNA y Telecable), aunque algunos cobran por períodos vencidos (ej. Euskaltel¹ y Reterioja).

Tratándose de telefonía móvil, las cuotas de abono no existen como tales. Se cobra una cantidad fija mensual para el caso de no haber superado un consumo mínimo, determinado en el contrato. Son “consumos mínimos garantizados” que se cobran por períodos mensuales vencidos.

¹ V. apdo. 10º condiciones generales para el servicio “ventana Euskaltel”, que ofrece de forma global telefonía fija, acceso a Internet y TV por cable

En los contratos de acceso servicios de televisión digital, la plataforma Digital + cobra por períodos mensuales anticipados las cuotas de abono al servicio, incluida la cuota por alquiler del descodificador.

1.2. Energía eléctrica.

La potencia (cuota fija dependiente de la potencia contratada), la energía (consumo efectivo), los equipos de medida (cuota y limitador), así como la tarifa (autorizadas periódicamente por la Administración y publicadas en BOE) se facturan por períodos bimestrales vencidos.

1.3. Suministro de gas.

GasNatural factura todos los conceptos (consumo, tipo fijo y alquiler del contador) por períodos vencidos de dos meses.

2. DELIMITACIÓN CONCEPTUAL.

En el lenguaje comercial de Telefónica, “cuota de abono” no es un término unívoco. En función del contenido del contrato, el concepto de “cuota de abono” incluye a su vez diversos conceptos. Ciñéndonos al servicio telefónico básico, podemos enumerar los siguientes:

1º) *Línea individual.* Es el servicio de acceso a la red telefónica. Permite realizar y recibir llamadas y establecer comunicaciones de voz, datos e imágenes, entre dos o más puntos de la red telefónica nacional o internacional.

Incluye el alta de línea y punto de terminación de red; número de la red pública telefónica e instalación opcional en régimen de alquiler de un terminal.

Su coste mensual es de 13,17 €² sin terminal y 15,3 € con terminal.

2º) *Alquiler de equipos.* Es una prestación accesoria y opcional a la línea individual, en cuyo caso, el coste mensual será de 15,3 €.

Conforme a las condiciones contractuales de alquiler de equipos publicadas por Telefónica, esta cuota “constituye la contraprestación de un servicio de tracto sucesivo (servicio de mantenimiento)” (condición 2.1). Como prestación de dicho servicio, el operador se obliga a reparar las averías del terminal alquilado dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a la recepción del aviso (condición 4.1).

3º) *Línea básica.* Incluye línea individual; equipos; red interior y además, un servicio de mantenimiento y servicios suplementarios.

² Precio sometido al régimen de precios máximos conforme a la Orden PRE/3103/2003, de 5 de noviembre y publicado en el Catálogo de servicios regulados de Telefónica actualizado a fecha 7-5-2004 (apdo. 1.1) (<http://www.telefonicaonline.com>).

El servicio integral de mantenimiento garantiza la reparación de la línea; del equipo asociado y de la red interior en un plazo de veinticuatro horas, durante todos los días del año; los servicios suplementarios incluidos son el servicio de contestador, desvío de llamadas, llamada a tres, llamada en espera y servicio no molesten.

Su coste mensual es de 17,52 €.

Este servicio se ofrece como oferta global, de modo que el usuario contrata conjuntamente todos los servicios incluidos en el paquete sin posibilidad de eliminar ninguno de ellos³.

En cuanto pago de la línea individual y en su caso, del alquiler de terminales, la cuota de abono retribuye la disponibilidad (o goce) de una cosa (la red telefónica o el terminal). Es equiparable a la renta del contrato de arrendamiento de cosas con las consecuencias que después se exponen.

En cuanto pago del servicio “línea básica”, la cuota de abono no sólo retribuye el goce de una cosa, también retribuye la prestación de servicios (de mantenimiento y suplementarios)⁴. Esta doble condición –retribución de arrendamiento de cosas y de arrendamiento de servicios- carece de consecuencias en orden a la forma de pago. La prestación principal es la “línea individual”, siendo las restantes prestaciones accesorias y por ello, las reglas de pago han de ser las correspondientes a dicha prestación principal.

3. NATURALEZA DE LA OBLIGACIÓN DE PAGO DE LA CUOTA DE ABONO

El pago de la cuota de abono, junto con el de la cuota de alta, es una obligación distinta e independiente de la retribución del tráfico o servicio telefónico. Como es conocido, en función del objeto del contrato, los operadores de redes y servicios telefónicos pueden asumir distintas obligaciones:

- a) Facilitar y mantener el acceso a la red telefónica y cursar el tráfico telefónico para todo tipo de llamadas o circunscrito a aquellas llamadas para las que el usuario no ejerza sus facultades de selección o preselección de operador (operadores de acceso directo).
- b) Cursar el tráfico telefónico para todo tipo de llamadas o sólo para determinadas modalidades, siendo otro operador el que facilita el acceso a la red (operadores de acceso indirecto);

³ Obsérvese que el servicio denominado “línea individual” no otorga la posibilidad de contratar como prestación accesoria un servicio de mantenimiento sobre el punto de terminación de red y la red interior (el servicio de alquiler de terminales contiene su propio servicio de mantenimiento y reparación, cfr. apdo. 2 de las condiciones contractuales de alquiler de equipos de Telefónica publicadas en <http://www.telefonicaonline.com>). Sorprendentemente, si el usuario quiere este servicio tendrá que contratar el “servicio línea básica” que se ofrece como un paquete de servicios no susceptibles de individualización. No podemos detenernos aquí en analizar esta práctica comercial. Me limitaré a poner de manifiesto mis sospechas sobre su posible carácter abusivo por vinculación de prestaciones o imposición de servicios no solicitados (cfr. DA 1ª.V.23 y 24 LGDCU).

⁴ Aunque la consulta de la que trae causa este estudio se circunscribe al pago anticipado de la “cuota de abono (línea individual y alquiler)”, lo cierto es que en la mayoría de los casos, el usuario contrata la línea básica.

c) Facilitar y mantener el acceso a la red telefónica (operadores de acceso directo), prestando otro operador el servicio de tráfico telefónico (operador de acceso indirecto).

d) Junto a los supuestos descritos, se han de mencionar también los casos de acceso completamente desagregado al bucle de abonado. En este caso, un operador facilita el acceso a la red (operador de acceso) y otro presta todos los servicios de telecomunicaciones (operador de servicios). El usuario final no mantiene relación contractual con el operador de acceso y sí con este segundo operador de servicios, quien retribuye el arrendamiento al operador de acceso en los términos de la Oferta de Acceso al Bucle de Abonado, aprobada por la CMT.

Aisladamente considerada, la obligación de pagar la cuota de abono es recíproca de la obligación del operador de facilitar el acceso o la conexión a la red telefónica. Es una prestación periódica o fraccionada que retribuye la obligación del operador de poner la red telefónica a disposición del usuario, de modo que éste pueda recibir llamadas entrantes; realizar llamadas mediante selección o preselección de operador o a través del propio operador de acceso, si también se ha contratado el servicio de tráfico telefónico. Es una prestación propia de los contratos de arrendamiento de cosas. El operador (arrendador) ha de permitir al usuario (arrendatario) el goce o uso pacífico de la cosa (red telefónica) a cambio de un precio cierto (cuota de abono) (art. 1543 CC). Y al igual que en los demás contratos de arrendamiento, aunque cese la disponibilidad de la red, persiste la obligación de pago, si la privación sobreviene por culpa del arrendatario-usuario (v. apdo. 19º.3 Orden PRE 361/2002).

Conforme a las [condiciones contractuales del servicio de alquiler de terminales telefónicos publicadas por Telefónica](#)⁵, esta cuota “constituye la contraprestación de un servicio de tracto sucesivo (servicio de mantenimiento)” (condición 2.1). Como prestación de dicho servicio, el operador se obliga a reparar las averías del terminal alquilado dentro de las 48 horas siguientes a la recepción del aviso (condición 4.1). En este caso, la cuota de abono retribuye no sólo el uso del terminal, sino “el uso útil” del mismo. El pago de la cuota de abono es recíproco de la obligación del operador de permitir el uso del terminal y de repararlo (o sustituirlo) si tal uso no es posible⁶.

En cuanto retribución del servicio denominado “línea básica”, la cuota de abono es recíproca del goce o disponibilidad de una cosa (red telefónica y terminal) y también de la prestación de unos servicios. En concreto, el servicio de mantenimiento integral, por el que el operador se obliga a reparar cualquier avería en la red, punto de terminación de red, red interior y equipo en el plazo de 24 horas y los 365 días del año (“uso útil”). Y los servicios suplementarios (buzón de voz, desvío, llamada a tres...). Desde esta perspectiva, la prestación retribuida por la cuota de abono es mixta y presenta rasgos propios del arrendamiento de cosas (art. 1543 CC) y del arrendamiento de servicios (art 1544 CC).

4. TIEMPO DEL PAGO DE LA CUOTA DE ABONO

4.1. Normativa sectorial

⁵ <http://www.telefonicaonline.com>.

⁶ No es que el operador preste un servicio técnico de los equipos vendidos. Telefónica conserva la titularidad del terminal (condición 5.2.II) y el usuario está obligado a la restitución del terminal en caso de resolución del contrato por su voluntad (condición 5.5).

