

Tesis Doctoral

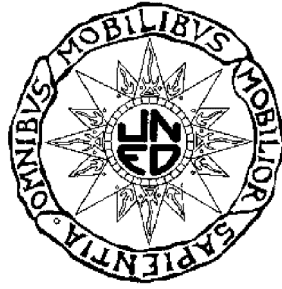
LOS SERVICIOS TELEFÓNICOS DE  
TARIFICACIÓN ADICIONAL  
(PREFIJOS 803/806/807/907)

Jesús Checa Bravo  
Licenciado en Derecho

Departamento de Derecho Civil  
Facultad de Derecho  
UNED

2011





Departamento de Derecho Civil  
Facultad de Derecho

# LOS SERVICIOS TELEFÓNICOS DE TARIFICACIÓN ADICIONAL (PREFIJOS 803/806/807/907)

Jesús Checa Bravo  
Licenciado en Derecho

Director de la Tesis: D. Carlos Lasarte Álvarez



## Agradecimientos

*Resulta ciertamente complicado para un jurista elaborar una tesis doctoral relacionada con el complejo mundo de las telecomunicaciones, por ello quisiera agradecer muy especialmente su ayuda a D. Francisco Iniesta Luján, primer Decano del Colegio Oficial de Ingenieros de Telecomunicaciones de la Región de Murcia desde su constitución en el año 2006 hasta mayo de 2009, por ayudarme a comprender su funcionamiento.*

*A mis compañeros y amigos Alicia Menéndez Menéndez, Secretaria de la Junta Arbitral Nacional de Consumo y Samuel Mier Álvarez, abogado, sin cuya ayuda no habría podido acceder a fuentes de información de imprescindible consulta, así como a la Dirección General de Consumo de la Región de Murcia.*

*Y finalmente a mi esposa e hijo por su comprensión, y a mi Tutor de doctorado y Director de tesis, D. Carlos Lasarte Álvarez, por su magisterio y el apoyo constante que me ha brindado.*



## ÍNDICE

<b>LISTA DE ABREVIATURAS Y SIGLAS.....</b>	<b>15</b>
<b>INTRODUCCIÓN.....</b>	<b>19</b>
<b>CAPÍTULO 1.- ANTECEDENTES Y LEGISLACIÓN APLICABLE .....</b>	<b>23</b>
<b>1.1.- GÉNESIS DE UN CONFLICTO DE CONSUMO.....</b>	<b>23</b>
<b>1.2.- PRIMERAS MEDIDAS ADOPTADAS POR LAS INSTITUCIONES EN 1992 Y 1993....</b>	<b>26</b>
1.2.1.- Medidas adoptadas por el Defensor del Pueblo y el Senado .....	26
1.2.2.- Medidas adoptadas por Telefónica. El corte del servicio a prestadores realizado el 3 de diciembre de 1992.....	28
1.2.3.- Medidas adoptadas por la Administración: la primera regulación de los servicios de tarificación adicional de 1993.....	31
1.2.3.1.- Instauración del derecho de desconexión a los servicios 903, pero no a los 906. La migración fraudulenta de unos a otros .....	32
1.2.3.2.- Aprobación de un denominado Código de Conducta cuya eficacia jurídica quedaba asociada a la autorización administrativa.....	35
1.2.3.3.- Imposición de un contrato tipo entre Telefónica y prestadores de servicios de tarificación adicional .....	37
<b>1.3.- LA LIBERALIZACIÓN DE LAS TELECOMUNICACIONES EN 1998 ESTABLECE UN NUEVO ESCENARIO .....</b>	<b>38</b>
1.3.1.- Liberalización y crisis del concepto de servicio público .....	39
1.3.2.- El proceso de liberalización de las telecomunicaciones en España.....	42
1.3.3.- La segunda regulación de los servicios de tarificación adicional de 1998.....	45
<b>1.4.- LA VIGENTE REGULACIÓN ADMINISTRATIVA DE LOS SERVICIOS DE TARIFICACIÓN ADICIONAL DE 2002.....</b>	<b>47</b>
1.4.1.- La prestación de los servicios de tarificación adicional a través de Internet como detonante de la nueva regulación y su reforma en 2004.....	48
1.4.2.- Una nueva numeración para los servicios de tarificación adicional: 803/806/807/907.....	51
1.4.3.- La reforma de 2008 para incluir mensajería premium y 905 .....	52
1.4.4.- La desidia de la administración por la protección de los consumidores.....	53
1.4.5.- Los Códigos de Conducta son Reglamentos nulos de pleno derecho.....	55
1.4.5.1.- Los Códigos de Conducta son Reglamentos.....	56
1.4.5.2.- Los Códigos de Conducta no son Reglamentos de sujeción especial.....	57
1.4.5.3.- Los Códigos de Conducta son Reglamentos de Consumo, no de Telecomunicaciones.....	58
1.4.5.4.- Los Códigos de Conducta son Reglamentos nulos de pleno derecho .....	60
1.4.5.5.- Los Códigos de Conducta podrían tener naturaleza jurídica de norma privada .....	63
<b>1.5.- LAS LEYES CIVILES DE APLICACIÓN A LOS SERVICIOS DE TARIFICACIÓN ADICIONAL .....</b>	<b>66</b>
1.5.1.- La legislación de protección de los consumidores.....	67
1.5.1.1.- El denominado Derecho del Consumo .....	68
1.5.1.2.- El vigente Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias de 2007 .....	70
1.5.1.3.- En especial, la normativa de contratación a distancia.....	72
1.5.2.- La legislación de comercio electrónico.....	74
1.5.2.1.- Principios básicos del comercio electrónico .....	76
1.5.2.2.- La Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico de 2002 .....	77
1.5.3.- La legislación de telecomunicaciones.....	79
1.5.3.1.- Los objetivos de la Ley General de Telecomunicaciones de 2003.....	80
1.5.3.2.- Los derechos de los consumidores y los servicios de tarificación adicional en la Ley General de Telecomunicaciones de 2003.....	81

<b>CAPÍTULO 2.- EL CONTRATO DE SERVICIO DE TARIFICACIÓN ADICIONAL .....</b>	<b>83</b>
<b>2.1.- CONCEPTO DE SERVICIO DE TARIFICACIÓN ADICIONAL.....</b>	<b>85</b>
2.1.1.- El concepto técnico de servicio telefónico .....	85
2.1.2.- El concepto de servicio telefónico básico .....	88
2.1.3.- El concepto de servicio universal .....	90
2.1.3.1.- Servicio telefónico básico .....	91
2.1.3.2.- El servicio de información .....	92
2.1.3.3.- Teléfonos públicos .....	93
2.1.3.4.- Prestaciones sociales .....	93
2.1.4.- El nuevo concepto de comunicación electrónica .....	93
2.1.5.- Los servicios de red inteligente o de tarifas especiales .....	96
2.1.5.1.- Concepto de servicios de red inteligente .....	96
2.1.5.2.- El funcionamiento de la red inteligente .....	97
2.1.5.3.- Tipos de servicios de red inteligente .....	98
2.1.6.- Los servicios de tarificación adicional .....	100
2.1.6.1.- Los conceptos reglamentarios de servicios de tarificación adicional .....	102
2.1.6.1.1 El concepto de la Orden PRE/361/2002, de 14 de febrero .....	102
2.1.6.1.2 El concepto de la Orden ITC/308/2008, de 31 de enero .....	103
2.1.6.1.3 El concepto del Real Decreto 1906/1999, de 17 de diciembre .....	104
2.1.6.2.- Tipos de servicios de tarificación adicional .....	105
2.1.6.3.- Los servicios de directorio o de información telefónica sobre números de abonados .....	107
2.1.6.4.- Una propuesta de concepto de servicio de tarificación adicional .....	108
<b>2.2.- EL ENTORNO CONTRACTUAL DEL SERVICIO DE TARIFICACIÓN ADICIONAL .....</b>	<b>112</b>
2.2.1.- El contrato de comunicación electrónica entre abonado y operador de acceso.....	113
2.2.1.1.- Concepto, naturaleza y características del contrato .....	113
2.2.1.2.- Las partes del contrato.....	115
2.2.1.2.1 El operador de acceso .....	116
2.2.1.2.2 El abonado .....	117
2.2.1.2.3 Abonado al servicio y abonado a la red .....	117
2.2.2.- El contrato de servicio de red inteligente entre prestador y operador .....	118
2.2.2.1.- Concepto, naturaleza, características y partes del contrato .....	119
2.2.2.2.- Obligado sometimiento a un Contrato-Tipo .....	120
2.2.2.3.- Contrato-Tipo, Contratos-Tipo y condiciones generales de contratación .....	121
2.2.2.4.- Contenido de los Contratos-Tipo .....	122
2.2.2.4.1 Los Códigos de Conducta como contenido obligatorio de los Contratos-Tipo .....	123
2.2.2.4.2 La asignación de numeración de red inteligente .....	124
2.2.2.4.3 El Fondo de Garantía y los depósitos.....	124
2.2.2.4.4 Otras cláusulas.....	125
2.2.3.- El cobro material del precio .....	126
2.2.3.1.- Naturaleza jurídica del cobro como comisión mercantil.....	126
2.2.3.2.- El cobro es una prestación más del contrato denominado Acuerdo General de Interconexión .....	129
2.2.3.3.- El contenido de la prestación de cobro del operador .....	131
2.2.3.3.1 Efectuar la recaudación.....	131
2.2.3.3.2 Rendir cuentas.....	133
2.2.3.3.3 El plazo para la rendición de cuentas.....	134
2.2.4.- La inexistencia de contrato entre consumidor abonado y operador de red inteligente .....	135
2.2.4.1.- La errónea apreciación de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones sobre la existencia de este contrato .....	136
2.2.4.2.- La errónea apreciación de la norma administrativa sobre la existencia de este contrato .....	138
<b>2.3.- CONCEPTO, NATURALEZA Y CARACTERÍSTICAS DEL CONTRATO DE SERVICIO DE TARIFICACIÓN ADICIONAL.....</b>	<b>139</b>
2.3.1.- La naturaleza del contrato como arrendamiento o compraventa.....	139
2.3.2.- Características generales del contrato .....	140



2.3.3.-	Características específicas del contrato.....	141
2.3.3.1.-	Contrato entre ausentes.....	142
2.3.3.1.1	El momento de celebración del contrato en la regulación anterior a 2002 .....	143
2.3.3.1.2	El momento de celebración del contrato en la vigente regulación.....	144
2.3.3.1.3	La contratación telefónica es contratación entre ausentes.....	146
2.3.3.2.-	Contrato a distancia.....	148
2.3.3.3.-	Contrato electrónico.....	150
2.3.3.4.-	Contrato automatizado, no automático.....	153
2.3.3.4.1	La contratación automática es una categoría diferente a la contratación electrónica.....	157
2.3.3.4.2	Contratación automatizada. Propuesta de una nueva categoría.....	160

**CAPÍTULO 3.- LA FORMACIÓN DEL CONTRATO DE SERVICIO DE TARIFICACIÓN ADICIONAL..... 163**

**3.1.- LA PUBLICIDAD DE LOS SERVICIOS DE TARIFICACIÓN ADICIONAL..... 163**

3.1.1.-	Concepto de publicidad y de comunicación comercial.....	164
3.1.2.-	La publicidad veraz de la legislación de protección de los consumidores.....	165
3.1.3.-	La publicidad ilícita de la Ley General de Publicidad de 1988 y su reforma de 2009 .....	167
3.1.3.1.-	Publicidad engañosa.....	169
3.1.3.2.-	Publicidad agresiva.....	171
3.1.4.-	La publicidad en la Ley de servicios de la sociedad de la información y del comercio electrónico de 2002.....	173
3.1.5.-	Requisitos específicos de la publicidad de servicios de tarificación adicional establecidos por los Códigos de Conducta.....	174
3.1.5.1.-	El precio del servicio como contenido obligatorio de la publicidad.....	174
3.1.5.2.-	La identificación del prestador como contenido obligatorio de la publicidad.....	175
3.1.5.3.-	Características esenciales del servicio.....	176
3.1.5.4.-	Requisitos formales de la publicidad en los Códigos de Conducta.....	177
3.1.6.-	La publicidad de servicios de tarificación adicional es oferta contractual.....	179
3.1.7.-	Propuesta de una nueva categoría para la publicidad que es oferta: la oferta comercial ..	181

**3.2.- LA INFORMACIÓN PRECONTRACTUAL..... 183**

3.2.1.-	Diferencias entre información precontractual, publicidad y oferta contractual.....	186
3.2.2.-	El contenido de la información precontractual.....	187
3.2.3.-	La forma de la información precontractual.....	191
3.2.4.-	La locución informativa como medio específico de proporcionar información precontractual en servicios de voz.....	193
3.2.4.1.-	Información sobre las características esenciales del servicio.....	193
3.2.4.2.-	Información sobre el precio.....	194
3.2.4.3.-	Información sobre la identidad del prestador.....	195
3.2.4.4.-	La insuficiente duración de la locución informativa.....	195
3.2.4.5.-	Periodo de guarda y gratuidad de la información.....	196
3.2.5.-	El “menú de inicio” como medio específico de proporcionar información precontractual en servicios por Internet.....	197
3.2.5.1.-	Información sobre servicio, precio y prestador.....	197
3.2.5.2.-	Información sobre trámites.....	199
3.2.5.3.-	La forma de la información de los servicios por Internet.....	200
3.2.6.-	La información precontractual en mensajería premium.....	201
3.2.7.-	La información precontractual en servicios de televoto.....	204
3.2.8.-	La locución informativa en el servicio de directorio 118AB.....	204
3.2.9.-	El propio número como medio de información.....	205
3.2.10.-	Nueva información precontractual en la Ley 17/2009 de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio.....	208

**3.3.- CONDICIONES GENERALES DE CONTRATACIÓN..... 211**

<b>CAPÍTULO 4.- LOS ELEMENTOS DEL CONTRATO DE SERVICIO DE TARIFICACIÓN ADICIONAL .....</b>	<b>217</b>
<b>4.1.- LOS SUJETOS DEL CONTRATO.....</b>	<b>218</b>
4.1.1.- El consumidor llamante como parte adquirente del contrato.....	219
4.1.1.1.- El concepto de consumidor en la legislación general de protección de los consumidores .....	219
4.1.1.2.- El concepto de consumidor en la legislación de telecomunicaciones.....	222
4.1.1.3.- El llamante consumidor.....	222
4.1.1.3.1 El llamante menor de edad.....	224
4.1.1.3.2 El llamante incapaz.....	226
4.1.1.3.3 El llamante ajeno al abonado.....	226
4.1.2.- El prestador del servicio de tarificación adicional.....	227
4.1.2.1.- El prestador en la legislación de protección de los consumidores.....	227
4.1.2.2.- El prestador en la regulación administrativa de los servicios de tarificación adicional.....	228
4.1.2.3.- Supuestos en que prestador y operador son la misma persona.....	228
4.1.3.- La identificación de las partes.....	230
4.1.3.1.- La identificación del prestador.....	231
4.1.3.2.- Publicidad registral específica de la identidad del prestador.....	232
4.1.3.3.- Identificación del consumidor.....	234
<b>4.2.- EL CONSENTIMIENTO CONTRACTUAL.....</b>	<b>235</b>
4.2.1.- Oferente y aceptante en contratación con consumidores.....	236
4.2.2.- Consentimiento expreso, explícito, previo e inequívoco.....	238
4.2.3.- Consentimiento informado.....	239
4.2.4.- El momento de celebración del contrato de servicio de tarificación adicional.....	241
4.2.4.1.- El consentimiento en la modalidad telefónica y de Internet se manifiesta mediante el silencio e inactividad del consumidor.....	241
4.2.4.2.- El consentimiento en la modalidad de mensajería premium.....	244
4.2.4.3.- El consentimiento en el contrato de servicio de directorio.....	246
4.2.5.- El lugar de celebración del contrato de servicio de tarificación adicional.....	246
<b>4.3.- OBJETO Y CONTENIDO DEL CONTRATO.....</b>	<b>248</b>
4.3.1.- El objeto del contrato y sus requisitos.....	248
4.3.2.- Los Códigos de Conducta integran el contenido del contrato en virtud del instituto jurídico de la buena fe objetiva.....	249
4.3.3.- Los Códigos de Conducta integran el contenido del contrato en virtud del instituto jurídico de la estipulación contractual en beneficio de tercero.....	251
4.3.4.- Contenidos específicos de los Códigos de Conducta.....	254
4.3.4.1.1 Servicios exclusivos para adultos.....	254
4.3.4.1.2 Servicios destinados a la infancia y juventud.....	255
4.3.4.1.3 Servicios de ocio y entretenimiento.....	256
4.3.4.1.4 Servicios profesionales.....	257
4.3.4.1.5 Otros servicios propios de mensajería premium.....	258
4.3.4.1.6 Servicio de directorio 118AB.....	259
<b>4.4.- EL PRECIO DEL CONTRATO.....</b>	<b>261</b>
4.4.1.- Precio global, precio parcial y tarifa telefónica.....	261
4.4.2.- El precio del servicio de tarificación adicional es libre.....	262
4.4.3.- Componentes de valor de una llamada de tarificación adicional.....	263
4.4.4.- Los requisitos del precio del servicio de tarificación adicional.....	265
4.4.5.- El pago del precio.....	266
4.4.5.1.- Las llamadas generan deudas de valor, no de valuta.....	266
4.4.5.2.- El vencimiento de la deuda se produce al mes de recibir la factura telefónica.....	267
4.4.5.3.- El desglose en factura es un medio administrativo de garantizar la liquidez de la deuda .....	268
4.4.5.4.- El incumplimiento del desglose impide al operador de acceso cobrar o cortar el servicio telefónico.....	270
4.4.5.5.- El mandato tácito de pago del llamante al abonado.....	272
4.4.5.6.- El pago de la deuda se realiza a tercero <i>adiectus solutionis causa</i> .....	273

