

Telefonía Móvil

El Instituto Nacional del Consumo no autoriza la utilización de elementos de su imagen corporativa en las relaciones contractuales

De conformidad con lo previsto en el Plan de actuación en materia de cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores, adoptado por la 13ª Conferencia Sectorial de Consumo, y el protocolo para su ejecución, la Comisión de Cooperación de Consumo, a propuesta del Grupo de Trabajo de Normativa, acordó la aplicación de dicho Plan al sector de la telefonía -móvil-.

De conformidad con lo previsto en el apartado b.3 del protocolo para la ejecución del Plan de actuación, se procedió al análisis de un número significativo de las condiciones generales existentes en el mercado.

Constituida la Comisión Asesora en materia de cláusulas abusivas en el sector de la telefonía el 3 de junio de 2002 -bajo la presidencia de la Directora General de Consumo y Comercio de la Comunidad de Castilla y León, en calidad de Presidenta del Grupo de Trabajo de Normativa de la Comisión de Cooperación de Consumo e integrada, como vocales permanentes, por los representantes designados al efecto por la Dirección General de Registros y del Notariado del Ministerio de Justicia, el Consejo de Consumidores y Usuarios, el Instituto Nacional del Consumo y el Grupo de Trabajo de Control de Mercado de la Comisión de Cooperación de Consumo y, como vocales ad hoc, por los representantes designados por la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información y, en representación del sector, por la Asociación española de Servicios de Telecomunicaciones (AEST), por la Asociación de Empresas Operadoras y de Servicios de Telecomunicaciones (ASTEL) y por la Asociación Nacional de Industrias Electrónicas y de Telecomunicaciones (ANIEL)- en sesión celebrada el 24 de febrero de 2003 se adopta el acuerdo de aprobar unas Recomendaciones, que, tras su adopción por el Grupo de Trabajo de Normativa, se someten a la consideración de la Comisión de Cooperación de Consumo.

Sometido el referido acuerdo a examen y consideración de la Comisión de Cooperación de Consumo, tras su debate y consideración, ésta adopta el dictamen de la Comisión asesora de cláusulas abusivas.

En consecuencia, de conformidad con lo acordado por la 117 Comisión de Cooperación de consumo en reunión celebrada el 27 de octubre de 2003, de acuerdo con el dictamen emitido por la Comisión Asesora de cláusulas abusivas se emite el siguiente

Informe:

I.- El presente dictamen se dicta en función del análisis efectuado por la Comisión de Cooperación de Consumo, sin perjuicio de la valoración que, en su caso, realicen las instancias judiciales, únicas a las que compete la declaración de nulidad de las cláusulas que se reputen abusivas, según dispone el artículo 10 bis, número 2, de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de Consumidores y Usuarios y de las funciones de calificación y control encomendadas a Registradores y Notarios.

II.- En la adopción del presente dictamen, de conformidad con lo acordado por la Comisión Asesora de cláusulas abusivas, se han tomado en consideración las siguientes circunstancias:

§ Que, de conformidad con lo previsto en el artículo 56.2 del Real Decreto 1736/1998, de 3 de julio, por el que se aprueba el Reglamento por el que se desarrolla el Título III de la Ley General de Telecomunicaciones en lo relativo al servicio universal de telecomunicaciones, a las demás obligaciones de servicio público y a las obligaciones de carácter público de los servicios y en la explotación de las redes de telecomunicaciones, los modelos de contrato-tipo utilizados por los operadores en la prestación de los servicios de telefonía fija y móvil han sido aprobados por la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información, antes, por la Secretaría General de Comunicaciones, habiéndose tenido en cuenta el Informe preceptivo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones y las observaciones aportadas, en trámite de audiencia, por el Consejo de Consumidores y Usuarios