La normativa sectorial no contiene exigencias específicas respecto al tiempo del pago y las condiciones de facturación. Sólo obliga a los operadores del servicio telefónico disponible al público a presentar facturas por “los cargos en que hayan incurrido” (art. 57.1 Reglamento del Servicio Universal, en adelante RSU⁷), impone obligaciones de facturación detallada en los términos del artículo 38.3,c) de la Ley General de Telecomunicaciones (en adelante, LGTel⁸) y los artículos 57 y 66 RSU y exige que el contrato-tipo de prestación del servicio, -aprobado por la Secretaria de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información (SETSI), previo informe de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (CMT) [arts. 38.2, i) LGTel y 56.2 RSU]-, contenga, entre otros aspectos, las condiciones de facturación (art. 56.3 RSU y 40.4. RSTB⁹).

Con todo, no ha de pasar desapercibido el artículo 57.1 RSU que obliga a los operadores a presentar factura por “los cargos *en que haya incurrido*”. Nada dice respecto a los cargos en los que *incurrirá en el futuro*. No creo que el propósito de la norma sea disciplinar el tiempo del pago y el plazo de facturación. Más que esto, lo que la norma pretende es prohibir la facturación de cargos en los que el operador no haya incurrido realmente, o en otros términos, de servicios no prestados. Pero esto no impide aplicar la norma al supuesto que ahora nos ocupa, entendiendo que el operador ha de facturar por “los cargos *en que haya incurrido*” y no por los que *incurrirá en el futuro*. Esta genérica referencia parece aludir a los cargos ya vencidos y no a los que vencerán. La cuota de abono retribuye la disponibilidad de la red y su mantenimiento (uso útil). Así lo prueba el hecho de que la suspensión por falta de pago (del servicio de llamadas salientes) no exime al usuario de su deber de abonar las cuotas periódicas fijas (apdo. 19º Orden PRE/361/2002)¹⁰. Al cobrar con dos meses de adelanto las cuotas de abono, el operador no está facturando “los cargos en que *haya incurrido*”, sino que factura los cargos “en que *incurrirá*”. El operador no incurre anticipadamente en estos gastos. Desde esta perspectiva, el cobro anticipado de la cuota de abono es un instrumento de adelanto de fondos al operador.

Más allá de esta referencia genérica del art. 57 RSU, ni las otras normas indicadas, ni las órdenes que la desarrollan contienen exigencias específicas respecto al tiempo del pago del servicio de tráfico, ni tampoco de las cuotas de abono.

El apdo. 18º de la ORDEN PRE/361/2002, de 14 de febrero, de desarrollo del título IV del Real Decreto 1736/1998, de 31 de julio, por el que se aprueba el Reglamento por el que se desarrolla el título III de la Ley General de Telecomunicaciones, en lo relativo a los derechos de los usuarios y a los

⁷ 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 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).

⁸ Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (BOE núm. 264, de 4-11-2003).

⁹ RD 1912/1997, de 19 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento Técnico y de prestación del servicio final telefónico básico y de los servicios portadores (BOE de 24 de diciembre).

¹⁰ BOE 22-2-2002.

servicios de tarificación adicional¹¹ regula la información sobre las condiciones de prestación del servicio que han de publicar los operadores de redes y servicios telefónicos disponibles al público. Por lo que aquí interesa, se limita a exigir que la información sobre precios deberá comprender “debidamente diferenciados todos y cada uno de los conceptos que repercutan en el precio que paga el abonado por la prestación del servicio, incluidos todos los impuestos aplicables y, en su caso, el coste de establecimiento de llamada”. Se exige que se haga especial referencia a “los precios de acceso y todo tipo de cuota periódica de utilización y mantenimiento, con inclusión de información detallada sobre programas de descuento, planes, bonos y tarifas especiales”. A pesar del carácter exhaustivo de la norma, no se hace mención alguna a la forma de pago de estas cuotas periódicas fijas.

La ORDEN PRE/3103/2003, de 5 de noviembre, por la que se dispone la publicación del Acuerdo, de 25 de septiembre de 2003, de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, por el que se aprueba el marco de regulación de los precios de determinados servicios prestados por Telefónica de España, Sociedad Anónima Unipersonal, para el año 2004¹² determina qué precios están sometidos al régimen de precios regulados y obliga a Telefónica a informar publicando un catálogo actualizado sobre los precios de los servicios que ofrece (apdo. 3.2). Entre la información exigida no se hace referencia a la forma de pago. Consultado el catálogo, tampoco se hace mención a esta cuestión.

La DT 3ª de la LGT otorga a la CDGAE la potestad de fijar de forma transitoria “los precios fijos, máximos y mínimos, o los criterios para su fijación y los mecanismos para su control, en función de los costes reales de la prestación del servicio y del grado de concurrencia de operadores en el mercado”. Nada dice la norma respecto a una eventual potestad de la CDGAE para imponer las formas de pago del precio.

Cabe traer a colación otras normas sectoriales como el Real Decreto 541/2001, de 18 mayo, por el que se establecen determinadas especialidades para la contratación de servicios de telecomunicaciones por las Administraciones Públicas. Su artículo 10 establece expresamente que la facturación se realizará por períodos vencidos. No obstante, este precepto se refiere expresamente al pago por “los servicios contratados”. De su tenor literal parece deducirse que el regulador está contemplando los servicios propiamente dichos (telefónico fijo, móvil, datos..., cfr. art. 2.2) y no el acceso a la redes que soportan tales servicios.

A mayor abundamiento, las normas que regulan las relaciones contractuales entre operadores tampoco contienen exigencias respecto a la forma de facturación de las cuotas periódicas fijas, remitiéndose al acuerdo de las partes. Así, el art. 13.4 del RD 1651/1998, de 24 de julio, por el que se aprueba el Reglamento que desarrolla el Título II de la Ley 11/1998, de 24-4-1998, General de Telecomunicaciones, en lo relativo a la interconexión y al acceso a las redes públicas y a la numeración¹³ y Anexo de

¹¹ BOE de 22-2-2002.

¹² BOE de 8-11-2003.

¹³ BOE de 30-7-1998.

facturación de la Oferta de Interconexión de Referencia de Telefónica (OIR 2003)¹⁴; el art. 5.5. Real Decreto 3456/2000, de 22 diciembre, por el que se aprueba el Reglamento Aprueba el Reglamento que establece las condiciones para el acceso al bucle de abonado de la red pública telefónica fija de los operadores dominantes¹⁵ y el artículo 23 del Real Decreto 1558/1995, de 21 septiembre, por el que se aprueban las condiciones de prestación del servicio de arrendamiento de circuitos.

Por su parte, la CMT ha admitido la práctica del pago mensual anticipado de la cuota de abono en relación a los contratos de conexión a la red telefónica celebrados con prestadores de servicios de telefonía de uso público¹⁶.

En *conclusión*, sólo el artículo 57.1 RSU contiene una referencia a la forma de facturación. Obliga a los operadores a presentar factura “por los cargos en que haya incurrido”. El cobro de la cuota de abono a la red telefónica por períodos anticipados de dos meses no parece encajar adecuadamente en el tenor literal del precepto. Sin embargo, como después se explicará con más detalle (*infra* epígrafe 6.3.1), este precepto no es *per se* suficiente para considerar que la práctica analizada no es admitida por el Ordenamiento.

4.2. Regulación supletoria.

Ante la carencia de normativa sectorial y por aplicación analógica de las normas del contrato de arrendamiento de cosas¹⁷, el pago de la cuota de abono se realizará en los términos convenidos y a falta de convenio, se estará “a la costumbre de la tierra” (arts. 1555.1º y 1574 CC).

En los arrendamientos periódicos de cosas, la práctica no es unánime. Existen ejemplos tanto de pago de la renta por períodos mensuales anticipados, como de pago a mes vencido:

- Se suelen cobrar anticipadamente las cuotas de abono de los contratos de acceso a servicios de televisión digital, incluido el arrendamiento del descodificador o las tarifas por el uso de la infraestructura ferroviaria¹⁸. Y el pago por meses anticipados es

¹⁴ Aprobada por Resolución del Consejo de la CMT de 10-7-2003, con las modificaciones introducidas por la Resolución de 31-3-2004.

¹⁵ BOE núm.307, de 22 de diciembre.

¹⁶ Cfr. Resolución de la CMT de 30 de julio de 2002, de Resolución del conflicto de acceso suscitado entre TESAÚ y diversos prestadores de servicios de telefonía de uso público, derivado de las modificaciones contractuales impuestas por aquélla y de la negativa a suministrar accesos a su red. (exp. ROL 2002/6162).

¹⁷ En el apartado dedicado a la naturaleza de la obligación de pago de la cuota de abono ha quedado suficientemente probada la identidad de razón entre el suministro de acceso a la red telefónica y los contratos de arrendamiento de cosas.