<b>4.5.- LA FORMA DEL CONTRATO.....</b>	<b>274</b>
4.5.1.- La forma contractual en la legislación de protección de los consumidores.....	275
4.5.2.- La forma contractual en las modalidades electrónicas de tarificación adicional.....	277

## **CAPÍTULO 5.- INEFICACIA DEL CONTRATO Y RESPONSABILIDAD ..... 279**

<b>5.1.- NULIDAD Y ANULABILIDAD DEL CONTRATO .....</b>	<b>279</b>
5.1.1.- Nulidad y anulabilidad del contrato por ausencia de capacidad de obrar de menores y enajenados .....	280
5.1.2.- Anulabilidad por ausencia de consentimiento informado.....	282
5.1.3.- Anulabilidad por incumplimiento de las obligaciones de información precontractual.....	284
5.1.3.1.1 Omisión absoluta de la información .....	284
5.1.3.1.2 Omisión parcial de información .....	286
5.1.4.- Nulidad por existencia de delito, falta o causa torpe.....	286
<b>5.2.- LA DENUNCIA UNILATERAL.....</b>	<b>289</b>
5.2.1.- La denuncia unilateral en el contrato de comunicación electrónica.....	290
5.2.2.- La denuncia unilateral en el contrato de servicio de tarificación adicional .....	291
<b>5.3.- EL INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO.....</b>	<b>293</b>
5.3.1.- El impago del consumidor.....	294
5.3.1.1.- La acción de cobro del precio .....	294
5.3.1.2.- La suspensión del servicio de tarificación adicional .....	296
5.3.1.2.1 La suspensión del servicio telefónico .....	296
5.3.1.2.2 Régimen de la suspensión del servicio telefónico.....	297
5.3.1.2.3 La suspensión del servicio de tarificación adicional por impago es una extralimitación reglamentaria, y además, absurda .....	298
5.3.1.3.- La ilegalidad de utilizar los depósitos de garantía para cobrar las deudas de los consumidores por utilización de servicios de tarificación adicional .....	300
5.3.2.- El incumplimiento del prestador.....	301
5.3.2.1.- Facturación sin suministro de servicio por ausencia de llamada .....	301
5.3.2.1.1 La carga de prueba sobre la realización de las llamadas corresponde al operador cuando no factura conforme a la normativa.....	302
5.3.2.1.2 La carga de prueba sobre la realización de las llamadas corresponde al consumidor abonado cuando el operador factura conforme a la normativa .....	304
5.3.2.2.- Incumplimiento parcial.....	307
5.3.2.3.- Incumplimiento de obligaciones postcontractuales .....	309
5.3.2.4.- La Orden PRE/361/2002, de 14 de febrero, no puede exigir al operador de acceso que devuelva al consumidor los importes que ha cobrado como mandataria del prestador.....	310
<b>5.4.- RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DE LOS OPERADORES DE TELECOMUNICACIONES .....</b>	<b>313</b>
5.4.1.- Responsabilidad “in vigilando” .....	315
5.4.1.1.- Responsabilidad in vigilando en la legislación de protección de consumidores .....	315
5.4.1.2.- Responsabilidad <i>in vigilando</i> en la legislación de comercio electrónico .....	316
5.4.1.3.- Responsabilidad in vigilando en la normativa de servicios de tarificación adicional ..	318
5.4.2.- Responsabilidad por riesgo .....	320
<b>5.5.- RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DE PADRES Y TUTORES .....</b>	<b>323</b>
5.5.1.- Responsabilidad por llamadas de incapaces.....	324
5.5.2.- Responsabilidad por llamadas de menores capaces .....	325
5.5.3.- Responsabilidad por llamadas de capaces mayores de edad.....	326

## **CAPÍTULO 6.- MECANISMOS ADMINISTRATIVOS DE PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR ANTE SERVICIOS DE TARIFICACIÓN ADICIONAL ..... 327**

<b>6.1.- EL RÉGIMEN ADMINISTRATIVO DE ACCESO A LOS SERVICIOS DE TARIFICACIÓN ADICIONAL.....</b>	<b>327</b>
---	------------

6.1.1.-	Existencia de un derecho de los abonados al libre acceso a todas las numeraciones .....	327
6.1.2.-	El derecho de libre acceso a numeraciones puede ser restringido, pero sólo excepcionalmente y por interés público .....	328
6.1.3.-	Las dos modalidades de restricción de acceso a numeraciones .....	331
6.1.3.1.-	El derecho de desconexión .....	332
6.1.3.1.1	Sujetos y objeto del derecho de desconexión .....	332
6.1.3.1.2	Contenido y formalidades del derecho de desconexión .....	333
6.1.3.1.3	Información sobre el derecho de desconexión.....	334
6.1.3.2.-	El derecho de suscripción .....	336
6.1.3.2.1	Sujetos y objeto del derecho de suscripción.....	336
6.1.3.2.2	Contenido y formalidades del derecho de suscripción.....	337
<b>6.2.-</b>	<b>EL SISTEMA ARBITRAL DE CONSUMO.....</b>	<b>337</b>
6.2.1.1.-	El Sistema Arbitral de Consumo ofrece un arbitraje institucional a lo largo de todo el territorio nacional.....	338
6.2.1.2.-	Las Ofertas Públicas de Adhesión-OPA's- y las OPA's de Telefónica de los años 1989, 1993 y 2003 .....	341
6.2.1.2.1	Naturaleza jurídica negocial y no procesal de las ofertas y del arbitraje.....	342
6.2.1.2.2	Requisitos de la oferta pública de adhesión al sistema arbitral de consumo .....	343
6.2.1.2.3	La reciente adecuación del régimen legal español de ofertas públicas de adhesión al ordenamiento comunitario.....	343
6.2.1.2.4	Las ofertas públicas de adhesión limitadas y las ofertas de Telefónica de España SA de 1989, 1993 y 2003.....	346
6.2.1.3.-	El arbitraje de consumo es un arbitraje de equidad .....	348
<b>6.3.-</b>	<b>LA OFICINA NACIONAL DE ATENCIÓN AL USUARIO DE TELECOMUNICACIONES .....</b>	<b>351</b>
6.3.1.-	La naturaleza jurídica del procedimiento administrativo de reclamaciones en esta materia es la de un mero informe no vinculante.....	353
6.3.2.-	El arbitraje de consumo y el procedimiento administrativo son vías totalmente independientes.....	357
6.3.3.-	El procedimiento arbitral es un mecanismo más accesible y eficaz que el procedimiento administrativo.....	358
<b>6.4.-</b>	<b>LA COMISIÓN DE SUPERVISIÓN DE LOS SERVICIOS DE TARIFICACIÓN ADICIONAL .....</b>	<b>359</b>
6.4.1.1.1	La Comisión no es una Agencia.....	360
6.4.1.1.2	La Comisión no es una Administración independiente.....	361
6.4.1.1.3	La Comisión es un órgano colegiado de control administrativo al que se ha dotado ilegalmente de potestad reglamentaria .....	363
<b>6.5.-</b>	<b>LA RETIRADA DE LA NUMERACIÓN.....</b>	<b>364</b>
6.5.1.-	La naturaleza jurídica pública de la numeración.....	365
6.5.2.-	La concesión administrativa de numeraciones .....	368
6.5.2.1.-	La asignación de numeraciones .....	369
6.5.2.2.-	Propuesta de una nueva categoría, la designación de numeraciones .....	370
6.5.2.3.-	La subasignación de numeraciones.....	371
6.5.3.-	Retirada de numeración a servicios de tarificación adicional.....	372
6.5.3.1.-	La retirada de numeración no es una sanción administrativa.....	372
6.5.3.2.-	La retirada de la numeración es una modificación o revocación de la concesión administrativa.....	373
6.5.3.3.-	Retirada de numeración en servicios de voz e Internet.....	375
6.5.3.4.-	Retirada de numeración en servicios de mensajería premium .....	377
<b>7.-</b>	<b>CONCLUSIONES .....</b>	<b>379</b>
<b>8.-</b>	<b>BIBLIOGRAFÍA .....</b>	<b>383</b>

<b>9.- APÉNDICE DOCUMENTAL .....</b>	<b>415</b>
<b>9.1.- EVOLUCIÓN NORMATIVA DEL RÉGIMEN DE PRECIOS Y TARIFAS EN RELACIÓN A LOS SERVICIOS DE TARIFICACIÓN ADICIONAL .....</b>	<b>415</b>
<b>9.2.- TEXTO DEL CONTRATO TIPO PARA LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE VALOR AÑADIDO DE TARIFICACIÓN ADICIONAL DE 1993.....</b>	<b>421</b>
<b>9.3.- TEXTO DEL CÓDIGO DE CONDUCTA DE 20 DE ENERO DE 1994 PARA LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS TELEFONICOS DE VALOR AÑADIDO CON TARIFICACION ADICIONAL (LINEA 903-906) .....</b>	<b>427</b>



## LISTA DE ABREVIATURAS Y SIGLAS

3G	Tercera generación de telefonía móvil
AC	Revista Aranzadi Civil
ADC	Anuario de Derecho Concursal
ADSL	Asymmetric Digital Subscriber Line (línea de abonado digital asimétrica)
AEPD	Agencia Española de Protección de Datos
AGI	Acuerdo General de Interconexión
AJA	Actualidad Jurídica Aranzadi
AC	Aranzadi Civil
ADC	Anuario de Derecho Civil
AJADA	Anuario Justicia Alternativa. Derecho Arbitral
AN	Audiencia Nacional
ANR	Autoridad Nacional de Reglamentación
AP	Audiencia Provincial
BDB	Base de Datos Bosch-on line
Bit	Binary digit, unidad mínima de información que pueden reconocer los ordenadores (Byte, 8 bits)
BOCG	Boletín Oficial de las Cortes Generales
BOE	Boletín Oficial del Estado
BOGC	Boletín Oficial de la Generalitat de Cataluña
BORM	Boletín Oficial de la Región de Murcia
Bps	Bits por segundo, medida de la velocidad de transmisión de datos.
CA	Comunidad Autónoma
Cc	Código Civil
CCAA	Comunidades Autónomas
Cco	Código de Comercio
CDGAE	Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos
CDUSCE	Real Decreto 899/2009, de 22 de mayo, por el que se aprueba la carta de derechos del usuario de los servicios de comunicaciones electrónicas.
CE	Comunidad Europea
Ce	Constitución Española
CEE	Comunidad Económica Europea
Cfr.	Confróntese
CGC	Condiciones generales de contratación
CMT	Comisión del Mercado de Telecomunicaciones
CNUDMI	Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional
CSSTA	Comisión de Supervisión para los Servicios de Tarificación Adicional
CTNE	Compañía Telefónica Nacional de España
DA	Disposición Adicional
DOCE	Diario Oficial de las Comunidades Europeas
DSL	Digital Subscriber Line (línea de abonado digital)
DT	Disposición Transitoria
EC	Estudios sobre Consumo
EDI	Electronic Data Interchange, intercambio electrónico de datos
Ej	Ejemplo
Gb	Gigabytes (1.000 megabytes)
GPRS	General Packet Radio Service (servicio general de radio por paquetes)
GSM	Global System for Mobile Communications (sistema global para las comunicaciones móviles)
IARN	Internacional Audiotext Regulators Networks

*Lista de abreviaturas y siglas*

IMT-2000	International Mobile Télécommunications 2000, (telecomunicaciones móviles internacionales-2000)
INC	Instituto Nacional del Consumo
IP	Internet Protocol, protocolo de Internet
JAC	Junta Arbitral de Consumo
JUR	Jurisprudencia Aranzadi
Kb	Kilobyte (1024 bytes)
LGDCU	Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios
LGT	Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones
LMDS	Local Multipoint Distribution Service (sistema de distribución local multipunto)
LOCM	Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista
LRJ-PAC	Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común
LSSICE	Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico
Mb	Megabytes (1000 kilobytes)
Mbps	Mega bits por segundo
MMS	Multimedia Message Service (servicio de mensajería multimedia)
OIR	Oferta de Interconexión de Referencia
OM	Orden Ministerial
OMC	Organización Mundial del Comercio
Op. cit.	Obra citada
OPA	Oferta Pública de Adhesión al arbitraje de consumo
P. ej.	Por ejemplo
P.	Página
PLC	Power Line Communications (comunicaciones mediante línea de energía)
Pp.	Páginas
PTR	Punto de terminación de red
RAP	Revista de Administración Pública
RCE	Revista de la Contratación Electrónica
RD	Real Decreto
RDBB	Revista de Derecho Bancario y Bursátil
RDN	Revista de Derecho Notarial
RDSI	Red Digital de Servicios Integrados
REDA	Revista Española de Derecho Administrativo
REDETI	Revista del Derecho de las Telecomunicaciones e Infraestructuras en Red
REDI	Revista Electrónica de Derecho Informático
RGD	Revista General del Derecho
RI	Red inteligente
RJ	Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi
RLL	La Ley, Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía
RTC	Red telefónica conmutada
RTD	Red telefónica digital
RVDPA	Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje
SA	Sociedad Anónima
SAC	Sistema Arbitral de Consumo
SAN	Sentencia de la Audiencia Nacional
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
SETSI	Secretaría de Estado de las Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información.
SMS	Short Message Service (servicio de mensaje corto)
Ss.	Siguientes
STA	Servicio de tarificación adicional
STB	Servicio telefónico básico
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TC	Tribunal Constitucional
TDC	Tribunal de Defensa de la Competencia
TESAU	Telefónica de España S.A.U.
TIC	Tecnologías de la Información y la Comunicación
TMA	Telefonía Móvil Automática



*Lista de abreviaturas y siglas*

TME	Telefónica Móviles de España S.A.
TRAC	Telefonía Rural de Acceso Celular
TRLGDCU	Texto Refundido de la Ley General para la Defensa los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias de 2007, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre.
TS	Tribunal Supremo
TSJ	Tribunal Superior de Justicia
TV	Televisión
UE	Unión Europea
UIT	Unión Internacional de Telecomunicaciones
UMTS	Universal Mobile Telecommunications System (sistema universal de telecomunicaciones móviles)
UNCITRAL	United Nations Commission on International Trade Law, Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI)
UNIDROIT	Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado
UT	Unidad de tarificación
Vid.	Véase
VoIP	Voice over Internet Protocol (voz sobre Protocolo de Internet), transmisión de llamadas telefónicas a través de Internet.
www	World Wide Web (tela de araña mundial)

*Lista de abreviaturas y siglas*

## INTRODUCCIÓN

A partir del año 1992, el avance tecnológico de las telecomunicaciones permitió el despliegue de una nueva modalidad de prestación y cobro de servicios a través del teléfono, los servicios de tarificación adicional, cuyo más conocido exponente fueron los denominados y ya desaparecidos “teléfonos eróticos con prefijo 903”.

Precisamente éstos provocaron un conocido conflicto social derivado fundamentalmente de que los menores e incapaces accedían a los mismos libremente y sin conocimiento de los padres o tutores, generando además unas llamadas con un coste económico desorbitado en comparación con las tarifas ordinarias.

