



**ALEGACIONES A LA SOLICITUD DEL “MODELO DE CONTRATO TIPO DE ABONO GENERAL AL SERVICIO TELEFONICO FIJO DISPONIBLE AL PÚBLICO PARA USUARIOS FINALES” PRESENTADO PARA SU APROBACIÓN POR TELEFÓNICA DE ESPAÑA S.A.U.**

Eugenio Ribón Seisdedos, vocal de la Comisión de Servicios Públicos del Consejo de Consumidores y Usuarios, en representación de la **Confederación Española de Organizaciones de Amas de Casa, Consumidores y Usuarios (CEACCU)**, con domicilio a efectos de notificaciones en la Calle San Bernardo 97-99, Edificio Colomina 2º F, CP 28015 de Madrid, comparezco y como mejor proceda en Derecho, **DIGO:**

Que habiéndose recibido en esta Confederación, en fecha de 28 de febrero de 2006, escrito del Secretario del Consejo de Consumidores y Usuarios por el que se nos da traslado de la Solicitud de aprobación del “Modelo de contrato-tipo de abono general al servicio telefónico disponible al público para usuarios finales, presentado por Telefónica de España SAU, y entendiéndolo no ajustado a derecho y lesivo a los intereses de los usuarios, se evacua el preceptivo trámite de audiencia por la presente, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 22 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, de Defensa de los Consumidores y Usuarios, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 2 del Real Decreto 894/2005, de 22 de julio, por el que se regula el Consejo de Consumidores y Usuarios, con expresa oposición a su aprobación en los términos propuestos, con base en las siguientes

## **ALEGACIONES**

**Primera.- A la estipulación segunda (carácter personal del abonado) en correlación con la vigésimo segunda (cesión o subrogación).**

Ha de principiarse las presentes alegaciones sobre la base del evidente carácter adhesivo del contrato presentado, razón por la cual, este habrá de ser objeto de exégesis a la luz de la Ley 7/1998, de 13 de abril, de Condiciones Generales de la Contratación (LCGC en lo sucesivo).

Conforme delimita el ordinal primero del artículo 1 de la precitada norma, son condiciones generales de la contratación *las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos.*

Partiendo también de la premisa de que el contrato auditado tiene por objeto su perfección con los consumidores, cabe recordar que conforme impone el artículo 8 LCGC, habrán de reputarse nulas las condiciones generales que sean



abusivas. A su vez, por cláusula abusiva ha de entenderse, según reza el artículo 10 bis de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (en adelante LGDCU), *todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente que en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato.*

Pues bien, formuladas estas observaciones preliminares basta contemplar lo previsto por el predisponente en las estipulaciones segunda y vigésimo segunda para entender abusiva la estipulación objeto de análisis en el presente punto. En efecto, en tanto que al usuario queda vedada cualquier cesión a terceros de derechos y obligaciones respecto del contrato suscrito, salvo los supuestos tasados de fallecimiento, extinción de la persona jurídica o resolución judicial firme, y a mayor abundamiento, sometida esta al perentorio plazo de tres meses, ya no desde que tuviera constancia del hecho causante sino desde su acaecimiento, la mercantil de telecomunicaciones se irroga sin límite alguno la facultad de poder ceder o subrogar en el contrato de abono a cualquier sociedad unipersonal, filial o participada del Grupo Telefónica SA. Quiebra pues la redacción presentada, en contra de lo dispuesto en la Disposición Adicional Primera de la LGDCU, los elementales principios de reciprocidad, vinculando a mayor abundamiento el contrato a la voluntad unilateral del predisponente, habida cuenta de la proscripción para el consumidor del análogo derecho que se otorga la operadora. Tan solo en el supuesto de condiciones económicas especiales a favor de un determinado titular (Ej. abono social) pudiera limitarse este derecho si el nuevo titular hacia el que se pretende la subrogación no cumpliera los mismos requisitos que hubieran hecho beneficiario al primero del citado privilegio. Para el resto de supuestos, entendiéndose que no concurre en el ánimo del operador el elemento *intuitu personae* para sus contrataciones con los consumidores, por otra parte difícilmente compatible con el sistema de contratación en masa presentado, ha de reputarse como nula la estipulación segunda presentada en relación con vigésimo segunda del mismo modelo contractual.

