

Dictamen emitido por la Comisión de Acceso a la Justicia y Servicios de Interés General del Consejo de Consumidores y usuarios sobre la defensa de los usuarios de telefonía móvil por razón de la subida de tarifas acordada por las operadoras

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- De la extensión de la telefonía móvil y de la consideración de las telecomunicaciones en general como Servicio de Uso Común, Ordinario y Generalizado.

Según los últimos datos publicados por la CMT¹, la tasa de penetración en telefonía móvil automática en España se sitúa ya en el 100,5%. En términos económicos, los más de 42,7 millones de líneas móviles que se distribuyen en este oligopolio reportaron a las arcas de este sector unos ingresos por servicios finales superiores a los 13.622 millones de euros. La telefonía móvil se ha logrado situar así en pocos años en una posición destacada del gasto mensual familiar, superando con creces el número de líneas fijas (algo más de 18 millones) y distanciándose poderosamente de su tasa de penetración (41,3%).

[Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios](#) (LGDCU en adelante), establece en el ordinal segundo de su [artículo 2](#), que los derechos de los consumidores y usuarios serán protegidos prioritariamente cuando guarden relación directa con productos o servicios de uso o consumo común, ordinario y generalizado.

En desarrollo de la determinación de los bienes y servicios de uso común, ordinario y generalizado fue promulgado el Real Decreto 287/1991, de 8 de marzo, por el que se aprueba el Catálogo de productos, bienes y servicios a determinados efectos de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios². A esta norma, cuya vigencia expiró el 13 de septiembre de 2000, sustituyó el actual Real Decreto 1507/2000, de 1 de septiembre, por el que se actualizan los catálogos de productos y servicios de uso o consumo común, ordinario y generalizado y de bienes de naturaleza duradera, a efectos de lo dispuesto, respectivamente, en los artículos 2, apartado 2, y 11, apartados 2 y 5,

¹ Vid. Estadísticas del II Informe Trimestral de 2006, accesible el texto completo a través de http://www.cmt.es/cmt/centro_info/publicaciones/pdf/trimestrales/Estadisticas_III_IT_06.pdf

² BOE nº 59, de 9 de marzo de 1991.

de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y normas concordantes³.

El artículo 1 del citado RD 1507/200, de 1 de septiembre, determina en su ámbito objetivo la consideración de productos y servicios de uso o consumo común, ordinario y generalizado los detallados en su Anexo I. Y, dentro del citado Anexo I, en su letra C, apartado 7, se incluyen las *Comunicaciones: Correos, teléfonos, telégrafos y otros servicios de telecomunicaciones que tengan incidencia directa en la prestación de servicios de uso general*.

Finalmente cabe recordar que nuestra LGDCU a través del [artículo 20.1 extiende su](#) protección reconociendo el beneficio de justicia gratuita, sin necesidad de acreditar insuficiencia de recursos para litigar, a las asociaciones de consumidores y usuarios en relación con productos o servicios de uso o consumo común, ordinario y generalizado, a que se refiere el precitado [artículo 2](#), apartado 2.

Segundo.- De la vigencia e interés de la noción de servicio público.

Según sostiene SENDÍN GARCÍA⁴, el término servicio público ha sido y es frecuentemente utilizado con un doble significado: a) para designar una actividad que por su importancia social debe quedar garantizada, con independencia de que el mercado esté interesado en suministrarla o no; b) para designar un servicio que se presta con arreglo a un determinado régimen jurídico. Señala con razón SENDÍN GARCÍA, que parece preferible referirse a la primera interpretación con un término diferente, que podría ser *servicio esencial* tal y como lo conocemos tradicionalmente en el Derecho español o *servicio de interés general* en la terminología comunitaria.

Atendiendo a la configuración dada por el Derecho Comunitario derivado, y siguiendo las pautas dictadas por SOUVIRON MORENILLA⁵, las “obligaciones de servicio público”, constituyen en general una *modalización* cuantitativa o cualitativa de las actividades desarrolladas por los particulares en virtud de su libre iniciativa y en régimen de mercado, impuesta con carácter unilateral o bilateral por los poderes públicos para garantizar finalidades de interés público instrumentadas a través de la propia actividad privada.

³ BOE nº 219, de 12 de septiembre de 2000.

⁴ SENDÍN GARCÍA, M.A. *Regulación y servicios públicos*. Granada, 2003, p. 62.

⁵ SOUVIRÓN MORENILLA, J.M. *El proceso de liberalización y la nueva regulación de las telecomunicaciones*. Granada, 1999. p. 191.

Desde un punto de vista histórico, señala ARIÑO⁶ que la noción de servicio público es utilizada por primera vez por ROUSSEAU para oponer la idea de “interés colectivo del Estado” al de “servicio al rey”.

El fenómeno de la privatización y liberalización de la economía ha generado un intenso debate sobre la crisis del concepto de servicio público. No obstante la discusión doctrinal, coincidimos con LOPEZ CANDELA⁷ en que la única crisis que padece es la que de índole material puede derivar por su no prestación. La noción de servicio público ha de mantenerse, en la línea de identificarlo con la noción de servicio universal o servicio básico, esto es, de servicio esencial para la comunidad. De esta manera, solidaridad y economía se hacen compatibles y dicha noción sigue siendo perfectamente útil para el operador jurídico.

Tercero.- De la exclusión de la telefonía móvil como Servicio Público.

La vigente Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones⁸ (LGT en lo sucesivo), homónima de su predecesora de 1998⁹, vuelve a enunciar en el ordinal primero de su artículo que *las telecomunicaciones son servicios de interés general que se prestan en régimen de libre competencia.*

La imposición de determinadas prestaciones como obligaciones de servicio público, tiene por objeto, según expone el artículo 20 LGT, garantizar la existencia de servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público, de adecuada calidad en todo el territorio nacional a través de una competencia y una libertad de elección reales, y tratar las circunstancias en que las necesidades de los usuarios finales no se vean atendidas de manera satisfactoria por el mercado.