Las medidas y regulaciones administrativas que progresivamente se han establecido desde entonces han resultado inadecuadas, ya que apenas reglamentada una de sus modalidades y reconducido el conflicto, surgía al poco tiempo otra modalidad similar para la que las precedentes resultaban insuficientes.

Así es como del conflicto regulado en 1993 derivado de los prefijos 903 se pasó al regulado en 1998 derivado de los 906; a éste le sustituyó en protagonismo el derivado de conexiones fraudulentas a Internet regulado en 2002 y 2004 y actualmente es el derivado de descargas mediante mensajes de telefonía móvil el que ocupa la atención general en la materia, regulado entre 2008 y 2009.

Considerando que este permanente estado de conflicto en el sector y los evidentes perjuicios que sufrían familias y consumidores, junto con la consecuente necesidad de modificar o completar constantemente la regulación administrativa de telecomunicaciones vigente en cada momento, podían ser producto de un incorrecto enfoque con el que las autoridades se enfrentaban al fenómeno y que podían existir alternativas, elegí el tema para uno de los Trabajos de Investigación del Programa de Doctorado de Protección de Consumidor, que presenté y defendí en 2004. El presente estudio no es sino fruto del consejo de mi entonces Tutor y Director de esta Tesis, el profesor Lasarte, de la utilidad de profundizar en este camino, dado que son servicios utilizados diariamente por miles de consumidores.

El enfoque alternativo es el que ofrece el Derecho Civil de obligaciones y contratos, a su vez enmarcado en la órbita del denominado Derecho de Consumo, “materia de perfiles absolutamente poliédricos”<sup>1</sup> que nos ha

---

<sup>1</sup> CARLOS LASARTE ÁLVAREZ. *Manual sobre protección de consumidores y usuarios*. 3ª edición. Madrid: Dykinson, 2007, p. 5.

permitido aplicar su característico tratamiento interdisciplinar, desde el Derecho contractual civil al mercantil (contratos entre operadoras), desde el Derecho Administrativo general al específico en materia de Telecomunicaciones y de las leyes generales de protección del consumidor a las cada vez más numerosas normas especiales en esta materia.

El resultado final ha sido el manejo de información de muy variado signo, dificultando en ocasiones la reflexión y consideración crítica, por lo que hemos intentado tener constantemente presentes y como divisa de este trabajo las palabras de LAGUNA enfrentándose a los constantes y vertiginosos cambios legales del mundo de las telecomunicaciones estos últimos años, cuando afirma que el ordenamiento “ha de adaptarse, pero no deshacerse y construirse de nuevo con cada Ley...es necesario combatir un cada vez más extendido relativismo jurídico, que no cree en las categorías ni en las instituciones...frente a ello se alza el convencimiento de que la dogmática jurídica constituye un pilar fundamental para la defensa de los derechos de todos”<sup>2</sup>.

Como es de rigor, el análisis exige alcanzar un profundo conocimiento no sólo de la legislación de aplicación, hoy en día en permanente cambio, y especialmente en el ámbito de las telecomunicaciones<sup>3</sup>, sino también y principalmente, del complejo funcionamiento técnico de los servicios de tarificación adicional<sup>4</sup>.

El seguimiento del fenómeno desde su óptica social ha sido posible gracias al notorio rastro que ha dejado tanto en las hemerotecas como en las principales instituciones, muy especialmente el Defensor del Pueblo, Congreso y Senado, donde los debates, recomendaciones, mociones y actividad en general ha estado siempre en consonancia con la relevancia de la cuestión.

Pero no he podido contar con similar completitud en lo tocante a criterios de los operadores jurídicos. No son muchas las fuentes que se pueden consultar en materia de servicios de tarificación adicional, apenas media docena de trabajos doctrinales específicos y poco más de un ciento de sentencias judiciales.

La escasa cuantía económica de los litigios asociados a consumidores, motivo fundamental que dificulta su acceso generalizado a los Tribunales de Justicia, es en parte causante de una tradicional y generalizada ausencia de fuentes y material jurídico en la materia, y aunque afortunadamente esta tendencia se está invirtiendo estos últimos años con la aparición de numerosas obras y manuales en materia de consumo, sigue siendo la regla al menos en materia de servicios de tarificación adicional, cuya complejidad técnica contribuye además a vedar este terreno a los civilistas.

---

<sup>2</sup> JOSÉ CARLOS LAGUNA DE PAZ. *Telecomunicaciones: Regulación y Mercado*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2004, respectivamente pp. 22-23 y 96-100.

<sup>3</sup> “...vivimos, prácticamente, en un estado de permanente modificación del ordenamiento jurídico: se impide así que las normas arraiguen, que alcancen una cierta aceptación social y que consoliden líneas de comportamiento que puedan ofrecer una mediana consistencia”, SEBASTIÁN MARTÍN-RETORTILLO BAQUER. “De la simplificación de la Administración Pública”, *Revista de Administración Pública* nº 147, 1998, p. 12.

<sup>4</sup> El mundo de las telecomunicaciones es “...un terreno en el que abundan las nociones propias de las tecnologías empleadas en este sector, de difícil comprensión a veces para los juristas...”, CARMEN CHINCHILLA MARÍN Y MATILDE CARLÓN RUIZ, “Del servicio público al servicio universal de las telecomunicaciones”, en TOMÁS QUADRA-SALCEDO y FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, (Dtor). *Aspectos jurídicos de las telecomunicaciones*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2003, p. 188.

Esta escasez se ha intentado superar acudiendo a los criterios de instituciones jurídicas afines, como son los laudos dictados por las Juntas Arbitrales de Consumo y las numerosas Resoluciones de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, ésta un ejemplo de transparencia a seguir, ya que su Web permite acceder con facilidad al contenido de todas y cada una de los cientos de Resoluciones dictadas desde su entrada en funcionamiento allá por 1996.

Los servicios de tarificación adicional, como en general ocurre en el mundo de las telecomunicaciones, son rehenes de la tendencia actual de regular las relaciones contractuales de los usuarios con los operadores mediante normas administrativas. A veces con la necesaria habilitación legal, y otras al margen de la misma, cada vez la Administración de Telecomunicaciones regula más y más ámbitos propios de las relaciones contractuales entre abonados consumidores y operadores, fianzas, indemnizaciones por corte del servicio o desconexiones no habilitadas, etc., tendencia poco consecuente con el proceso de liberalización que se lleva a cabo en el sector.

Pero lo que entendemos más distorsionador es el hecho de que esta tendencia acaba por sustituir las tradicionales figuras contractuales, dotadas de su correspondiente acervo doctrinal y jurisprudencial, por nuevas creaciones administrativas huérfanas de precedentes que, atacando un problema muy concreto, introducen a medio y largo plazo mil interrogantes en el correspondiente régimen jurídico. Hemos detectado este fenómeno constantemente, valga como ejemplo más significativo el denominado “desglose” de la factura telefónica, que no es sino un medio de formalizar la liquidez civil de una deuda.

Ponerlo en evidencia permite reconducir las dudas interpretativas hacia el derecho contractual civil, ofreciendo más coherencia al ordenamiento que si se resolviesen teniendo en cuenta exclusivamente las normas administrativas de telecomunicaciones, asociadas, pero alejadas en su finalidad teleológica del fenómeno contractual.

Y en consonancia con ello, consideramos que un desarrollo reglamentario de la legislación contractual, aunque provenga de la Administración de Telecomunicaciones, sigue siendo Derecho Civil, no Derecho Administrativo (lo que no es poco), y que con tal planteamiento debe elaborarse e interpretarse. En particular, intentamos en la tesis poner en su justo lugar a la normativa reglamentaria cuando se dicta al margen de habilitación legal y consigue relegar ilegítimamente al Derecho Civil de la solución diaria de conflictos jurídicos en materia contractual.

Aunque no resulta muy habitual en los comentarios doctrinales en materia de Consumo encontrar este enfoque metodológico por exigencias prácticas ineludibles<sup>5</sup>, hemos estudiado el contrato de servicio de tarificación adicional con consumidores utilizando como esqueleto sistemático el esquema

---

<sup>5</sup> Señala BUSTO que en las obras de Derecho de Consumo se echa en falta un tratamiento global y unitario de la materia en el que se sistematice su estudio de conformidad con la dogmática propia del Derecho de obligaciones y contratos y no de manera fragmentaria, estudiando Ley a Ley, disposición normativa a disposición normativa. JOSÉ MANUEL BUSTO LAGO (Coord), NATALIA ÁLVAREZ LATA y FERNANDO PEÑA LÓPEZ. *Reclamaciones de Consumo. Derecho de consumo desde la perspectiva del consumidor*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2005, p. 45.

expositivo tradicional de los elementos contractuales, acompañados con las nuevas categorías que han introducido las leyes de protección de consumidores, la publicidad y la información precontractual, huyendo conscientemente de utilizar la sistemática de la propia normativa reguladora.

Con estas premisas, los diversos capítulos de la tesis se abren con el dedicado al relato de los acontecimientos y conflicto social que originaron el nacimiento de estos servicios, así como los antecedentes normativos y legislación vigente, para posteriormente analizar el contrato celebrado mediante la llamada telefónica que liga al consumidor con el prestador de servicios de tarificación adicional, identificado como un contrato distinto del contrato telefónico o de comunicación electrónica que sirve de soporte al primero, ambos con objetos, partes y precios totalmente diferenciados, ya que la inmensa mayoría de operadores jurídicos se han enfrentado a los conflictos derivados de estos servicios como si en cada llamada, en vez de dos contratos, se manifestase exclusivamente uno, con resultados claramente insatisfactorios para consumidores y familias, aunque no para prestadores y operadores de telecomunicaciones.

Este planteamiento, del que se ha encontrado reflejo en algunas sentencias y laudos y en la propia normativa administrativa, permite enfrentarse a los conflictos que generan los servicios de tarificación adicional con equidad para los intereses de todas las partes implicadas, como confiamos acreditar.

En definitiva, hemos construido una tesis por la que, tras constatar la insuficiencia y deficiencias de la vigente regulación en la materia, proponemos tanto reformas normativas como un nuevo enfoque con el que abordar los conflictos que permita obtener resultados más equitativos respecto de todos los intereses en juego.

## **CAPÍTULO 1.- ANTECEDENTES Y LEGISLACIÓN APLICABLE**

El 27 de junio de 1992 apareció en el periódico El País una noticia cuyo titular rezaba “fuertes subidas en los recibos del teléfono por las llamadas a la línea erótica”. El día 9 de julio de 2010 aparece publicada en ABC digital una noticia similar, “un nuevo timo: el SMS que te manda el banco al móvil”<sup>6</sup>.

Los denominados servicios de tarificación adicional generaron en 1992 un conocido y bien documentado conflicto social, y aún hoy en día continúan generando problemas a los consumidores y ocupando titulares de prensa y de otros medios de comunicación, aunque como veremos, con diferentes intensidades a lo largo del tiempo.

### **1.1.- GÉNESIS DE UN CONFLICTO DE CONSUMO**

Los servicios de tarificación adicional comenzaron a funcionar en España en enero de 1992<sup>7</sup>. La modalidad que tuvo más éxito fueron los denominados teléfonos eróticos, aunque también resultaron muy conocidos los adivinatorios y los de “party line” o “chat” que permitían hablar a varias personas a la vez<sup>8</sup>. La forma de acceso a los mismos era simple, marcando un número telefónico con prefijo 903, pero el coste de la llamada era desorbitado en comparación con las tarifas a las que estaba acostumbrado el usuario.

Estos servicios están implantados por toda Europa<sup>9</sup>, de hecho existe desde 1995 una entidad internacional en la que se encuentran integrados 22

---

<sup>6</sup> Respectivamente, hemeroteca vía Internet del periódico El País, búsqueda realizada a lo largo de 2005; y <http://www.abc.es/20100709/sociedad/nuevo-timo-201007091242.html> consulta realizada el 23-9-2010.

<sup>7</sup> Así lo afirma ELENA SALGADO MÉNDEZ, entonces Secretaria General de Comunicaciones, en la comparecencia ante la Comisión de Obras Públicas, Ordenación del Territorio y Medio Ambiente, Urbanismo, Transportes y Comunicaciones del Senado celebrada el 16-12-1993, Diario de Sesiones del Senado, Comisiones, nº 52, p. 2.

<sup>8</sup> ELENA SALGADO MÉNDEZ, en la comparecencia ante el Senado citada *supra*, afirmó que “obtienen una aceptación popular muy superior a la prevista... particularmente en dos de los servicios, los que se denominan “party line” o multiconferencia y los servicios eróticos o “líneas calientes...”

<sup>9</sup> Cfr. LANDWELL, ABOGADOS Y ASESORES FISCALES. *Servicios de tarificación adicional. Problemática y nueva regulación.* En Internet, [http://www.landwellglobal.com/es/esp/sp\\_downloads/Informe\\_tarificacion\\_adicional.pdf](http://www.landwellglobal.com/es/esp/sp_downloads/Informe_tarificacion_adicional.pdf). Sin fechar, probablemente de 2005, p. 20. Consulta realizada el 15-5-2007. En especial, cita el caso del Reino Unido, donde se ha regulado recientemente este sector, que en 2003 ingresó 850 millones de libras y provocado entre agosto de 2003 y julio de 2004 unas 60.000 reclamaciones.

países en 2010, la IARN, Internacional Audiotext Regulators Networks<sup>10</sup>, dedicada, entre otros fines, a la erradicación de las malas prácticas en el sector de los *Premium Rate Services*<sup>11</sup>.

El servicio telefónico en 1992 se consideraba legalmente un servicio público y se prestaba en régimen de monopolio por Telefónica de España SA, hoy Telefónica SAU, si bien un monopolio ya inmerso en los prolegómenos de un inminente proceso de liberalización que se iniciaría formalmente en 1998. Este régimen contribuyó sin duda a la situación ciertamente confusa que produjo en el mercado la aparición de los servicios de tarificación adicional. Y es que las apariencias hacían creer que Telefónica, empresa titular del monopolio, era la prestadora de los servicios obtenidos mediante marcación de números con prefijo 903.

Aunque esta nueva forma de prestación de servicios tenía y tiene algunas ventajas<sup>12</sup>, diversos factores contribuyeron a los nefastos efectos que provocó en muchas familias españolas:

- Como hemos adelantado, aparecía como un servicio telefónico generado desde el propio monopolio cuando verdaderamente era ofrecido por terceros ajenos al mismo, cuyas identidades eran desconocidas para el consumidor<sup>13</sup>.

- La publicidad incitaba a la marcación de los números sin que fuese acompañada de una información exacta de coste y consecuencias.

- Las técnicas de atención enganchaban al consumidor al teléfono durante largas conversaciones generando en algunos casos facturaciones millonarias en las antiguas pesetas, resultando particularmente afectado el sector de la población menor de edad tanto por los contenidos como por los resultados.

- La accesibilidad del teléfono y la prestación de estos servicios las 24 horas del día facilitaban el que algunos menores de edad hiciesen, más que uso, abuso del mismo, y tuviesen fácil acceso a contenidos exclusivamente reservados para los adultos.

- No existía entonces facturación detallada, por lo que no se podía conocer con certeza el origen del consumo desorbitado que reflejaba el monto del recibo.

- Y cuando se conocía tal origen, magnificaba el problema el hecho de que padres y tutores conocieron la existencia de estos nuevos servicios mucho después de que lo hiciesen los menores. Las facturaciones se emitían bimestralmente, por lo que cuando una familia era consciente de lo que estaba

---

<sup>10</sup> <http://www.iarn.org/>, consulta realizada el 30.10.2007.

<sup>11</sup> España no se integró hasta 2010. Cfr. EUGENIO RIBÓN SEISDEDOS. *Los Cuadernos de CEACCU N° 3. Los servicios de tarificación adicional*. Madrid: Confederación Española de Organizaciones de Amas de Casa, Consumidores y Usuarios., 2004, pp. 5-6.

<sup>12</sup> Es evidente la comodidad, seguridad y discreción que ofrece la forma de pago mediante la factura telefónica, como se señala en LANDWELL, ABOGADOS Y ASESORES FISCALES. *Servicios de tarificación adicional. Problemática y nueva regulación*. En Internet, [http://www.landwellglobal.com/es/esp/sp\\_downloads/Informe\\_tarificacion\\_adicional.pdf](http://www.landwellglobal.com/es/esp/sp_downloads/Informe_tarificacion_adicional.pdf). Sin fechar, probablemente de 2005, p. 11. Consulta realizada el 15-5-2007.