### **Segunda.- A la estipulación tercera (prestación del servicio).**

No cuestionándose el primer párrafo e la estipulación tercera, por cuanto que no hace sino reproducir el criterio asentado por los artículos 22.1.a) de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (LGT en lo sucesivo), 27.2.a) y 29 del Real Decreto 424/2005, de 15 de abril, por el que se aprueba el Reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios, si merece tacha por improcedente la exigencia impuesta al usuario de modo unilateral por la operadora, al margen de la previsión normativa, de pretender que el cliente haya de facilitar *el suministro eléctrico permanente de corriente alterna y tensión dentro del margen normalizado, así como las protecciones eléctricas necesarias y adecuadas.*



Salvo mejor criterio técnico, resulta pacífico que para la prestación del servicio telefónico la propia red telefónica aporta los 48 Voltios precisos, razón por la cual ante una interrupción del suministro eléctrico ello no obsta para el normal funcionamiento del servicio telefónico. Asunto distinto será evidentemente que aquellos usuarios que deseen conectar a la red telefónica equipos especiales cuyo funcionamiento esté ligado al suministro eléctrico permanente (Ej. teléfonos inalámbricos) precisarán por lógica la existencia del citado riego eléctrico. De este modo, lo cierto es que la propia línea telefónica tiene una impedancia algo superior a 500 ohmios (en cada hilo---> 1kohm en total), sosteniendo 48 voltios de tensión continua, a los que se superpone un tono de 50 Hz y 70 voltios de tensión de pico (140Vpp) cuando se produce una llamada. Sencilla prueba de ello es que ante una tensión superior a 30 voltios comprobaremos que la línea esta en reposo (Idle) en cuyo caso permite al teléfono funcionar. Por el contrario si la tensión está por debajo de los 18 voltios la línea estará en uso. Ello significa que la línea telefónica es la propia que aporta la corriente eléctrica precisa para posibilitar su uso. Así las cosas cabe concluir que no resulta exigible confiándonos al servicio telefónico la exigencia de suministro eléctrico permanente de corriente alterna, pudiendo resultar el requerimiento impuesto por la operadora un obstáculo para la satisfacción de conexión inicial del servicio telefónico desde una ubicación fija a aquellos usuarios de áreas rurales, que aún reducidos en número pudieran existir, que no dispongan de suministro eléctrico.

**Tercera.- A la estipulación cuarta, apartado B (compensaciones por interrupción del servicio).**

Sobre la base de lo previsto en el artículo 10 de la Orden PRE/361/2002, de 14 de febrero, de desarrollo, en lo relativo a los derechos de los usuarios y a los servicios de tarificación adicional del título IV del Real Decreto 1736/1998, de 31 de julio, por el que se aprueba el Reglamento por el que se desarrolla el título III de la Ley General de Telecomunicaciones, en la redacción dada por la Orden PRE/2410/2004, de 20 de julio y el posterior artículo 115 del RD 424/2005, de 15 de abril, establece el contrato tipo propuesto las compensaciones por interrupción del servicio.

Más allá de las indemnizaciones normativas fijadas, de carácter objetivo, limita el *in fine* del apartado B.1 de la estipulación cuarta la posible indemnización a la predispuesta en el contrato, según refiere, *con exclusión de cualquier otra*. Las indemnizaciones legales de carácter objetivo implican que en todo caso el beneficiario de las mismas habrá de percibir con carácter mínimo las previstas por la norma, pero ello en ningún caso ha de cercenar la posibilidad de reclamar cualquier otra por daños y perjuicios conforme a lo dispuesto en el artículo 1.c, Disposición Adicional 1ª II, 9 LGDCU, artículo 38.8 LGT y 102.3 del RD 424/2005, de 15 de abril, cuya apreciación corresponderá al juzgador según las reglas de la sana crítica.



Ha de integrarse la indemnización contractual prevista, que como se ha señalado no es sino una traslación del artículo 115 RD 424/2005, de 15 de abril, en el conjunto de su norma. Así observamos que el citado precepto se enmarca en el Título VI de la norma “*Derechos de los consumidores que sean personas físicas y otros usuarios finales*”. En este sentido, debe destacarse que en el Capítulo I del examinado Título VI, prevé en el ordinal tercero del artículo 102 que *la responsabilidad por daños que se produzcan a los usuarios finales se exigirá conforme a lo previsto en la legislación civil o en la normativa sectorial que resulte de aplicación*. Así ha de colegirse en definitiva que la compensación establecida a favor de los usuarios, ha de ser con aplicación del *principio de minimis*, esto es, al menos la prevista en la norma y transcrita en el contrato, pero sin ningún tipo de exclusión, quedando en suma al arbitrio de los juzgados, tribunales o juntas arbitrales de consumo la procedencia o no de cualquier otro tipo de indemnización solicitada por un usuario como consecuencia de la interrupción del servicio.