Respecto a la consideración de las telecomunicaciones como servicio público, añade en el apartado segundo del mismo precepto la siguiente acotación:

“Sólo tienen la consideración de servicio público o están sometidos a obligaciones de servicio público los servicios regulados en el artículo 4 y en el título III de esta Ley

La imposición de obligaciones de servicio público perseguirá la consecución de los objetivos establecidos en el artículo 3 de esta Ley y podrá recaer sobre los operadores que obtengan derechos de ocupación del dominio público o de la propiedad privada, de derechos de uso del

⁶ ARIÑO ORTIZ, G. *Economía y Estado. Crisis y reforma del servicio público.* Madrid, 1993, p. 254.

⁷ Vid. LOPEZ CANDELA, J.E. *Sobre la necesidad de un concepto de servicio público.* Madrid, 2004, pp. 154 y ss.

⁸ BOE nº 264, de 4 de noviembre de 2003.

⁹ BOE nº 99, de 25 de abril de 1998.



dominio público radioeléctrico, o que ostenten la condición de operador con poder significativo en un determinado mercado de referencia”.

Puesto en relación con el conjunto de la norma, cabe deducir, que el legislador únicamente atribuye la consideración de servicios públicos a los siguientes:

- a) Los servicios que desarrollen actividades esenciales para la defensa nacional (art. 4 LGT).
- b) Los servicios prestados en el ámbito de la seguridad pública, seguridad de las personas y protección civil (arts. 4 y 25.1 LGT).
- c) El servicio universal (arts. 22 a 24 LGT).

Junto a estos servicios enunciados en la Ley General de de Telecomunicaciones, debe adicionarse el acceso funcional a Internet conforme acogía la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y del Comercio Electrónico y reitera el artículo 28.1.d) del Reglamento.

A su vez, las nociones de *servicio universal*, como correctamente ha defendido SÁNCHEZ RODRÍGUEZ¹⁰, son múltiples, tanto político-filosóficas como económicas y jurídicas.

Desde una perspectiva político-filosófica, resulta imprescindible, según advierten POOL¹¹ y el Profesor de Indiana SAWHNEY¹², que todos los ciudadanos tengan acceso a las comunicaciones con las que ejercen sus derechos, de modo que no se segmente la población por esta razón privilegiada y la que encuentra trabas para el acceso de las telecomunicaciones.

Desde una óptica jurídica, se entiende por servicio universal, según lo dispuesto en el artículo 22.1 del Reglamento, *el conjunto definido de servicios cuya prestación se garantiza para todos los usuarios finales con independencia de su localización geográfica, con una calidad determinada y a un precio asequible*. La definición, como acertadamente interpreta GONZALEZ QUIZA¹³, no es más que la fijación de una serie de contornos de una imagen que, por si misma, admite su

¹⁰ SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, A.J. *Derecho de las Telecomunicaciones. Nuevo Derecho y Nuevo Mercado*. Madrid, 2002, p. 154.

¹¹ POOL, I. S. *Competition and universal service: Can we get there from here?* in SHOOSHAN, H.M. *Disconnecting Bell: The impact of the AT&T divestiture*, Nueva York, 1984, p. 115.

¹² Vid la Conferencia del Profesor SHAWHNEY, H. *Universal Service: Prosaic Motives and Great Ideals*, en <http://www.benton.org/publibrary/policy/uniserv/Conference/shawhney.html>

¹³ GONZALEZ QUIZA, A. *El servicio universal: una institución en el cruce de los caminos*, en Regulación y competencia en telecomunicaciones. Madrid, 2003, p. 198.

constante adaptación, sobre la base de una obligación sujeta a dos notas: su accesibilidad económica y su vocación global de accesibilidad geográfica.

No obstante lo dicho, en la actualidad únicamente se contempla como servicio universal el acceso a la red telefónica pública, desde una ubicación fija. Ello supone que todo usuario debe tener posibilidad de conectar y utilizar terminales adecuados, recibir y efectuar llamadas telefónicas de acuerdo con el plan nacional de numeración telefónica, establecer llamadas de fax y acceder a Internet de forma funcional. El usuario tiene derecho a recibir pues la prestación de este servicio universal, siendo competencia del Ministerio de Industria, Comercio y Turismo la designación del operador u operadores que habrán de prestarlo.

En cualquier caso de la exégesis realizada del servicio público y del servicio universal no cabe sino concluir la exclusión del servicio de telefonía móvil de su privilegiado ámbito normativo, por lo que en consecuencia en un marco de libre mercado nada podrá exigirse con relación al pretendido carácter asequible del mismo, quedando expuestos los usuarios a la libre voluntad de las operadoras por lo que respecta a la fijación del precio, y ello aún con la paradoja de ser actualmente un servicio que presenta una penetración considerablemente mayor que la propia telefonía fija.

Cuarto.- De la libertad de precios y el cobro por bloques de tiempo superior al efectivamente consumido en la prestación del servicio de telefonía móvil.

Expuesto que el sector de la telefonía móvil no se haya sujeto a ningún sistema de determinación del precio ni a la imposición de condición alguna que le imponga su asequibilidad, de ello no ha de colegirse que las operadoras gocen del exorbitado privilegio de efectuar el cobro del servicio por bloques de tiempo superiores al efectivamente consumido, tal y como han venido realizando hasta la fecha.

Según razonaba la SAP de Madrid de 8 de septiembre de 2005 (asunto cobro aparcamientos por fracción), debe diferenciarse el precio en sí (que forma parte del contenido esencial del contrato y es de libre fijación por los operadores) de la forma de determinación del mismo –en nuestro caso por minuto- que sí es una condición general de la contratación y está sujeta al control de la normativa tuitiva de consumidores. A mayor abundamiento, según era ya clara la citada resolución con los aparcamientos y cobra mayor nitidez con la telefonía *“la tecnología actual permite ajustar los parámetros por los que las máquinas cobran... por los servicios prestados”*.

Idéntico parecer era el expresado a través de la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil nº 4 de Madrid, en el Juicio Verbal 356/2005 al concluir: *“Debo condenar y condeno a las operadoras demandadas a eliminar por reputarlas nulas y a abstenerse en sus contrataciones por los servicios de telefonía móvil del empleo de las siguientes condiciones (...) el cobro de las llamadas por bloques de tiempo que comprendan más del efectivamente consumido”*.