<sup>13</sup> EUGENIO RIBÓN SEISDEDOS destaca que la opacidad en información sobre precios e identificación de los prestadores ha sido siempre el caballo de batalla de las asociaciones de consumidores. *Los Cuadernos de CEACCU N° 3. Los servicios de tarificación adicional*. Madrid: Confederación Española de Organizaciones de Amas de Casa, Consumidores y Usuarios, 2004, pp.16-17.



ocurriendo, ya podían haber transcurrido hasta 60 días de utilización de estos servicios, con el evidente incremento de consumo telefónico que se habría minimizado con períodos de facturación inferiores.

- Por último, el impago de las facturas por la imposibilidad material de muchas familias de hacer frente a tales cantidades, generaba cortes del servicio telefónico, y ante la inexistencia de operador telefónico alternativo, se privaba a los ciudadanos del acceso a un servicio esencial.

En el mes de mayo de 1992 se presentaron formalmente las primeras quejas ciudadanas, muchas veces con desconocimiento de lo que realmente ocurría y simplemente motivadas por el exagerado monto del recibo telefónico girado<sup>14</sup>, y aunque las dimensiones reales de aquel conflicto son difíciles de determinar, dado que muchos usuarios no se plantearon la vía de la reclamación y se limitaron a pagar y controlar internamente el fenómeno en su hogar y con sus hijos, concluimos que entre los años 1992 y 1993 se debieron presentar en la Delegación del Gobierno en Telefónica del orden de las 10.000 reclamaciones en toda España motivadas exclusivamente en su funcionamiento<sup>15</sup>.

---

<sup>14</sup> ELENA SALGADO MÉNDEZ, en la comparecencia ante el Senado citada *supra*, afirmó que "...en mayo comienzan a aparecer las primeras quejas, referidas en un primer momento, puesto que esa era la primera consecuencia más visible, al incremento espectacular de los recibos telefónicos..." En la hemeroteca vía Internet del periódico El País he podido encontrar más de 30 titulares en ediciones del año 1992 referidos a este tema, de los que destacamos unos ejemplos. Búsqueda realizada a lo largo de 2005:

- 09- 01-1992-Un nuevo servicio telefónico permite a 10 personas charlar a la vez.-27-06-1992-Fuertes subidas en los recibos del teléfono por las llamadas a la 'línea erótica'.-06-08-1992-La publicidad de los teléfonos eróticos, denunciada ante el fiscal del Estado.  
-29-08-1992-Telefónica estudia un sistema para limitar el acceso de los particulares a las líneas eróticas.  
-22-09-1992-Un niño se pasaba nueve horas al día "haciendo amigos" a través del 903.  
-06-11-1992-El Defensor del Pueblo pide a Telefónica que regule las líneas eróticas.  
-21-11-1992-Las empresas españolas de audiotex que se dedican a la explotación de la línea 903 -ocupada en su 80% por servicios eróticos- mostraron ayer su grave preocupación por el desarrollo "desproporcionado" que ha tenido en España la llamada línea erótica, que en sus 10 primeros meses de existencia ha facturado 11.296 millones de pesetas. Los empresarios han anunciado que buscarán un antídoto contra las consecuencias que se están derivando de esta moda, que afecta especialmente a las conductas de jóvenes y a los bolsillos de las familias.  
-25-11-1992-Desmantelada una línea del 903 en Málaga por prostitución y corrupción de menores.  
-17-12-1992-Ingresa en prisión el director de la línea del 903 cerrada en Málaga por prostitución.-23-12-1992-Cruz Roja descuenta de la nómina de los soldados las llamadas a las líneas eróticas.  
-27-1-1993-La OCU se querrela contra Telefónica por estafa con las líneas 903  
-11-2-1993-Despedido por abusar del 903. El uso de una línea telefónica erótica dejó sin trabajo al vigilante de una urbanización.

<sup>15</sup> ELENA SALGADO MÉNDEZ, en la comparecencia ante el Senado citada *supra*, afirmó que se trataba de unas 2.000 reclamaciones por importe inferior a 200 millones de pesetas. Pero el Informe anual del Defensor del Pueblo de 1993 recoge información suministrada por la Delegación del Gobierno en Telefónica en relación a las reclamaciones de los usuarios por disconformidad con las cantidades facturadas. Consta cómo en el año 1991 se presentaron 4.516 reclamaciones y que en el año 1992 se duplicaron, elevándose la cifra hasta 9.384, tendencia alcista que se mantuvo durante 1993, año en que se presentaron 9.616 reclamaciones entre enero y septiembre, por lo que el resultado final del año natural sería aún más elevado, incremento que sólo pudo producirse en tal medida por los servicios de tarificación adicional. DEFENSOR DEL PUEBLO. *Informe Anual 1993*. Madrid: Publicaciones del Congreso de los Diputados. Secretaría General (Dirección de Estudios). Serie Informes, 1994, pp. 465-467.

## **1.2.- PRIMERAS MEDIDAS ADOPTADAS POR LAS INSTITUCIONES EN 1992 Y 1993**

Algunas instituciones comenzaron a actuar, aunque con poco éxito. Bien puede afirmarse, como concluiremos en su momento, que existió un relevante grado de desidia por parte de los poderes públicos en relación a estos conflictos.

La Administración no adoptó ningún tipo de medida ante la situación creada por los nuevos servicios hasta que se vio impelida a hacerlo entre enero y febrero de 1993 como consecuencia de las actuaciones de Defensor del Pueblo y Senado.

La propia Compañía Telefónica también adoptó medidas, aunque con relativo éxito.

### **1.2.1.- Medidas adoptadas por el Defensor del Pueblo y el Senado**

Probablemente fue el Defensor del Pueblo, entonces D. Álvaro Gil-Robles, quien con más contundencia y acierto desplegó su actividad, llegando a dictar dos Recomendaciones en el año 1992.

El Defensor del Pueblo constató que en un principio Telefónica no estaba dispuesta a adoptar medidas propias que evitaran el daño que pudiera derivarse de la prestación del servicio, pues la empresa consideraba como responsables a las empresas prestadoras y a los propios usuarios, quienes tenían la posibilidad de “utilización ...de alguno de los equipos limitadores del acceso al tráfico telefónico” que existían en el mercado debidamente homologados que permiten al titular del abono telefónico regular el uso que desea hacer de su línea telefónica.

Telefónica tan sólo se comprometía “a exigir de las empresas que han contratado la prestación de estos servicios el cumplimiento de las obligaciones de información al público sobre precios y características de los mismos como parte inseparable de su publicidad”, sin contemplar medida propia alguna de limitación del acceso a este servicio, que para el Defensor del Pueblo era la clave, por lo que acordó trasladar la cuestión al Ministro de Obras Públicas y Transportes mediante la formulación de una Recomendación en el mes de octubre de 1992 manifestando su preocupación “por el elevado coste que puede suponer la utilización de este servicio sin el consentimiento de los titulares del teléfono o incluso en contra del mismo” y recomendando al Ministerio que “se adopten las medidas necesarias a fin de que Telefónica de España, S. A., limite el sistema de acceso a los servicios adicionales de información tarifada, o líneas 903, de forma que el mismo sólo se realice mediante solicitud expresa de los abonados, o que, en todo caso, se produzca la desconexión de la red que presta este servicio a petición del titular de la línea, sin un coste adicional para el mismo”<sup>16</sup>.

---

<sup>16</sup> Recomendación 51/1992, de 23 de octubre, sobre sistema de acceso y desconexión a las líneas 903. BOCG. Cortes Generales. IV Legislatura. Serie A. Núm. 51. Pág. 258. También en [www.defensordelpueblo.es](http://www.defensordelpueblo.es). El libre acceso de los menores a los teléfonos eróticos sin posibilidad de

La segunda Recomendación del Defensor del Pueblo en la materia fue dirigida al Presidente de Telefónica de España S.A. por los cortes telefónicos a los que la Compañía sometía a los abonados que no pagaban los recibos, dejándolos sin servicio, dado que el monopolio no permitía empresa alternativa a la que acudir<sup>17</sup>.

De nuevo con acierto el Defensor del Pueblo sostuvo la tesis de la ilegalidad del corte en tales circunstancias, ya que esta prerrogativa estaba recogida en la correspondiente normativa de aplicación sólo ante el impago del servicio telefónico básico, es decir, el que “permite establecer y mantener una conversación, por medio de la palabra hablada, entre corresponsales situados en los extremos de la línea”, conforme establecía el artículo 1.2 del Reglamento del Servicio<sup>18</sup>, y no por impago de la prestación telefónica de un servicio de valor añadido, por lo que la aplicación del Reglamento al cobro de los servicios de tarificación adicional no estaba ajustada a derecho.

Por ello, el Defensor del Pueblo concluía con la recomendación de que “se proceda de forma inmediata a restablecer el servicio telefónico a los abonados a los que les ha sido suspendido por impago de facturas correspondientes a servicios de líneas 903”.

Por su parte, el Senado fue la única sede parlamentaria en la que se trató el problema. Se aprobó una Moción<sup>19</sup>, se elaboró un informe en materia de publicidad y se plantearon desde su foro diversas preguntas parlamentarias al Gobierno en relación a este tema<sup>20</sup>.

En la sesión del Pleno de la Cámara del 15 de octubre de 1992, y tras una propuesta de modificación a la misma que fue firmada por todos los Grupos Parlamentarios, la Moción aprobada exhortó “al Gobierno de la Nación para que, a través de su representación en Telefónica de España S.A. de la que el Estado es principal accionista<sup>21</sup>, se inste a la Compañía a adoptar las

---

control también fue motivo de preocupación, llegando a afirmar que la situación pudiera entrar en colisión con los artículos 20.4 y 39 de la Constitución.

<sup>17</sup> Recomendación 69/1992, de 30 de diciembre, sobre restablecimiento del servicio telefónico a los abonados a los que les ha sido suspendido por impago de facturas correspondientes a servicios de líneas 903. BOCG. Cortes Generales. IV Legislatura. Serie A. Núm. 51. Pág. 260. También en [www.defensordelpueblo.es](http://www.defensordelpueblo.es).

<sup>18</sup> Reglamento del Servicio por el que se regulan las relaciones entre la CTNE y los abonados al servicio telefónico, aprobado por Resolución de 9-7-1982 de la Delegación del Gobierno en la Compañía Telefónica Nacional de España, CTNE, BOE 29-7-1982.

<sup>19</sup> Moción nº 173 publicada en el BOCG, Senado, Serie I, nº 366, de fecha 9-10-1992.

<sup>20</sup> Pregunta de 25/11/92, sobre la valoración del Gobierno respecto a las manifestaciones del Presidente de Telefónica de España, S.A., en relación con el servicio de voz que dicha Compañía presta a través del prefijo 903, Diario de Sesiones del Senado, nº 141 de 1-12-1992, pp. 7704-7705. En aquél breve envite parlamentario, el Ministro Borrell Fontelles se limitó a contestar que “positiva”, sin más, cuando el senador afirmaba que el Presidente de Telefónica “ha dicho claramente que no va a cumplir... el acuerdo del Pleno de esta Cámara, adoptado por unanimidad.”

Pregunta de 18/12/92, sobre las empresas o sociedades que para prestar servicio de voz a través de la línea de prefijo 903, han suscrito contrato con Telefónica de España, S.A. y la naturaleza o característica del servicio prestado por cada una de ellas, así como los contratos y servicios que se mantienen en vigor, a la fecha de responderse, en BOCG, Senado, Serie I, nº 443, pp. 22-24.

Y Pregunta de 3/02/93, sobre las medidas previstas por Telefónica de España, S.A. para solucionar los problemas de pago de facturaciones de elevada cuantía por servicios del prefijo 903, Diario de Sesiones del Senado, nº 147 de 9-2-1993, pp. 8221-8223.

<sup>21</sup> La participación accionarial pública, en torno al 30%, permitía al Estado su control, vid. RAQUEL NORIEGA SANDBERG Y GASPAR ARIÑO ORTIZ. “Liberalización y competencia en las Telecomunicaciones. Balance 1998-2003”, en GASPAR ARIÑO ORTIZ, (Dir.). *Privatizaciones y*

medidas necesarias para que el servicio público de voz que dicha sociedad presta a través del prefijo 903, solamente resulte accesible a través de los aparatos de teléfono de los abonados que expresa y fehacientemente manifiesten su deseo de disfrutarlo”<sup>22</sup>, en línea con lo propuesto igualmente por el Defensor del Pueblo, y que de hecho fue incumplida por el Gobierno.

La modificación citada no fue sino una adición por la que igualmente se instaba a la Comisión Especial de Publicidad del Senado a que “estudie y elabore propuestas sobre el tratamiento publicitario que de los referidos servicios se hace en los medios de comunicación, y en especial en las cadenas de televisión y franjas horarias de audiencia infantil”, cuyo informe final propuso cinco medidas que, salvo la primera, y ésta parcialmente, fueron igualmente ignoradas<sup>23</sup>.

### **1.2.2.- Medidas adoptadas por Telefónica. El corte del servicio a prestadores realizado el 3 de diciembre de 1992**

La Compañía Telefónica acordó finalmente la suspensión temporal del funcionamiento de los denominados teléfonos eróticos hasta que fueran regulados por la Administración.

El inicio de la prestación de los servicios 903 se realizaba previa firma entre Telefónica y los prestadores de los respectivos contratos, muchos de ellos suscritos entre abril y mayo de 1992, intitulados “Condiciones Previas

---

*Liberalizaciones en España: Balance y Resultados (1996-2003). Tomo I: El Proceso Privatizador. Aspectos Jurídicos. La Liberalización de las Telecomunicaciones.* Granada: Comares, 2004, pp. 71-72.

<sup>22</sup> BOCG, Senado, Serie I, nº 369 de 21-10-1992, p. 8.

<sup>23</sup> Informe de 4 de diciembre de 1992 intitulado “sobre el tratamiento publicitario que reciben los servicios que Telefónica de España, S.A. presta a través del prefijo 903”, BOCG, Senado, Serie I, nº 393 de 11-12-1992, pp. 1-8. Recomendaba las siguientes medidas:

1- La supresión de raíz de la publicidad de los servicios telefónicos eróticos.

No obstante también recomendó como segunda opción que se permitiesen esta publicidad si se respetaban ciertos requisitos, opción que fue la única recomendación aceptada por la Administración. Estos requisitos eran los siguientes:- Insertar la publicidad sólo en las revistas especializadas para adultos. Para las líneas de tertulia, y en el resto de las publicaciones, los anuncios no deberían incluir ninguna clase de representación icónica, referencia argumental o expresión obscena.- En las emisiones de radio y televisión, contratar espacios dedicados a esta clase de publicidad sólo en la franja horaria en la que la audiencia infantil y juvenil fuese menor, sugiriéndose la que va de las 24 horas a las 6 horas del día siguiente.

2- En segundo lugar, propuso la “coordinación legislativa y ejecutiva de las actividades de la Administración General del Estado y las de las Comunidades Autónomas con competencias en esta materia para conseguir una mayor efectividad en el control de esta actividad publicitaria”.

3- La Comisión acordó una tercera propuesta, “solicitar a Telefónica de España, S. A., que elabore y publicite guías informativas sobre las líneas 900, con claras explicaciones en contenidos y tarifas”.

4- En relación con las empresas explotadoras de estos servicios y para su identificación, la Comisión propuso tres medidas:

- Procurar un estricto cumplimiento y, en su caso, una regulación que permita un perfecto conocimiento de las empresas explotadoras de las líneas telefónicas 903 y la mayor transparencia en lo relativo a su personalidad jurídica, actividades y accionariado.

- Exigir para el otorgamiento de las autorizaciones administrativas para la explotación de estas líneas un informe previo de las actividades publicitarias que se van a desarrollar, que garantice la licitud de la publicidad futura.

- Instar a las citadas empresas explotadoras a una mayor colaboración con las Administraciones Públicas en orden a que exista un riguroso control de la publicidad emitida.

para la Contratación del Servicio de Tarificación Adicional”, y en ocasiones la firma posterior de otro documento ya sí denominado “Contrato al servicio de Tarificación Adicional”, como conocemos por las sentencias judiciales dictadas en esta materia<sup>24</sup>.