- Que la aprobación de tales contratos-tipo es anterior a la entrada en vigor 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 3 de julio, por el que se aprueba el Reglamento por el que se desarrolla el Título III de la Ley General de Telecomunicaciones
- Que, en consecuencia, es preciso que dichos modelos de contrato se adapten a lo dispuesto en la Orden de referencia en el menor plazo posible
- Que atendiendo a tal necesidad, a la luz del examen realizado en los modelos de contrato actualmente en vigor y sin perjuicio de que, según lo establecido en el número 1 del artículo 10 bis la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, “el carácter abusivo de una cláusula se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato y considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como todas las demás

cláusulas del contrato o de otro del que éste dependa”, se considera que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 10, 10 bis y Disposición Adicional Primera de la precitada Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, en orden a las futuras autorizaciones de modelos de contrato-tipo la Administración competente y de su elaboración por los operadores, deben tenerse en consideración las recomendaciones adoptadas por la Comisión de Cooperación de Consumo, en base al acuerdo adoptado por la Comisión Asesora en materia de cláusulas abusivas.

- Que siendo el objeto del presente Acuerdo los contratos tipo para la prestación del servicio de telefonía móvil, es relevante poner de manifiesto previamente las peculiaridades de este servicio, que hacen necesario diferenciar estas recomendaciones de las realizadas en el sector de la telefonía fija.

Partiendo de la base de que la regulación, tanto general como sectorial, aplicable a ambos servicios es la misma, ello no debe de ser óbice para que las diferencias entre los mismos no sean tenidas en consideración.

Las peculiaridades que se mencionan anteriormente son, principalmente: Ubicuidad, movilidad, personalidad, no vinculación de la numeración a una ubicación geográfica concreta y, en la mayoría de los casos: anonimato del cliente. Se trata pues de un servicio en el que la localización física del abonado no es requisito “sine qua non” para la prestación del servicio.

- Que asimismo, deben tenerse en cuenta las diferencias existentes entre las distintas formas de contratación de los servicios de prepago y de postpago. Así, el servicio de prepago, está caracterizado, en este momento, por dos circunstancias: anonimato del cliente en la mayoría de los casos y modalidad de pago anticipado a la prestación del servicio.

Atendiendo a tales consideraciones y de conformidad con lo informado por la Comisión Asesora en materia de cláusulas abusivas, la Comisión de Cooperación de Consumo considera que, en orden a adecuarse a lo previsto en el artículo 10, 10 bis y Disposición Adicional Primera de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de Consumidores y Usuarios, los contratos de los servicios de telefonía móvil, como mínimo, deben responder a los siguientes criterios:

Primero.- Incorporación

El contrato suscrito por los consumidores debe ser firmado por éstos, sin perjuicio de la aplicación de la normativa sobre contratación telefónica o electrónica y de aquellos supuestos de contratación en la

modalidad prepago. En este último supuesto, el operador garantizará al usuario de la fórmula prepago la entrega de las condiciones generales de prestación del servicio, para su conocimiento real y efectivo.

En efecto, de los artículos 5º.2 y 7º de la Ley 7/2.002, sobre Condiciones Generales de Contratación resulta que cuando el contrato no deba formalizarse por escrito basta con que el operador garantice al adherente la posibilidad de tomar real y efectivo conocimiento de las condiciones generales para que éstas se tengan por incorporadas.

Al mismo tiempo se plantea la necesidad de eliminar las estipulaciones que contengan declaraciones de conocimiento y aceptación del consumidor en relación con cláusulas que no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato.

Asimismo, se considera que las condiciones generales incorporadas al contrato no referidas estrictamente a la prestación del servicio telefónico, pueden incurrir en lo dispuesto en el número 20 de la Disposición Adicional Primera de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. Tal es el caso, por ejemplo, de las condiciones de compraventa del terminal, de las relativas a la cesión de datos personales, etc.

Según lo expuesto, cuando conjuntamente se comercialice el servicio y la transmisión del terminal, deben estar suficientemente diferenciadas las condiciones generales de prestación del servicio de aquéllas que, en su caso, se incorporen al contrato de adquisición del terminal.