Finalmente, merece también la tacha de esta Confederación el establecimiento del límite de un euro para posibilitar al usuario el planteamiento de una reclamación con motivo de una interrupción del servicio. No ignora quien suscribe la previsión establecida por el artículo 115.1.b) del tan citado RD 424/2005, de 15 de abril, pero no es menos cierto que el reseñado Real Decreto carece del rango normativo suficiente para derogar los superiores principios de nuestro ordenamiento, a saber desde el derecho a la tutela judicial efectiva consagrada en el artículo 24 de nuestra norma magna, como en el artículo 106 de la misma cúspide normativa, amén de los artículos 1.c), 25 o 29 LGDCU o el propio *corpus civilis*.

Ha de desecharse cualquier limitación por razón de cuantía económica o del coste que ésta represente, que pretenda limitar la reclamación de los legítimos derechos de los usuarios. Por una parte, si el objeto del establecimiento del censurado límite es desprestigiar la reclamación por considerarlo un importe nimio, ello no hace sino exteriorizar la nesciencia del legislador de telecomunicaciones de uno de los fundamentos esenciales de las acciones colectivas, pues no es extraño en empresas con miles de clientes, que el cobro indebido de una pequeña cantidad a cada usuario, permita un beneficio ilegal muy sustancioso. Por otra, si el motivo del establecimiento del reprochado mínimo es evitar el desproporcionado dispendio que pudiera suponer la resolución de una reclamación inferior a un euro, tildándolo de fútil por *matar moscas a cañonazos*, ha de recordarse la hermosa reflexión del Catedrático e la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid cuando advierte que mal puede acusarse de despilfarro a quien se ve obligado a acudir a un pleito para defender lo que considera suyo. Apunta SEMPERE NAVARRO<sup>1</sup> que los grandes principios o derechos no persiguen embellecer las normas que los acogen, sino lucir en el ámbito correspondiente. Por ello, en términos metafóricos sería más acertado afirmar que quien persigue la defensa de lo que considera que son sus legítimos derechos, aún en los casos que pudiera parecer más

---

<sup>1</sup> SAMPERE NAVARRO, A. *A propósito del caso Elsner-Lakeberg ¿Cañonazos contra moscas, o salvas para mariposas?*, en Actualidad Jurídica Aranzadi nº 637, de 23 de septiembre de 2004, p. 3.



antieconómico, no dispara cañonazos contra las moscas, sino que ofrece salvas de honor para otras mariposas que puedan un día acompañar su vuelo. En consumo, precisamente por la reducida cuantía de muchos de los litigios que pueden plantearse, necesitamos esas salvas de honor, aún a costa del esfuerzo heroico de anónimos usuarios o idealistas asociaciones.

**Cuarta.- A la estipulación quinta (reparación de averías y mantenimiento).**

Resulta obvio, sin necesidad de mayores esfuerzos argumentativos, que una avería, además de causa de insatisfacción del consumidor, debe ser calificada como un cumplimiento defectuoso del contrato (*exceptio non rite adimpleti contractus*) o cuando menos, acogiendo la dulcificadora formulación léxica esbozada por el artículo 104 del RD 424/2005, de 15 de abril, una *incidencia contractual*. Partiendo de este pacífico axioma, incumbe al operador disponer de un servicio de atención al cliente, de carácter gratuito, que permita al consumidor tener constancia, en cualquier caso, de la reclamación, queja o petición efectuada.

Se presenta en este punto una trascendental divergencia de la previsión normativa contenida en el citado artículo 104 a la redacción contractual propuesta por la operadora. Nótese que en tanto que la mercantil predisponente limita la facilitación al cliente de un número de referencia sólo en aquellos casos que por este sea solicitado, el RD 424/2005, acogiendo precisamente las observaciones formuladas por este Consejo de modo reiterado (vid. informes para los Servicios de Tarificación Adicional), impone esta acreditación con carácter general sin necesidad de su petición expresa por el usuario (*estando obligado el operador a comunicar al abonado el número de referencia dado a la reclamación, queja o incidencia planteada por el usuario*). Procede pues en consecuencia la facilitación de un número de referencia a todo usuario que comunique cualquier reclamación, queja o incidencia. *Abundatiam maior*, dispone el *in fine* del precepto invocado que *si el medio habilitado por el operador para la atención de quejas, reclamaciones o incidencias es telefónico, éste estará obligado a informar al consumidor de su derecho a solicitar un documento que acredite la presentación y contenido de la queja o reclamación mediante cualquier soporte que permita tal acreditación*, previsión ésta llamativamente ausente del documento contractual presentado.