Pues bien, el 3 de diciembre de 1992<sup>25</sup> y sin preaviso, Telefónica SA decidió unilateralmente suspender estos contratos y cortar el acceso a las líneas telefónicas de servicios eróticos y de tertulia. Aunque dos meses después se reglamentó administrativamente una suspensión similar, no se implementó con efectos retroactivos, por lo que no legitimó el corte realizado<sup>26</sup>.

Conocemos bien el desarrollo de todos estos acontecimientos dado que los prestadores demandaron a Telefónica por corte arbitrario del servicio y por tanto, incumplimiento contractual, solicitando en consecuencia las correspondientes indemnizaciones por daño emergente y lucro cesante<sup>27</sup>.

Dichos pleitos se ventilaron principalmente en los Juzgados de Primera Instancia de Madrid. En apelación ante la Audiencia Provincial se fijaron dos criterios totalmente opuestos, en función de las Salas que conocieron de los respectivos recursos<sup>28</sup>, y finalmente el Tribunal Supremo se alineó con uno de ellos en el año 2001.

Como concisa y claramente se expone en una de las sentencias de la Audiencia<sup>29</sup>, “se centran los recursos en determinar si la suspensión del servicio por parte de Telefónica el día 3 de Diciembre de 1.992 constituye una resolución contractual unilateral y arbitraria...o si por el contrario, tal suspensión obedece a un previo incumplimiento de aquella de sus propias obligaciones contractuales, asumidas conforme a lo estipulado en las cláusulas octava y décima del referido contrato, como alega la demandada”.

Las Secciones 9, 11, 12, y 13 de la Audiencia Provincial de Madrid consideraron que la alarma social y general repulsa supusieron un incumplimiento contractual de los prestadores recogido en las estipulaciones del contrato, en particular en la décima, que establecía como causa de resolución “un mal uso del servicio”, desestimando en consecuencia sus pretensiones indemnizatorias y legitimando el corte unilateral efectuado por Telefónica el 3-12-1993; mientras que adoptaron el criterio contrario las

---

<sup>24</sup> Consta en el texto de diversas sentencias judiciales numeroso material sobre el contenido concreto del contrato inicial firmado entre prestadores y operador y que, dado que se trataba de contratos de adhesión, resultaba idéntico en todos los casos. Es la sentencia de 3-2-1998 de la Sección 21 de la Audiencia Provincial de Madrid la que de un modo más completo reproduce este contenido, AC 1998\7080.

<sup>25</sup> Cfr. DEFENSOR DEL PUEBLO. Informe Anual 1992. Madrid: Publicaciones del Congreso de los Diputados. Secretaría General (Dirección de Estudios). Serie Informes, 1993, p. 378.

<sup>26</sup> La suspensión se estableció por Resolución de 29 de enero de 1993 y el reinicio del servicio se produjo el 1 de diciembre de 1993, conforme a Resolución de 30 de septiembre de 1993, ambas Resoluciones se analizan en epígrafe a continuación.

<sup>27</sup> En la hemeroteca vía Internet del periódico El País, búsqueda realizada a lo largo de 2005, se encuentra el siguiente titular en la edición del 13-7-1993: *Exigen a Telefónica indemnizaciones por el cierre de las líneas eróticas*.

<sup>28</sup> Desestimaron la pretensión indemnizatoria de los prestadores las Secciones de la AP de Madrid nº 9 (sstt. 29-12-1997 y 05-11-1998), nº 11 (sstt. 07-05-1996 y 09-01-1998), nº 12 (sstt. 01-10-1996, 12-05-1997, 14-07-1997, 22-01-2001) y nº 13 (sstt. 23-01-1996, 17-04-1996, 03-06-1999) y estimaron la pretensión indemnizatoria condenando a Telefónica a su pago las Secciones nº 10 (sstt. 23-05-1998, 15-12-2003), nº 20 (st. 06-09-2000) y nº 21 (sstt. 03-02-1998, 22-01-2001), así como la SAP Barcelona, Sección-11, 04-03-1999.

<sup>29</sup> Sentencia de 29-12-1997 de la Sección 9 de la AP de Madrid, Cendoj: 28079370091997100199.

Secciones 10, 20 y 21 de la AP Madrid y la de Barcelona, condenando a Telefónica a indemnizar a los prestadores, considerando que la alarma social vino provocada exclusivamente por el alto coste de la llamada y los cortes telefónicos que los impagos producían, y que tal motivo económico no era causa legítima para considerar que existiese incumplimiento de los correspondientes contratos.

El Tribunal Supremo dirime esta diferencia de criterio en sentencia de marzo de 2001 cuando resuelve en casación el recurso presentado frente a la primera de las sentencias dictadas en esta materia<sup>30</sup>, adoptando el criterio de las Secciones de la Audiencia que no observaron que la conducta de los prestadores fuese constitutiva de incumplimiento contractual alguno<sup>31</sup>, tesis que fue confirmada posteriormente en diferentes sentencias<sup>32</sup>.

Telefónica arguyó en su defensa otros alegatos adicionales, como la ausencia de la preceptiva autorización administrativa para ejercer la actividad por parte de los prestadores<sup>33</sup>, la inexistencia de certificado de homologación de los equipos de telecomunicaciones utilizados<sup>34</sup> y la obligación de los prestadores de establecer condiciones o garantías en la prestación del servicio

---

<sup>30</sup> STS de 22-3-2001, ponente O'Callaghan, RJ 2001/4752, casación frente a sentencia de 23-1-1996 de la Sección 13 de la AP de Madrid, que desestimaba la pretensión indemnizatoria del prestador.

<sup>31</sup> La sentencia consideraba que *"...no cabe mezclar conceptos morales con jurídicos, ni asimilar la buena fe según una determinada moral con la buena fe según el Derecho, ni confundir ejercicio antisocial o abuso del derecho con el cumplimiento de ciertas normas de una cierta moralidad. Ello por la razón de que se ha de comprobar si la resolución se ajusta a las normas nacidas de la autonomía de la voluntad de las partes contratantes o proviene de la voluntad unilateral de la demandada «Telefónica de España, SA» en cuyo caso es procedente la indemnización de daños y perjuicios"...*el núcleo de la cuestión está en si *«Telefónica de España, SA»* pudo resolver unilateralmente el contrato. La respuesta es negativa. La cláusula 8.7 antes transcrita impone una responsabilidad al contratante, cuyo *«grave incumplimiento»* como establece la cláusula 10, también transcrita, da lugar a la extinción del contrato así como el mal uso del servicio o el ser contrario a su finalidad social. Pero el servicio consistente en comunicaciones eróticas o de multiconferencia no pueden ser considerados grave incumplimiento, según la cláusula 8.7 ni mal uso ni contrario a finalidad social, según la cláusula 10, por cuanto ello no consta, sino unas genéricas protestas, que dieron lugar a que no se suprimieran tales servicios sino que se regulara".

<sup>32</sup> Sentencias de fechas 11-7-2001, RJ 2001\5156, dos sentencias de 12-7-2001, RJ 2001\5160 y 5161, 14-5-2003, RJ 2003\3814 y 9-6-2005 RJ 2005\4430. Vid. comentario de la sentencia de 2005, apoyando todos los argumentos del Supremo y aportando alguno más en ANA I. MENDOZA LOSANA. "Sentencia de 9 de junio de 2005: Arrendamiento de servicios: incumplimiento contractual del arrendatario: inexistencia: servicio de comunicaciones eróticas o multiconferencia a través del prefijo 903 no constituye incumplimiento; revisión en casación; Abuso de derecho: inexistencia; Indemnización por daños y perjuicios: procedencia: culpa contractual: resolución unilateral sin causa; lucro cesante": *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, nº 70, 2006, en particular pp. 578-585.

<sup>33</sup> Este argumento no prosperó. Fue desestimado reiteradamente, en un caso porque se había acreditado en autos su existencia, Sentencia de 3-2-1998 de la AP de Madrid, Sección 21, AC 1998\7080; en otro porque la Sala estimó que se había producido autorización por silencio administrativo positivo y que en todo caso resultaba un defecto formal subsanable, Sentencia de 4-3-1999 de la AP de Barcelona, Sección 11, AC 2000\54; y la última que simplemente no lo consideró relevante en el pleito civil Sentencia 22-1-2001 de la AP de Madrid, Sección 21, AC 2002\252.

<sup>34</sup> Este requisito, exigido en el artículo 13.5 de la Ley 31/1987, de 18 de diciembre, de Ordenación de las Telecomunicaciones, BOE 19-12-1987, fue considerado en dos sentencias como irrelevante, Sentencias de la AP Madrid de 29-12-1997 de la Sección 9, Cendoj 28079370091997100199; y sentencia de 22-1-2001 de la Sección 12, BDB 15437/2001, y desestimado expresamente en otra por falta de prueba Sentencia de 22-1-2001 de la Sección 21 de la AP Madrid, AC 2002\252.

como responsables de su contenido<sup>35</sup>. Incluso podrían plantearse otros, como el hecho de que el modelo de contrato utilizado por Telefónica no hubiese sido aún aprobado por el órgano competente de la Administración o la indeterminación del objeto, aunque todos ellos fueron desestimados o resultaban improcedentes<sup>36</sup>.

### **1.2.3.- Medidas adoptadas por la Administración: la primera regulación de los servicios de tarificación adicional de 1993**

Los servicios de tarificación adicional estaban calificados por la entonces vigente Ley 31/1987, de 18 de diciembre, de Ordenación de las Telecomunicaciones, como un subtipo de servicios de valor añadido, y por tanto, como servicios de telecomunicaciones, de modo que su control y regulación correspondían en exclusiva al Ministerio del ramo<sup>37</sup>, que contaba hasta con seis mecanismos legales de intervención administrativa en la materia, número que la modificación liberalizadora operada por Ley 32/1992, de 3 de diciembre<sup>38</sup> redujo a dos<sup>39</sup>, el régimen de previa autorización

---

<sup>35</sup> Este argumento fue considerado en varias sentencias para fallar a favor de los prestadores, a quienes no entendieron obligados por el contrato a implementar medidas de acceso, y en contra de Telefónica, a quien sí consideraron obligada a ello por ser titular de la red, por ser obligada preferente en la defensa de los intereses generales de la sociedad como titular del monopolio y porque del mismo modo que en el contrato impuso a los prestadores abonados arbitrar mecanismos técnicos para implementar un máximo de 60 minutos por llamada, pudo prever otras limitaciones, Sentencia de 3-2-1998 de la Sección 21 de la AP de Madrid, AC 1998\7080; Sentencia de 22-1-2001 de la Sección 21 de la AP de Madrid, AC 2002\252; y Sentencia de 4-3-1999 de la Sección 11 de la AP de Barcelona, AC 2000\54.

Por el contrario, el argumento es desestimado en otras sentencias que entendieron que la obligada a establecer condiciones o garantías en la prestación del servicio debían ser los propios prestadores como responsables de los contenidos de los servicios, ya que Telefónica, al no tener conocimiento de los mismos, difícilmente podía por sí sola establecer las limitaciones o cautelas necesarias sin la colaboración de la sociedad abonada, Sentencias de 12-5-1997 (Cendoj 28079370121997100265) y 14-7-1997 de la Sección 12 de la AP de Madrid (Cendoj 28079370121997100554), y Sentencia de 29-12-1997 de la Sección 9 de la AP de Madrid, Cendoj 28079370091997100199.

<sup>36</sup> Vid. ANA I. MENDOZA LOSANA, en comentario a sentencia del Tribunal Supremo, “Sentencia de 9 de junio de 2005: Arrendamiento de servicios: incumplimiento contractual del arrendatario: inexistencia: servicio de comunicaciones eróticas o multiconferencia a través del prefijo 903 no constituye incumplimiento; revisión en casación; Abuso de derecho: inexistencia; Indemnización por daños y perjuicios: procedencia: culpa contractual: resolución unilateral sin causa; lucro cesante”. *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, nº 70, 2006, pp. 574-577.

<sup>37</sup> Así lo entiende también INMACULADA REVUELTA PÉREZ. “La protección de los consumidores frente a los nuevos servicios de telecomunicaciones”, en *Civitas. Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 116, 2002, p. 537. Los servicios de valor añadido eran considerados legalmente como servicios de telecomunicaciones por el artículo 2.1 en relación al 20.1 de la Ley de Ordenación de las Telecomunicaciones de 1987, disponiéndose su prestación por el artículo 20.2 “en régimen de concurrencia...por los titulares de servicios portadores o servicios finales de telecomunicación y por cualquier persona física o jurídica...”

<sup>38</sup> La Ley 32/1992, de 3-12, de modificación para adaptación a las Directivas de la Comisión de las Comunidades Europeas 88/301/CEE y 90/388/CEE, relativas a la competencia en los mercados de terminales y servicios de telecomunicación, BOE 4-12-1992, en vigor desde 5-12-1992, planteó las bases de la futura liberalización de la telefonía móvil y los servicios telefónicos ajenos al básico y redujo los doce servicios finales prestados en régimen de monopolio a tres, básico, télex y telegramas. Cfr. JAVIER CREMADES GARCÍA. “Telecomunicaciones en Europa y en España”, en JAVIER CREMADES (Coord.). *Derecho de las Telecomunicaciones*. Las Rozas, Madrid: Ley-Actualidad y Ministerio de Fomento, 1997, p. 25.

administrativa que debían obtener los prestadores de estos servicios antes del inicio de su actividad y la potestad reglamentaria.

La Administración ejerció en 1993 esta potestad reglamentaria aprobando la primera regulación en la materia, que vino de la mano de dos Resoluciones de enero y septiembre de 1993<sup>40</sup>.

El entramado regulatorio instaurado en 1993 ha subsistido hasta la actualidad. Básicamente consiste en el establecimiento del derecho de desconexión de la línea del abonado a las numeraciones de acceso; la creación de un órgano administrativo específico de control, la Comisión para la Supervisión de los Servicios de Tarificación Adicional, habilitado además para aprobar un denominado Código de Conducta destinado a regular la publicidad, la información precontractual y ciertos contenidos de los servicios; y la intervención pública sobre los contratos mercantiles que regulasen las relaciones entre Telefónica y los prestadores de servicios de valor añadido.

#### 1.2.3.1.- Instauración del derecho de desconexión a los servicios 903, pero no a los 906. La migración fraudulenta de unos a otros

Aunque la Administración apostó en principio por no seguir la principal recomendación de Senado y Defensor del Pueblo relativa a la necesidad de que estos servicios estuviesen sometidos a un régimen de suscripción previa por parte de cada abonado, al menos la medida 4ª de la Resolución de enero de 1993 instauró la segunda opción recomendada, el derecho de los usuarios a la desconexión de todos los prefijos 903, desconexión que Telefónica de España SA debería hacer efectiva en plazo máximo de quince días desde su solicitud por el abonado.

Pero la Resolución de septiembre de 1993 alteró sobremanera el régimen fijado en enero y pese a que afirmaba en su exposición de motivos que existían “condiciones técnicas suficientes para permitir la conexión de este servicio de forma individualizada a petición del interesado” para “cumplir en sus exactos términos las peticiones del Senado y del Defensor del Pueblo”, provocó que ocurriera justo lo contrario.

La Resolución de septiembre creó un código nuevo de tarificación adicional, el 906, quedando reservado el código 903 exclusivamente para los servicios de tarificación adicional que pudiesen “producir efectos indeseados sobre determinados colectivos, y muy particularmente sobre la juventud y la infancia”.

---

<sup>39</sup> La Ley 32/1992, de 3-12, suprimió la obligatoriedad general de inscripción en el Registro Central de Servicios de Valor Añadido, limitándola a las pocas entidades que los prestaran en régimen de concesión; suprimió la potestad de dictar reglamentos de regulación de las condiciones técnicas; suprimió la potestad de intervención administrativa sobre el precio mediante contención de los beneficios empresariales; y por último, suprimió el régimen excepcional por el que el Gobierno podía excluir del régimen de explotación en concurrencia a determinados servicios de valor añadido.

<sup>40</sup> Resolución de 29-1-1993 de la Secretaría General de Comunicaciones por la que se dan instrucciones sobre la prestación del servicio telefónico a través del prefijo 903, BOE 6-2-1993 y Resolución de 30-9-1993 de la Secretaría General de Comunicaciones, por la que se modifica la de 29 de enero del presente año, por la que se dan instrucciones sobre la prestación del servicio telefónico a través del prefijo 903, BOE 2-10-1993.