Asimismo, se considera que tanto las condiciones generales como las particulares del contrato que se facilite a los consumidores deben tener un tamaño de letra que no dificulte su lectura y comprensión.

Segundo.- Concreción, claridad y sencillez en la redacción de las cláusulas

Es preciso realizar un esfuerzo para que la terminología utilizada a pesar de que tenga, en ocasiones, un carácter técnico, sea lo más divulgativa y clara posible, sin perder precisión.

A efectos de mayor claridad, se considera que en unas mismas condiciones generales no debiera utilizarse de forma indistinta las expresiones abonado, cliente y usuario, debiendo optarse por una de ellas u otra equivalente en aras a evitar confusiones.

Por otra parte, al definir las obligaciones de las partes no cabe el uso de términos genéricos e imprecisos, siendo exigible que éstas se establezcan con la mayor claridad y concreción.

Tercero.- Posibilidad de comprensión directa

Tal requisito exige que no se produzcan reenvíos a textos o cita de normas que no se faciliten previa o simultáneamente a la conclusión del contrato. De tales documentos deberá hacerse mención expresa en el contrato, garantizando su entrega efectiva a los usuarios mediante la firma en los Anexos de las partes o por cualquier otro sistema legalmente admisible que acredite tal circunstancia.

Cuarto.- Descripción de los servicios prestados

En el contrato deben especificarse los servicios que se contratan –ya sea en condiciones particulares, generales, en un Anexo, o en la información o manuales de utilización del servicio que se facilitan al cliente al inicio de la relación- y las concretas prestaciones que el operador se compromete a facilitar, en particular en relación con la cobertura geográfica del servicio.

En las condiciones generales en las que se prevean prestaciones futuras, debe quedar claro que cualquier nuevo servicio que pueda ser facilitado por el operador requerirá la aceptación expresa del consumidor.

En cualquier caso, se deben comunicar a los usuarios las modificaciones de precios de los servicios que les afecten y ello, sin perjuicio de que, según lo establecido en la normativa vigente, éstos se notifiquen con la antelación legalmente requerida a las Asociaciones de Consumidores y Usuarios y a la Administración competente

Quinto.- Calidad del servicio

Las condiciones generales en las que se aluda a criterios de calidad deben especificar aquellos que sean exigibles al operador, por previsión legal u obligacional.

Asimismo, el contrato deberá recoger el derecho del usuario a ser indemnizado por las interrupciones temporales del servicio telefónico, los importes de dichas indemnizaciones y los términos y condiciones en que se dará cumplimiento a esta obligación.

Sexto.- Comunicaciones entre las partes

En relación con las previsiones de las condiciones generales de la contratación en las que se exija comunicación a la contraparte, se considera que debe producirse el necesario equilibrio en los

requisitos formales exigibles a cada una de ellas. Así, si se exige del consumidor que las comunicaciones se realicen por un medio concreto, al operador debe exigírsele idéntico medio.

Cabría no obstante, que cautelarmente y como medida dictada en garantía de los usuarios de estos servicios, se les advirtiera de la conveniencia de que, a efectos de prueba y, en su caso, de responsabilidad se recomiende que las comunicaciones se realicen por cualquier medio que permita tener constancia de su recepción, especialmente en los supuestos de ejercicio del derecho de desconexión, suspensión e interrupción del servicio.

Es imprescindible, asimismo, que en los contratos se faciliten los datos completos de los operadores, incluida una dirección, a efectos de posibles notificaciones. Asimismo y a idénticos efectos, se facilitará al usuario un número de teléfono.

Resulta también indispensable que se establezcan fórmulas alternativas que garanticen, en su caso, que el usuario tenga constancia de las comunicaciones que realice al operador. En particular, deberán habilitarse mecanismos que permitan tener tal constancia en las comunicaciones que afecten a sus derechos.