¹⁸ V. Orden FOM/1587/2003, de 16 mayo, por la que se fijan las cuantías para la aplicación de los cánones ferroviarios establecidos en los artículos 23 y 24 de la Ley 53/2002, de 30-12-2002 de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social (BOE núm. 144, de 17 de junio de 2003). Esta Orden determina las tarifas a abonar por los distintos usuarios de instalaciones ferroviarias a la Entidad pública empresarial Gestor de Infraestructuras Ferroviarias. Todas aquellas tarifas independientes del uso efectivo y referentes a la disponibilidad de la infraestructura ferroviaria (v.gr. prestación de facilidades de infraestructura a las empresas de telecomunicaciones para la transmisión de señal con sus propios equipos; utilización de oficinas, locales y terrenos sin edificar; explotación de expendedores automáticos

práctica habitual en los arrendamientos urbanos. Práctica que, según la interpretación mayoritaria de la doctrina¹⁹ y la jurisprudencia menor²⁰, ha sido consagrada por el artículo 17 de la Ley de Arrendamientos Urbanos. Aunque el tenor literal de dicho precepto no impide llegar a la conclusión contraria, esto es, al pago por meses vencidos²¹;

- Por el contrario, se abonan por períodos vencidos las cuotas fijas en los contratos de suministros de luz o de gas, las de los contratos de *renting* y la renta de los arrendamientos rústicos. Es éste el criterio acogido por el artículo 14 de la Ley de Arrendamientos Rústicos²², según el cual, a falta de pacto o costumbre, la renta se abonará por años vencidos²³.

Ante la situación descrita, se puede concluir que no existe una única costumbre en relación al pago de la renta en el contrato de arrendamiento de cosas. Las prácticas comerciales son plurales y ofrecen ejemplos tanto de pago anticipado como de pago por períodos vencidos. Esta pluralidad también se observa en el sector de las telecomunicaciones, en el que aunque la práctica mayoritaria es la de cobrar la cuota de abono por períodos anticipados, también existen operadores que cobran por períodos mensuales vencidos tanto el servicio de tráfico como la cuota de abono.

Por último, cabe citar aquí para descartar su aplicación ni siquiera analógica el artículo 43.3 de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista (en adelante, LOCM)²⁴. Este precepto es sólo aplicable en el ámbito de la compraventa de bienes.

En relación a la cuota de abono, de lo dicho pueden extraerse las siguientes conclusiones:

o instalación de elementos publicitarios) se liquidan por períodos anticipados [cfr. apdos. 1.2, letra c) y 2.2, letra c)].

¹⁹ Artículo 17.2: “Salvo pacto en contrario, el pago de la renta será mensual y habrá de efectuarse en los siete primeros días del mes. En ningún caso podrá el arrendador exigir el pago anticipado de más de una mensualidad de renta”; V. GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., “Artículo 17” en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., (Coord), *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*. 2ª Edic. Aranzadi. Pamplona, 1997, págs. 383-402, concr. págs. 387 y bibliografía por ella citada en nota 15.

²⁰ V.gr. Sts. AP de Badajoz de 25-1-2001 (AC 2001,73); AP de Castellón de 10-5-2001 (AC 2001,1239); AP de Jaén de 1-2-1999 (AC 1999,3431)

²¹ V. GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., “Artículo 17”, pág. 388. La autora pone de manifiesto que si bien nuestro Código Civil no contiene una regla sobre tiempo de pago en los arrendamientos de cosas, el precio del arrendamiento de obra, salvo pacto o costumbre en contrario, se paga al entregarse la obra (art. 1599); el pago de las pensiones periódicas en materia de censos se dispone, salvo pacto, por períodos vencidos (art. 1614 CC) y la obligación de pago de la renta al finalizar el arrendamiento es la regla general en el BGB, parágrafo 551, que dispone, en caso de haberse establecido la obligación de pago de la renta como obligación que surgen periódicamente, que el pago tenga lugar una vez transcurrido el período temporal fijado. Y en el párrafo segundo se prevé para inmuebles que, en defecto de pacto de las partes, la renta tenga periodicidad trimestral y se pague por trimestres vencidos el primer día hábil del mes siguiente. Si bien la doctrina destaca, que la costumbre absolutamente generalizada es pactar el pago anticipado.

²² Ley 49/2003, de 26 de noviembre, de Arrendamientos Rústicos (BOE núm. 284, de 27-11-2003).

²³ Idéntico criterio acoge el artículo 37 de la Ley gallega 4/1995, de 24 mayo (DO de Galicia núm. 107, de 6-6-1995).

²⁴ BOE núm. 15, de 17-1-1996.

- (i) A falta de norma sectorial sobre la facturación de la cuota de abono, procede la aplicación analógica de las normas del arrendamiento de cosas. Conforme al artículo 1574 CC, el tiempo del pago se determinará por el pacto de las partes y en defecto de éste, por la costumbre.

Obviamente, cualquier pacto sobre el pago ha de ser conforme al Ordenamiento (art. 1255 CC). Ello obliga a examinar la validez de la facturación bimensual anticipada a la luz del Ordenamiento sectorial que, aunque no disciplina esta cuestión, sí limita la autonomía privada (*infra* epígrafe 5).

- (ii) Por tratarse de un contrato con condiciones generales de la contratación, en sentido estricto, no estamos ante un “pacto de las partes” (autonomía privada bilateral), sino ante la predisposición de una cláusula por el operador de telecomunicaciones a la que se adhiere el cliente (autonomía privada unilateral²⁵).
- (iii) La adhesión a cláusulas predispuestas y no negociadas no equivale a consentimiento contractual, sino a una autorización al predisponerte para formular reglas legales. Como ha defendido la doctrina más autorizada, el carácter vinculante para el adherente de las condiciones generales de la contratación radica en su contenido. La cláusula predispuesta sólo será válida en cuanto incorpore el contenido de regulación de una norma que pueda reclamar validez por sí misma de acuerdo con las fuentes ordinarias del Derecho: ley, costumbre y principios generales del Derecho²⁶.

Partiendo de este planteamiento, son válidas aquellas cláusulas que recojan la regulación legal del contrato, cuando se trate de un contrato regulado legalmente; las que recojan la configuración usual del contrato cuando se trate de un contrato atípico o de un contrato cuya regulación usual se haya apartado de la legal y haya datos en el contrato para pensar que las partes estaban pensando en la regulación usual; y por último, son válidas las cláusulas de condiciones generales que recojan la regulación conforme con, o derivada de la buena fe (valoración equilibrada de los intereses de ambas partes), cuando se trate de un negocio que carece de regulación legal o usual²⁷.

Seguidamente se analizará si efectivamente la cláusula que impone el pago bimestral anticipado cumple estos requisitos de validez (*infra* apdo. 6).

5. LA FACTURACIÓN BIMENSUAL ANTICIPADA Y LA NORMATIVA SECTORIAL.

Cabe cuestionar la validez de la cláusula a la luz de la normativa sectorial, que, sin imponer una determinada forma de pago, sí contiene ciertas estipulaciones que permiten dudar de su conformidad al Ordenamiento. En concreto, la obligación del operador de prestar el servicio universal a precio asequible (art. 22.1 LGTel y concordantes RSU) y

²⁵ Las expresiones entre paréntesis son tomadas de ALFARO AGUILA-REAL, J., *Las Condiciones Generales de la Contratación*. Civitas. Madrid, 1991,

²⁶ Cfr. ALFARO, *Las Condiciones*, págs. 101 a 103.

²⁷ V. ALFARO, *Las Condiciones...*, pág 103.

la prohibición de exigir fianzas en los casos no tipificados por la norma [arts. 18.3,b) y 57.3 RSU y apdos. 11 a 17 ° Orden PRE 361/2002].

5.1. Obligación de facilitar el acceso a la red telefónica a precio asequible (arts 22.1 LGTel, 11, 12 y 18 RSU).

La conexión a la red telefónica fija constituye una *prestación de servicio universal* [arts. 22.1,a) LGTel y 12,a) RSU]. Esta prestación se retribuye mediante la cuota de alta y las cuotas periódicas de abono. Tales cuotas están sometidas a las exigencias normativas sobre “precio asequible” (arts. 22.1 LGTel, 11 y 18 RSU).

Por la genérica definición de “precio asequible”²⁸, no se puede afirmar con rotundidad que el pago bimestral adelantado vulnere el carácter asequible del precio. Sin embargo, sí es posible advertir que esta práctica no favorece dicha cualidad.

A efectos de preservar el carácter asequible del precio, se ha de garantizar, entre otras cuestiones, “que se ofrezcan planes de precios en los que *el importe* de las cuotas de alta, el de los conceptos asimilados, y el de las cuotas periódicas fijas de abono no limiten significativamente la posibilidad de ser usuario del servicio” [art. 18.2,d) RSU]. Con carácter general, no puede afirmarse que el importe de las cuotas de abono (entre 13,17 y 17,52 €, en función de las modalidades de contratación) limita “significativamente la posibilidad de ser usuario del servicio”. Pero la facturación anticipada y sobre todo, la facturación bimestral, del doble de esos importes más el 16% de IVA sí puede convertir el importe, en principio, asequible, en una barrera significativa. Especialmente, para aquellos usuarios que aun teniendo rentas inferiores al SMI, carecen de la posibilidad de beneficiarse del abono social²⁹.

Por otra parte, un instrumento al servicio de la asequibilidad del precio, es “la posibilidad de que el usuario elija la frecuencia de facturación que mejor se adapte a sus preferencias” [art. 18.3, c) RSU]. El operador debe ofrecer la posibilidad de que el

²⁸ Artículo 18 RSU. 1. “Se entenderá que los precios de los servicios incluidos en el servicio universal son asequibles para los usuarios, cuando se den las condiciones indicadas en el apartado 2 de este artículo.

[...]