La reciente norma denominada por el legislador *de mejora de la protección de los consumidores y usuarios* eleva al rango normativo este parecer estableciendo a través de su artículo 14 una nueva cláusula 7 bis en la D.A. 1ª LGDCU con el siguiente literal: *“Las estipulaciones que prevean el redondeo al alza en el tiempo consumido o en el precio de los productos o servicios o cualquier otra estipulación que prevea el cobro por productos o servicios no efectivamente usados o consumidos de manera efectiva”*.

En consecuencia y como consecuencia de la modificación normativa apuntada, según dispone la Disposición Transitoria Primera de la Ley de Mejora *“Los contratos con los consumidores deberán adaptarse a las modificaciones introducidas por esta ley, en el plazo de dos meses desde su entrada en vigor. Transcurrido dicho plazo, las cláusulas contrarias a lo previsto en esta Ley serán, por tanto, nulas de pleno derecho”*.

Ello significa en síntesis que a partir del día 1 de marzo de 2007 deberá considerarse nula toda cláusula que pretenda el cobro por fracciones de tiempo superiores al efectivamente consumido (en nuestro caso, el primer minuto completo), manteniendo no obstante libertad las operadoras para la fijación de nuevos importes que mantengan indemnes su cuenta de resultado. Esto es, aunque loable la tardía respuesta de nuestro legislador, ningún resultado práctico y positivo para el usuario puede esperarse de esta medida de *mejora* al no venir acompañada de una reforma de la consideración de la telefonía móvil como obligación de servicio público, que entonces sí podría estar sujeta a control de precios.

Quinto.- Del cobro por el concepto de *establecimiento de llamada*.

La subida tarifaria por el tiempo consumido anunciada al unísono por las operadoras, ha venido simultaneada por el incremento acordado, por el momento por Movistar, Vodafone y Orange, de un 25% del también del denominado *coste de establecimiento de llamada*.

Sin embargo, en tanto que el precio del servicio por la comunicación hemos señalado que es libre, la reforma introducida advierte también que *“en aquellos*

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

Ha de reconocerse que a pesar del esfuerzo regulador, que parece encaminado a evitar el coste por el establecimiento de llamada, el texto resultante adolece de la suficiente entereza para resistir las fugas normativas de las operadoras. En primer lugar, resulta obvio que para poder facturarse la comunicación por segundos resulta ineludible la existencia de un previo establecimiento de la conexión o llamada, luego nos encontramos en el supuesto fáctico previsto por el legislador. Para la consideración de la facturación del citado coste de establecimiento de llamada como no abusiva, se impone la necesidad de que el mismo se adecúe al servicio efectivamente prestado. En este punto resulta poco plausible que el coste de establecimiento de llamada se adecúe al trasladado al usuario.

Podemos distinguir dos supuestos con relación al establecimiento de llamada: a) las realizadas entre usuarios de la misma red (*on net*) y b) las realizadas entre usuarios pertenecientes a distintas redes (*off net*).

En el primero de los casos (comunicaciones *on net*) y partiendo de la tesis de la ausencia de compensación a otro operador por la utilización de los propios recursos no se alcanza a comprender el motivo del cobro por el establecimiento de llamada, puesto que de una parte ninguna retribución se realiza a tercero y por otra no es posible la comunicación sino se ha establecido previamente. De aceptarse esta tesis podría llegarse al absurdo de admitir otros conceptos como el del cobro por “mantenimiento de llamada”, esto es por conservar la comunicación.

En el segundo supuesto (comunicaciones *off net*), tanto la tarifa por el establecimiento de llamada que venía siendo facturada a los usuarios como el incremento anunciado, resulta incompatible con la obligación impuesta por el artículo 7.2 de la Directiva 97/33/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 30 de junio de 1997, relativa a la interconexión en las telecomunicaciones en lo que respecta a garantizar el servicio universal y la interoperabilidad mediante la aplicación de los principios de la oferta de red abierta¹⁴, cuyo literal establece que: *“las cuotas de interconexión deberán atenerse a los principios de transparencia y orientación en función de los costes. La carga de la prueba de que las cuotas se determinan en función de los costes reales, incluyendo una tasa razonable de rendimiento de la inversión, corresponderá al organismo que proporciona la interconexión a sus instalaciones. Las autoridades nacionales de reglamentación*

¹⁴ DO L 199 de 26 de julio de 1997.

podrán solicitar a un organismo que justifique plenamente las cuotas de interconexión que aplica y, cuando proceda, exigirle que las modifique”.

Interesa destacar en este sentido, según recuerda ALFONSO VELÁSQUEZ¹⁵, que la obligación de sujeción a los principios de transparencia y orientación a costes impuesta por la Directiva, resulta aplicable ex. art. 2 a) de la misma y Anexo II de la LGT tanto el acceso a redes fijas como a móviles.

Debe recordarse en este sentido que precisamente, con objeto de impulsar la competencia, el Real Decreto Ley 6/2000, de 23 de junio, de Medidas Urgentes de Intensificación de la Competencia en Mercados de Bienes y Servicios¹⁶, preveía en su Título II (Defensa de la Competencia), artículo 34, la limitación de la participación de los accionistas en más de un operador principal, señalando entre los sectores a que se refería esta salvaguarda tanto el de la telefonía fija como el de la móvil. En desarrollo del citado Real Decreto Ley 6/2000, fue aprobada la Resolución de 28 de octubre de 2004, de la Presidencia de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, por la que se publica la Resolución de 28 de octubre de 2004, del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, por la que se establece la relación de operadores que, a los efectos previstos en el artículo 34 del Real Decreto Ley 6/2000, de 23 de junio, tienen la consideración de principales en los mercados de la telefonía fija y móvil¹⁷, señalándose como operadores principales en el mercado de la telefonía móvil al Grupo Telefónica, Grupo Vodafone, Grupo Auna (Orange actualmente) y Grupo Xfera.

Finalmente en este sentido, y por lo que a la interconexión se refiere, el artículo 11 del Real Decreto 2296/2004, de 10 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento sobre mercados de comunicaciones electrónicas, acceso a las redes y numeración señala:

“1. En los casos en los que el análisis del mercado ponga de manifiesto una ausencia de competencia efectiva, que permita a los operadores que hayan sido declarados con poder significativo en un mercado al por mayor mantener unos precios excesivos o la compresión de los precios en perjuicio de los usuarios finales, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones podrá imponer medidas de control de precios, incluyendo la obligación a dichos operadores a orientar los precios en función de los costes de producción de los servicios.

