

Estudio sobre la validez o abusividad de las cláusulas de limitación temporal de validez de las tarjetas prepago de telefonía móvil.

por Rafael SÁNCHEZ ARISTI
Profesor Titular de Derecho Civil
Universidad Rey Juan Carlos

1. PLANTEAMIENTO.

Las compañías telefónicas que prestan servicio de telefonía móvil mediante el sistema de tarjetas prepago, acompañan al contrato, entre otras, una cláusula relativa al periodo de validez, en virtud de la cual la operatividad de la tarjeta queda temporalmente limitada a un plazo, que oscila entre los nueve y los doce meses, a contar ora desde el momento de activación inicial de la tarjeta, ora desde la fecha en que se produzca la última recarga, en caso de que el usuario efectúe alguna(s).¹ Cada recarga realizada genera, por tanto, a favor del usuario un nuevo plazo, de duración similar al inicial, a contar desde la fecha de la recarga. Cada recarga equivale en definitiva a una prórroga del periodo de validez de la tarjeta.

Dicha cláusula, que suele aparecer referida en los ‘manuales del usuario’, o en la información que las compañías suministran de sus servicios a través de internet,² reúne todos los rasgos para ser considerada una condición general de la contratación, en la medida en que se trata de una *cláusula predispuesta, cuya incorporación al contrato es impuesta por una de las partes, y que ha sido redactada con la finalidad de ser*

¹ Me estoy refiriendo al mercado español. De las tres compañías que operan en el sector de la telefonía móvil en España, Telefónica Móviles y Vodafone-Airtel establecen un periodo de validez de 9 meses, transcurridos los cuales el usuario dispone de un plazo de tres meses, en el que sólo puede recibir llamadas, y durante el cual aún tiene la posibilidad de recargar la tarjeta y evitar que ésta caduque definitivamente. Por su parte, Amena fija un periodo de validez de 12 meses, más allá del cual es posible que el usuario siga recibiendo llamadas durante un mes, pero no que efectúe una recarga de su tarjeta. La situación es muy similar en otros países. En Italia, TIM ofrece condiciones iguales a las de Amena, si bien con el matiz de que durante el mes posterior al transcurso del periodo de validez, en el que el usuario sólo puede recibir llamadas, esta compañía sí permite efectuar una recarga *in extremis* de la tarjeta. La compañía belga Proximus marca un periodo de validez de un año, sin agregar en este caso ningún plazo adicional durante el cual el usuario pueda recibir llamadas o hacer recargas.

² No hay mucha más *documentación* posible a la que acudir, puesto que si por algo se caracteriza el sector de las tarjetas prepago de telefonía móvil es por su falta de formalidades. Lo cual, en un sistema netamente consensualista de formalización de los contratos como el nuestro, no es óbice para entender que entre la compañía suministradora del servicio y el usuario de la tarjeta prepago se genera un vínculo contractual. Y ello por más que algunas compañías se empeñen en subrayar que el cliente de este tipo de servicio *no ha firmado un contrato con ellas*. Obviamente, la relación contractual surge con independencia de que el consentimiento se manifieste tácitamente, o de que el prestador del servicio se valga de la colaboración mercantil con los titulares de los establecimientos donde las tarjetas se distribuyen, para poner a disposición del usuario el elemento material preciso de cara a la prestación del servicio. La consideración como contrato de las tarjetas de prepago aparece refelejada de manera explícita en el Considerando (13) de la Directiva 2002/58/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 2002, sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas.

incorporada a una pluralidad de contratos (art. 1.1 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, en adelante LCGC).

2. EL CONTROL DE INCLUSIÓN.

Sería discutible si, desde un punto de vista del control de inclusión de las condiciones generales de la contratación, puede considerarse que semejante cláusula forme parte del contrato. Dado que no nos encontramos ante un contrato que deba formalizarse por escrito,³ ni tampoco –por regla general– ante un caso de contratación telefónica o electrónica, habrá que verificar el cumplimiento de lo señalado en el art. 5.2 LCGC, lo que significa que el predisponente deberá, alternativamente: a) anunciar las condiciones en lugar visible dentro del establecimiento en que se celebre el contrato; b) insertarlas en la documentación que, no obstante, acompañe al contrato; c) recurrir a otro cualquier medio por el que *garantizar al adherente una posibilidad efectiva de conocer la existencia y contenido de las condiciones antes de la celebración*.

En la práctica, el usuario de tarjetas prepago para telefonía móvil suele acudir a puntos de distribución situados en establecimientos pertenecientes a colaboradores mercantiles de la compañía suministradora del servicio. En dichos establecimientos es ciertamente posible encontrar anunciadas, en algún lugar visible, las condiciones generales de este tipo de contratos, si bien hay que admitir que en muchas ocasiones sólo aparecen instalados letreros publicitarios en los que, a lo sumo, se reflejan los tipos de tarifas y sus respectivos precios, sin alusiones a otras condiciones del contrato, como la relativa al periodo de validez de la tarjeta.

Más sencillo es entender que el requisito de incorporación lo solventa el predisponente en este tipo de contratos mediante la entrega al usuario de cierta documentación, básicamente consistente en una guía con especificaciones acerca del servicio, o manual de uso de la tarjeta, en donde hallan reflejo condiciones como la relativa al periodo de validez de la tarjeta. Sin embargo, nuevamente hay que puntualizar que no en todos los casos puede decirse que dicha documentación *acompañe la celebración del contrato*, ni mucho menos que proporcione al cliente una posibilidad efectiva de conocer tanto la existencia como el contenido de las condiciones *en el momento de efectuar la contratación*, sobre todo cuando se trata de folletos insertos, junto con un terminal telefónico, en un embalaje que el cliente no puede desprecintar hasta haber consumado la contratación.