2. A los efectos de lo dispuesto en esta sección, se deberá garantizar:

- a) Que los precios de los servicios incluidos en el servicio universal en zonas de alto coste y zonas rurales sean razonablemente comparables a los precios de dichos servicios en áreas urbanas.
- b) Que se asegure la eliminación de barreras que impidan a determinados colectivos de discapacitados el acceso y uso de los servicios incluidos en el servicio universal en condiciones equivalentes al resto de usuarios.
- c) Que exista una oferta suficiente, a precio uniforme, de teléfonos de uso público en el dominio público de uso común, en todo el territorio nacional.
- d) Que se ofrezcan planes de precios en los que el importe de las cuotas de alta, el de los conceptos asimilados, y el de las cuotas periódicas fijas de abono no limiten significativamente la posibilidad de ser usuario del servicio”.

²⁹ El Abono Social pueden solicitarlo los jubilados y pensionistas (por incapacidad, viudedad, orfandad, etc) que lo sean por el cobro de una pensión causada en el Régimen General u otros del Sistema de la Seguridad Social, con el límite del Salario Mínimo Interprofesional del conjunto de las rentas familiares de los que convivan en el domicilio habitual objeto de solicitud de Abono Social (art. 2.3 Orden de 21 de diciembre de 2001 por la que se regulan determinados aspectos del Servicio Universal de Telecomunicaciones, BOE núm. 28-12-2001).

abonado elija la frecuencia de facturación que mejor se adapte a sus preferencias “dentro de las posibilidades ofertadas por el operador, las cuales incluirán como mínimo la frecuencia mensual y la bimestral” (apdo. 13.3 Orden de 21 de diciembre de 2001, por la que se regulan determinados aspectos del servicio universal de telecomunicaciones). Telefónica sólo permite que el usuario fraccione el pago de la cuota de alta, pero no otorga esta opción respecto a las cuotas de abono. El operador impone el pago bimestral adelantado de las cuotas de abono, lo que no sólo elimina las posibilidades del usuario de elegir la frecuencia de facturación que mejor se adapte a sus preferencias, sino que puede constituir un obstáculo para el acceso al servicio.

En definitiva, considerando que Telefónica es el operador obligado a prestar el servicio universal (DT 2ª LGTel); que entre las prestaciones de servicio universal se incluye la conexión a la red telefónica fija (art. 22.1,a) LGTe y 12 RSU); que ésta ha de proporcionarse a precio asequible (arts 22.1 LGTel, 11 y 18 RSU); que junto a la cuota de alta, la cuota de abono es la retribución de dicha prestación, cabe concluir que *la facturación bimestral anticipada vulnera las exigencias sobre asequibilidad del precio (art. 18 RSU y sus concordantes de la Orden de 21 de diciembre de 2001). La vulneración procede más que del pago anticipado de la facturación bimestral*. Dicha práctica puede convertir el importe de la factura (no el de la cuota de abono unitariamente considerada) en un obstáculo significativo de acceso al servicio, en contra de la voluntad del regulador manifestada en el art. 18.2,d) RSU (interpretación teleológica). Además, en cuanto no se permite al usuario elegir la frecuencia de facturación, se excluye uno de los instrumentos tendentes a lograr el objetivo de la asequibilidad del precio, definidos por el regulador con carácter de mínimos [art. 18.3,c) RSU y apdo. 13.2 Orden de 21 de diciembre de 2001], sin que conste la utilización de otros instrumentos alternativos al servicio del mismo fin.

5.2. Prohibición de exigir fianzas no reguladas [arts. 18.3,b) y 57.3 RSU y apdos. 11 a 17 ° Orden PRE 361/2002].

El pago por períodos bimestrales anticipados cumple una función de garantía. La propia Telefónica lo ha considerado como una alternativa admisible a la exigencia de un aval bancario o depósito en los contratos con algunos prestadores de servicios de telefonía pública³⁰. Y en el mismo supuesto, la CMT ha reconocido la función garante del pago anticipado de la cuota de abono, cuando sea ésta la modalidad de pago acordada por las partes³¹.

Ciertamente, el prepago de la cuota de abono constituye una especie de “garantía encubierta”, que se sustrae al régimen de forma, constitución y devolución previsto en

³⁰ V. el escrito de alegaciones de Telefónica contenido en la Res. de la CMT de 30-7-2002, de resolución del conflicto de acceso suscitado entre TESAÚ y diversos prestadores de servicios de telefonía de uso público, derivado de las modificaciones contractuales impuestas por aquélla y de la negativa a suministrar acceso a su red (exp. ROL 2002/6162) (apdo 5.1. de los Antecedentes de Hecho).

³¹ Cfr. la citada Resolución de 30 de julio de 2002, en la que la CMT se pronuncia en estos términos: “Excepcionalmente, en el supuesto de los prestadores de servicios de telefonía de uso público que manifiesten su deseo de no cursar tráfico con TESAÚ, únicamente resultarán aplicables dichos sistemas de garantías si la cuota de abono no se satisface por adelantado y así se haya pactado. En caso contrario, no procederá la aplicación de ningún sistema de garantía pues el pago por anticipado de la cuota de abono supone un prepago en sí, tal y como ha reconocido TESAÚ en su escrito de alegaciones (FD 4.5).

el RSU y sus normas de desarrollo (arts. 18.3,b) y 57.3 RSU y apdos. 11 a 17 ° Orden PRE 361/2002). Estas normas establecen de forma taxativa los supuestos en los que los operadores de servicios telefónicos podrán exigir a los abonados la constitución de fianzas o depósitos de garantía. *El pago de la cuota de abono con dos meses de adelanto encubre un depósito de garantía no contemplado por la norma.*

6. EL COBRO BIMESTRAL ANTICIPADO COMO CONDICIÓN GENERAL DE LA CONTRATACIÓN.

No es preciso justificar la consideración de la cláusula analizada como condición general de la contratación. Es una cláusula predispuesta por Telefónica y aplicada a todos los contratos celebrados con sus clientes (usuarios finales o no, en los términos del art. 1 LGDCU), sin posibilidad, –ni real, ni potencial-, de negociación individual (art. 1.1 LCGC).

Como quedó suficientemente demostrado en el informe sobre el carácter abusivo de la fórmula “hora fracción” en los contratos de aparcamiento³² y ha sido ya corroborado por algún pronunciamiento judicial³³, no hay obstáculo para someter las cláusulas sobre precios a control de contenido. En este caso no se valora la forma de fijar el precio, sino la forma de facturar el mismo. Esto es, por períodos de dos meses anticipados. A *fortiori*, nada obsta para someter esta práctica impuesta unilateralmente por el operador a los controles de incorporación y contenido, propio de las condiciones generales de la contratación *ex* arts. 5, 7 y 8 LCGC y en general, de las condiciones no negociadas individualmente *ex* arts. 10.1 y 10. bis. LGDCU, para los contratos con consumidores o destinatarios finales.

6.1. Incorporación al contrato.

Es cuestionable la incorporación al contrato de la cláusula. En la información facilitada por *Telefónica* anterior o simultáneamente a la celebración del contrato no se hace mención expresa al pago de las cuotas de abono por períodos anticipados de dos meses. Las dificultades para acceder a las condiciones generales de la contratación con la operadora son casi insuperables.

No se contempla la forma de pago de las cuotas de abono en el catálogo de precios de servicios regulados aprobado por Orden PRE/3103/2003, de 5 de noviembre y actualizado a fecha 7 de mayo de 2004. Y salvo error u omisión por mi parte, la operadora no publica las condiciones contractuales de prestación del servicio telefónico básico, incumpliendo la Orden PRE/361/2002, de 14 de febrero, 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 III de la LGT (apdo. XVIII.2)³⁴. Ciertamente, tanto a través del 1004 como de

³² La Ley, núm. 5588, 16 de julio de 2002.

³³ St. de 26-3-2004, del Juzgado de Instrucción número 46 de Madrid que condena a las empresas de aparcamientos a eliminar la cláusula de pago por hora o fracción de sus condiciones generales de la contratación.

³⁴ Apdo. XVIII.2. “La información descrita en el apartado anterior (nombre o razón social; teléfono de información; características del servicio ofrecido; niveles mínimos reales de calidad; precios de los servicios; período contractual; política de compensaciones y reembolsos...etc) se remitirá al Ministerio de Ciencia y Tecnología, a la Comisión del mercado de las Telecomunicaciones, así como al Instituto Nacional de Consumo y al Consejo de Consumidores y Usuarios, que las pondrá a disposición de las

la web “telefonicaonline.com”, se ofrece información sobre las condiciones de contratación (ej. tarifas, formas de pago, suspensión del servicio por impago...etc). Pero el usuario sólo obtiene una información completa de dichas condiciones de contratación si navega pacientemente y examina los múltiples apartados en los que se informa sobre las diversas modalidades de acceso a la red (individual, básico, ADSL, RDSI), los múltiples servicios y las “preguntas más frecuentes” sobre los mismos³⁵.

Las únicas condiciones publicadas expresamente como “condiciones contractuales del servicio” son las relativas al alquiler de equipos. Y en dichas condiciones, sí se hace mención a la facturación por períodos anticipados de dos meses [condición 2.1 b)]. Como ya hemos expuesto, el alquiler del terminal constituye sólo una parte de la cuota de abono. Se mantiene el silencio respecto a la prestación principal que retribuye dicha cuota, el servicio de acceso a la red telefónica o “línea individual”.