¹⁵ ALFONSO VELÁSQUEZ, O.L. *La interconexión de redes de telecomunicaciones*, Madrid, 2006, p. 96.

¹⁶ BOE nº 151, de 24 de junio de 2000.

¹⁷ BOE nº 289, de 1 de diciembre de 2004.

La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones velará por que los métodos de control de precios que imponga sirvan para fomentar la eficiencia y la competencia sostenible y potencie al máximo los beneficios para los consumidores”.

En cualquiera de los dos supuestos, no constando acreditada por quien compete el cumplimiento del principio de orientación a costes, pudiera ser susceptible de reputarse como nula la condición del cobro del establecimiento de llamada, incurriendo los operadores beneficiarios de la misma en un acto de enriquecimiento injusto, ya denunciado por el Rey Sabio en sus Partidas¹⁸. Hoy, la jurisprudencia imperante ha venido definiendo el enriquecimiento sin causa, como el producido con adquisición de una ventaja patrimonial con empobrecimiento de otra parte, con relación de causalidad entre el enriquecimiento y el empobrecimiento y con falta de causa en tal desplazamiento patrimonial. De esta pacífica noción de enriquecimiento injusto se infiere, que para apreciar su existencia es preciso la inexistencia de causa en el enriquecido, siendo la noción «*sin causa*» de la atribución, como observa la Sentencia de 28 enero 1956, la primordial, definitiva y básica para corregir adjudicaciones patrimoniales antijurídicas con base en el presupuesto de una situación objetivamente injusta, requisitos que entendemos pueden ser incardinables en supuesto de hecho analizado. Huelga recordar que según sostiene de modo unánime la doctrina¹⁹ el enriquecimiento injusto goza afortunadamente de una amplia elasticidad en su espectro de aplicación



Sexto.- De la existencia de indicios racionales de posible pacto colusorio entre las operadoras de telefonía móvil.

La realidad nos ofrece indicios abrumadores de la posible existencia de un acuerdo concertado de subida de precios por parte de los operadores Movistar, Vodafone y Orange, que explicitan la inexistencia de competencia efectiva en el sector de la telefonía móvil y evidencian la pasividad de los órganos de defensa de la competencia ante la reciente y unísona modificación de tarifas anunciadas por las operadoras que repercutirá en millones de usuarios.

Analizando el elemento temporal, todas las modificaciones de tarifas anunciadas coinciden en su aplicación para el próximo día 1 de marzo de 2007, esto es existe un elemento común denominador en la voluntad unánime de las operadoras de agotar la *vacatio legis* establecida por la Disposición Transitoria Primera de la Ley 44/2006, de 29 de diciembre. A su vez, desde el punto de vista de comunicación,

¹⁸ Vid. Partida VII, Título XXXIII, Ley XIII ... *ninguno non debe enriquecer torticeramente con daño dotri*

¹⁹ ALVAREZ-CAPEROCHIPI, J.A. *El enriquecimiento sin causa*, Granada, 1993 y FABREGA PONCE, J. *El enriquecimiento sin causa*, 2 Tomos, Santa Fe de Bogota, 1996.

el anuncio de modificación de tarifas se produce de modo coincidente por los operadores en la última semana de enero, cuando la norma fue publicada el 30 de diciembre de 2006, de lo que no resulta extraño inferir la existencia de un proceso previo de negociación que culminó con el concierto denunciado en la última semana de enero.

Se produce también plena identidad en la subida de elementos tarifarios esenciales, como es el de la denominada “cuota de establecimiento de llamada”, que de modo absolutamente coincidente pasa en todos los operadores de los 12 a los céntimos, esto es exactamente un incremento coincidente del 25%.

El hecho de que el incremento de tarifas sea idéntico y simultáneo para todos los operadores de telefonía móvil con poder significativo de mercado no puede sino responder a un acuerdo previo concertado entre ellos para evitar fugas de usuarios hacia el operador que en sana competencia hubiera optado por mantener sus precios. Conscientes de que ni el nuevo operador naciente con red propia (Yoigo), ni que los operadores móviles virtuales (Happy Movil del Grupo The Phone House o Carrefour Movil) dispondrían de la suficiente capacidad para fagocitar el elevado número de usuarios disconformes con la subida de precios anunciada, dudar de la existencia de un acuerdo previo para la subida unísona de tarifas, no es sino una manifestación de pueril credulidad. A mayor abundamiento, resulta también obvio que el concordato expuesto reforzará la posición dominante de los operadores mayoritarios, marginando cualquier intrusión de un nuevo competidor en el mercado al mantener incólume su cuenta de beneficios.

Sobre los antecedentes de hechos expuestos y ante la subida unánime anunciada por las operadoras de telefonía móvil, embrionaria de una modificación unilateral de las condiciones del contrato cuya mayor argumentación resulta ociosa por su obviedad, podemos distinguir, atendiendo a la estructura general del mercado, los siguientes

SUPUESTOS CONTRACTUALES Y POSIBLES RESPUESTAS INDIVIDUALES POR LOS USUARIOS ANTE LA SUBIDA TARIFARIA

A) USUARIOS CON CONTRATOS GENERALES SIN CLAUSULADO ESPECÍFICO DE PERMANENCIA, BONIFICACIÓN O MANTENIMIENTO DE PRECIOS.

En el momento de la formalización del correspondiente contrato, el artículo 105 del Real Decreto 424/2005, de 15 de abril, por el que se aprueba el Reglamento

sobre condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios, establece la obligación del operador de precisar los *precios y otras condiciones económicas de los servicios*. *Esta información comprenderá los datos relativos a los precios y tarifas que se aplican y las modalidades de obtención de información actualizada sobre las tarifas aplicables.*

Con carácter general, el usuario podrá solicitar la baja del servicio según prevé el artículo 105.2.j) del RD 424/2005, de 15 de abril, con la mera manifestación de su voluntad, comunicándolo previamente al prestador del servicio con una antelación mínima de 15 días naturales al momento en que ha de surtir efectos.