Finalmente, y sin perjuicio de lo previsto en el artículo 41 del Código Civil no ha de alzarse el menor óbice para que cualquier usuario pueda comunicar su reclamación, queja o incidencia al operador, a través ora de su domicilio, ora de cualquier establecimiento abierto al público o representante autorizado por mera y llana aplicación analógica del artículo 51 de la ley rituarial civil.

**Quinta.- A la estipulación sexta (Tarifas y precios del servicio).**



Una vez más ha de insistirse en la ya ajada cuestión del cobro de la cuota de abono con carácter anticipado. No deja de sorprender que en contra de la meridiana claridad que establece el artículo 112 del RD 424/2005, de 15 de abril, heredero de la redacción también prevista por su predecesor artículo 57.1 del Real Decreto 1736/1998, de 31 de julio, por la que únicamente se autoriza al operador a presentar al usuario la facturación por los *cargos en que hayan incurrido*, esto es pretérito perfecto de subjuntivo. Basta acudir al Diccionario de la Lengua Española en su vigésimo segunda edición, para comprender que el empleo de un pretérito (*del lat. Praeteritus*), implica bien una acción pasada o sucedida en su acepción adjetiva, bien una acción o un estado de cosas anterior al que se habla, en su acepción gramatical.

Ha de compartirse la tesis sostenida por MENDOZA LOSANA<sup>2</sup> cuando apunta la asimilación de la cuota de abono anticipada a una fianza o *garantía encubierta*. Como acertadamente recapitula la docente la propia Telefónica lo ha considerado como una alternativa admisible a la exigencia de un aval bancario o depósito en los contratos celebrados con algunos prestadores de servicios de telefonía pública y así ha sido también admitido por la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones<sup>3</sup>. Sobre este argumento planteado como coadyuvante de la oposición inicial señalada, no cabe sino concluir también la improcedencia del pretendido cobro al transgredir con carácter general los límites impuestos por los artículos 116 y siguientes del RD 424/2005, de 15 de abril, reguladores de los depósitos de garantías.

Finalmente y *a fortiori*, hallándonos ante un contrato de adhesión según se ha señalado en la primera de las alegaciones de este escrito, resulta igualmente invocable la condición de cláusula abusiva, conforme a lo dispuesto en la Disposición Adicional Primera LGDCU (estipulación I.3), toda vez que se pretende el cumplimiento por parte del usuario de una obligación (el pago de la cuota) aún cuando la operadora no ha cumplido las suyas (la prestación del servicio).

Incluye también el contrato presentado en este mismo apartado la previsión de facturación del servicio medido bien mediante aplicación de planes de precios, bien por fracciones de tiempo sin que se especifique la división temporal de referencia (un segundo, un minuto, tres minutos, una hora, un día...). Prescindiendo de la ausencia de claridad en cuanto a qué parámetros o condicionantes determinan la aplicación de uno u otro sistema, que ya de por sí entendemos no puede quedar al arbitrio de una de las partes, tanto por aplicación del artículo 1256 CC como de la DA 1ª LCGC, lo cierto es que se introduce de modo injustificado en un servicio de medición tan exacta como el presentado, el cobro por fracciones no determinadas, que mucho nos tememos habida cuenta de la práctica comercial imperante no se trate de segundos. Sobradamente conocida

---

<sup>2</sup> MENDOZA LOSANA, A.I. *Pago por adelantado de la cuota de abono telefónico*. Centro de Estudios de Consumo. Universidad de Castilla La Mancha, mayo 2004, p. 12.

<sup>3</sup> Vid. Alegaciones de Telefónica a la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones (Expediente 2002/6162) y Fundamento de Derecho 4.5 de la Resolución de la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones de 30 de julio de 2002.



es la interpretación de nuestros tribunales de la citada práctica (vid. SAP Madrid de 8 de septiembre de 2005), sancionando como nula dicha estipulación toda vez que supone una obligación para el usuario que no encuentra contraprestación alguna por parte de la entidad prestadora del servicio, conllevando un perjuicio patrimonial real al consumidor que se ve obligado a pagar más de lo procedente, permitiendo a la operadora la obtención de un sobreprecio objetivo injustificado. Ello implica como es sabido en definitiva que como consecuencia del desequilibrio generado entre las partes haya de reputarse nulo el pretendido cobro por fracciones de tiempo de modo genérico, debiendo en todo caso matizarse que la fracción temporal habrá de ser, conforme a lo dispuesto en el Real Decreto 1317/1989, de 27 de octubre, por el que se establecen las unidades legales de medida, la de 9 192 631 770 períodos de la radiación correspondiente a la transición entre los dos niveles hiperfinos del estado fundamental del átomo de cesio 133, esto es, con claridad, concisión y sencillez, un segundo.