La operadora no cumple los deberes de información precontractual derivados tanto del artículo 2 RD 1906/1999, de 17 de diciembre, que regula la contratación telefónica o electrónica con condiciones generales de la contratación, en desarrollo del art., 5.3 de la LCGC (en adelante, RCT)³⁶, como de la normativa sobre contratación a distancia o por vía electrónica (arts. 40 LOCM y 27.4 LSSI). Tampoco cumple el deber de enviar justificación escrita o en soporte duradero de la contratación efectuada en la que consten todos los términos de la misma (arts. 5.3 LCGC, 3.2 RCT y 47 LOCM). Antes de contratar, Telefónica no hace alusión alguna a la existencia de tales condiciones y obviamente, tampoco informa al usuario sobre la posibilidad de conocerlas antes de la ejecución del contrato o de la posibilidad de renunciar al derecho a recibir esta información, en caso de que quiera acceder de forma inmediata al servicio. Por más que la Orden PRE 361/2002, se refiera a este medio de información (apdo. XVIII.2), no es una forma adecuada de facilitar el conocimiento completo de las condiciones de la contratación la información que verbalmente facilita el teleoperador de turno, mediante llamadas al 1004³⁷.

asociaciones de consumidores y usuarios, integradas en él. Los operadores de redes públicas y del servicio telefónico disponible al público facilitarán dicha información en el teléfono de atención al público de que dispongan, o por escrito, si así lo solicita el usuario, que no deberá afrontar gasto alguno por su recepción. Finalmente, el operador la incluirá en lugar fácilmente localizable en su página de Internet” (el texto entre paréntesis es mío).

³⁵ Paradójicamente, desde la perspectiva de la información, la posición del usuario ha empeorado con respecto a la etapa anterior a la liberalización. En la época del monopolio, las guías telefónicas contenían en sus primeras páginas las condiciones generales de prestación del servicio aprobadas por Resolución de 9-7-1982, de la Delegación del Gobierno de Telefónica. Así, al menos *a posteriori*, el usuario conocía las condiciones generales de la contratación. En la actualidad, no existe una práctica similar.

³⁶ BOE núm. 313, de 31 de diciembre.

³⁷ Llamadas en las que, dicho sea de paso, se aprovecha para ofrecer publicidad sobre otros productos del operador (ADSL, servicios de información telefónica...) o para recabar todo tipo de datos del llamante (NIF y domicilio del solicitante de información sobre alta en el servicio, entre otros). Por otra parte, esta información es sesgada y a veces, contradictoria. Por citar algunos ejemplos extraídos de la experiencia personal: se informa de que el alta de la línea telefónica tendrá un coste mensual de 16 €, se produce un “redondeo informativo” que no es cierto para ninguna de las modalidades de cuotas de abono ofrecidas y que no hace mención a los impuestos aplicables; con un 50% de probabilidad, se informa afirmativa o negativamente sobre la posibilidad de fraccionar el pago de facturas (mientras que en una ocasión me responden que es posible el fraccionamiento, siempre que la factura supere los 100 €; en otra llamada, me contestan que sólo es posible el fraccionamiento en doce plazos de la cuota de alta,

Como es sabido, ni la LGDCU, ni la LCGC consideran satisfechos sus requisitos de inclusión con la mera indicación expresa de la existencia de tales condiciones y con la existencia de una posibilidad razonable de conocimiento de aquéllas por parte del consumidor. Resulta precisa la entrega física del clausulado en el que se contienen o al menos, la confirmación posterior de tales condiciones, no quedando incorporadas al contrato las condiciones no contempladas en dicha confirmación escrita (art. 5.3 LCGC y 3 RCT)³⁸.

La Orden PRE/361/2002, que exige la información verbal sobre las condiciones de prestación del servicio y por escrito, si lo solicita el usuario y en cualquier caso, la publicación en Internet (apdo. XVIII.2) no supone modificación o derogación de las normas citadas. De su tenor literal, se deduce que esta información no suple el deber de entregar el pertinente contrato de abono (apdo.XVIII.1, párrafo 11)³⁹.

Por todo ello y por más que *esta práctica de facturación* se haya impuesto por el uso aplicado exclusivamente por Telefónica, *no ha de quedar incorporada al contrato de acceso al servicio telefónico*, en cuanto el usuario adherente no ha tenido “oportunidad real” de “conocer de manera completa al tiempo de la elaboración del contrato” [arts. 7.a) LCGC y 10.1.a) LGDCU]. En otros términos, *no sería exigible el pago bimestral anticipado de la cuota de abono al adherente que se negara a efectuar el pago en tales condiciones*.

No obstante, las objeciones a la incorporación son cuestionables. En contra cabe alegar la exclusión del ámbito de aplicación del RCT de los contratos referidos a servicios prestados “por entidades sujetas a supervisión prudencial” (art. 1.2). El contrato-tipo de prestación del servicio telefónico prestado por Telefónica es objeto de aprobación por la SETSI, previo informe de la CMT y audiencia de las asociaciones de consumidores y usuarios [art. 38.2,i) LGTel y 56.2 RSU]. Con todo, la exigencia de conceder al usuario la posibilidad real de conocer las condiciones generales de la contratación antes de la celebración del contrato y de envío subsiguiente de esta información no deriva únicamente del citado Reglamento, sino que viene impuesto por los preceptos legales ya indicados [arts. 5 y 7.a) LCGC y 10.1.a) LGDCU] . Por otra parte, la existencia de esta autorización administrativa es un instrumento que garantiza un control de contenido previo, en cuanto pretende evitar la introducción de cláusulas abusivas (art. 38.7 LGTel y 56.4 RSU), pero no garantiza que las condiciones son realmente conocidas por los adherentes, como exige el art. 5.3 LCGC.

Además, si el control administrativo de las cláusulas utilizadas por las empresas públicas o concesionarias de servicios públicos no excluye la aplicación de la LGDCU

pero no de las facturas periódicas; y en una tercera ocasión, me responden que es posible el fraccionamiento, siempre que el importe global de la factura exceda los 180 €) y preguntada la diferencia entre la “línea individual” y la “línea básica” se me responde que tal diferencia radica en la contratación o no del alquiler del terminal telefónico, lo cual no es cierto.

³⁸ V. CARRASCO PERERA, A Y MARTÍNEZ ESPÍN, “Propuesta de desarrollo reglamentario del artículo 5.3 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación”, *Estudios sobre Consumo*, 1999, pág.101-128, conr. págs. 108 y 112.

³⁹ Tras enumerar el contenido de la información sobre las condiciones de prestación de los servicios telefónicos disponibles al público que los operadores han de publicar y refiriéndose en concreto a la dirección y teléfonos del operador a los que el usuario puede dirigir sus reclamaciones, la Orden exige que esta información se incluya “también en el contrato de abono”.

(art. 10.5 LGDCU), *a fortiori* tampoco el control de las condiciones aplicadas por las empresas privadas sobre las que recaen obligaciones de servicio público ha de excluir la aplicación de dicha Ley.

6.2. El carácter insólito o sorprendente de de la facturación bimestral anticipada.

De no ser por lo usual de esta práctica⁴⁰, podría decirse que introduce un matiz sorprendente o insólito. El usuario-medio habitualmente asocia el acceso a la red telefónica y la prestación del servicio de tráfico telefónico, construyéndose la expectativa de pagar por períodos vencidos, sin distinguir a efectos de facturación entre cuotas por tráfico y cuotas por mantenimiento de la red, de modo análogo a como se le facturan otros servicios (v.gr. suministro de energía eléctrica o de gas natural). Este usuario-medio percibe que el acceso a la red telefónica y la utilización del servicio telefónico tienen distintas retribuciones. Sabe que por el hecho de tener acceso al servicio ha de pagar una cuota, lo utilice o no y lo preste el operador de acceso u otro operador. Pero no percibe esa distinción como trascendente a la hora de determinar la forma de pago, piensa que uno y otro concepto se facturan por períodos vencidos. Esta asociación (cuota de abono y servicios de tráfico) y sus consecuencias sobre el pago concurre aunte el operador se limite a facilitar el acceso a la red y no preste el servicio.

Este matiz sorprendente o insólito se ve agudizado por el hecho de que el predisponente informa escasamente sobre la forma de facturación. En la información sobre los precios del servicio telefónico básico ofrecido por Telefónica no se hace mención alguna al pago bimestral anticipado (v. catálogo de precios vigente a partir del 7 de mayo de 2004, publicado en la *web* de Telefónica) y sólo verbalmente, a petición expresa del interesado, se informa sobre el particular.

No obstante, como es sabido, nuestro Derecho positivo no contempla expresamente la no incorporación de las cláusulas insólitas, mecanismo de control propio del Derecho alemán⁴¹. Por ello, el carácter insólito o sorprendente de la práctica de facturación por períodos bimestrales anticipados sólo aporta un dato más en relación a la falta de incorporación al contrato derivada de la dificultad de conocimiento antes de la contratación o de la falta de transparencia de la cláusula *ex* arts. 5.3 y 5.4 LCGC y 10.1.a) LDCU. La práctica descrita incumple la exigencia de transparencia de las condiciones generales de la contratación (art. 5.4 LCGC) en cuanto vulnera las expectativas razonables del usuario e impide la correcta formación de su voluntad contractual⁴². En el hipotético caso de que existiera completa competencia en el acceso a la red telefónica, el modo en el que Telefónica impone el cobro bimestral anticipado de las cuotas de abono, impide al usuario formar correctamente su voluntad contractual y en su caso, optar por la contratación con otros operadores que no cobran anticipadamente las cuotas de abono.