Lo propio cabe señalar en relación con las reclamaciones, respecto de las cuales parece suficiente que se facilite una dirección y un número de teléfono para poder realizarlas, sin perjuicio de la habilitación de otros medios –correo electrónico, oficinas de atención, etc.-

Séptimo.- Plazo de iniciación del servicio

Se considera que –ya en condiciones particulares, ya en condiciones generales- debiera fijarse el plazo máximo en el que el operador se compromete a iniciar la prestación del servicio, sin que quepa establecer cláusulas que reserven al profesional un plazo insuficientemente determinado para aceptar o rechazar una oferta contractual o satisfacer la prestación debida, por ser éstas abusivas de conformidad con lo previsto en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

Octavo.- Contenido mínimo del contrato

Las condiciones generales incorporadas a los contratos que se celebren con los consumidores deben recoger, como mínimo, todos los derechos sectoriales específicos que la normativa vigente reconoce a los usuarios: derecho de desconexión; derecho de suspensión temporal del servicio; derecho de compensación por interrupción temporal; etc.

La incorporación del contenido de tales derechos en las condiciones generales de los contratos (o en cualquier otro documento, facturas, comunicaciones, etc.) debe producirse de forma que no se induzca a error sobre el contenido y alcance del derecho, por lo que no cabe realizar interpretaciones o síntesis que tengan tal efecto.

Noveno.- Precio de los servicios

Debe recogerse expresamente en la documentación facilitada al usuario junto con el contrato los precios de los servicios en el momento de contratar. De la entrega de dicha documentación debe dejarse constancia en el contrato o mediante su firma por las partes contratantes o por cualquier otro medio alternativo, según consta en este informe, sin perjuicio de la aplicación de la normativa relativa a la contratación telefónica y electrónica.

Como garantía complementaria para los usuarios y en reconocimiento del derecho que les asiste, debe establecerse la posibilidad de resolver el contrato como consecuencia de la modificación de precios realizada por el operador, a cuyo efecto podrá concedérsele un plazo para notificarle su voluntad en tal sentido. No obstante, se considera compatible con la legalidad vigente en materia de cláusulas abusivas la posibilidad de que, en condición predispuesta –que, en su caso, y para garantizar su conocimiento por el usuario debiera reiterarse en las notificaciones de las modificaciones de las tarifas-, se establezca que de no manifestar en el plazo que razonablemente se determine la voluntad del usuario de resolver el contrato, se entiende que éste opta por mantener su vigencia con los nuevos precios notificados.

Cabe señalar, asimismo que, de conformidad con lo dispuesto en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, la información que se facilite sobre el precio de los servicios debe incluir los impuestos con que se gravan.

Décimo.- Facturación y pago del servicio

Las condiciones generales no deben efectuar remisiones generales e imprecisas a los periodos en los que se procederá a la facturación, de forma que se habilite a la operadora, en virtud del contrato, a modificar, durante su vigencia, las fechas en las que se producirá esa facturación.

En este sentido se considera que, en orden a garantizar la certeza de la fecha en que se procederá al cobro, debe –bien en el contrato, bien mediante cualquier otro medio que posibilite al abonado tener constancia-, indicarse el momento – fecha, plazo o periodo- en el se cargará en cuenta la factura correspondiente a cada periodo de facturación.

Además de recoger las obligaciones legales o convencionales en relación con la facturación detallada, se considera que no cabe imponer al consumidor un modo único de pago, en este caso, mediante domiciliación bancaria, así como tampoco cabría negar la prestación del servicio a quien no acepte esta única fórmula de pago. Es preciso, en consecuencia, que los operadores habiliten medios alternativos –giro postal, cheque, ingreso en cuenta corriente del operador, etc.- a la domiciliación bancaria para el pago del servicio.

Debe garantizarse, asimismo, el derecho del usuario de la modalidad prepago a conocer el detalle de los consumos realizados, habilitando algún medio que posibilite el acceso a tal información, sin coste para el usuario.

Se manifiesta, por otra parte, la preocupación por la aparición, en condiciones generales, de referencias a terceros que, en beneficio del usuario, pagan al operador las facturas devengadas por aquél, al considerar que no siendo parte en el contrato huelga cualquier referencia a ellos.