Además de ello, y sin perjuicio de la normativa básica sustantiva civil, ya bastante para permitir al usuario resolver el contrato ante la modificación de uno de los elementos esenciales del contrato, cual es el precio merece recordarse que el artículo 107 del RD 424/2005, de 15 de abril, dispone:

“Cualquier propuesta de modificación de las condiciones contractuales, incluidas las mencionadas en el artículo 105.2, deberá ser comunicada al abonado con una antelación mínima de un mes, en la que se informará, al mismo tiempo, del derecho del abonado a resolver anticipadamente el contrato sin penalización alguna en caso de no aceptación de las nuevas condiciones”

Finalmente no esta de más citar la modificación introducida en el artículo duodécimo de la LGDCU por la Ley de 44/2006, de 29 de diciembre, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios, cuyo literal se expresa del modo siguiente:

“En particular, en los contratos de prestación de servicios o suministro de bienes de tracto sucesivo o continuado se prohíben las cláusulas que establezcan plazos de duración excesiva o limitaciones que excluyan u obstaculicen el derecho del consumidor a poner fin al contrato.

A esta previsión añade la reforma la posibilidad de que el usuario ejercite su derecho a poner fin al contrato de la misma forma en que lo celebró, si bien por elementales cautelas de seguridad jurídica y en previsión de bajas no tramitadas a través de los servicios de atención telefónica al cliente, se sugiere, bien la comunicación por escrito de tal modo que permita dejar constancia de la misma, o al menos la solicitud de confirmación documental de la baja al operador según lo previsto en el artículo 104.1 del RD 424/2005, de 15 de abril.

En resumen, ningún obstáculo puede aducirse al usuario con contrato general, sin clausulado específico de permanencia, bonificación o mantenimiento de precios, que tras la modificación de tarifas anunciada opte por causar baja en su operador o portar su número a otro distinto.

B) USUARIOS CON CONTRATOS EN LOS QUE EL OPERADOR HA OFERTADO UN COMPROMISO DE MANTENIMIENTO DE PRECIOS (Ej. ¡1 céntimo para toda la vida!).

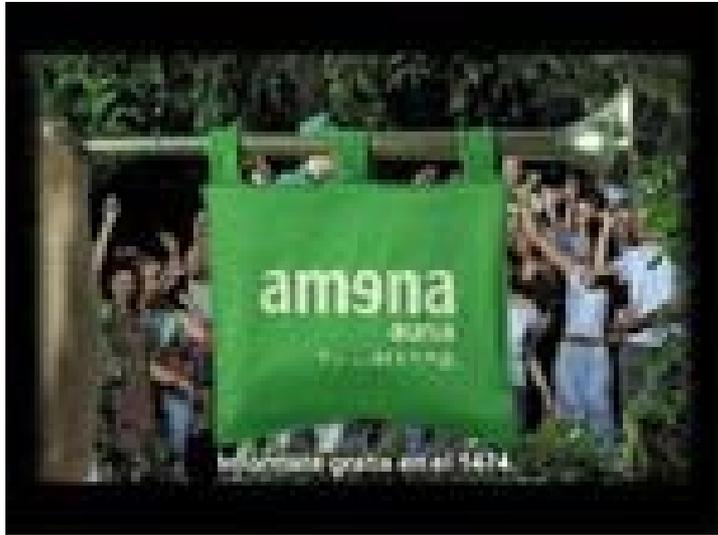
Un segundo grupo de usuarios pueden identificarse con aquellos que han suscrito un contrato con un operador, impulsados por determinada promoción publicitaria o clausulado específico que les resultaran favorables. Ejemplos paradigmáticos de este grupo, entre las muchísimas que se han desarrollado durante años en el mercado, pueden ser las ofertas del tipo “1 céntimo minuto para toda la vida” – desarrollada por Vodafone- (vid. Nota de prensa Vodafone, de 27 de junio de 2005 e ilustración nº 1 infra); “Nueva cuenta familiar” “Qta” “Números habituales” –también desarrollada por Vodafone- (vid. Nota de prensa Vodafone de 18 de febrero de 2005 e ilustración nº 2); “Mi favorito” –desarrollada por Movistar- (vid. Nota de prensa Movistar, de 20 de abril de 2005 e ilustración nº 2 infra); la “Pack duo” “Contrato 3x2” o “Mi preferido” -desarrollada por Amena, actual Orange- (vid. Ilustración nº 3 infra).



Ilustración nº 1



Ilustración nº 2



TARJETA DÚO

MI PREFERIDO	
llamadas a mi preferido	3 cents €/min
sms a mi preferido	9 cents €
mms a mi preferido	30 cents €

Todos los días. A cualquier hora del día. Para siempre.

Ilustración nº 3

En este supuesto, entendemos absolutamente exigible el mantenimiento del compromiso ofertado por el operador, sin que quepa la modificación de las condiciones. En este sentido cabe invocar lo dispuesto en el ordinal primero del artículo octavo de la LGDCU, según la redacción dada por la Ley 23/2003, de 10 de julio, cuyo tenor literal dispone que:

“La oferta, promoción y publicidad de los productos, actividades o servicios, se ajustarán a su naturaleza, características, condiciones, utilidad o finalidad, sin perjuicio de lo establecido en las disposiciones sobre publicidad y de acuerdo con el principio de conformidad con el contrato regulado en su legislación específica. Su contenido, las prestaciones propias de cada producto o servicio y las condiciones y garantías ofrecidas, serán exigibles por los consumidores y usuarios, aun cuando no figuren expresamente en el contrato celebrado o en el documento o comprobante recibido”.

En este sentido recuerda FERNANDO MAGARZO²⁰ que el citado artículo protege al consumidor cuyas expectativas basadas en la publicidad han quedado defraudadas con independencia de la intencionalidad o negligencia del anunciante, sin necesidad de anular el contrato y otorgándole la solución que pueda resultar de mayor utilidad: otorgándole una acción que permite exigir al anunciante el cumplimiento de las afirmaciones incluidas en su publicidad.

La idea reseñada no deja de ser una actualización consumerista del conocido artículo 1124 CC que reza del modo siguiente:

“La facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliere lo que le incumbe.

El perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos. También podrá pedir la resolución, aún después de haber optado por el cumplimiento, cuando éste resultare imposible”.

Conforme reiterada jurisprudencia (cítase por toda ella la STS de 24 de marzo de 1988), para la aplicación de este artículo basta la existencia de dos condiciones, a saber: que el que reclama haya cumplido lo que le incumbe y que el contrario hubiere dejado de cumplir su obligación. Circunstancias ambas presentes en el supuesto analizado.

Siendo por tanto perfectamente posible la continuación de la prestación del servicio al precio en su día ofertado, corresponde al usuario afectado optar entre la resolución del contrato, bien solicitando la baja o bien la portabilidad de su número a otro operador, o exigir el cumplimiento del mismo en los términos pactados. La subida, parece ser concertada de los operadores, aconsejan sin duda la primera posibilidad, esto es exigir el cumplimiento de lo pactado, a tenor de lo establecido en los artículos 1089, 1091, 1256 del Código Civil.

“Art. 1089 CC. Las obligaciones nacen de la ley, de los contratos y de los cuasi contratos y de los actos y omisiones ilícitos o en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia”.

“Art. 1091 CC. Las obligaciones civiles que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes y deben cumplirse a tenor de los mismos”.

²⁰ FERNANDO MAGARZO, R. en LLAMAS POMBO, E. (Coord.) *Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. Comentario y Jurisprudencia de la ley veinte años después*, Madrid, 2005, p. 195.

“Art. 1256 CC. *La validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes.*”

Con idéntico espíritu de síntesis que el expresado en el supuesto anterior, concluimos que resulta plenamente exigible por el usuario la obligación de mantenimiento por el operador de las condiciones en su momento ofertadas. En este supuesto, y en orden a ofrecer una respuesta práctica al usuario, se sugiere la comunicación fehaciente al operador de mantener el vínculo contractual en los mismos términos en que se produjo la contratación, esto es rechazando cualquier incremento de precio si es que se aceptó una oferta de llamadas a determinado precio *para siempre o para toda la vida*.

C) USUARIOS CON CONTRATOS CON PRECIO BONIFICADO DE CUOTAS O LLAMADAS POR RAZÓN DE UN COMPROMISO DE PERMANENCIA.

La tercera de las posibilidades que contemplamos no ofrece ninguna dificultad significativa a nuestro entender. Empero el posible compromiso de permanencia en su momento suscrito, habida cuenta de la modificación unilateral de las tarifas por el operador, ningún óbice se alza para la rescisión del contrato por el usuario o su migración a otro operador con base en los mismos argumentos jurídicos que se expusieron en el supuesto A).

Simplemente cabe añadir a lo expuesto el fundamento jurídico ofrecido por el ya citado artículo 1124 CC: *“La facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas para el caso de que uno de los obligados no cumpliera lo que le incumbe”*

D) USUARIOS CON CONTRATOS CON COMPROMISO DE PERMANENCIA POR RAZÓN DE LA SUBVENCIÓN DEL TERMINAL.

En el supuesto de usuarios con contratos ligados a cláusulas de retención o permanencia por el operador durante un plazo determinado, cabe distinguir, *prima facie*, la existencia de dos contratos diferenciados. De una parte, hallamos la prestación del servicio de telecomunicaciones y de otra la adquisición del terminal.

Con relación al contrato de telecomunicaciones, es obvio que resulta plenamente aplicable el RD 424/2005, de 15 de abril, y por las razones anteriormente expuestas cimentadas sobre los artículos 105.2.j) (*facultad del usuario de solicitar la baja con la mera manifestación de su voluntad*) y 107 (*cualquier propuesta de*



modificación de las condiciones contractuales deberá ser comunicada al abonado con una antelación mínima de un mes, en la que se informará, al mismo tiempo, del derecho del abonado a resolver anticipadamente el contrato sin penalización alguna en caso de no aceptación de las nuevas condiciones), el usuario será libre de solicitar la baja o migrar a otro operador con solicitud de la portabilidad de su número.

Cuestión distinta que merece un análisis más pausado es la posible subsistencia del contrato de adquisición del terminal. Podríamos encuadrar la facilitación del terminal al usuario en distintos modelos normativos de ventas especiales.

a) *Ventas en promoción.* Dispone el artículo 27 de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista (LOCM en lo sucesivo), que “*se consideran ventas en promoción o en oferta aquellas no contempladas específicamente en otro de los capítulos del presente Título, que se realicen por precio inferior o en condiciones más favorables que las habituales, con el fin de potenciar la venta de ciertos productos o el desarrollo de uno o varios comercios o establecimientos*”.

A esta primera figura se amoldan con facilidad, las escasas resoluciones judiciales existentes, como es el caso de la SAP de Alicante de 7 de febrero de 2003, se ha referido a las ventas en promoción como “*un negocio realizado a consecuencia de un contrato previo del que se hace depender, pero en unidad jurídica de acto –unidad de contratación- por el que la parte vendedora se comprometía llamémosle «obsequiar» (...). Sin duda, estamos ante un contrato atípico, complejo, innominado, que al amparo del principio de la autonomía de la voluntad reconocida en los artículos 1091 y 1255 del Código Civil, se rige por las reglas generales de la contratación, y habrá de estarse, en consecuencia, a la normativa general de las obligaciones. Por tanto a juicio de este Tribunal, la calificación jurídica del contrato que nos ocupa, no es de donación, sino que participa de la naturaleza jurídica de la compraventa con especialidades (...) de tratamiento jurídico asimilable al previsto en la Ley 7/1996, de 15 de enero, de reguladora del comercio minorista, la que en su artículo 27 trata de las ventas de promoción definiéndolas como aquellas que se realicen por precio inferior o en condiciones más favorable que las habituales con el fin de potenciar la venta de ciertos productos o el desarrollo de uno o varios comercios o establecimientos*”

A su vez, si analizamos la presentación empleada por los propios operadores, que con frecuencia emplean el término *promoción* para ofertar novedosos terminales a precios reducidos a cambio de la *captura* del usuario por un determinado periodo de permanencia (vid. infra ilustración nº 4 extraída de la Web de Vodafone, en fecha de 19 de abril de 2007 <http://tienda.vodafone.es/do/catalogo/ofertas>), la facilitación del aparato en no pocos casos parece tener correcto encuadre en la denominada *ventas de promoción*.