⁴⁰ Adviértase que el carácter usual de una cláusula no es incompatible con su calificación como insólita o sorprendente (v. ALFARO AGUILA-REAL, J., *Las Condiciones*, pág. 250).

⁴¹ Sobre la aplicabilidad de esta regla a pesar de no estar expresamente contemplada ni en la LCGC, ni en la LGDCU v. GONZALEZ PACANOWSKA, I., “Artículo 7” en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.), *Comentario a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*. Aranzadi. Pamplona, 1999, págs. 235 a 258, concr. pág. 257.

⁴² V. GONZALEZ PACANOWSKA, I., “Artículo 5” en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.), *Comentario a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*. Aranzadi. Pamplona, 1999, págs. 139-192, concr. págs. 189 y 190.

6.3. La facturación bimestral anticipada como posible cláusula nula.

Si consideramos que las objeciones expuestas sobre la incorporación al contrato de la cláusula de pago bimestral anticipado de la cuota de abono no son lo suficientemente consistentes y que ésta queda incorporada al mismo, podemos aplicar el control de contenido propio de las cláusulas no negociadas individualmente.

Como es sabido, el control de contenido consiste en analizar si la cláusula cuestionada rompe o no el justo equilibrio entre las contraprestaciones de las partes exigido por la buena fe. Este principio no es sólo un elemento de integración del contrato en defecto de pacto (art. 1258 CC), sino un límite a la propia autonomía privada [cfr. en general, los arts. 7 y 1255 CC, el insustancial art. 8 LCGC⁴³ y los arts. 10.1,c), 10 bis y DA 1ª LGDCU⁴⁴, para la contratación con usuarios finales mediante cláusulas no negociadas]. Siguiendo a la doctrina más autorizada⁴⁵, esta cláusula sólo será válida en la medida en que incorpore la configuración legal o usual del contrato y en defecto de ésta la que resulte de la buena fe, entendida como justo equilibrio entre las obligaciones de las partes.

6.3.1. La facturación bimestral anticipada y la configuración legal de la obligación de pago

Como se ha expuesto detalladamente, sin perjuicio de dispuesto por el artículo 57 RSU, las normas sectoriales que regulan el contrato-tipo de abono a la red y/o servicio telefónico no disciplinan expresamente el tiempo del pago y las condiciones de facturación.

Por su objeto (goce o disponibilidad de la red telefónica útil para la prestación del servicio telefónico y otros servicios de telecomunicaciones), el contrato de abono a la red telefónica es fácilmente equiparable al contrato de arrendamiento de cosas. Tampoco en la regulación de este contrato existen criterios que permitan emitir un pronunciamiento sobre la validez de la cláusula analizada.

Al exponer la normativa sectorial, se ha señalado el artículo 57 RSU como un posible obstáculo impuesto por el Ordenamiento al cobro anticipado de las cuotas de abono en cuanto obliga a los operadores a facturar por “los cargos *en que haya incurrido*”. Reitro de nuevo que no creo que el propósito de la norma sea disciplinar el tiempo del pago y el plazo de facturación. Más que esto, lo que la norma pretende es prohibir la facturación de cargos en los que el operador no haya incurrido realmente, o en otros términos, de servicios no prestados. Con todo, esto no impide aplicar la norma al supuesto que ahora nos ocupa, entendiendo que el operador ha de facturar por “los cargos *en que haya incurrido*” y no por los que *incurrirá en el futuro*.

La facturación bimestral constituye una forma (creo que injustificada) de adelantar fondos al operador. La cuota de abono se devenga mensualmente y en cambio, se

⁴³ Ley 7/1998, de 13 de abril, de Condiciones Generales de la Contratación (BOE núm. 89, de 14 de abril), en adelante, LCGC.

⁴⁴ Ley 26/1984, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (BOE núm. 176, de 24 de julio), en adelante LGDCU.

⁴⁵ ALFARO, *Las Condiciones*, págs. 102 y 103.

factura por períodos adelantados de dos meses. El operador está facturando no por los cargos en que ha incurrido, sino por los cargos en que incurrirá, en contra de la exigencia del artículo 57 RSU. Prueba de esto es la práctica aplicada en supuestos de desistimiento a petición del usuario, conforme a la cual se reintegrará a éste la parte de la cuota de abono proporcional al tiempo restante para concluir el período de facturación.

Con todo, esta referencia genérica a los cargos en que haya incurrido no constituye un obstáculo insuperable. El precepto carece del rango normativo suficiente para derogar un principio superior de nuestro Ordenamiento, como es el de autonomía privada (art. 38 CE y 1255 CC). En virtud de tal principio, las partes son libres para determinar cuándo y cómo se ha de efectuar el pago (arts. 1169, 1500.I, 1555.1º, 1579 o 1599 CC). Y sólo subsidiariamente, en defecto de pacto, rige el principio de cumplimiento simultáneo de las obligaciones recíprocas (arts. 1100.IV y 1500.II CC), el principio de prestación previa o debida (arts. 1592, 1599 y 1614 CC) o la costumbre (art. 1574 CC).

Como ya he manifestado, no encuentro inconveniente en la modificación del artículo 57 RSU por pacto de las partes. En otros términos, la facturación bimestral anticipada, en contra del tenor literal del artículo 57 RSU, es una práctica lícita, siempre su aplicación obedezca a la autonomía de la voluntad.

En el supuesto ahora analizado (facturación bimestral anticipada impuesta en condiciones generales de la contratación), la modificación del artículo 57 obedece a un acto de autonomía de la voluntad del predisponente (autonomía unilateral). Como es conocido, la doctrina más autorizada niega la derogación del Derecho dispositivo mediante condiciones generales de la contratación o en general, cláusulas no negociadas. La adhesión a condiciones generales de la contratación no equivale al pacto o acuerdo de las partes. La falta de autonomía privada (bilateral) impide la derogación de la norma dispositiva⁴⁶.

Una solución acorde a los principios de la LCGC y LCU sería la de entender que, para estimar la existencia del “pacto en contrario”, el predisponente tendría que probar que la cláusula de facturación bimestral anticipada fue negociada individualmente (art. 10.bis 1.III LCU). Es obvio que Telefónica no acomete esta negociación.

En *conclusión*, porque el artículo 57 RSU obliga a la facturación por los cargos en que el operador *haya incurrido* y porque la cláusula de facturación bimestral anticipada ha sido impuesta unilateralmente por Telefónica, dicha cláusula es nula, pues supone la facturación por cargos en los que el operador *incurrirá* pero no ha incurrido aún. La única forma de salvar la validez de la cláusula es que el predisponente pruebe que ésta ha sido individualmente negociada.

La posible vulneración del citado artículo no es tan clara si la facturación es mensual, aunque se facture por meses anticipados. En este caso, cabe interpretar que el operador

⁴⁶ V. ALFARO, *Las Condiciones...*, págs. 88, 89 y 470. En contra, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. quien considera como Federico DE CASTRO que el Derecho dispositivo no puede ser alterado sin justificación y que ese planteamiento se acentúa en el caso de las cláusulas predispuestas y de las condiciones generales (v. “Disposición Adicional 1ª.Tres: Art. 10 bis.1 LGDCU” en la obra coordinada por él *Comentario a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*. Aranzadi. Pamplona, 1999, págs. 753-769, concr. pág. 759).

está facturando por “los cargos en que haya incurrido”, en cuanto desde el momento en que se pone la red a disposición del usuario, comienza el período de goce de la misma y esto entraña un cargo para el operador⁴⁷.

6.3.2. La facturación bimestral anticipada y la configuración usual de la obligación de pago.

No existe una costumbre unánimemente definida en relación al pago vencido o anticipado de la renta en los arrendamientos de cosas, contrato al que hemos asimilado el contrato de acceso a la red telefónica básica. Pero sí es costumbre la facturación mensual. Se puede decir que existe una práctica mayoritaria, conforme a la cual las rentas o cuotas fijas se abonan por *períodos mensuales anticipados*. El arrendador facilita al arrendatario el goce de la cosa por períodos fraccionados de un mes y en los primeros días de cada mes se abona el mes en curso.

Esta práctica también se aplica en el ámbito de las telecomunicaciones. Como se ha descrito en el primer apartado, la mayoría de los operadores cobran la cuota de abono por períodos mensuales anticipados. Aunque la facturación no se produce necesariamente los primeros días de cada mes.

La práctica de Telefónica consistente en cobrar anticipadamente la cuota de abono (línea individual y alquiler de equipos) reproduce la práctica mayoritaria en materia de arrendamiento de cosas, salvo en lo que se refiere al período de facturación bimestral.

Tratándose de la cuota de abono de la línea básica (línea individual, equipo y servicios de mantenimiento y suplementarios), la teoría conduciría a aplicar, al menos a la parte que retribuye los servicios suplementarios, la costumbre en el ámbito del arrendamiento de servicios por aplicación del propio art. 1574 CC⁴⁸. Esto es, la retribución por períodos vencidos⁴⁹. Pero, dado el carácter de oferta global de este servicio, que no distingue las diversas prestaciones que incluye, resultaría difícil conjugar ambas prácticas comerciales (pago anticipado para el arrendamiento de cosas y pago por períodos vencidos para el arrendamiento de servicios). Por ello y teniendo en cuenta que la prestación principal es la propia del arrendamiento de cosas (línea individual), la lógica de la práctica impone aplicar únicamente la práctica mayoritaria en el arrendamiento de cosas (pago anticipado).