Finalmente resulta cansino tener que insistir nuevamente tras el dictamen elaborado de conformidad con lo acordado por la 115 Comisión de Cooperación de Consumo en reunión celebrada el 11 de febrero de 2003 (vid. criterio noveno), que ha de recogerse expresamente en la documentación facilitada al usuario junto con el contrato los precios de los servicios en el momento de contratar, dejando constancia de la mentada entrega con la firma de las partes contratantes. *A fortiori*, el artículo 105.2.e) del RD 424/2005, de 15 de abril impone como contenido mínimo del contrato el precio y las condiciones económicas del servicio. Manido este punto finiremos su obstancia con la tacha general de la remisión al usuario a la página web de TELEFONICA DE ESPAÑA o al 1004, que deberán entenderse como canales siempre adicionales y nunca exclusivos de información. Sirva esta última objeción, en aras de evitación de ociosas reiteraciones, como genérica a cualquier reenvío realizado al usuario hacia los canales referidos.

#### **Sexta.- A la estipulación séptima (Facturación).**

Se pretende también nuevamente, sustraer de la información a facilitar al usuario el detalle de las llamadas metropolitanas. El derecho a obtener una completa identificación por el usuario de los gastos en que haya incurrido es una reivindicación constante de los consumidores. Ciertamente es que ha de lamentarse la ausencia de mayor rigor técnico en los artículos 38.3 LGT y 112 RD 424/2005, de 15 de abril, pero ello no ha de ser óbice para insistir en la procedencia del detalle de las llamadas de carácter metropolitano. Ya el artículo 15 de la Directiva 95/62 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 1995 relativa a la aplicación de la oferta de red abierta (ONP) a la telefonía vocal<sup>4</sup> y el 14.2 de la Directiva 98/10/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 1998, sobre la aplicación de la oferta de red abierta (ONP) a la telefonía vocal y sobre el servicio universal de telecomunicaciones en un entorno competitivo<sup>5</sup>

<sup>4</sup> DO L 321, de 30 de diciembre de 1995

<sup>5</sup> DO L 101, de 1 de abril de 1998



advertían de la obligación de los operadores de proporcionar una factura detallada, en el grado en que lo permita el estado de la red y resulta obvio que en las actuales circunstancias la red lo permite. Han pasado casi quince años desde la Resolución de la Delegación del Gobierno en Telefónica de 13 de octubre de 1993 que preveía la implantación progresiva de la facturación detallada. En este tiempo se ha multiplicado el número de líneas fijas, la telefonía móvil ha aparecido tras los juegos olímpicos de Barcelona y la Exposición Universal de Sevilla, hoy remotas ya en nuestra memoria, se ha desarrollado de modo exponencial alcanzando unos niveles de penetración difíciles de imaginar por aquél entonces, se potencia el acceso a Internet, ADSL+2, la transmisión de datos vía móvil... y seguimos sin factura detallada para las llamadas metropolitanas. Nuestros tribunales han sido claros al establecer que no resulta admisible la reclamación al usuario de una factura de telecomunicaciones con importes globales sin detallar (vid. SAP de 3 de abril de 1998) y en Europa el Tribunal de Justicia Europeo a través de su Sentencia de 14 de septiembre de 2004 (Sala Segunda), condena a Austria al entender que su sistema de facturación telefónica, no ofrece un nivel de detalle suficiente para garantizar que al usuario un control y una comprobación eficaces. Así avala la tesis sostenida por la Comisión cuando señala que el hecho de agrupar las llamadas bajo un concepto determinado significa que el abonado sólo puede deducir que ha efectuado un determinado número de llamadas a las distintas zonas de tarifas, durante el período al que corresponde la factura y por un importe total determinado. Sostiene que, por tanto, dicha facturación no permite comprobar en qué fecha se efectuó una llamada ni el número al que se llamó y no garantiza que el abonado pueda comprobar y controlar eficazmente sus gastos. La facilitación de una factura detallada de todas las llamadas, incluidas las metropolitanas es una obligación del operador ineludible por más tiempo.

En otro sentido debe también abogarse por el reflejo documental de todas las llamadas realizadas, incluidas aquéllas que no conlleven contraprestación económica directa para el operador, cuya transparencia puede revestir singular importancia a efectos probatorios (Ej. reclamaciones al operador o a terceros, servicios de emergencia, etc.).