Con todo, las más de las veces será *cualquier otra* la forma que emplee el predisponente para garantizar al adherente la posibilidad efectiva de conocer la existencia y contenido de las condiciones en el momento de la celebración. Por ejemplo, una manifestación verbal de las condiciones a cargo del auxiliar del empresario que colabore con la compañía telefónica para la distribución de las tarjetas. Debe tenerse presente que la

³ Como serían no sólo aquéllos en que la forma se exige como presupuesto *ad solemnitatem*, sino también aquellos otros en que la constancia documental del contrato ha de estimarse conforme a la buena fe y a los usos. Vid. I. GONZÁLEZ PACANOWSKA, en *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, coordinados por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Aranzadi, Pamplona, 2000, p. 153.

fluidez del tráfico en sectores de la contratación como éste, podría verse excesivamente entorpecida si se llevase a cabo una observancia rigurosa de los requisitos de inclusión.

Por otro lado, tratándose, como se trata, de contratos de adhesión celebrados con consumidores y de cláusulas no negociadas individualmente, mayor virtualidad tiene el control de contenido que emana de la acción combinada del art. 10 bis.1 y la disp. adic. primera de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (en adelante LGDCU).

3. EL CONTROL DE CONTENIDO.

Así las cosas, de lo que se trata es de determinar, dada la hipotética superación de los requisitos que la ley marca para la incorporación contractual de las condiciones generales, si la cláusula de limitación temporal de validez de las tarjetas de telefonía móvil puede soportar, sin sufrir mella, el sometimiento a un control de contenido, o por el contrario merece caer vencida por el peso de las disposiciones contenidas en la LGDCU en sede de cláusulas abusivas.

Sabemos que una cláusula abusiva es aquélla que, no habiendo sido negociada individualmente, cause, en contra de las exigencias de la buena fe y en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato (Cfr. art. 10 bis.1 LGDCU). Sabemos que la sanción para el caso de que una cláusula sea considerada abusiva es su nulidad (Cfr. art. 10 bis.2 LGDCU y art. 8 LCGC). Sabemos, en fin, que el propio legislador ha ofrecido un catálogo de cláusulas abusivas a los efectos previstos en el art. 10 bis LGDCU (Cfr. disp. adic. primera LGDCU).

Habida cuenta de que dicho catálogo no debe considerarse exhaustivo, la medición de la posible abusividad de una cláusula debe hacerse en dos tiempos: primero, comprobando si la cláusula analizada puede subsumirse directamente en alguno de los supuestos enumerados en la disp. adic. primera LGDCU; segundo, estableciendo si acaso la calificación de abusividad puede obtenerse a la luz de la definición general que en esta sede ofrece el art. 10 bis.1 LGDCU.

Tanto para una como para otra empresa, resulta imprescindible desgranar primero cuáles son las principales implicaciones de una cláusula como la que se viene mencionando.

Se trata de fijar al consumidor un tiempo limitado para disfrutar del *saldo* generado a su favor mediante el previo pago realizado a la compañía suministradora del servicio, en forma de adquisición de una tarjeta o de recarga de la misma. La prestación del servicio telefónico queda, pues, subordinada a que el usuario haga efectivo uso de ese servicio dentro de un término máximo, *rectius* a que el usuario haga sucesivas recargas de su tarjeta, incrementando el saldo disponible a su favor, antes de que venza el plazo inicial

o alguna de las prórrogas, con independencia de que después emplee o no su teléfono para efectuar llamadas.⁴

La compañía tiene interés, desde luego, en que el usuario mantenga con ella una relación duradera, pero no le basta con que dicha relación permanezca de manera puramente nominal sino que, por el contrario, desea que el usuario haga un uso real del servicio contratado. Se *penaliza* al usuario que no mantiene activa la relación (*id est* que no efectúa recargas de su tarjeta dentro de cierto margen temporal), haciéndole perder su derecho a consumir (o a que le sea devuelto) el eventual remanente de su tarjeta, así como anulando su número de teléfono, que podrá ser reasignado a otro usuario en el futuro.

Desde el punto de vista de las compañías, la inclusión de este tipo de cláusulas parece responder al interés en constatar que el usuario ha dejado de estar interesado en disfrutar del servicio. Diríase que el comportamiento que las mencionadas cláusulas contemplan (no recargar nunca el teléfono, o dejar de hacerlo durante determinado número de meses), se toma como índice de una voluntad implícita de desistir unilateralmente del contrato por parte del usuario. En contratos como éstos, claramente caracterizados por la casi total ausencia de formalidades de celebración, es también una vía de hecho (no recargar) la que se toma como manifestación fáctica de una voluntad contractual (dejar de estar vinculado por el contrato).

Diríase que las compañías asumen que la predisposición del usuario en lo tocante al uso del teléfono móvil con tarjeta prepago fluctúa con relativa rapidez, pues se trata de un servicio llamado a satisfacer *necesidades cambiantes* (teléfono para viajes, para segundas residencias, para diferentes miembros de la familia, para trabajos u ocupaciones temporales en otra ciudad), o *necesidades de usuarios cambiantes* (a nadie se oculta que se trata de un producto mayoritariamente dirigido a consumidores jóvenes, y por ende situados en estadios vitales caracterizados por una constante mutabilidad; por otro lado, dada la agilidad de este mercado, es habitual que el usuario cambie de compañía, atraído por ofertas de condiciones mejores).