Tanto en uno como en otro caso, *Telefónica se aparta de la costumbre* no por cobrar por períodos *anticipados*, -puesto que no existe una costumbre consolidada en este sentido o

⁴⁷ Un ejemplo puede aclarar lo expuesto en el texto. Si Telefónica emite factura el 2 de febrero y en ella factura el mes de febrero y el mes de marzo, ya ha incurrido en un “cargo”, que es el de poner la red a disposición del usuario durante el mes de febrero y en su caso, realizar las operaciones de mantenimiento. Pero no ha incurrido en cargo alguno respecto al mes de marzo, pues la cuota de abono se devenga mensualmente.

⁴⁸ Recuérdese que la regulación del arrendamiento de cosas contenida en el Código civil es supletoria o residual, aplicándose, entre otros, a los arrendamientos complejos en los que concurren elementos propios del arrendamiento de cosas y del de obras o servicios (ej. arrendamiento “ad meliorandum”).

⁴⁹ La práctica tampoco es unánime en este sentido. Por ejemplo, el pago completo anticipado es habitual en los contratos de viaje combinado, práctica no prohibida por la Ley 21/1995, de 6 de julio, para la Regulación de los Viajes Combinados (BOE de 7 de julio).

en su contrario-, sino por cobrar por períodos anticipados de *dos meses*⁵⁰. Aplicando el mismo argumento defendido en relación con el artículo 57 RSU, no es válida la modificación de la configuración usual de un contrato mediante condiciones generales de la contratación (autonomía unilateral). Esta modificación sólo será válida en la medida en que el predisponente pueda demostrar que la cláusula de facturación bimestral ha sido individualmente negociada (autonomía bilateral).

6.3.3. La facturación bimestral anticipada y el justo equilibrio contractual.

Por último, el control de contenido al que estamos sometiendo la cláusula de pago bimestral anticipado de la cuota de abono exige analizar si dicha cláusula rompe o no el justo equilibrio entre las contraprestaciones de las partes exigido por la buena fe. En otros términos, la cuestión a responder es si la práctica descrita introduce desequilibrios contractuales contrarios a las exigencias de la buena fe en perjuicio del usuario final (art. 10.bis.1 LGDCU):

- (i) El número 15 de la DA 1ª. III LGDCU califica como abusiva “la imposición de obligaciones al consumidor para el cumplimiento de todos sus deberes y contraprestaciones, aun cuando el profesional no hubiere cumplido los suyos”. Esta cláusula se orienta principalmente a impedir al usuario el ejercicio de los remedios legales disponibles frente al incumplimiento contractual del predisponente (v.gr. acción de cumplimiento, *exceptio non adimpleti contractus* o resolución por incumplimiento,). En otros términos, se pretende evitar que el adherente quede vinculado incondicionalmente al cumplimiento del contrato, comportamiento tipificado expresamente como abusivo en la cláusula 3ª de la propia DA 1ª.

En el supuesto que ahora nos ocupa, el operador predisponente impone al usuario la obligación de cumplir sus prestaciones por adelantado (prepago de la cuota de abono) y en caso de negarse a efectuar el pago procederá a la desconexión *ex art. 1124 CC*⁵¹. Esto supone que el usuario ha de cumplir con la prestación que a él le incumbe antes de que el otro contratante haya cumplido la suya, especialmente por lo que se refiere al segundo mes de facturación, respecto al cual ni siquiera ha comenzado a cumplir.

Además, existe “cierta tolerancia” hacia las interrupciones de la conexión por voluntad del operador (ej. operaciones de mantenimiento o actualización de instalaciones, apdo. 4º.2 Orden 21-12-2001) o por averías debidas o no a fuerza

⁵⁰ Las únicas “condiciones contractuales” que con tal calificación publica Telefónica se refieren al alquiler de equipos (www.telefonicaonline.es). La condición 2.1.b) define la cuota de abono y su forma de pago: “constituye la contraprestación de un servicio de tracto sucesivo (servicio de mantenimiento)”;

“se devengará por períodos mensuales y con carácter *anticipado*. TdE facturará al cliente dicha cuota con *periodicidad bimestral* o con la misma periodicidad establecida para la línea telefónica, si ésta fuera diferente”.

⁵¹ Adviértase que los apdos. 19º y 24º Orden PRE 361/2002 se refieren a la suspensión e interrupción definitiva del servicio de tráfico telefónico por falta de pago de éste. No contemplan el supuesto de impago de las cuotas de abono (por ejemplo, en supuestos en los que el abonado ha cambiado de operador de servicios, aunque continúa vinculado con el operador de acceso a los solos efectos de conexión a la red). No es éste lugar para detenernos en examinar detalladamente las eventuales consecuencias del impago de las cuotas de abono y el procedimiento para la desconexión definitiva. Baste aceptar que la falta de pago, podrá dar lugar a la desconexión, por aplicación de las reglas generales en materia de resolución del contrato (art. 1124 CC).

mayor (apdo. 4º.3 Orden 21-12-2001). Así, el usuario sólo tendrá derecho a una compensación mediante reducciones en la cuota de abono, cuando tales interrupciones superen las 48 horas de duración durante un período continuado no superior a doce meses (apdo. 4º.4 Orden de 21-12-2001⁵²). Objetivamente y cualquiera que sea su duración, la interrupción imputable al operador supone un incumplimiento de la prestación. Sin embargo, el abonado continúa obligado a pagar anticipadamente por un servicio que no se recibe por un espacio de tiempo que puede ascender hasta cuarenta y ocho horas.

Ciertamente, en el supuesto descrito, el desequilibrio contractual viene ocasionado más por la norma que concede al operador una “franquicia” de 48 horas de interrupción de la conexión que por la práctica de facturación bimensual anticipada. Pero no es menos cierto que el prepago bimestral agrava el desequilibrio contractual.

- (ii) La facturación bimensual anticipada genera otros desequilibrios contractuales no tipificados expresamente en la DA 1ª LGDCU, pero sí encuadrables en la definición general de cláusulas abusivas del artículo 10 bis.1 LGDCU. Así, si el cese de la prestación se produce a instancia del usuario, bien por petición de suspensión temporal del servicio (apdo. 23º Orden PRE 361/2002) o por ejercicio de su derecho a causar baja [arts. 38.2,h) LGTel y 56.5 RSU], el predisponente deberá restituir la parte de la cuota de abono cobrada por anticipado. Esta restitución lo es exclusivamente de la cantidad anticipada y no incluye intereses por el anticipo.

En concreto respecto al derecho a causar baja, el artículo 38.2, letra h) LGTel, que transpone el art. 20.4 de la Directiva del servicio universal, proclama entre los derechos de los consumidores que ha de contemplar el contrato de prestación de servicios “el derecho a resolver anticipadamente y *sin penalización* el contrato, en los supuestos de propuestas de modificación de las condiciones contractuales por motivos válidos especificados en aquél y sin perjuicio de otras causas de resolución unilateral”. En este caso, el prepago de la cuota de abono y la restitución de la cantidad anticipada sin abono de intereses por el anticipo es una forma de “penalizar” al abonado. El predisponente ha disfrutado anticipadamente de un capital a coste cero; correlativamente, el usuario ha sufrido una despatrimonialización anticipada y no remunerada. Es evidente el desequilibrio contractual derivado de la facturación anticipada y especialmente, de la facturación bimestral anticipada.

En contra podría argumentarse que no existe tal desequilibrio en la medida en que el pago extemporáneo no devenga interés de demora. En caso de suspensión del servicio por falta de pago, el operador exige para su restablecimiento únicamente el pago de la cuantía adeudada (apdo. 21º Orden PRE 361/2002). Sin embargo, esto es una falacia. El restablecimiento del servicio ocasiona un

⁵² Obsérvese que el apdo. 4.4 de la Orden de 21-12-2001 no resulta modificado por el apdo. 10º de la Orden PRE/361/2002 (“contenido del derecho a indemnización por la interrupción temporal del servicio telefónico disponible al público”). Son compatibles por referirse a supuestos distintos. El primero a la interrupción de la conexión a la red telefónica básica; el segundo a la interrupción del servicio de tráfico telefónico.

recargo adicional en la siguiente factura de 15 €, con lo que el eventual interés de demora queda cubierto por este recargo.

En *resumen*, el pago por meses anticipados introduce desequilibrios entre los derechos y obligaciones contrarios a la buena fe (art. 10.bis.1 LGDCU). La falta de reciprocidad entre las prestaciones de las partes deriva de que el usuario se ve obligado a cumplir, pagando anticipadamente, aunque el operador no facilite la continuidad de la conexión (DA 1ª.15 LGDCU). Por otra parte, el desequilibrio también se constata en cuanto el operador disfruta anticipada y gratuitamente de un capital, no obligándose al pago de intereses en los casos de restitución del anticipo por cese de la prestación, a pesar de que los retrasos en el cumplimiento de la obligación de pago sí conllevan el cobro de un interés encubierto (recargo por restablecimiento del servicio tras su suspensión).

Estos desequilibrios contractuales derivan del pago anticipado, sea mensual o bimestral. Pero, obviamente, se hacen más “importantes”, en los términos exigidos por el artículo 10.bis.1 LGDCU, si el pago anticipado es bimestral.