En relación con el retraso en el pago, se considera que debe dejarse constancia, de un lado, de sus efectos y del procedimiento reglamentariamente previsto para que el operador pueda suspender o interrumpir el servicio; de otro, de que no procederá la suspensión ni interrupción cuando el usuario haya interpuesto reclamación por las vías reglamentariamente establecidas, siempre que haya consignando el importe adeudado y remita al operador el correspondiente resguardo del depósito y, por último, los servicios que pueden verse afectados por la suspensión y los que, ineludiblemente, debe garantizar el operador.

Al objeto de que, en su caso, el usuario pueda ejercitar este derecho reconocido por el artículo vigésimo segundo de la Orden de 14 de febrero de 2002, la Comisión considera que deben habilitarse mecanismos específicos de información al consumidor sobre el procedimiento para efectuar las consignaciones. Los operadores podrían facilitar al usuario una referencia sobre donde y cómo puede accederse a dicha información.

Por otra parte, no cabe establecer condicionamiento alguno al ejercicio del derecho del consumidor a la reclamación frente a la facturación en los términos legalmente previstos –garantizando el pago de las cantidades adeudadas mediante consignación- y el mantenimiento pleno de los servicios contratados, en particular al establecimiento de depósitos de garantía.

Resulta contrario al equilibrio exigible conforme a lo dispuesto en el artículo 10 bis de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, establecer consecuencias jurídicas o económicas para los supuestos de retraso en el cumplimiento de las obligaciones de una parte en el contrato, si no se prevén medidas recíprocas de contenido equivalente.

Por último, se señala que no cabe establecer por condición no negociada individualmente la existencia de un límite de crédito superado el cual el operador podrá emitir y poner al cobro, fuera de los períodos pactados, la correspondiente factura, por considerar que tal previsión supondría atribuir al operador la facultad de modificar unilateralmente las condiciones pactadas en el contrato. La existencia y, en su caso, cuantía de tales límites de crédito se considera que necesariamente deben ser objeto de negociación individual.

Undécimo.- Garantías

Las condiciones generales sobre depósitos de garantía deben especificar, de conformidad con lo previsto legalmente, los supuestos que dan derecho al operador a exigir la constitución de un depósito y su forma y procedimiento de constitución, cancelación y devolución, sin que quepa la exigencia de otras garantías que las permitidas legalmente.

Por otra parte, para que dichas condiciones generales sean compatibles con lo dispuesto en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios en materia de condiciones no negociadas individualmente y cláusulas abusivas, es preciso que, además, se recoja la cuantía máxima exigible y se especifiquen los efectos del incumplimiento del requerimiento de constitución.

Insistiendo, según se ha manifestado, en la necesidad de que se recoja expresamente las condiciones aplicables al contrato de prestación de servicios por aplicación de la normativa sectorial vigente, evitando las remisiones normativas.

Duodécimo.- Responsabilidad del prestador de servicios

En materia de responsabilidad del prestador del servicio la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios es taxativa, considerando abusivas las estipulaciones que:

- Excluyan o limiten de forma inadecuada los derechos legales del consumidor por incumplimiento total o parcial o cumplimiento defectuoso del profesional
- Excluyan o limiten la responsabilidad del profesional en el cumplimiento del contrato por los daños o por la muerte o lesiones causadas al consumidor, debidos a una acción u omisión por parte de aquél o la liberación de responsabilidad por cesión del contrato a tercero, sin consentimiento del deudor, si puede engendrar mermas de las garantías de éste.
- Impongan renunciaciones o limiten los derechos del consumidor.

En consecuencia, cualquier cláusula que exonere al profesional más allá de los supuestos expresamente previstos en la normativa vigente –incluida la interpretación unilateral de qué supuestos de hecho se encuentran incluidos en tales causas de exoneración- es considerada como abusiva y, por tanto, debe evitarse en la contratación con consumidores.