Como pasa en algunos otros contratos de servicios de larga duración celebrados con consumidores, señaladamente en aquéllos que las empresas de mantenimiento de ascensores celebran con las comunidades de propietarios, el desistimiento unilateral por parte del arrendatario del servicio, por más que en este caso se obtenga por vía presuntiva, puede acarrear para él la obligación de hacer frente a una pena convencional.⁵ Así las cosas, la cláusula de la que estamos hablando adquiriría los tintes

⁴ Para abreviar, me referiré únicamente a la realización/recepción de *llamadas*, en el entendimiento de que con dicha expresión se quiere abarcar también la realización/recepción de mensajes cortos (SMS) u otro tipo de datos (logos, sintonías musicales, etc.).

⁵ Debe saberse que la jurisprudencia menor, aunque dividida, se inclina mayoritariamente por no considerar abusiva la cláusula que, en los contratos de mantenimiento de ascensores, obliga a la parte arrendataria del servicio a abonar una pena convencional a la arrendadora en caso de que aquélla resuelva anticipadamente el contrato. En este sentido pueden verse: SAP Lérida, de 24 de abril de 1995 (AC 1995, 918); SAP Madrid, de 17 de marzo de 1998 (AC 1998, 5128); SAP Madrid, de 11 de mayo de 1998 (AC 1998, 7222); SAP Cantabria, de 12 de mayo de 1999 (AC 1999, 869); SAP Madrid, de 17 de enero de 2000 (AC 2000, 4352); SAP Barcelona, de 9 de enero de 2001 (AC 2001, 354); SAP Málaga, de 16 de enero de 2001 (AC 2001, 1689); SAP Asturias, de 26 de abril de 2001 (AC 2001, 2238); SAP Alicante,

de una cláusula penal, consistiendo aquí el contenido de la pena en la pérdida tanto del número asignado al usuario, como de las cantidades anticipadas y aún no consumidas por él.

3.1. Posible inclusión en alguna de las cláusulas del catálogo de la disposición adicional primera LGDCU.

Si hacemos repaso del catálogo de cláusulas abusivas de la disp. adic. primera LGDCU, se reduce a dos, a lo sumo tres, el número de las que presentan un suficiente grado de cercanía con el contenido de la cláusula aquí examinada. De un lado, la cláusula número 14 que en sede de ‘privación de derechos básicos del consumidor’ alude a la abusividad de la cláusula por la que se efectúe “la imposición de renunciaciones o limitación de los derechos del consumidor”, y de otro, tal vez aparentemente más próxima a nuestro caso, la cláusula número 17 que, inserta en el grupo relativo a la ‘falta de reciprocidad’ establece la abusividad de aquellas cláusulas que concedan al profesional predisponente la posibilidad de quedarse con las cantidades abonadas en concepto de prestaciones aún no efectuadas cuando sea él mismo quien rescinda el contrato. En menor grado, podría discutirse el encaje de la controvertida cláusula dentro del molde de la número 15 del catálogo, la cual se refiere a “la imposición de obligaciones al consumidor para el cumplimiento de todos sus deberes y contraprestaciones, aun cuando el profesional no hubiere cumplido los suyos”.

Francamente, no se me ocurre cuál otra de las contenidas en la enumeración de la disp. adic. primera LGDCU podría suscitar dudas en cuanto a la posible subsunción en ella de la cláusula aquí sometida a examen. No me parece necesario siquiera justificar, examinando una por una las cláusulas de la lista, esa conclusión. Ninguna de las cláusulas listadas, y en particular ninguna de las que tienen que ver con la duración del contrato, enfocan el problema de la caducidad de la relación. Estas últimas se centran más bien en un problema distinto, como es el de que el profesional haya predispuesto una vinculación permanente o incondicionada del consumidor al contrato, mediante un sistema de prórrogas automáticas difícil de contrarrestar (cláusula 1ª), o haciendo irrelevante el posible incumplimiento del profesional (cláusula 3ª). Caducidad –o presunción de la voluntad de desistimiento del consumidor– es también algo distinto de ‘resolución unilateral del contrato por parte del profesional’, mecanismo al que la cláusula 2ª pone coto si acaso el profesional se ha reservado en exclusiva la facultad de accionarlo anticipadamente en contratos de duración determinada, o, en contratos por tiempo indefinido, dentro de un plazo desproporcionadamente breve o sin previa notificación con antelación razonable.

Comenzando pues por lo dispuesto en el número 14 de la disp. adic. primera LGDCU, cabría interpretar que la cláusula por la que se fija un plazo de caducidad para las

de 24 de mayo de 2001 (AC 2001, 2402); SAP Vizcaya, de 1 de junio de 2001 (AC 2001, 1669); SAP Córdoba, de 6 de marzo de 2002 (AC 2002, 273). En sentido contrario, esto es, a favor de considerar dicha cláusula como abusiva: SAP Baleares, de 23 de junio de 1994 (AC 1994, 1036); SAP Madrid, de 7 de octubre de 1995 (AC 1995, 2150); SAP Baleares, de 1 de octubre de 1996 (AC 1996, 1938); SAP Madrid, de 5 de febrero de 1997 (AC 1997, 1655); SAP Alicante, de 21 de enero de 2000 (AC 2002, 35); SAP Jaén, de 11 de mayo de 2000 (AC 2000, 2446); SAP La Coruña, de 27 de mayo de 2000 (AC 2000, 1708).