### **Séptima.- A la estipulación octava (Pago).**

Superada por fortuna la imposición de la domiciliación bancaria como medio de pago tras el reconocimiento del derecho a la elección del medio de pago entre los comúnmente utilizados en el tráfico comercial dado por el artículo 105.2.l) del RD 424/2005, de 15 de abril, acogiendo el dictamen elaborado por la Comisión Asesora en materia de cláusulas abusivas, ha de lamentarse la perseverancia del operador en no facilitar de modo claro y directo un número de cuenta habilitado para el pago. Así no se acierta a comprender la razón de referenciar de modo difuso *la Entidad Bancaria o Caja de Ahorros que para tal efecto señale*, en lugar de proceder a su identificación expresa.



**Octava.- A las estipulaciones novena (Depósitos de garantía).**

Resultando básicamente la estipulación novena una transcripción de lo previsto en los artículos duodécimo y siguientes de la Orden PRE/361/2002, de 14 de febrero, en su redacción dada por su modificadora Orden PRE/2410/2004, de 20 de julio y 117 del RD 424/2005, de 15 de abril, nada cabe objetar empero la divergencia en perjuicio del usuario de los plazos existentes entre la obligación del usuario de constituir el depósito (15 días) y el otorgado al operador para satisfacer la prestación del servicio (60 días). Si interesa destacar no obstante, que pese a constar expresamente reconocido en la norma la exigencia de requerimiento fehaciente por parte del operador y ser de aplicación el principio general de distribución de la *onus probandi* previsto por el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ha de lamentarse la ausencia de esta específica exigencia en la esmerada traslación de la norma al documento contractual respecto de las obligaciones impuestas al usuario.

**Novena.- A la estipulación décima (Suspensión del servicio).**

Con carácter previo ha de reiterarse lo expuesto en la alegación precedente respecto a la conveniencia de la debida fehaciencia en la notificación practicada al usuario. En este sentido puede resultar orientador lo dispuesto en el artículo 42 del Real Decreto 1829/1999, de 3 de diciembre, por el que aprueba el Reglamento por el que se regula la prestación de servicios postales, en desarrollo de lo establecido en la Ley 24/1998, de 13 de julio, del Servicio Postal Universal y de la Liberalización de los Servicios Postales.

Por lo que respecta a la consignación de importes litigiosos en tanto que se sustancia una reclamación y obviando la desidia administrativa para el desarrollo de cuentas de consignación arbitral, tantas veces demandado por las asociaciones, no se alcanza a comprender el singular gravamen impuesto a los usuarios de consignar un importe ante una reclamación de cantidad litigiosa, impensable en la práctica forense civil más allá del particular supuesto de la consignación de rentas de los procesos arrendaticios previstos por la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos urbanos.

**Décima.- A la estipulación undécima (Prevención del fraude).**

No cabe imputar de modo genérico responsabilidad al usuario por cualquier actividad fraudulenta de la línea y de los servicios conexos. Si se refiere a una actividad fraudulenta, quien efectivamente ostente la condición de autor, inductor, cooperador necesario o cómplice de la misma conforme a los principios punitivos y sancionadores elementales (vid. Título II del Libro Primero de la Ley Orgánica 10/1195, de 23 de noviembre, del Código Penal) será el responsable de la misma, no el usuario de modo genérico o indiscriminado. En lógico correlato todo daño o perjuicio derivado de actividad fraudulenta hallará su responsable del modo



previsto en el artículo 116 del Código Penal. A mayor abundamiento, en todo caso y con carácter subsidiario habrá de responder el propio operador por el especial deber de vigilancia que sobre él pesa en cuanto a las infraestructuras de telecomunicaciones

**Undécima.- A la estipulación duodécima (Guías telefónicas).**

Con relación a la estipulación duodécima (guías telefónicas), no puede aceptarse la pretensión de la operadora de forzar al usuario a acudir en el momento de la suscripción del contrato al número de atención telefónica 1004 o a la página web de la predisponente para ejercitar su derecho de inclusión o exclusión. Dicha opción reconocida conforme a lo previsto en el artículo 30 del RD 424/2005, de 15 de abril, ha de poder formalizarse en el mismo momento de perfección del contrato.

**Duodécima.- A la estipulación decimotercera (Desconexión).**

Construye la estipulación decimotercera el derecho de desconexión a lo previsto en el artículo segundo de la Orden PRE/361/2002, de 14 de febrero, según la redacción dada por la Orden 2410/2004, de 20 de julio, esto es a las llamadas internacionales y las de tarificación adicional. Sin embargo, ha de complementarse la citada previsión con lo dispuesto por el artículo 113 del RD 424/2005, de 15 de abril, que amplía el ámbito objetivo de aplicación del derecho al de llamadas a servicios de tarifas superiores. Teniendo en cuenta que pese a las peticiones reiteradas de asociaciones de consumidores para la ampliación del concepto de Servicios de Tarificación Adicional, al menos en el sentido dado por la *International Audiotext Regulators Networks (IARN)* en el acuerdo alcanzado en septiembre de 2002 en Hamburgo, escapan de la citada denominación importantes servicios de tarifas superiores (Ej. números 905 y otros *servicios premium*), ha de permitirse al usuario la desconexión de cualquier servicio que presente tarifas superiores.