En este sentido, el operador no puede eludir la responsabilidad que le incumbe de cumplir el contrato en todos sus términos, en base a la actuación de terceros que actúan como sus mandatarios o representantes, no respetando los compromisos adquiridos por éstos, supeditando esos compromisos a determinadas formalidades o trasladando al consumidor las consecuencias de errores administrativos o de gestión que no le sean imputables. Todo ello, sin perjuicio de que los operadores se sirvan de distribuidores para contratar con los usuarios; para facilitar la accesibilidad a los servicios ofertados, etc.

Decimotercero.- Modificación del contrato

Cualquier modificación del contrato, incluido el precio–en los términos señalados en la Recomendación cuarta-, exige la notificación individualizada al usuario y el reconocimiento del derecho de éste a resolverlo; sin que, por otra parte, quepa atribuir al profesional la facultad para modificar unilateralmente el contrato.

Decimocuarto.- Resolución del contrato

Se considera abusivo facultar al operador a resolver el contrato fuera de los supuestos legalmente previstos.

En particular, no se puede facultar al operador a resolver el contrato fundamentándose en las actuaciones de terceros que actúen por cuenta de dicho operador, en cuanto que supone no respetar los acuerdos o compromisos adquiridos por éstos o supeditar tales compromisos al cumplimiento de determinadas formalidades o transmitir al consumidor errores administrativos o de gestión.

Asimismo, se considera que no cabe una exoneración genérica de responsabilidad del operador en los supuestos de resolución del contrato por pérdida de la licencia.

Decimoquinto.- Cesión del Contrato

Sin perjuicio de las previsiones relativas a la Cesión del Título habilitante, se consideran abusivas las cláusulas que limitan al consumidor el ejercicio del derecho a ceder su contrato, condicionándolo al

conocimiento y autorización del operador, cuando coexisten con cláusulas que prevén la cesión del contrato por el operador sin notificación al consumidor y sin su consentimiento. La convivencia de tales cláusulas evidencia un desequilibrio, en perjuicio del consumidor, de las obligaciones y derechos de las partes derivados del contrato.

Decimosexto.- Cesión de datos personales

Cuando, conforme a lo dispuesto en normativa de Protección de Datos de Carácter Personal, sea requerido el consentimiento expreso para la cesión de datos personales a terceros, éste no podrá realizarse por condición general.

Se considera que debe garantizarse que los usuarios puedan ejercitar sus derechos conforme a la normativa referente a protección de datos, en particular los derechos de acceso, rectificación y cancelación.

Decimoséptimo.- Fuero y Arbitraje

Se insiste en que resulta abusivo la previsión de pactos de sumisión expresa a Juez o Tribunal distinto del que corresponda al domicilio del consumidor o al lugar del cumplimiento de la obligación.

Asimismo, es abusiva la previsión de pactos de sumisión a arbitrajes distintos del de consumo, salvo que se trate de órganos de arbitraje institucionales.

Decimoctavo.-Contratación telefónica o electrónica con condiciones generales

Cuando el servicio se contrate telefónica o electrónicamente resulta de aplicación lo dispuesto en el Real Decreto 1906/1999, de 17 de diciembre, por el que se regula la contratación telefónica o electrónica con condiciones generales en desarrollo del artículo 5.3 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, de condiciones generales de la contratación, en el que se establecen sendos deberes de información previa y confirmación documental de la contratación efectuada, así como un derecho de resolución a favor del usuario. Todo ello, sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y del comercio electrónico y, en su caso, de ulteriores modificaciones de aquélla norma según lo señalado en la disposición final quinta de esta Ley.

III.- De conformidad con lo previsto en el Protocolo para la ejecución del “Plan de actuación en materia de cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores”, ratificado por la 14 Conferencia Sectorial de Consumo, se recomienda la inscripción en el Registro de Condiciones

Generales de la Contratación de los condicionados informados favorablemente por la Comisión de Cooperación de Consumo.