tarjetas prepago de telefonía móvil, en la medida en la que puede implicar para el consumidor la falta de devolución de las cantidades prepagadas, así como incluso la pérdida del número telefónico vinculado a la tarjeta, representa una renuncia o limitación a sus derechos, se entiende: a obtener el servicio contratado, o en su defecto a reclamar la devolución de las cantidades prepagadas, así como a continuar en el disfrute del mismo número telefónico.⁶

Sin embargo, la cláusula 14 de la disp. adic. primera LGDCU parece estar pensando en la imposición al consumidor de renunciaciones o limitaciones a los derechos que al consumidor se le reconocen en su calidad de tal,⁷ no a los derechos de que disponga como [cualquier otro] contratante, aunque éstos pudiera decirse en un cierto sentido que son ‘derechos del consumidor’ en tanto el contratante en un caso concreto sea al mismo tiempo un consumidor. En consecuencia, la vía para ponderar la eventual abusividad de una cláusula por la que se imponga al consumidor una renuncia o limitación de derechos que le corresponden en su mera condición de contratante, es la de contrastar el contenido de la cláusula en cuestión con la definición general de cláusula abusiva contenida en el art. 10 bis.1 LGDCU.⁸ De ahí que, a partir de este punto, haya que remitirse al examen que más adelante se realizará en esa dirección.

Por lo que se refiere a la cláusula 17 de la enumeración, podría pensarse que la previsión de que el operador se quede con las cantidades prepagadas si acaso el consumidor deja transcurrir el periodo de validez de la tarjeta sin proceder a recarga alguna, adolece de abusividad con base en ella. Pero sucede que el precepto tilda de abusivas aquellas cláusulas que prevean que el profesional predisponente se quede con las cantidades abonadas *en concepto de prestaciones aún no efectuadas, y cuando sea él mismo quien rescinda el contrato*. Creo que ninguno de estos dos requisitos se da cita en nuestro caso.

En primer lugar, es dudoso que en el tipo de cláusulas sometidas a examen el remanente no consumido por el usuario, apropiable por la compañía telefónica llegado el vencimiento del periodo de validez de la tarjeta, pueda considerarse una cantidad abonada en concepto de prestaciones aún no efectuadas, dado que la prestación contratada, en el caso del usuario de un teléfono móvil que ha anticipado el pago del servicio, no consiste única y exclusivamente en la realización de llamadas desde su terminal, sino también en la recepción de las mismas, de donde la prestación, al menos en una de sus dimensiones, puede haber sido perfectamente efectuada para el momento de pérdida de validez de la tarjeta, aunque las cantidades prepagadas por el usuario

⁶ En definitiva, renuncia o limitación a su derecho de crédito –nunca mejor dicho– surgido del contrato. Para la protección de tal derecho de crédito el consumidor dispone de los remedios generales (acciones de cumplimiento, resolución por incumplimiento e indemnización de daños y perjuicios).

⁷ En la LGDCU o en alguna otra ley dictada para la protección de los consumidores en sectores concretos.

⁸ Vid. S. QUICIOS MOLINA, en *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, coordinados por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Aranzadi, Pamplona, 2000, pp. 1059-1060. Como dice esta autora, una interpretación diferente abocaría a “la automática inderogabilidad de toda la normativa contractual codificada e invalidaría la posibilidad de renuncia de los derechos establecidos en normas dispositivas”, y se cohonestaría mal, entre otras cosas, con el principio de autonomía de la voluntad.

hubiesen permitido a éste exigir todavía alguna prestación adicional a la compañía. Por otro lado, en este mismo orden de ideas, lo contratado por el usuario no es tanto *la realización efectiva* desde su terminal de un determinado número de llamadas correspondientes a un crédito telefónico determinado, cuanto *la posibilidad de realizarlas* (unida, claro, a la posibilidad de recepción de llamadas). Dicha posibilidad existe mientras la tarjeta goce de operatividad, y por lo tanto cabe entender que el usuario por lo que (pre)paga es por disponer de esa posibilidad, así como que, suministrándosela, la compañía ha efectuado su prestación a favor del usuario.⁹

En segundo lugar, la cláusula 17 de la disp. adic. primera LGDCU hace depender la abusividad que preceptúa, de que la apropiación por el profesional de cantidades abonadas en concepto de prestaciones aún no efectuadas subsiga a la rescisión (léase desistimiento)¹⁰ del contrato instada por él mismo. No es éste el caso que nos ocupa, en el que –como se vio– no se trata de que el profesional predisponente tome la decisión de desistir unilateralmente del contrato, sino, antes al revés, de establecer un mecanismo indirecto para intentar fijar que la voluntad del usuario es la de desistir unilateralmente del contrato.

Por razones idénticas a algunas de las ya apuntadas, creo que tampoco tiene encaje la cláusula de fijación de un plazo de caducidad para las tarjetas prepago de telefonía móvil en el número 15 de la disp. adic. primera LGDCU. No es dable entender que la cláusula en cuestión venga a imponer al consumidor la obligación de cumplir todos sus deberes y contraprestaciones, incluso en caso de que el profesional no haya cumplido los suyos. Como señalé *supra*, es erróneo deducir que el profesional no cumple con su prestación por el hecho de que la operatividad de la tarjeta quede sometida a caducidad, y de que en consecuencia pueda quedar saldo a favor del usuario cuando se produce el vencimiento del periodo de validez. La clave está en saber si el usuario ha tenido o no a su disposición la posibilidad de enviar y recibir llamadas durante todo el tiempo de validez de la tarjeta. Sólo una cláusula que permitiera a la compañía no otorgar al usuario dicha posibilidad, pese al pleno cumplimiento por el mismo de sus obligaciones contractuales, merecería ser calificada de abusiva a la luz del número 15 de la disp. adic. primera LGDCU.