Y aunque efectivamente se mejoró el régimen de acceso al código 903, que pasó de la posibilidad de desconexión a la necesidad de suscripción previa por parte del abonado, el nuevo código o prefijo 906 se estableció de libre acceso para todos los abonados, tanto analógicos como digitales, y sin posibilidad de desconexión<sup>41</sup>, código del que se crearon finalmente dos modalidades, el 9063 y el 9065<sup>42</sup>.

Y el problema, lejos de solucionarse, simplemente se trasladó de los 903 a los 906<sup>43</sup>. Ante la dificultad evidente que presentaba el desarrollo de una línea de negocio a través de numeraciones 903 de previa suscripción, los prestadores comenzaron a contratar numeraciones 906 para fraudulentamente comercializar los servicios eróticos y asimilados propios exclusivamente de códigos 903.

La tardanza administrativa en instruir expedientes de revocación de la correspondiente autorización administrativa por utilizar el código incorrecto y la facilidad de contratar nuevos números de teléfono para sustituir los anulados permitieron que los mismos problemas se siguieran sucediendo.

Es evidente que la Administración fijó dos códigos para establecer en uno de ellos un acceso sin posibilidad de desconexión, lo cual iba contra las recomendaciones de Defensor del Pueblo y Senado y en perjuicio de los consumidores. ¿Por qué la Administración no estableció también el derecho de los usuarios a la desconexión de los 906, reconocido meses antes para todas las numeraciones y que, como veremos, se implantó definitivamente en el año 2002, diez años después? ¿Hasta qué punto influyeron en esta decisión los intereses de operadores y prestadores por consolidar una nueva y prometedora línea de negocio?

La única justificación de este hecho se encuentra recogida en la exposición de motivos de la Resolución de septiembre de 1993, que afirmaba que “se ha detectado posteriormente que existiría un riesgo cierto de deterioro

---

<sup>41</sup> “...se darán a la totalidad de los abonados, sin necesidad de que Telefónica de España esté obligada al cumplimiento de lo previsto en las medidas 3ª y 4ª de la Resolución de 29 de enero”, medidas que, recordemos, se referían al derecho de desconexión, punto 2.2 de la Resolución de 30-9-1993 de la Secretaría General de Comunicaciones, por la que se dan instrucciones sobre la prestación del servicio telefónico a través del prefijo 903, BOE 2-10-1993.

<sup>42</sup> Los prefijos definitivamente aprobados por la Delegación del Gobierno en Telefónica a solicitud de la Compañía fueron el 9063 y 9065, que se añadieron a los 903 (9031/9033/9035), Resolución de 10-11-1993 de la Delegación del gobierno en Telefónica de España Sociedad Anónima, por la que se autoriza la utilización del prefijo 906 para la prestación de servicios telefónicos de tarificación adicional, BOE 14-12-1993. Las tarifas, según la Resolución de septiembre, serían establecidas por el Ministerio, y en tanto, la Delegación del Gobierno en Telefónica dispuso igualmente que las tarifas para los 906 fueran las mismas que correspondían a los niveles 1 y 2 de los 903, aprobadas por Orden del Ministerio de Obras Públicas y Transportes, por la que se aprueban determinadas tarifas de Telefónica de España Sociedad Anónima, BOE 28-4-1993.

<sup>43</sup> De nuevo nada como las hemerotecas para conocer el alcance de los acontecimientos. Hemeroteca vía Internet del periódico El País, titulares en ediciones de los años de referencia. Búsqueda realizada a lo largo de 2005:

-8-12-1993-Teléfonos eróticos se encubren en el nuevo prefijo 906.

-18-12-1993-11.000 peticiones de líneas eróticas en 15 días.

-21-12-1993-La OCU descubre 42 líneas eróticas encubiertas bajo el prefijo 906.

-15-03-1994-Los teléfonos "party line" a través del 07 originan facturas de hasta 4 millones.

-17-03-1994-La Defensora del Pueblo en funciones recibió más quejas que Gil-Robles.-29-01-1995-Algunos teléfonos 906 camuflan líneas 903 de tertulia de acceso restringido.

-25-02-1995-Retirada la licencia a 11 empresas por prestar servicios del 903 con el 906.

de la calidad del servicio telefónico básico si las peticiones de desconexión fuesen muy numerosas<sup>44</sup>. Una vez más, con el socorrido pretexto del argumento técnico, quienes debían perder eran los consumidores, que se encontraron en 1994 con los mismos problemas que en 1992 a pesar de existir una regulación administrativa.

La situación aún empeoró más con la huida o migración fraudulenta de los servicios 903 que se produjo también hacia las numeraciones con prefijo 07, utilizado entonces para las llamadas internacionales, dado que ni siquiera la normativa aprobada resultaba de aplicación a este supuesto<sup>45</sup>. El Defensor del Pueblo también se hizo eco de esta cuestión dictando una Recomendación y elaborando un estudio monográfico en su informe de 1995<sup>46</sup>. Esta Recomendación, calificada por RIBÓN como “severa”, instaba a la Secretaría General de Comunicaciones a incrementar las garantías para los usuarios en relación a los servicios telefónicos de valor añadido a través de la red internacional<sup>47</sup>.

---

<sup>44</sup> D<sup>a</sup> Elena Salgado, Secretaria General de Comunicaciones, en su comparecencia ante la Comisión de Obras Públicas, Ordenación del Territorio y Medio Ambiente, Urbanismo, Transportes y Comunicaciones del Senado el 16-12-1993, Diario de Sesiones del Senado, Comisiones, nº 52, p. 4, afirmó que “la desconexión voluntaria de los servicios, sin afectar al servicio básico de voz, era relativamente fácil en las centrales de tecnología digital que suponen aproximadamente el 40 por ciento de la red, pero la atención individualizada de cada conexión resultaba tecnológica y organizativamente casi imposible...”

<sup>45</sup> Hemeroteca vía Internet del periódico El País, titulares en ediciones de los años de referencia. Búsqueda realizada a lo largo de 2005:

-23-03-1994-Telefónica es incapaz de evitar el 'teléfono erótico' a través del 07.-25-05-1994-Algunas líneas 903 violan la ley con servicios a través de la red internacional.

-09-02-1995-El fraude de las líneas 'calientes'. Algunos teléfonos eróticos internacionales todo lo que ofrecen son instrucciones durante 15 minutos.

-13-03-1995-El PP, contra el acceso a los teléfonos eróticos internacionales.

A veces, la presentación publicitaria del número no permitía ni siquiera discernir con facilidad que se trataba de una llamada internacional, presentándolo, por ejemplo, de tres en tres cifras: 079 187 234 77. No es lo mismo que presentarlo 07 91 872 34 77.

El caso es que no se entiende bien por qué se produjo esta migración de los 903 a los 07, ya que no hay tarificación adicional en el precio de las llamadas internacionales, y por tanto, Telefónica no trasvasaba ninguna parte de la recaudación por este concepto a prestador alguno. No cabe otra explicación que en los países de destino las operadoras o intermediarios en el mercado de telecomunicaciones retribuiesen a estos prestadores con ciertas cantidades por cada llamada recibida, ya que es evidente que alguna retribución acabaría pagando Telefónica al operador del país de destino por utilizar sus redes, y este precio, aunque no es una tarificación adicional, pudo acabar jugando similar papel. Cfr. Informe Anual de la CMT del año 1998, apartado II.4.1.3.

<sup>46</sup> Recomendación nº 70/1995 de 29 de noviembre, en BOCG. Cortes Generales. VI Legislatura. Serie A, nº 7, p. 43. También se puede consultar en [www.defensordelpueblo.es](http://www.defensordelpueblo.es). E Informe del Defensor del Pueblo correspondiente a la gestión realizada durante el año 1995, BOCG-Sección Cortes Generales, Serie A, nº 7, de 26-6-1996, pp. 19-21 y pp. 43-44. También en Diario de Sesiones de las Cortes Generales nº 27 de 7-11-1996, debate del informe anual del Defensor del Pueblo, p. 414.

<sup>47</sup> Cfr. EUGENIO RIBÓN SEISDEDOS. *Los Cuadernos de CEACCU N° 3. Los servicios de tarificación adicional*. Madrid: Confederación Española de Organizaciones de Amas de Casa, Consumidores y Usuarios., 2004, pp. 7-8, quien también califica como “dulce” la actuación entonces de la Comisión de Supervisión.

1.2.3.2.- Aprobación de un denominado Código de Conducta cuya eficacia jurídica quedaba asociada a la autorización administrativa

La Administración entendió necesario que la publicidad, la información precontractual y ciertos contenidos de los servicios de tarificación adicional quedasen sometidos a una regulación específica, pero en vez de aprobar un Reglamento en este sentido, decidió utilizar un novedoso y curioso instrumento, un denominado Código de Conducta sin carácter normativo al que se dotaría indirectamente de este carácter al exigir su cumplimiento como requisito obligatorio de la autorización administrativa previa a que estaba sometido el ejercicio de cualquier actividad de servicios de valor añadido de acuerdo con el artículo 21 de la Ley 31/1987, de 18 de diciembre, de Ordenación de las Telecomunicaciones.

La medida 6ª de la Resolución de enero de 1993 estableció que la Comisión de Supervisión sería el órgano competente para aprobar este Código de Conducta<sup>48</sup>, cuyo proceso de elaboración sufrió un cierto grado de contestación por parte de importantes Asociaciones de consumidores<sup>49</sup> y que fue finalmente aprobado con fecha 20 de enero de 1994, aunque nunca fue publicado en Boletín Oficial alguno<sup>50</sup>.

Por su parte, la autorización administrativa se estimaba concedida<sup>51</sup> por silencio positivo<sup>52</sup> por el transcurso de un mes desde su solicitud sin que hubiese recaído resolución administrativa expresa<sup>53</sup>, plazo que la reforma operada por Ley 32/1992, de 3 de diciembre, incrementó a tres meses, en línea

---

<sup>48</sup> La Comisión, una vez elaborado el Código de Conducta, centró su actividad en informar con carácter preceptivo y vinculante los expedientes administrativos que se tramitaban como consecuencia de las solicitudes de autorización administrativa para el ejercicio de la actividad por parte de los prestadores, en concreto, fijaba de esta forma qué prefijo correspondía a cada servicio de tarificación adicional, 903 ó 906, en función de si producía o no efectos indeseados y en aplicación de todos los criterios fijados en el Código de Conducta, pudiendo establecer, en su caso, limitaciones y condiciones de prestación, que deberían ser incorporadas en el contrato firmado con Telefónica de España.

<sup>49</sup> Hemeroteca vía Internet del periódico El País, titulares en ediciones de los años de referencia: 18-5-1993-La Federación de Amas de Casa se va de la Comisión que regula los 903. 25-5-1993-Varias Asociaciones rechazan el Código de Conducta de las líneas 903. Búsqueda realizada a lo largo de 2005.

<sup>50</sup> Dado que no fue objeto de publicación, se ha incorporado el texto íntegro del Código de Conducta de 1994 en Anexo de este trabajo, conforme a una copia facilitada por la Dirección General de Consumo del Gobierno de la Región de Murcia.

<sup>51</sup> Tradicionalmente concedida por el órgano competente del Ministerio de turno, desde 1998 el correspondiente título habilitante o autorización pasó a ser concedido por la recién creada entonces Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en ejercicio de sus competencias. En la web de la CMT he encontrado resoluciones administrativas de concesión de más de 300 autorizaciones administrativas para la prestación de servicios de valor añadido en su modalidad de tarificación adicional concedidas del 15-1-1998 al 22-10-1998.

<sup>52</sup> El silencio positivo es una aportación genuina del Derecho español al comparado, vid. RAMÓN PARADA. *Derecho Administrativo I. Parte General*. 17ª edición. Madrid: Marcial Pons, 2008, p. 125.

<sup>53</sup> La doctrina es unánime a la hora de considerar el silencio administrativo positivo como un auténtico acto administrativo, si bien de naturaleza presunta, RAFAEL ENTRENA CUESTA. *Curso de Derecho Administrativo. Volumen I/1. Concepto, fuentes, relación jurídico-administrativa y justicia administrativa*. 13ª edición. Madrid: Tecnos, 1999, pp. 203-213. FERNANDO GARRIDO FALLA, *Tratado de Derecho Administrativo. Volumen I. Parte General*, 13ª edición. Madrid: Editorial Tecnos, 2002, p. 513. EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA y TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ. *Curso de Derecho Administrativo I*. 14ª edición. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2008, p. 611. Lo que no soslaya que algún autor manifieste claramente su rechazo hacia esta figura, vid. RAMÓN PARADA. *Derecho Administrativo I. Parte General*. 17ª edición. Madrid: Marcial Pons, 2008, pp. 124-125.

con el plazo establecido entonces y aún vigente de la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común<sup>54</sup>.

La medida 6ª de la Resolución de enero de 1993 disponía que “la autorización podrá revocarse en caso de incumplimiento del código de conducta, una vez iniciada la prestación del servicio”, por lo que el cumplimiento del Código de Conducta se convirtió en requisito previo a su concesión y de validez posterior de la autorización otorgada<sup>55</sup>, aunque su eficacia fue muy limitada, ya que la autorización se concedía respecto de las numeraciones asociadas a los servicios de tarificación adicional, de modo que la revocación de la autorización permitía al prestador incumplidor continuar con la prestación de otros servicios mediante otras numeraciones que también tuviese contratadas o sustituir la numeración revocada por otra que con facilidad podía de nuevo contratar, motivos por los que esta figura careció de eficacia real como medio de protección de los consumidores afectados por los incumplimientos<sup>56</sup>.

Sin la autorización administrativa, el Código de Conducta era puro papel mojado. Aunque no es objeto del presente análisis profundizar en el complejo concepto de la autorización<sup>57</sup>, sí queremos aclarar que, aunque los servicios de

---

<sup>54</sup> El artículo 43 de la Ley 30/1992, tanto en su redacción actual introducida por Ley 25/2009, de 22 de diciembre, como en la primigenia, establece que en los procedimientos iniciados a solicitud del interesado, el vencimiento del plazo máximo sin haberse notificado resolución expresa provoca silencio administrativo, y el artículo 42 dispone que cuando las normas reguladoras de los procedimientos no fijen el plazo máximo, éste será de tres meses.

<sup>55</sup> De la exigencia de ello queda constancia jurisprudencial al menos en tres sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sentencias de la Sección 9ª de 1-7-1999 (BDB 5415/1999), 25-1-2001 (BDB 2790/2001) y 9-1-2002 (BDB 20596/2002), en las que se confirman tres Resoluciones revocando las autorizaciones administrativas otorgadas entre 1993 y 1994 a prestadores, como consecuencia de utilización de teléfonos 906 para prestación de servicios 903.

<sup>56</sup> Dado que actualmente estos servicios no están sometidos a autorización administrativa previa alguna, sólo tiene un interés relativo el preguntarnos si se pudo considerar concedida la autorización administrativa por esta vía al prestador que la solicitase sin suscribir el sometimiento al Código de Conducta. La respuesta es positiva, sea cual sea el vicio del que adolezca la situación jurídica creada por el silencio positivo, la Administración deberá respetarla hasta proceder a su revisión de oficio conforme a los mismos procedimientos establecidos para los actos expresos, EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA y TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ. *Curso de Derecho Administrativo I*. 14ª edición. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2008, p. 612 y MIGUEL SÁNCHEZ MORÓN. *Derecho Administrativo. Parte General*. 5ª edición. Madrid: Tecnos, 2009, pp. 514-515.