Las solicitudes de desconexión en coherencia con lo expuesto en el *in fine* de la alegación cuarta del cuerpo de este escrito habrán de poder dirigirse tanto al domicilio o apartado de correos reseñado como al domicilio social de la empresa, cualquier establecimiento abierto al público o representante autorizado por mera y llana aplicación analógica del artículo 51 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

**Decimotercera.- A la estipulación decimosexta (Protección de datos personales).**

**Decimocuarta.- A la estipulación decimoséptima (Reclamaciones).**



Por lo que respecta a las reclamaciones, limitaremos nuestras observaciones a tres cuestiones, de las que dos de ella se expresan de modo sucinto habiéndose expuesto ya en las alegaciones previas la fundamentación:

- a) Cualquier reclamación podrá plantearse tanto al domicilio o web facilitada como a través de su domicilio social, cualquier establecimiento abierto al público o representante autorizado por mera y llana aplicación analógica del artículo 51 LEC.
- b) Junto a las vías de reclamación expuestas no cabe silenciar la jurisdicción competente por razón de la materia como reconocimiento del constitucional derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE).

La tercera de las objeciones merecedora de un análisis más sosegado es la genérica remisión del operador al objeto de la reclamación no sometido al sistema arbitral. De esta imprecisa redacción pueden extraerse dos conclusiones. La primera de ella entender que se refiere a lo previsto en el artículo 2 del RD 636/1993, de 3 de mayo por el que se regula el sistema arbitral de consumo, en cuyo caso ningún reproche merece. La segunda, que suscita mayor preocupación en esta Confederación deriva de la permisiva adhesión a la carta concedida a los operadores. La admisión de estas limitaciones cuanto al sometimiento arbitral, aún con el beneplácito del Instituto Nacional del Consumo, ocultas por lo común para el usuario, constituye una de las sombras del actual sistema arbitral de consumo. No es ético ni jurídicamente admisible, que la empresa que se promociona ante el consumidor como favorable a un sistema de resolución de conflictos “rápido” y gratuito como es el arbitraje de consumo, obteniendo con ello el distintivo oficial que le otorga el artículo 7.1 del Real Decreto 636/1993, le omita la parquedad de su bondad interesada, atrayendo sin embargo el usuario hacia su empresa y detrayéndolo de la competencia. Ya hemos apuntado en ocasiones anteriores que esta presentación cabría calificarla al amparo de lo dispuesto en el art. 4 de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad como *publicidad engañosa por omisión*. GUTIERREZ SANZ<sup>6</sup> o MALUQUER DE MOTES BERNET<sup>7</sup> se manifiestan en este mismo sentido, advirtiendo que esta limitación del ámbito de la oferta puede suponer una vía engañosa para el consumidor. Dos soluciones se ofrecen para esta sombra del sistema. Ora la exclusión de estas empresas del sistema arbitral de consumo y retirada del distintivo concedido, ora la creación de un nuevo distintivo que advierta al usuario de la existencia de algún tipo de limitación o reticencia de la empresa con la que contrata respecto de su adhesión al sistema y por supuesto su expresión pormenorizada en el contrato. Esta última solución tiene a su vez el inconveniente del esfuerzo de difusión del nuevo distintivo, cuando en términos generales el usuario no conoce siquiera el existente.

---

<sup>6</sup> GUTIERREZ SANZ, M.R, en QUINTANA CARLO I. y BONET NAVARRO, A (Dirs). *El Sistema Arbitral ... ob. cit.*, p.117.

<sup>7</sup> MALUQUER DE MOTES BERNET, J. “Oferta pública de sometimiento al sistema arbitral”, en Estudios sobre Consumo N° 59, Madrid, 2001, p. 126.



**Decimoquinta.- A la estipulación decimonovena (Interrupción definitiva del servicio extinción del contrato de abono).**

Se reitera respecto de la presente estipulación lo expresado en nuestra alegación décima.

**Decimosexta.- A la estipulación vigésima (Domicilio para notificaciones).**

Cualquier comunicación podrá plantearse tanto al domicilio o web facilitada como a través de su domicilio social, cualquier establecimiento abierto al público o representante autorizado por mera y llana aplicación analógica del artículo 51 LEC.