3.2. Contraste con la ‘cláusula general’ del art. 10 bis.1 LGDCU.

Visto pues que no hay subsunción directa posible en ninguna de las cláusulas tipificadas en la disp. adic. primera LGDCU, corresponde acometer ahora el examen de lo dispuesto en el art. 10 bis.1 LGDCU. Tres son las condiciones marcadas en dicho precepto para poder llegar a considerar abusiva una cláusula insertada en un contrato

⁹ Cuestión distinta, como apunto *infra*, es si cabe aceptar que la compañía ha cumplido con su prestación cuando el periodo de validez marcado para la tarjeta sea excesivamente breve, así como cuál debe ser la extensión de dicho periodo de validez para que merezca considerarse *breve*.

¹⁰ Hay que entender, con BALLESTEROS DE LOS RÍOS, que el término rescisión no está empleado en este precepto en sentido técnico-jurídico estricto, sino como equivalente a ‘desistimiento unilateral *ad nutum*’. Vid. M. BALLESTEROS DE LOS RÍOS, en *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, coordinados por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Aranzadi, Pamplona, 2000, p. 1086.

con consumidores y no negociada individualmente: primera, que la cláusula genere un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato; segunda, que dicho desequilibrio lo sea en perjuicio del consumidor; tercera, que resulte contrario a las exigencias de la buena fe.

Así pues, no basta con que el consumidor vea disminuir sus derechos o aumentar los del profesional, sino que el art. 10 bis.1 LGDCU exige que ese desajuste entre unos y otros revista cierta entidad. Un margen a la autonomía de la voluntad, por mínimo que sea, debe existir incluso en los contratos celebrados con consumidores. Además, en el dato de que el desequilibrio debe resultar contrario a las exigencias de la buena fe, va ínsita la idea de que no todo desequilibrio es susceptible de teñir de abusividad la cláusula causante del mismo. Más allá de esto, la noción de ‘desequilibrio importante’ constituye un concepto jurídico indeterminado que deberá concretarse caso por caso, pudiendo ser útil a estos efectos servirse incluso del listado de cláusulas abusivas contenido en la disp. adic. primera LGDCU.¹¹

Por lo que se refiere a la desviación respecto de las exigencias provenientes de la buena fe, se pretende poner coto a las cláusulas que contrarían el estándar de lo que todo contratante, en condiciones de igualdad y debidamente informado, puede razonablemente esperar. Dicho de otro modo, el consumidor resulta protegido en su creencia de que sus legítimos intereses serán debidamente respetados, siendo así que en la determinación de esos legítimos intereses habrán de tenerse en cuenta las normas de Derecho dispositivo, los usos y la moral social.

Que las cláusulas de limitación de validez de las tarjetas prepago de telefonía móvil dan lugar a un cierto desequilibrio, parece innegable. Tal vez el juicio sería diferente si acaso el perjuicio que de ellas se deriva hacia el consumidor se viese compensado con otro posible beneficio hacia él (v. gr. obtener la renovación de la validez de la tarjeta por un periodo más largo, si durante el periodo anterior ha efectuado recargas por encima de un valor determinado), o con un eventual perjuicio equivalente para la compañía (v. gr. que en la hipótesis de que ésta, por error, preste servicios no abonados al usuario, éste pueda aprovecharlos sin obligación de pagar su coste, con tal de que la inercia de la compañía en la reclamación de los mismos se haya prolongado durante un lapso temporal idéntico al del periodo de validez de la tarjeta).

Más difícil es precisar si semejante desequilibrio merece calificarse de *importante*. Desde luego, la *ventaja* de que se dota al profesional predisponente tiene encaje dentro de los que pueden considerarse efectos normales de este tipo de contratos, en los que, por definición, el usuario está interesado en adquirir una tarjeta prepago recargable. Otorgar una ventaja refleja al consumidor, como la apuntada al final del párrafo anterior, tendría un efecto práctico casi nulo, ya que dependería de un hecho ajeno tanto a su propia voluntad como a la de la compañía. En cambio, sí tendría más sentido, de cara a evitar el desequilibrio generado por la cláusula, prever que al usuario se le pueden derivar lo mismo perjuicios por la falta de recarga de la tarjeta, que beneficios por la recarga de la misma, o por la recarga de la misma por encima de cierto importe.

¹¹ Vid. R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, en *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, coordinados por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Aranzadi, Pamplona, 2000, p. 757.

En cuanto al segundo de los requisitos señalados en el art. 10 bis.1 LGDCU, y al margen de que se estime proveniente o no de un desequilibrio *importante* en los derechos y obligaciones de las partes, perjuicio al consumidor parece que sí puede llegar a causarlo una cláusula que le ponga en la tesitura de, o bien recargar su teléfono como mínimo cada nueve o doce meses (aunque no esté interesado en emplear el saldo a su favor en la realización de llamadas), o bien perder su línea y, eventualmente, el crédito que quede en su tarjeta.