<sup>57</sup> Vid. JOSÉ CARLOS LAGUNA DE PAZ. *La autorización administrativa*. 1ª edición. Cizur Menor (Navarra): Editorial Aranzadi, 2006, 378 pp. Fue la doctrina italiana la que distinguió entre concesión y autorización, FERNANDO GARRIDO FALLA. *Tratado de Derecho Administrativo. Volumen I. Parte General*. 13ª edición. Madrid: Editorial Tecnos, 2002, p. 569. Para este autor, las autorizaciones son una técnica por la que la Administración remueve una previa prohibición relativa al ejercicio de derechos individuales, “a diferencia de lo que ocurre con la concesión, no confiere ningún derecho *ex novo* al administrado, sino que se limita a remover los obstáculos para el ejercicio de alguno de los que ya estaban dentro de su patrimonio jurídico”, p. 176. En este sentido, vid. EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA y TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ. *Curso de Derecho Administrativo II*. 11ª edición. Madrid: Civitas, 2008, p. 137. En definitiva, en la concesión “no existe un derecho preexistente del particular, sino que éste nace justamente del acto concesional”, RAMÓN PARADA. *Derecho Administrativo. Parte General*. 17ª edición. Madrid: Marcial Pons, 2008, p. 383. De este modo, el ordenamiento constituye “un monopolio de derecho... a favor de la Administración, de modo que ésta en adelante podría distribuir entre un número limitado de administrados el ejercicio de dicha actividad, mediante la fórmula de la concesión”, EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA y TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ. *Curso de Derecho Administrativo II*. 11ª edición. Madrid: Civitas, 2008, p. 150.

valor añadido nacieron en 1987 como servicios públicos de telecomunicaciones y como tales deberían haberse sometido a régimen de concesión y no de autorización, la propia Ley 31/1987, de 18 de diciembre, de Ordenación de las Telecomunicaciones excluía explícitamente del régimen de servicio público a casi todos los servicios de valor añadido<sup>58</sup>, y además, establecía que el régimen general de prestación de los mismos sería el “régimen de concurrencia”. De hecho, su reforma de 1992 modificó el contenido del artículo 21 de la Ley para que todos los servicios de valor añadido dejaran de considerarse servicio público en origen y modificó el artículo 20.2 para que pasaran a prestarse “en régimen de libre competencia”<sup>59</sup>. En razón a todo ello, es claro que los servicios de tarificación adicional constituían ya entonces una actividad privada correctamente sometida a un régimen de previa autorización administrativa.

### 1.2.3.3.- Imposición de un contrato tipo entre Telefónica y prestadores de servicios de tarificación adicional

La medida 7ª de la Resolución de enero de 1993 imponía que se aprobase “por la Dirección General de Telecomunicaciones un contrato-tipo que regule las relaciones entre Telefónica y los prestadores de servicios de valor añadido, que ambas partes formalizarán con carácter previo al funcionamiento de los servicios”. Hasta entonces, todos los modelos de contrato con los abonados eran aprobados por un órgano de menor rango, la Delegación del Gobierno en Telefónica<sup>60</sup>.

La medida 7ª continuaba señalando que “en el contrato-tipo deberá constar el sometimiento de los prestadores de los servicios de valor añadido al código de conducta elaborado por la Comisión para la supervisión del servicio telefónico con tarificación adicional”. Dado que tal sometimiento figuraba

---

<sup>58</sup> Excepto los servicios de alquiler de circuitos y similares del artículo 21. Éste disponía que “los servicios de valor añadido que utilicen como soporte exclusivamente a servicios finales de telecomunicación o a servicios portadores de los definidos en el punto 1 a) del artículo 14, no tendrán la consideración de servicio público...”

<sup>59</sup> Con dos excepciones: Artículo 21.2: “Quedan exceptuados de lo dispuesto en el apartado anterior: -Los servicios regulados en los artículos 22 y 23 de la presente Ley. -Los servicios que vayan a utilizar como soporte recursos limitados cuya capacidad real pueda obligar a limitar el número de titulares de aquéllos. La explotación de estos servicios exigirá la correspondiente concesión administrativa, que se otorgará de conformidad con el régimen previsto en el artículo siguiente.”

<sup>60</sup> Conforme al Reglamento del Servicio por el que se regulan las relaciones entre la CTNE y los abonados al servicio telefónico, aprobado por Resolución de 9-7-1982 de la Delegación del Gobierno en la Compañía Telefónica Nacional de España, CTNE, BOE 29-7-1982, apartado I.1, los modelos de contrato con los abonados debían ser aprobados por la Delegación del Gobierno en Telefónica, “las relaciones entre el abonado al servicio telefónico y la Compañía Telefónica Nacional de España, se regulan con carácter general por el presente Reglamento de servicio, y de modo particular por el correspondiente contrato de abono, según modelo aprobado por la Delegación del Gobierno”, por lo que la Resolución de enero de 1993, dictada por órgano jerárquicamente superior al Delegado del Gobierno en Telefónica, modificó en este sentido la competencia administrativa para la aprobación del modelo de contrato con abonados prestadores de servicios de tarificación adicional, no en los demás casos. Vid. ANA I. MENDOZA LOSANA. “Sentencia de 9 de junio de 2005: Arrendamiento de servicios: incumplimiento contractual del arrendatario: inexistencia: servicio de comunicaciones eróticas o multiconferencia a través del prefijo 903 no constituye incumplimiento; revisión en casación; Abuso de derecho: inexistencia; Indemnización por daños y perjuicios: procedencia: culpa contractual: resolución unilateral sin causa; lucro cesante”: *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, nº 70, 2006, pp. 572-573.

también en el Código de Conducta, su incorporación al contrato tipo no podía tener otro objeto que facilitar a Telefónica argumentos jurídicos suficientes para cortar el servicio de los prestadores incumplidores sin temor a demandas similares a las entabladas por el corte de 3-12-1993<sup>61</sup>.

El 30 de noviembre de 1993, el entonces Director General de Telecomunicaciones, D. Javier Nadal Ariño, firmaba una Resolución “aprobando los contratos-tipo para la prestación, por Telefónica de España SA, del servicio telefónico en su modalidad de tarificación adicional”. Se trataba de dos contratos-tipo diferentes, el “documento A” para la prestación de servicio a través del prefijo 903 y el “documento B” para 906<sup>62</sup>. La estipulación 10.8 del contrato tipo estableció que se debería prestar el servicio de acuerdo con lo establecido en la estipulación tercera, la que a su vez contenía la obligación de sometimiento al Código de Conducta, y que el incumplimiento de esta obligación daría derecho a Telefónica a la resolución del contrato.

En su momento analizaremos su contenido, dado que es plausible que aún existan contrataciones vigentes realizadas con este modelo, por lo que basta ahora señalar que el objeto del contrato era la prestación del servicio telefónico soporte conforme a las tarifas vigentes y a través del prefijo 903/906 de conformidad con lo que se estableciese en la autorización administrativa correspondiente y que su duración se fijaba en un año, prorrogable por tácita reconducción por idéntico período.

### 1.3.- LA LIBERALIZACIÓN DE LAS TELECOMUNICACIONES EN 1998 ESTABLECE UN NUEVO ESCENARIO

Los acontecimientos en materia de servicios de tarificación adicional han corrido en paralelo al proceso de liberalización que ha sufrido el sector de las telecomunicaciones en estos últimos años, parte de una tendencia generalizada en relación a muy variados servicios públicos como son la electricidad, gas, servicios postales e hidrocarburos.

La liberalización de las telecomunicaciones tiene orígenes bien definidos en la década de los ochenta desde los países anglosajones<sup>63</sup>, particularmente Estados Unidos y Reino Unido<sup>64</sup> y comienza a manifestarse en el resto de

---

<sup>61</sup> De hecho así ocurrió con el corte en 1999 objeto de la STS nº 380/2010, Sala Primera, de 22 de Junio de 2010, VLex 222625015.

<sup>62</sup> Los siguientes comentarios se basan en una fotocopia de los mismos que consta en los archivos oficiales de la Dirección General de Consumo del Gobierno de la Región de Murcia y cuyo texto se acompaña como Anexo a este trabajo, dado que no fue objeto de publicación en el BOE.

<sup>63</sup> Cfr. ANTONIO JESÚS SÁNCHEZ RODRÍGUEZ. Prólogo de Tomás de la Quadra-Salcedo. *Derecho de las Telecomunicaciones. Nuevo Derecho y nuevo mercado*. Madrid: Dykinson 2002, p. 30.

<sup>64</sup> Cfr. RAQUEL NORIEGA SANDBERG Y GASPAR ARIÑO ORTIZ. “Liberalización y competencia en las Telecomunicaciones. Balance 1998-2003”, en GASPAR ARIÑO ORTIZ, (Dir). *Privatizaciones y Liberalizaciones en España: Balance y Resultados (1996-2003)*. Tomo I: *El Proceso Privatizador. Aspectos Jurídicos. La Liberalización de las Telecomunicaciones*. Granada: Comares, 2004, pp. 71-72. Y JUAN JOSÉ MONTERO PASCUAL. “Las telecomunicaciones: servicios de interés general”: *Revista de Derecho de la Unión Europea*, nº 7, 2004, pp. 237-238.

Europa algo más tarde<sup>65</sup> y su proceso en España puede dividirse en dos grandes períodos, el primero transcurre entre la publicación de la Ley 31/1987, de 18 de diciembre, de Ordenación de las Telecomunicaciones y la de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones<sup>66</sup>, en un entorno administrativamente intervenido, y el segundo período de 1998 a la actualidad, en un marco liberalizado, aunque algunos autores, probablemente porque el análisis se realiza desde diferente planteamiento, entienden que este proceso se ha verificado en tres etapas<sup>67</sup>.

### **1.3.1.- Liberalización y crisis del concepto de servicio público**

El concepto de liberalización no debe confundirse con el de privatización ni con el de desregulación. La privatización no tiene por qué ir acompañada de una liberalización, y como señala LAGUNA, si algo hemos aprendido estos años es que liberalizar no es sinónimo de desregular y que regular es una cuestión delicada no exenta de riesgos<sup>68</sup>.

CARLÓN RUIZ asume como concepto más inmediato de “liberalización” el paulatino proceso de introducción de competencia en una actividad previamente sometida a titularidad pública<sup>69</sup>, si bien nos parecen más acertadas las definiciones que ofrece TORRES, quien ha analizado específicamente la cuestión, y en su formulación más simple afirma que “privatizar es suprimir la propiedad que el Estado posee sobre una empresa, liberalizar es permitir la prestación de un mismo servicio a más de un operador simultáneamente, y desregular es reducir o eliminar la normativa vigente, para que actúen las fuerzas del mercado”<sup>70</sup>.

---

<sup>65</sup> ESTEVEZ llega a identificar hasta tres modelos diferentes de liberalización de las telecomunicaciones, el continental de inspiración francesa que aboga por un proceso gradual con una previa normalización y armonización (Francia, Italia, Grecia, Portugal, España...) y el modelo liberal anglosajón con dos variantes, la aplicada por Suecia y Nueva Zelanda regida exclusivamente por el derecho de la competencia y la del Reino Unido, que garantiza desde el poder público la interconexión. JOSE FRANCISCO ESTÉVEZ RODRÍGUEZ. “El Derecho Europeo de las Telecomunicaciones. Introducción a los Organismos Internacionales”, en JAVIER CREMADES (Coord.). *Derecho de las Telecomunicaciones*. Las Rozas, Madrid: Ley-Actualidad y Ministerio de Fomento, 1997, pp. 196-197.

<sup>66</sup> Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones, BOE 25-4-1998.

<sup>67</sup> La del monopolio natural de Telefónica, una segunda de duopolio a partir de 1996 cuando se crea Retevisión y una tercera de liberalización y plena competencia a partir de 1998. ANTONIO MARTI DEL MORAL. *La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones*. 1ª edición. Madrid: Ministerio de Administraciones Públicas. Instituto Nacional de Administración Pública, 2000, p. 26 y pp. 34 -42.

<sup>68</sup> JOSÉ CARLOS LAGUNA DE PAZ. *Telecomunicaciones: Regulación y Mercado*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2004, p. 21 y pp. 168-169. Otro análisis de los términos “desregulación”, “privatización” y “liberalización”, en ANTONIO JESÚS SÁNCHEZ RODRÍGUEZ. Prólogo de Tomás de la Quadra-Salcedo. *Derecho de las Telecomunicaciones. Nuevo Derecho y nuevo mercado*. Madrid: Dykinson 2002, pp. 40-58.

<sup>69</sup> MATILDE CARLÓN RUIZ. *El servicio universal de telecomunicaciones*. Cizur Menor, Navarra: Thomson-Civitas, 2007, p. 33.

<sup>70</sup> Mª ASUNCION TORRES LOPEZ. *Las comunicaciones móviles y su régimen jurídico. Especial tratamiento de la telefonía móvil*. 1ª edición. Madrid: Civitas, 1998, pp. 60-63. la liberalización no supone que las leyes del mercado sean las únicas que deban regir las relaciones entre los agentes, por lo que LAGUNA propone que tras la correspondiente desregulación procede una etapa de “neorregulación. JOSÉ CARLOS LAGUNA DE PAZ. “Liberalización y neorregulación de las telecomunicaciones en el Derecho comunitario”. *Revista Española de Derecho Administrativo-REDA* n° 88, 1995.

Tal es su desarrollo actual que ha llevado a afirmar a PARADA que la cruzada por la libre competencia, derivada de simple emulación del sistema estadounidense importado en Europa a través de los artículos 85 a 94 del Tratado de Roma de 1957, no es ya compatible con un modelo de servicio público económico en que el monopolio concesional era la regla<sup>71</sup>.

Por contra, DE LA QUADRA-SALCEDO es partidario de entender que el servicio público, más que un instrumento de gobierno, “es una técnica clásica que dio incluso nombre a una Escuela de derecho público liderada por DUGUIT, que pretendía explicar toda esa rama del derecho no con la noción de poder sino con la noción de servicio público. En ese concepto se resumían y encontraban justificación todas las exorbitancias, todas las potestades que podía ostentar la Administración en el desarrollo de esas actividades”<sup>72</sup>. Constata que tanto el modelo continental del servicio público como el modelo anglosajón de las *public utilities*, partiendo de perspectivas diferentes, han llegado a grandes niveles de aproximación<sup>73</sup> y que el proceso de liberalización de las telecomunicaciones es producto de los avances tecnológicos y la globalización económica, que han llevado a la convicción de que el mercado es un medio más eficiente y capaz que el mismo Estado para satisfacer las demandas y necesidades de los consumidores, y por tanto, no puede ser visto como la derrota de las técnicas de servicio público o de los monopolios tradicionales por la ideología de mercado<sup>74</sup>.

El impresionante avance tecnológico de la materia es, probablemente, el elemento dinamizador esencial que diferencia la liberalización de las telecomunicaciones de la de otros sectores y que acaba impregnando el resto de sus aspectos, también el jurídico<sup>75</sup>. No en vano señala MUÑOZ MACHADO que se ha calculado el factor multiplicador de la revolución de las telecomunicaciones en un millón, frente al factor diez que generó la revolución agrícola y el factor mil de la primera revolución industrial<sup>76</sup>. Probablemente el proceso de innovación tecnológica general, no sólo en materia de telecomunicaciones, es el factor que conduce a esquemas de liberalización de antiguas actividades económicas de servicio público, y ambos combinados han

---

<sup>71</sup> RAMÓN PARADA. *Derecho Administrativo I. Parte General*. 17ª edición. Madrid: Marcial Pons, 2008, p. 429. Vid. también SANTIAGO MUÑOZ MACHADO. *Tratado de derecho administrativo y derecho público general I. La formación de las instituciones públicas y su sometimiento al derecho*. 2ª edición. Madrid: Iustel, 2006 (reimp 2009), pp. 1148-1154.

<sup>72</sup> TOMÁS DE LA QUADRA SALCEDO. “Telecomunicaciones y Derecho Público”, en JAVIER CREMADES (Coord.). *Derecho de las Telecomunicaciones*. Las Rozas, Madrid: Ley-Actualidad y Ministerio de Fomento, 1997, p. 129.

<sup>73</sup> TOMÁS DE LA QUADRA SALCEDO. “Telecomunicaciones y Derecho Público”, en JAVIER CREMADES (Coord.). *Derecho de las Telecomunicaciones*. Las Rozas, Madrid: Ley-Actualidad y Ministerio de Fomento, 1997, pp.132-136.

<sup>74</sup> TOMÁS DE LA QUADRA-SALCEDO. *Liberalización de las Telecomunicaciones*. Documento electrónico en [www.iustel.com](http://www.iustel.com), sin fechar, probablemente de 2000. Consulta realizada el 24-5-2007.

<sup>75</sup> Cfr. M<sup>a</sup> ASUNCION TORRES LOPEZ. *Las comunicaciones móviles y su régimen jurídico. Especial tratamiento de la telefonía móvil*. 1ª edición. Madrid: Civitas, 1998, pp. 63-65.

<sup>76</sup> SANTIAGO MUÑOZ MACHADO. *Servicio Público y Mercado II. Las telecomunicaciones*. 1ª edición. Madrid: Civitas, 1998, pp. 14-15, citando a M. BARCELÓ, prólogo a M. NEGROPONTE. *El mundo digital*. Ediciones B: Barcelona, 1995, p. 9. El FMT, factor multiplicador de una tecnología, es el número de veces que se mejora el objetivo asignado respecto del estado de la cuestión anterior a su invención. El coche mejora en 15 veces al carruaje, por ejemplo.



dado lugar a la denominada globalización, mundialización o tercera revolución industrial<sup>77</sup>.