7. CONCLUSIONES

Sin ánimo de reproducir las conclusiones que ya se han ido exponiendo en los diversos apartados de este estudio, aquí se resumirán a modo de cuadro sinóptico los diversos argumentos que nos conducen a declarar que *el pago bimestral anticipado de la cuota de abono a la red telefónica (línea individual y alquiler y en su caso línea básica) no es conforme al Ordenamiento. O al menos, no lo es en los términos en los que actualmente impone Telefónica*. Las razones que llevan a esta conclusión se pueden sintetizar así:

- (i) El primer paso es determinar si existe norma sectorial que discipline el tiempo del pago y las condiciones de facturación. Sólo el artículo 57 RSU contiene estipulación al respecto. Obliga al operador a presentar factura por “los cargos en que haya incurrido” y no por los que incurra.
- (ii) Es cuestionable la aplicación del citado artículo 57 RSU al supuesto ahora examinado, pues parece que el propósito del redactor de la norma no es el excluir el pago anticipado, sino prohibir la facturación de servicios no prestados.
- (iii) Si se opta por la aplicación del artículo 57 RSU, no ha de considerarse norma imperativa. Carece del rango normativo suficiente para derogar el principio de autonomía privada (art. 38 CE y 1255 CC). En virtud de tal principio, las partes son libres para determinar cuándo y cómo se ha de efectuar el pago (arts. 1169, 1500.I, 1555.1º, 1579 o 1599 CC). Y sólo subsidiariamente, en defecto de pacto, rige el principio de cumplimiento simultáneo de las obligaciones recíprocas (arts. 1100.IV y 1500.II CC) o el principio de prestación previa o debida (arts. 1592, 1599 y 1614 CC).

Por tanto y sin perjuicio de lo que se dirá en el apartad siguiente, es admisible el pacto en contrario. Esto es, la facturación por los cargos en los que el operador incurrirá a lo largo del período de facturación.

- (iv) La cláusula de pago bimestral anticipado es una condición general de la contratación, impuesta unilateralmente por Telefónica. Por la ausencia de autonomía privada (bilateral) no es válida la modificación del Derecho dispositivo mediante condiciones generales de la contratación. Ello significa que la cláusula que impone el pago bimestral anticipado es una cláusula nula (arts. 8 LCGC y 10.bis.LCGC).

La única forma de salvar la nulidad de la cláusula es probando que la cláusula ha sido negociada individualmente, prueba que corresponde a Telefónica. Es obvio que hoy por hoy y al menos en las relaciones con los usuarios finales en los términos de la LGDCU, no existe esta negociación individual.

- (v) Si se considera que el artículo 57 RSU no regula el tiempo del pago, ni las condiciones de facturación y se descarta su aplicación al supuesto considerado, habrá de aplicarse la regulación supletoria. Ésta se encuentra en las normas del CC referentes al arrendamiento de cosas, en concreto en el artículo 1574.

El artículo 1574 CC remite al pacto de las partes para la determinación del tiempo del pago de la renta y en su defecto, a la costumbre de la tierra.

- (vi) En el supuesto examinado, no existe propiamente “pacto”, sino condición general de la contratación impuesta unilateralmente por Telefónica, a la que se adhiere el abonado.
- (vii) Al margen de su cualidad de condición general de la contratación, como todo acto de autonomía privada, la cláusula analizada está sometida a límites (art. 1255 CC). En concreto, estos límites derivan de las normas sobre asequibilidad del precio del servicio universal y de las normas que prohíben la exigencia de fianza en supuestos no regulados.

El pago bimestral anticipado vulnera las exigencias derivadas de tales normas en los términos que seguidamente se exponen y por tanto, no es válido.

- (viii) Considerando que Telefónica es el operador obligado a prestar el servicio universal de telecomunicaciones (DT 2ª LGTel); que entre las prestaciones de servicio universal se incluye la conexión a la red telefónica fija (art. 22.1,a) LGTe y 12 RSU); que ésta ha de proporcionarse a precio asequible (arts 22.1 LGTel, 11 y 18 RSU); que junto a la cuota de alta, la cuota de abono es la retribución de dicha prestación, cabe concluir que la facturación bimestral anticipada vulnera las exigencias sobre asequibilidad del precio (art. 18 RSU y sus concordantes de la Orden de 21 de diciembre de 2001). La vulneración procede más que del pago anticipado de la facturación bimestral.

La práctica analizada puede convertir el importe de la factura (no el de la cuota de abono unitariamente considerada) en un obstáculo significativo de acceso al servicio, en contra de la voluntad del regulador manifestada en el artículo 18.2,d) RSU (interpretación teleológica).

Además, en cuanto no se permite al usuario elegir la frecuencia de facturación, se excluye uno de los instrumentos tendentes a lograr el objetivo de la

asequibilidad del precio, definidos por el regulador con carácter de mínimos [art. 18.3,c) RSU y apdo. 13.2 Orden de 21 de diciembre de 2001].

- (ix) El prepago de la cuota de abono constituye una especie de “garantía encubierta”, que se sustrae al régimen de forma, constitución y devolución previsto en el RSU y sus normas de desarrollo (arts. 18.3,b) y 57.3 RSU y apdos. 11 a 17 ° Orden PRE 361/2002). Estas normas establecen de forma taxativa los supuestos en los que los operadores de servicios telefónicos podrán exigir a los abonados la constitución de fianzas o depósitos de garantía. El pago de la cuota de abono con dos meses de adelanto encubre un depósito de garantía no contemplado por la norma.
- (x) Para el caso en que se considere que los argumentos expuestos en los tres apartados precedentes no son suficientes para declarar nula la cláusula, se habrá de someter ésta a los controles propios de las condiciones generales de la contratación (de incorporación y de contenido).
- (xi) La cláusula de pago bimestral anticipado no resiste el control de incorporación. Por más que esta práctica de facturación se haya impuesto por el uso aplicado exclusivamente por Telefónica, no ha de quedar incorporada al contrato de acceso al servicio telefónico. La deficiente información proporcionada por Telefónica antes y después de la contratación impide su incorporación al contrato. El usuario adherente no ha tenido “oportunidad real” de “conocer de manera completa al tiempo de la elaboración del contrato” [arts. 7.a) LCGC y 10.1.a) LGDCU]. En otros términos, no sería exigible el pago bimestral anticipado de la cuota de abono al adherente que se negara a efectuar el pago en tales condiciones.
- . (xii) Si no se toma en consideración el argumento del apartado (xi) y se procede al control de contenido de la cláusula, ésta ha de ser considerada nula por abusiva, en cuanto se aparta de la configuración usual de la obligación de pago y ocasiona desequilibrios entre los derechos y obligaciones de las partes, en perjuicio del abonado y en contra de las exigencias de buena fe en los términos que a continuación se exponen.
- (xiii) La práctica de Telefónica consistente en cobrar anticipadamente la cuota de abono (línea individual y alquiler de equipos) reproduce la práctica mayoritaria en materia de arrendamiento de cosas, salvo en lo que se refiere al período de facturación. Telefónica se aparta de la costumbre no por cobrar por períodos anticipados, -puesto que no existe una costumbre consolidada en este sentido o en su contrario-, sino por cobrar por períodos anticipados de dos meses.

Aplicando el mismo argumento defendido en relación con el artículo 57 RSU, no es válida la modificación de la configuración usual de un contrato mediante condiciones generales de la contratación. Esta modificación sólo será válida en la medida en que el predisponente pudiera demostrar que la cláusula de facturación bimestral ha sido individualmente negociada (art. 10 bis.1 LGDC).

- (xiv) El pago por meses anticipados introduce desequilibrios entre los derechos y obligaciones contrarios a la buena fe (art. 10.bis.1 LGDCU). La falta de

reciprocidad entre las prestaciones de las partes deriva de que el usuario se ve obligado a cumplir, pagando anticipadamente, aunque el operador no facilite la continuidad de la conexión (DA 1ª.15 LGDCU). Por otra parte, el desequilibrio también se constata en cuanto el operador disfruta anticipada y gratuitamente de un capital, no obligándose al pago de intereses en los casos de restitución del anticipo por cese de la prestación, a pesar de que los retrasos en el cumplimiento de la obligación de pago sí conllevan el cobro de un interés encubierto (recargo por restablecimiento del servicio tras su suspensión).

Estos desequilibrios contractuales derivan del pago anticipado, sea mensual o bimestral. Pero, obviamente, se hacen más “importantes”, en los términos exigidos por el artículo 10.bis.1 LGDCU, si el pago anticipado es bimestral.

8. CONCLUSIÓN FINAL

Todos los argumentos expuestos conducen, por una u otra vía, a declarar que *la cláusula de pago de la cuota de abono por períodos bimensuales anticipados aplicada por Telefónica no es conforme al Ordenamiento*. En todos estos argumentos es posible encontrar de forma expresa o implícita, un déficit de autonomía de la voluntad que impide que la cláusula supere los diversos controles a los que ha sido sometida. Por ello, creo que *la facturación bimestral anticipada sería válida, siempre que se concediera al abonado la posibilidad de optar por la facturación mensual, aunque fuera igualmente anticipada*. Pues como se ha manifestado en reiteradas ocasiones a lo largo de este estudio, las infracciones del Ordenamiento y los desequilibrios contractuales derivados de la cláusula proceden más que del pago anticipado, de la facturación bimestral.