La clave, pues, radica en el tercero de los requisitos, y pasa por averiguar si semejante perjuicio puede considerarse contrario a las exigencias que derivan de la buena fe. ¿Es irrazonable, a la vista del Derecho dispositivo, de los usos y de la moral social, que la operatividad de la tarjeta esté sometida a un periodo de caducidad, y que el usuario pueda llegar a ver cancelada su línea y perdido su crédito telefónico por no haber impedido (*id est*, por haber deseado) que dicha caducidad se produjera?

En línea de principio, ninguno de esos efectos parece chocar frontalmente con las normas dispositivas o con las *buenas costumbres*. Tampoco, a juzgar por la profusión de estas cláusulas en este sector de la contratación, nos hallamos ante una cláusula inopinada desde el punto de vista de los usos. Someter una relación de tracto sucesivo a un plazo de duración, facultando a una de las partes para que determine por su sola voluntad el mantenimiento o no del vínculo, parece algo perfectamente admisible desde la óptica de las disposiciones generales en sede de obligaciones y contratos.¹² Así como también lo parece el imponer algún género de penalización para el contratante que manifiesta omisivamente no desear continuar con un contrato que, en principio, está llamado a durar indefinidamente.¹³ Antes al revés, lo que podría reputarse contrario a la ley o a la moral sería que el consumidor se viese obligado a permanecer indefinidamente en la relación, sin posibilidad de desligarse fácilmente del contrato.¹⁴

Dice el último párrafo del art. 10 bis.1 LGDCU que, en la labor de apreciación del carácter abusivo de una cláusula, habrán de tenerse en cuenta tanto “la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato”, como “las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que éste dependa”.

En la interpretación de este precepto, se ha señalado que esas circunstancias, concurrentes en el momento de celebración o perfección del contrato, pueden ser no sólo las circunstancias *internas* al mismo, sino también las *externas*, es decir, las que se

¹² Y perfectamente acorde con la naturaleza de estos contratos, y con el propio interés del consumidor en que la relación se mantenga en unos niveles elevados de flexibilidad y falta de formalidades.

¹³ Si es que se conviene en considerar que lo que pretende la cláusula que examinamos es propiamente penalizar al consumidor, lo cual es harto discutible. Como veremos *infra*, las compañías pueden aducir intereses atendibles en dar de baja a los usuarios que no recarguen sus tarjetas dentro del periodo de validez, e incluso –lo que tal vez podría ser más dudoso– en no devolverles las cantidades que eventualmente hubiesen quedado sin consumir en el momento de esa baja.

¹⁴ Por sufrir, en tal caso, una severa penalización, o por marcársele un plazo de preaviso excesivamente largo (*vid.* cláusulas primera, segunda y decimaséptima de la disp. adic. primera LGDCU).

relacionan con las peculiares características del sector de la contratación en el que nos encontremos. También, que es de vital importancia ponderar el equilibrio de fuerzas existente entre las partes, equilibrio que en gran medida dependerá de las posibles presiones a que se vea sometido el consumidor, ya sean éstas de carácter subjetivo (influjo psicológico dirigido a propiciar su decisión de contratar) u objetivo (carencia de otras alternativas razonables).¹⁵

Trasladando todos estos factores de valoración –naturaleza de los servicios objeto del contrato, circunstancias internas y externas concurrentes en el momento de su celebración, equilibrio de fuerzas entre las partes, posibles elementos de presión del consumidor– al caso que nos ocupa, tenemos lo siguiente.

El servicio contratado, como se ha venido diciendo, se caracteriza esencialmente por su flexibilidad. El consumidor busca disponer de un servicio de telefonía móvil en el que no haya que abonar cuotas de alta ni términos fijos. Busca igualmente mantener con la compañía telefónica una relación contractual cuyo comienzo y terminación no estén sometidos a formalidades escritas.¹⁶ Para satisfacer dicha demanda, las compañías de telefonía móvil ofrecen las tarjetas prepago, sin altas ni cuotas fijas y sin plasmación escrita del contrato, sometidas ciertamente a un periodo de validez, pero de manera que el mantenimiento de la operatividad de la tarjeta depende del propio usuario, quien a su entera voluntad puede o bien darse de baja en el servicio, sin especiales formalidades, simplemente dejando transcurrir el plazo de validez de la tarjeta, o bien permanecer en el uso del servicio recargando la tarjeta antes de que ésta caduque: ¿qué mejor fórmula puede diseñarse para atender la demanda de esta clase de usuarios?

Por otro lado, hay que presumir, dado que partimos de la premisa de que la cláusula examinada ha superado el control de inclusión, que el usuario lo que pretende justamente es contratar ese tipo de servicio y no otro, con el sometimiento de la tarjeta a un plazo de validez renovable a instancia suya mediante sucesivas recargas.

Y no se diga que el usuario carece de otras alternativas razonables, ya que sí dispone de ellas. No tanto porque pueda acudir a un competidor que le ofrezca condiciones diversas, porque como vimos, al menos por lo que hace al mercado español, todos los operadores de telefonía móvil someten sus servicios de tarjetas prepago a muy similares plazos de caducidad y, en general, a requisitos casi idénticos de cara a lograr el mantenimiento de la tarjeta operativa. Más bien porque el consumidor puede optar por otro tipo de *productos*, ofrecidos asimismo por todas las compañías de telefonía móvil, en los que el servicio no queda sometido a periodos de validez sucesivamente renovables, ni subordinado a que el usuario prepague lo que consuma. Es decir, si el consumidor lo que pretende es disponer de una línea de móvil sin tener que prepagar ni recargar periódicamente su saldo para mantenerla operativa, puede hacerlo. Dicho de

¹⁵ Vid. R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, en *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, coordinados por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Aranzadi, Pamplona, 2000, p. 762.