**Decimoséptima.- A la estipulación vigésimo tercera (Información al cliente).**

Toda información al cliente, y de modo especial aquella que suponga modificación o novación contractual, ha de realizarse según advierte Comisión Asesora en materia de cláusulas abusivas en el sector de la telefonía (vid. criterio decimotercero) mediante notificación individualizada al usuario. Por lo demás en cuanto a comunicaciones al operador con ánimo de evitar estériles reiteraciones nos remitimos a lo expresado *ut supra*.

**Decimonovena.- Anexo (Servicios suplementarios telefónicos).**

Sin perjuicio de la parca exposición de los denominados servicios suplementarios que parece inferirse incluidos en el contrato, ha de recordarse que al margen de que en unas ocasiones pueda cobrarse directamente por la prestación del servicio no solicitado y en otras el titular de la línea no haya de soportar el gasto (aunque en el incurra otro usuario como es el caso del contestador), lo cierto es que esta conducta es incardinable en la previsión normativa que realiza la Disposición Adicional Primera, modificadora de la LGDCU, por la que se establece el listado de cláusulas abusivas, se estipula como cláusula abusiva *“la imposición al consumidor de bienes y servicios no solicitados”*.

Para que podamos considerar que una cláusula es abusiva por la imposición de un bien o servicio no solicitado por el usuario, habrán de valorarse dos circunstancias:

- a) La posibilidad de identificar claramente el servicio accesorio y su precio.
- b) La posibilidad que se ofrezca al usuario para aceptar o rechazar el servicio accesorio sin renunciar a la prestación principal.



También desde la perspectiva del Derecho de la Competencia se ha procurado evitar la imposición al consumidor de bienes y servicios no solicitados. Este tipo de contratos, conocidos como *contratos ligados* («*tying agreements*» o «*tie-in*»), han sido profusamente estudiados por las autoridades norteamericanas encargadas de velar por la defensa de la competencia, quienes mantienen una severa postura respecto de su imposición a los usuarios. Esta férrea postura es defendida por el Tribunal Supremo Norteamericano con base a tres razones fundamentales:

- a) Implican una “coerción” del adquirente para tomar un producto o servicio no deseado.
- b) Excluye a los competidores.
- c) Incrementa el dominio desde el mercado del producto o servicio principal al del producto o servicio complementario o ligado.

Esta doctrina contraria a los contratos ligados ha sido incorporada de modo generalizado a los ordenamientos jurídicos europeos, bien a través de las normativa particular de competencia, bien esbozada por vía jurisprudencial<sup>8</sup>.

Se ha planteado en ocasiones, la suficiencia de esta vía de salvaguarda de la competencia como bastante para regular estos contratos ligados. No obstante, conviene recordar según apunta RIZZO<sup>9</sup> que a pesar de la proximidad de la normativa de competencia y la tuitiva de los consumidores por la exclusión de las cláusulas abusivas, el objeto de la primera sigue siendo la tutela del mercado y de la libre competencia, no la lucha contra los desequilibrios que puedan generarse entre empresarios y consumidores como consecuencia de la imposición de determinadas condiciones en la contratación, en cuyo afán se centra la segunda. De este modo aunque en términos generales toda conducta contraria a la competencia suele perjudicar los intereses de los consumidores, no toda conducta vulneradora de los derechos de los usuarios debe afectar al libre desarrollo del mercado.

Ello justifica que a pesar de la ordenación de los contratos ligados desde la óptica de la defensa de la competencia, nada empece su proscripción desde un punto de vista consumerista, habida cuenta de la distinta motivación que puede aconsejar su regulación. En definitiva no se opone por esta Confederación ningún obstáculo a su ofrecimiento gratuito al usuario pero no ha de incluirse de modo predefinido sin el conocimiento y consentimiento expreso de éste.

En virtud de lo expuesto,

---

<sup>8</sup> Sobre los contratos ligados y el Derecho de la competencia cfr. BERCOVITZ ALVAREZ, G. en *VVAA, Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, Navarra, 1999, pp. 1215-1245

<sup>9</sup> RIZZO, V. *Le clausule abusive nell'esperienza tedesca, francese, italiana e nella prospettiva comunitaria*, Camerino-Napoli, 1994, pp.549 y ss.



SUPLICO: Se tenga por presentado este escrito con las alegaciones formuladas en su cuerpo y en mérito al mismo por informado el contrato tipo presentado manifestando la expresa oposición de esta Confederación a su aprobación en los términos presentados.

Así se espera alcanzar, en Madrid, a 10 de marzo de 2006.

Eugenio Ribón Seisdedos  
Servicios Jurídicos de CEACCU