Ilustración nº 4

b) *Ventas con obsequios.* Reguladas en los artículos 32 y siguientes de la LOCM. Establece el artículo 32.1 LOCM que *“con la finalidad de promover las ventas, podrá ofertarse a los compradores otro producto o servicio gratuito o a precio especialmente reducido, ya sea de forma automática, o bien, mediante la participación en un sorteo o concurso”*

Tampoco parece que existieran demasiados obstáculos a considerar el terminal recibido por el usuario como una posible venta con obsequios. Según sostenían CARRASCO PERERA y ALVAREZ MENÉNDEZ²¹ el regalo o prima del artículo 32.1 es un a clase del género más amplio de la promoción consistente en «condiciones más favorables que las habituales» del artículo 27. Efectivamente, según razonan, dado que tanto el artículo 27 como el 32.1 no contienen restricciones a la libertad de los operadores, carece de trascendencia distinguir entre promoción como tal y venta con regalo, ni buscar una interpretación estricta de este tipo promocional como ocurre en Francia o Alemania, con objeto de huir de algún tipo de prohibición.

Sea cual sea la denominación que atribuyamos a este tipo de adquisición (ventas de promoción, ventas con obsequio, etc.) ningún obstáculo legal parece alzarse contra el desarrollo de estas practicas, según tuvo ya ocasión de informar la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones al Servicio de Defensa de la Competencia a través de su acuerdo adoptado en fecha de 15 de abril de 1999, que recordemos manifestaba *“De ahí que la comercialización del terminal subvencionado conjuntamente con los servicios de telefonía móvil no puede pues considerarse en sí misma desleal ni dirigida a expulsar del mercado a un*

²¹ CARRASCO PERERA, A. y ÁLVAREZ MENÉNDEZ, O. en BERCOVITZ RODRIGUEZ CANO y LEGUINA VILLA, J. (Coords). *Comentarios a las Leyes de Ordenación del Comercio Minorista*, Madrid, 1997, p. 547.

competidor sino más bien a servir como atractivo para que el consumidor adquiriera el hábito de uso del servicio telefónico móvil, que es en definitiva el negocio del que subvenciona el aparato”.

Sentada pues de un lado la posibilidad de todo usuario de solicitar la baja del servicio de telecomunicaciones a pesar del compromiso de permanencia suscrito, de otro la legalidad de la facilitación de los terminales a los usuarios, ora de modo gratuito, ora a unas condiciones más beneficiosas que las habituales, y apuntada también la relativa intrascendencia del *nomen iuris* que queramos atribuir a este sistema de difusión de terminales, la cuestión jurídica que más puede inquietar a los usuarios es la posible negativa de las compañías a tramitar las solicitudes de portabilidad o la exigencia de la cláusula penal establecida comúnmente en los contratos por las que en caso de que el usuario abandonara el operador antes del plazo establecido podría tener la obligación de compensar a este con un determinado importe.

Con relación a la primera inquietud, esto es la posible negativa de tramitación de la portabilidad por una operadora ante la solicitud del usuario por razón de la permanencia, volvemos a insistir que junto a las razones anteriormente apuntadas que abundan en la plena libertad del usuario para solicitar la baja en cualquier momento, ha de destacarse que el hecho de que exista una cláusula penal o que el operador se considere acreedor de determinada suma derivada de la “subvención” del terminal ante la huida del usuario, ello no le permite «secuestrar» al consumidor por razón del posible impago de la indemnización penalizadora pactada. Así la CMT a través de su Resolución de 5 de junio de 2003, en respuesta a la petición formulada por las operadoras que pretendían extender las causas de denegación de la portabilidad contempladas en la *Especificación Técnica de procedimientos administrativos para la conservación de numeración en caso de cambio de operador en redes móviles*, les advertía:

“(...) el legislador a través de la regulación sectorial de los derechos y obligaciones de los abonados ya ha establecido los supuestos en los que se produce impago por parte de los mismos y que pueden dar lugar a la suspensión temporal o a la interrupción del servicio. Por ello se entiende que a fin de limitar un derecho básico del abonado (como es el derecho a conservar e número de teléfono) con base al impago del servicio telefónico, parece lógica la remisión a la regulación contemplada en los artículos 59 y 60 de referencia, que es la forma, según el legislador, de determinar la situación de impago por parte del abonado, no menoscabando los derechos de los mismos. Por el contrario, una regulación como la propuesta por los operadores supondría ir más allá del concepto de impago establecido por el legislador.

En cualquier caso, si finalmente el operador donante considera que existe una deuda por parte del abonado, este operador dispone de otros mecanismos que la legislación le permite para el cobro de dicha deuda al margen del proceso de conservación de número.”

Resulta claro que de la lectura de la referida *Especificación Técnica de procedimientos administrativos para la conservación de numeración en caso de cambio de operador en redes móviles*, en lo que aquí interesa, las únicas causas que se perfilan como posibles para la denegación de la solicitud de portabilidad formulada por le usuario son la suspensión o la interrupción del servicio por entonces referida a los artículos 59 y 60 del RD 1736/1998, de 31 de julio, por el que se aprueba el Reglamento por el que se desarrolla el Título III de la Ley General de Telecomunicaciones en lo relativo al servicio universal de telecomunicaciones, a las demás obligaciones de servicio público y a la obligaciones de carácter público en la prestación de los servicios y en la explotación de las redes de telecomunicaciones²². Hoy estas referencias, tras la derogación del RD 1736/1998, de 31 de julio y su sustitución por el RD 424/1005, de 15 de abril, hay que entenderlas referidas a los actuales artículos 118 y 119 del vigente Reglamento.

La segunda de las dudas suscitadas con mayor frecuencia por parte de los usuarios sujetos a determinado compromiso de permanencia se refiere a la posible ejecución de la cláusula penal impuesta por las operadoras en los contratos de adhesión suscritos al recibir el terminal. Con relación a este segundo supuesto, deben analizarse diversas cuestiones.