¹⁶ Habría que agregar asimismo, aunque tenga menos relación con nuestro estudio, que el usuario de telefonía móvil mediante el sistema de tarjetas prepago se sirve de esta fórmula como un mecanismo de control de su gasto telefónico.

otro modo, su *derecho* a acceder al servicio de telefonía móvil no pasa necesariamente por contratar un servicio de tarjeta prepago, éste representa sólo una fórmula alternativa por la que puede optar o no, según prefiera.

Pero si el usuario se decanta por contratar el servicio de telefonía móvil mediante tarjeta prepago, lo que no puede pretender es disfrutar de las condiciones o ventajas propios de otros servicios, dado que esas condiciones o ventajas propios de otros servicios llevan aparejadas sus contraprestaciones, las cuales en cambio no asume el usuario de un móvil con tarjeta prepago. Más claro: el usuario con tarjeta prepago no puede pretender obtener un servicio, cual es mantener activa una línea telefónica y poder recibir llamadas, sin pagar nada a cambio (como sucedería si la línea estuviese operativa *sine die*, sin necesidad de efectuar recargas periódicas).

Piénsese además que para las compañías de telefonía móvil, la disponibilidad de la numeración atribuida a cada abonado reviste un coste, en forma de tasa que han de abonar a cambio de la asignación de ese recurso [escaso] por la Administración competente. Esto significa que para las compañías prestadoras del servicio no es indiferente la cifra –mayor o menor– de números que mantenga asignados.¹⁷

Tal vez dicho coste, derivado de la tasa por numeración, podría compensarse exigiendo al usuario de la tarjeta prepago una cuota de alta o un término fijo periódico, pero esa clase de abonos fijos es precisamente la que quiere eludir el usuario tipo de las tarjetas prepago para telefonía móvil. De exigirse tales desembolsos fijos la fórmula contractual habría variado sustancialmente, tomando no pocos elementos de los que habitualmente adornan los contratos de telefonía móvil con pago diferido.

Podría contraargumentarse que los operadores de telefonía móvil también obtienen ingresos por el mero hecho de que uno de sus abonados reciba llamadas, en virtud del llamado ‘precio de terminación’, que es la contraprestación que cada compañía recibe por permitir que una llamada procedente de otro operador finalice en su red.¹⁸ Sin embargo, no por ello es menos razonable el interés de las compañías de telefonía móvil en marcar un periodo de validez a las tarjetas prepago, con objeto de que la línea no

¹⁷ Dice el art. 30.2 de la Ley General de Telecomunicaciones (en adelante LGT), que el ejercicio de la competencia estatal de gestión del Espacio Público de Numeración, e inherente a ella las facultades de administración y control, corresponde a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones. En el ejercicio de tal competencia y de dichas facultades este organismo deberá actuar de acuerdo con los Planes Nacionales de Numeración aprobados por el Ministerio de Ciencia y Tecnología (Cfr. art. 31.1 LGT). Por su parte, el art. 72 LGT establece que la asignación por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de bloques de numeración a los operadores se gravará con una tasa cuyo importe se ingresará en el Tesoro Público. De conformidad con los arts. 9º a 12 del R.D. 1750/1998, de 31 de julio, por el que se regulan las tasas establecidas en la LGT, el devengo de esa tasa, que será anual, tendrá lugar el 1 de enero de cada año, excepto la del periodo inicial, que se devengará en la fecha en que se produzca la asignación de bloques de numeración o números en favor del operador en cuestión. La cuantía de la cuota tributaria será el resultado de multiplicar la cantidad de números asignados por el valor vigente atribuido a cada número en la fecha del devengo.

¹⁸ Las obligaciones de interconexión, y las posibles contraprestaciones de ellas derivadas, están contempladas en los arts. 22 y ss. LGT, así como en el R.D. 1651/1998, de 24 de julio, por el que se aprueba el reglamento en esta materia. También, obviamente, en los distintos acuerdos de interconexión celebrados entre los titulares de redes públicas de telecomunicaciones.

pueda mantenerse perennemente si no se efectúan recargas periódicas de la tarjeta: al operador le interesa más un usuario que sí realice esas recargas, puesto que con él cuenta igualmente con la posibilidad de ingresar las cantidades correspondientes al precio de terminación de las llamadas que reciba, pero además facturará las cantidades prepagadas.

Finalmente, debe rebatirse la idea de que la cláusula de validez temporal de las tarjetas prepago de telefonía móvil puede redundar en una suerte de penalización hacia el usuario que deje transcurrir el plazo de validez sin recargar, en la medida en que, a la expiración del término de validez, la compañía no tendrá obligación de devolver las cantidades prepagadas y no consumidas por el usuario. No hay tal penalización en tanto en cuanto el usuario ha tenido a su alcance la posibilidad de recibir y enviar llamadas, durante todo el periodo de validez, hasta agotar el crédito disponible. No existe pues, a mi modo de ver, ánimo alguno de penalizar la conducta del usuario, sino más bien de simplificar las operaciones de liquidación de la relación. Es coherente con el carácter informal y flexible que preside tanto la celebración como la finalización de estos contratos, que la liquidación de los mismos pueda verificarse de manera igualmente informal y flexible, y puesto que al usuario le es permitido separarse libremente del contrato sin mayores inconvenientes, resultaría contrario a la buena fe exigir a la compañía la devolución del saldo eventualmente remanente, no tanto porque en la mayor parte de las ocasiones se tratará de un saldo de ínfima cuantía, sino antes que nada porque la compañía carecerá de datos para identificar al usuario.¹⁹

4. CONCLUSIONES.

4.1. *Regla general.*

De acuerdo con lo dicho, por regla general, no estimo que deba calificarse como abusiva la cláusula sometida a examen. Al menos no creo que dicha calificación deba atribuírsele de modo categórico. En abstracto, no es abusivo establecer para las tarjetas prepago de telefonía móvil un periodo de validez, prorrogable sólo en la medida en que el usuario efectúe recargas de la tarjeta. Tampoco lo es que, acaecida la pérdida de validez por ausencia de recargas, el usuario pierda el saldo que eventualmente tuviese a su favor, así como el número asignado. No obstante, en función de los parámetros en que se sitúen ciertas variables presentes en las cláusulas de validez temporal de las tarjetas prepago, es posible que, en el caso concreto, una de estas cláusulas pueda resultar abusiva.

Las variables a que me refiero son concretamente tres: a) la concreta extensión del plazo temporal de validez de la tarjeta; b) la cuantía mínima de las recargas que deberá hacer al usuario que desee mantener viva la relación; c) el tipo y número de advertencias que la compañía se comprometa a efectuar al usuario, a fin de que éste tenga presente la

¹⁹ No es difícil imaginar los costes de gestión que supondría para las compañías arbitrar un mecanismo de devolución de estas pequeñas cantidades a otros tantos usuarios, cuyos datos personales no obran en su poder.

inminente caducidad de su tarjeta y pueda así evitar el efecto, tal vez indeseado, de que caduque.

4.2. Primera variable: extensión del plazo temporal de validez de la tarjeta.

El usuario debe disponer de un periodo razonable para hacer uso del saldo antes de que la tarjeta pierda su validez. Las compañías no pueden establecer plazos muy breves, que, de conformidad con los hábitos de gasto telefónico del usuario medio, den lugar a una sistemática pérdida de saldos favorables por parte de los consumidores de este servicio.

Como se vio, los operadores de telefonía móvil en España establecen un plazo de validez de las tarjetas prepago que oscila entre los nueve y los doce meses. A mi juicio, estos parámetros, al menos si no van combinados con precios de adquisición de las tarjetas –o cuantía mínima de las recargas– muy elevados, no permiten atribuir a la cláusula la nota de la abusividad.

Plazos por debajo de esos márgenes tal vez sí, pero es muy difícil consignar la cifra exacta de meses o semanas por debajo de la cual la cláusula comenzaría a ser abusiva. En el momento actual, a la vista del funcionamiento del sector, me atrevería a tildar de abusivo que las tarjetas prepago tuviesen marcado un plazo de caducidad inferior a los seis meses, pero, al margen de que ésta es una opinión personal y de que cualquier periodo que se marcase seguramente respondería a criterios arbitrarios, el factor temporal *per se* no es significativo si su análisis no se combina con el del resto de factores en juego.

4.3. Segunda variable: cuantía mínima de las recargas.

Se trata de una variable tanto o más importante que la anterior. Pese a la fijación de periodos de validez holgados, el establecimiento de cuantías mínimas elevadas para las recargas que el usuario debe hacer, a fin de impedir la caducidad de su tarjeta y los demás efectos a ella aparejados, puede determinar la abusividad de la cláusula.

Abusivo sería, por tanto, que las compañías sólo permitiesen efectuar recargas por encima de determinado valor, el cual fuese notoriamente superior al gasto telefónico que un usuario medio puede efectuar, mediante la realización de llamadas, durante el periodo de validez fijado.

Sin embargo, no es ésta la tónica dominante en el sector, dado que las cuantías mínimas establecidas por las compañías de telefonía móvil son lo suficientemente bajas como para no teñir de abusividad la cláusula sobre validez de las tarjetas prepago.

4.4. Tercera variable: número y eficacia de los avisos de caducidad inminente.

Las compañías suelen prever el envío al usuario, con una cierta antelación, de un mensaje de texto advirtiéndole de la proximidad del vencimiento del plazo, así como, con una antelación menor, de una locución previa al establecimiento de cada llamada.

Se trata de una *cortesía hacia el cliente*, dado que, por definición, éste ya conoce –o le es dable conocer– que su tarjeta prepago está sometida a determinada caducidad, así como la fecha de activación de la tarjeta o la fecha en que efectuó la última recarga. No obstante, teniendo en cuenta el frenético ritmo de vida que es posible presumir en la mayor parte de los usuarios de móviles con tarjeta prepago, resulta de gran utilidad que la compañía envíe al usuario esta clase de avisos.

A mi entender, sin embargo, nos encontramos ante una variable de importancia relativamente menor. Quiero decir que, así como puede coadyuvar a no considerar abusiva una cláusula dudosa en función del periodo de validez marcado y la cuantía mínima de las recargas, no puede, por sí sola, impedir la consideración como abusiva de una cláusula que evidentemente lo sea en función del periodo de validez marcado o de la cuantía mínima de las recargas.

De manera que si el periodo de validez fijado se reputa suficiente, y el usuario tiene a su alcance efectuar recargas por valor de una cuantía moderada, la previsión de escaso número de avisos sobre la inminente caducidad de la tarjeta, o de avisos de poca eficacia, inclusive la no previsión en absoluto de avisos de esta índole, no sería bastante como para acarrear en solitario la abusividad de la cláusula sometida a estudio.