En primer lugar debe considerarse, que si bien la existencia de una cláusula penal puede ser lícita por parte del operador, para que se admita tal licitud, tratándose de estipulaciones no negociadas individualmente -contratos de adhesión-, no deben generar ex art. 10 bis LGDCU, en contra de las exigencias de la buena fe, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes. Y en este sentido, aún tratándose la declaración de nulidad de una cuestión relegada a la interpretación de jueces y tribunales, debe recordarse la existencia de reiterados informes negativos por parte de la Comisión de Cooperación de Consumo que sanciona algunos modelos propuestos por los operadores por razón de la sanción desproporcionada impuesta a los usuarios como cláusula de permanencia.

No está de más recordar que la jurisprudencia ha definido la cláusula penal en la clásica STS de 8 enero 1945 como *“promesa accesoria y condicionada que se incorpora a una obligación principal, con doble función reparadora y punitiva, en*

²² BOE nº 213, de 5 de septiembre de 1998.

cuanto no sólo procura la indemnización en realidad procedente, sino que la vuelve más gravosa para el deudor y establece además un régimen de privilegio a favor del acreedor” y más tarde, la STS de 16 abril 1988, la definió como “obligación accesoria, generalmente pecuniaria, a cargo del deudor y a favor del acreedor, que sanciona el incumplimiento o cumplimiento irregular de la obligación contractual”.

Más allá de la duda razonable sobre la posible abusividad de este tipo de cláusulas por la exigencia de un tiempo de permanencia excesivo (nótese que la CMT ha estimado el tiempo de recuperación de la subvención del terminal entre tres meses y un año)²³, debe destacarse la idea de que en ningún caso, para el supuesto de discrepancia sobre la legalidad o cuantía de la cláusula penal, resulta posible la ejecución unilateral de la misma por parte del operador predisponente. Así resulta contundente la copiosa jurisprudencia existente al respecto (SSTS de 27 de septiembre de 1961, 11 de noviembre de 1966, 22 de noviembre de 1968, 10 de junio de 1969, 27 de marzo de 1982, 10 de noviembre de 1983, 14 de febrero de 1992, 12 de diciembre de 1996, 23 de mayo de 1997, 6 de mayo de 1998 o 8 de octubre de 2002, entre muchas otras), que establece en todo caso la interpretación restrictiva de las cláusulas penales, al presentarse como excepciones del régimen normal de las obligaciones y contratos, con lo que desautoriza su aplicación unilateral. En definitiva por tanto, como apunta la STS de 12 de enero de 1999: “(...) La cláusula penal podría aplicarse por una parte, de común acuerdo con la otra; pero si no hay común acuerdo, se aplicará a través de un proceso y por una sentencia”

Discusión aparte pudiera ser la de entender que en el peor de los casos, una gran parte de los usuarios habrán completado al menos una parte significativa del compromiso de permanencia por lo que en buena lógica habría de ponderarse de modo individual cada supuesto de hecho concreto en función de la duración del contrato, sin que procediera so pena de enriquecimiento injusto la exigencia íntegra de la cláusula penal. Además por supuesto, siempre cabría la devolución del terminal al amparo de lo dispuesto en el artículo 1124 CC (devolución que recordemos no puede resultar más onerosa que su adquisición por lo que en casos de comercio a distancia será el operador quien tenga que asumir los costes derivados de ello) y que el usuario aceptara un nuevo terminal de otro operador en competencia que pretendiera captarle como cliente.

Admitida así también la improcedencia de la ejecución unilateral de la cláusula penal predispuesta por los operadores, y en lógico correlato la libertad de los usuarios a solicitar la baja del servicio o la portabilidad del número, no queremos finalizar este apartado sin advertir al usuario que en el supuesto de que el

²³ Vid. Informe preceptivo al Servicio de la Competencia aprobado por el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en sesión celebrada el día 15 de abril de 1999.

operador pretendiera el cobro de la cláusula penal, bien girando un recibo a través de la domiciliación habitual, bien requiriendo fehacientemente su pago o bien a través de un procedimiento judicial (posibilidad esta última ciertamente remota por lo ineficiente que le resultaría en términos económicos), el usuario debería rechazar el cargo y manifestar al operador de modo fehaciente²⁴ su disconformidad presentándole su reclamación que deberá ser respondida en el plazo máximo de un mes. Si la respuesta no es satisfactoria, o esta fuera inexistente, deberá acudir con posterioridad, bien a la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y de la Sociedad de la Información (SETSI), bien al del Sistema Arbitral de Consumo.

Planteada la reclamación por el usuario ante la SETSI o el Sistema Arbitral de Consumo, al operador le resultará vedado cualquier acto de agresión patrimonial contra el usuario en tanto que no se substancie el procedimiento. Recuérdese en este sentido que incluso en el caso de acudir a la SETSI, la resolución que esta adopte es la que pone fin a la vía administrativa (art. 104.4 del Reglamento) y que contra ella cabe interponer recurso contencioso administrativo. Por tanto, en ausencia de resolución que agote la vía administrativa, no cabe ejecución de la decisión del operador ex. art. 138.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Conclusión por tanto de este cuarto grupo de usuarios es en primer lugar que pueden solicitar la baja o portabilidad en cualquier momento a pesar del supuesto compromiso de permanencia suscrito. En segundo término que no cabe la ejecución unilateral por las operadoras de las cláusulas penales impuestas en sus contratos de adhesión. Y que en todo caso, de producirse el intento de cobro por

²⁴ Es esencial la documentación de la reclamación. Por ello al referirnos a su presentación de modo fehaciente, nos referimos bien a través de Burofax, bien a través de los propios Servicios de Atención al Cliente (telefónico u on-line), pero en cualquier caso exigiendo la confirmación documental por el operador de la reclamación formulada por el usuario, algo que están obligados los operadores en virtud de lo dispuesto en el artículo 104.1 del RD 424/2005, de 15 de abril.

²⁵ REVUELTA PEREZ, I. *La protección de los consumidores ... ob. cit. . p. 555.*

parte de las operadoras, podrán rechazar el pago y deberán formular la oportuna reclamación ante las mismas, acudiendo también al Sistema Arbitral de Consumo.

Este es el dictamen, aprobado por el Consejo de Consumidores y Usuarios en su reunión plenaria del día 20 de febrero de 2007.