Pese a las diferentes posturas que este debate suscita, al menos se puede afirmar que el propio concepto del término “servicio público” siempre ha generado dispares posiciones doctrinales<sup>78</sup>, que no todos lo consideran en crisis<sup>79</sup> y que en el nuevo marco, “el servicio público pasa de ser la norma única a convertirse en una situación excepcional”<sup>80</sup>, una técnica jurídica para garantizar al ciudadano la prestación básica del servicio por parte del operador privado obligado a ello, no la expresión técnica del poder del Estado prestacional que lo facilita<sup>81</sup>.

Aunque LAGUNA señala que una corriente doctrinal ha intentado una reformulación del concepto de servicio público para enmarcarlo dentro del más amplio de “servicios de interés económico general” (concepto utilizado por el derecho comunitario para los procesos de liberalización)<sup>82</sup>, parece todavía asignatura pendiente la completa construcción doctrinal de un nuevo modelo<sup>83</sup>.

---

<sup>77</sup> Cfr. ÁNGELA GUIASADO MORENO. *Formación y perfección del contrato en Internet*. Madrid: Marcial Pons, 2004, pp. 27-35.

<sup>78</sup> Cfr. JOSÉ LUIS MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ. *El servicio público. Origen y significación*. Documento electrónico en [www.iustel.com](http://www.iustel.com), sin fechar. Consulta realizada el 24-5-2007.

<sup>79</sup> MATILDE CARLÓN RUIZ afirma que es “pieza clave de la intervención pública en determinadas actividades económicas”. *El servicio universal de telecomunicaciones*. Cizur Menor, Navarra: Thomson-Civitas, 2007, p. 25. Cfr. también con CARMEN CHINCHILLA MARÍN Y MATILDE CARLÓN RUIZ, “Del servicio público al servicio universal de las telecomunicaciones”, en TOMÁS QUADRASALCEDO y FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, (Dtor). *Aspectos jurídicos de las telecomunicaciones*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2003, pp. 156-158.

<sup>80</sup> JOSE LUIS PALMA FERNÁNDEZ. “Régimen de licencias y autorizaciones. Interconexión y acceso a redes”, en JOSÉ FERNANDO MERINO MERCHÁN y MARÍA PÉREZ-UGENA Y COROMINA (Coord.). *Curso de Derecho de las Telecomunicaciones*. Madrid: Dykinson, 2000, p.108.

<sup>81</sup> Cfr. M<sup>a</sup> ASUNCION TORRES LOPEZ. *Las comunicaciones móviles y su régimen jurídico. Especial tratamiento de la telefonía móvil*. 1<sup>a</sup> edición. Madrid: Civitas, 1998, pp. 386-387. En esta obra encontramos reseñadas muy diversas posiciones de autores respecto de este tema, pp. 381-387.

<sup>82</sup> JOSÉ CARLOS LAGUNA DE PAZ. *Telecomunicaciones: Regulación y Mercado*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2004, pp. 27-28.

<sup>83</sup> Encontramos algunas reflexiones a este respecto: GASPAR ARIÑO ORTIZ, “Servicio Público y Servicio universal”, en JAVIER CREMADES (Coord.). *Derecho de las Telecomunicaciones*. Las Rozas, Madrid: Ley-Actualidad y Ministerio de Fomento, 1997, p. 757-776. G. ARIÑO ORTIZ, J. M. DE LA CUÉTARA y J. L. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ. *El Nuevo Servicio Público*. Madrid: Marcial Pons, 1997, 277 pp. JOSE M<sup>a</sup> CHILLÓN MEDINA, “Estado regulador y Administración de Telecomunicaciones” y JAVIER IRANZO, “La función de control en las Telecomunicaciones”, ambas en JOSÉ FERNANDO MERINO MERCHÁN y MARÍA PÉREZ-UGENA Y COROMINA (Coord.). *Curso de Derecho de las Telecomunicaciones*. Madrid: Dykinson, 2000, respectivamente pp. 185-197 y pp. 241-251; en este último se analizan los conceptos de servicio público virtual, servicio público impropio y servicio de interés público, figuras todas ellas que requieren de una previa autorización administrativa que, presente en la LGT-1998, desapareció con la LGT-2003, por lo que tales reflexiones quedan ciertamente necesitadas de revisión. MATILDE CARLÓN RUIZ. *El servicio universal de telecomunicaciones*. Cizur Menor, Navarra: Thomson-Civitas, 2007, pp. 46-58. JUAN JOSÉ MONTERO PASCUAL. “Las telecomunicaciones: servicios de interés general”: *Revista de Derecho de la Unión Europea*, n<sup>o</sup> 7, 2004, pp. 240-243. JUAN JOSÉ MONTERO PASCUAL. “Regulación, desregulación y la última crisis del servicio público”: *Redeti. Revista de derecho de las telecomunicaciones e infraestructuras en red*, n<sup>o</sup> 30, 2007, pp. 41-66.

### **1.3.2.- El proceso de liberalización de las telecomunicaciones en España**

La regulación jurídica de las telecomunicaciones en España hasta 1987 se basaba en tres vetustas leyes, la Ley de 22 de abril de 1855 que autorizaba al Gobierno para plantear un sistema completo de líneas electro telegráficas, publicada en tiempos de Isabel II, un Decreto-Ley de 1882 que la encuadró en la categoría de servicio público<sup>84</sup> y la Ley de 26 de octubre de 1907 que autorizaba al Gobierno para desarrollar los Servicios de Radiotelegrafía, Cables y Teléfonos. La historia de este servicio está llena de hitos de diferente signo<sup>85</sup>.

La doctrina considera que la liberalización se inició en España en 1987 (aunque hay autores que sitúan el inicio del proceso de liberalización aun antes)<sup>86</sup>, con la aprobación en diciembre de la primera norma jurídica básica de carácter global para el sector<sup>87</sup>, la Ley 31/1987, de 18 de diciembre, de Ordenación de las Telecomunicaciones- LOT. Servicios telefónicos, telegramas, fax, videoteléfono, navegación aeroespacial, auxilio en carretera o mar, defensa nacional, etc., tienen por primera vez el mismo referente legal primario.

No obstante, y pese al escaso rigor en la utilización de los conceptos, se continuaba calificando las telecomunicaciones como servicio público<sup>88</sup> y se

---

<sup>84</sup> JUAN LUIS DE LA VALLINA VELARDE. *Régimen jurídico-administrativo del servicio público telefónico*. Madrid: Instituto de Estudios Administrativos, 1971, pp. 21-22.

<sup>85</sup> Además de la obra de VALLINA citada, unas breves pero completas exposiciones de la historia de las telecomunicaciones desde el punto de vista jurídico en: JUAN FRANCISCO MESTRE DELGADO, “Las telecomunicaciones como servicios de interés general”, en EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA y TOMÁS DE LA QUADRA-SALCEDO (coord.), *Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones, Ley 32/2003 de 3 de noviembre*, Editorial Thomson-Civitas, Madrid, 2004, pp. 52-55. ANTONIO JESÚS SÁNCHEZ RODRÍGUEZ. Prólogo de Tomás de la Quadra-Salcedo. *Derecho de las Telecomunicaciones. Nuevo Derecho y nuevo mercado*. Madrid: Dykinson 2002, pp. 59-92. JOSE LUIS CASTELLANO TREVILLA. “Servicio universal y los servicios obligatorios en la Ley General de Telecomunicaciones”, en JOSÉ FERNANDO MERINO MERCHÁN y MARÍA PÉREZ-UGENA Y COROMINA (Coord.). *Curso de Derecho de las Telecomunicaciones*. Madrid: Dykinson, 2000, pp. 115-123. Y SANTIAGO MUÑOZ MACHADO. *Servicio Público y Mercado II. Las telecomunicaciones*. 1ª edición. Madrid: Civitas, 1998.

<sup>86</sup> PALOMA LLANEZA GONZÁLEZ sitúa el origen de este proceso en el año 1977, en *Nuevo marco regulatorio de las Telecomunicaciones*. 1ª edición. Barcelona: Bosch, 2002, pp. 25-45. Sin embargo, 1987 parece la fecha mas aceptada por la doctrina, INMACULADA REVUELTA PÉREZ afirma que con la Ley 31/1987 se inicia el proceso liberalizador en nuestro país, “La protección de los consumidores frente a los nuevos servicios de telecomunicaciones”, en *Civitas. Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 116, 2002, p. 531. Y MARTI DEL MORAL también considera que esta Ley inicia el proceso de liberalización en nuestro ordenamiento, si bien tímida, ANTONIO MARTI DEL MORAL. *La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones*. 1ª edición. Madrid: Ministerio de Administraciones Públicas. Instituto Nacional de Administración Pública, 2000, p. 38. Otros artículos al respecto en la obra JAVIER CREMADES (Coord.). *Derecho de las Telecomunicaciones*. Las Rozas, Madrid: Ley-Actualidad y Ministerio de Fomento, 1997.

<sup>87</sup> Cfr. ANTONIO JESÚS SÁNCHEZ RODRÍGUEZ. Prólogo de Tomás de la Quadra-Salcedo. *Derecho de las Telecomunicaciones. Nuevo Derecho y nuevo mercado*. Madrid: Dykinson 2002, pp. 66-67.

<sup>88</sup> Cfr. JUAN FRANCISCO MESTRE DELGADO, “Las telecomunicaciones como servicios de interés general”, en EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA y TOMÁS DE LA QUADRA-SALCEDO (coord.), *Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones, Ley 32/2003 de 3 de noviembre*, Editorial Thomson-Civitas, Madrid, 2004, pp. 56-57. Y JOSÉ MANUEL GARCIA-MON, “Ley de Ordenación de las Telecomunicaciones”, en JAVIER CREMADES (Coord.). *Derecho de las Telecomunicaciones*. Las Rozas, Madrid: Ley-Actualidad y Ministerio de Fomento, 1997, p. 335.

mantenía el régimen monopolístico del servicio telefónico básico<sup>89</sup>, que prestaba la hasta entonces denominada Compañía Telefónica Nacional de España-CTNE desde 1924<sup>90</sup>, año en que se constituyó esta sociedad privada controlada por capital norteamericano que fue nacionalizada tras la Guerra Civil<sup>91</sup>.

Unos meses antes, en junio de 1987, la Comisión Europea, auténtico motor del proceso de liberalización de las telecomunicaciones en toda Europa<sup>92</sup>, publicó el Libro Verde sobre el Desarrollo del Mercado Común de los Servicios y Equipos de Telecomunicaciones<sup>93</sup>, con el objetivo inmediato de imponer a los Estados la aprobación de una normativa sectorial *ex ante* y asimétrica de “discriminación positiva”, es decir, de decidido apoyo a los nuevos operadores frente al antiguo monopolio<sup>94</sup>, hasta que el mercado permitiese su sustitución por las reglas generales del derecho de la competencia, caracterizado éste a la inversa por su carácter general, *ex post* y simétrico respecto de todos los agentes<sup>95</sup>, momento que por cierto comienza a llegar, ya que la asimetría comienza a ser rechazada por la doctrina<sup>96</sup>.

---

<sup>89</sup> En palabras de ARIÑO, este “viejo modelo” contenido en la LOT de 1987 se basaba en cuatro elementos, “derechos exclusivos de prestación, planificación central, cobertura garantizada del coste más un beneficio razonable, y obligación de servir en régimen de igualdad”. GASPAR ARIÑO ORTIZ, (Dir.). *Privatizaciones y Liberalizaciones en España: Balance y Resultados (1996-2003). Tomo I: El Proceso Privatizador. Aspectos Jurídicos. La Liberalización de las Telecomunicaciones*. Granada: Comares, 2004, pp. XXIII-XXIV.

<sup>90</sup> Vid. CELIA FIGUERA, “Evolución histórica de Telefónica SA”, en ALMUDENA ARPÓN DE MENDÍVIL ALDAMA y ÁNGEL CARRASCO PERERA (Dtores). *Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones*. Pamplona: Aranzadi, 1999, pp. 230-232 y pp. 232-238 describiendo su régimen en el año 1998.

<sup>91</sup> Esta naturaleza de sociedad mercantil facilitó más tarde su privatización, frente a los obstáculos a los que se enfrentaron otros Estados como el francés o el alemán por el carácter público de la entidad prestataria del servicio y los derechos de los funcionarios que las integraban. Cfr. JUAN JOSÉ MONTERO PASCUAL. “Las telecomunicaciones: servicios de interés general”: *Revista de Derecho de la Unión Europea*, nº 7, 2004, pp. 236-237.

<sup>92</sup> Sobre el proceso liberalizador desde las instancias europeas en la década de los ochenta, MATILDE CARLÓN RUIZ. *Régimen jurídico de las telecomunicaciones: una perspectiva convergente en el Estado de las Autonomías*. Madrid: La Ley, 2000, pp. 79-112.

<sup>93</sup> *Hacia una economía europea dinámica, Libro Verde sobre el desarrollo del mercado común de servicios y equipos de telecomunicaciones*, de 30 de junio de 1987, COM (87) 290, junio de 1987. Posteriormente, e igualmente importante, el *Libro Verde sobre la convergencia de los sectores de telecomunicaciones, medios de comunicación y tecnologías de la información y sobre sus consecuencias para la reglamentación. En la perspectiva de la sociedad de la información* de 3-12-1997, COM/97/0623 final, diciembre de 1997.

ANTONIO MARTI DEL MORAL lo califica como “programa de liberalización global...que se erige como el auténtico referente para la aprobación de normas jurídicas en toda Europa”. *La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones*. 1ª edición. Madrid: Ministerio de Administraciones Públicas. Instituto Nacional de Administración Pública, 2000, p. 38. El Libro Verde insta cuatro grandes medidas: medidas para acabar con los monopolios, medidas de armonización legislativa, la creación de Autoridades Nacionales de Reglamentación-ANR, y medidas para garantizar la competencia real en el mercado, p. 60.

<sup>94</sup> Cfr. GASPAR ARIÑO ORTIZ, (Dir.). *Privatizaciones y Liberalizaciones en España: Balance y Resultados (1996-2003). Tomo I: El Proceso Privatizador. Aspectos Jurídicos. La Liberalización de las Telecomunicaciones*. Granada: Comares, 2004, pp. XXVIII-XXIX.

<sup>95</sup> Cfr. MATILDE CARLÓN RUIZ. *El servicio universal de telecomunicaciones*. Cizur Menor, Navarra: Thomson-Civitas, 2007, pp. 40-43.

<sup>96</sup> Cfr. JUAN MIGUEL DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ. “Informe especial: la Ley General de Telecomunicaciones de 2003 en el contexto de la liberalización europea y española del sector”: *Redeti. Revista de derecho de las telecomunicaciones e infraestructuras en red*, nº 18, 2003, p. 36 de documento

Así pues, la LOT nació con los cimientos forjados en concepciones de servicio público opuestas a las de los nuevos tiempos y el nuevo régimen europeo<sup>97</sup> y enseguida tuvo que ser sucesivamente modificada en este sentido<sup>98</sup>.

Finalmente, y previa renuncia al período de cinco años que la Comunidad Europea concedió a nuestro país para retrasar la liberalización por el atraso de nuestras redes<sup>99</sup>, llegó la plena liberalización con la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones<sup>100</sup>, que consignó también como uno de sus objetivos la defensa de los intereses de los usuarios, lo que ha sido destacado por la doctrina<sup>101</sup>, aunque lo cierto es que la tutela de los derechos de los consumidores ocupó entonces y aún ocupa hoy en día un lugar secundario en el proceso, apostando el legislador porque la mera existencia de

---

electrónico de V-Lex. Más adelante, pp. 37-38, afirma que la Ley General de Telecomunicaciones de 2003 no afronta directamente el problema de la regulación asimétrica, ya que ni la avala, ni la proscribire, ni la ampara, aunque considera que, en todo caso, sí rechaza el voluntarismo que la alimenta.

<sup>97</sup> Cfr. SANTIAGO MUÑOZ MACHADO. *Servicio Público y Mercado II. Las telecomunicaciones*. 1ª edición. Madrid: Civitas, 1998, p. 177.

<sup>98</sup> Los hitos fundamentales de la liberalización fueron los siguientes: La liberalización de la telefonía móvil en 1992, cfr. SYLVIA ALONSO SALTERAIN. “Las comunicaciones móviles”: *Redeti. Revista de derecho de las telecomunicaciones e infraestructuras en red*, nº 33, 2008, pp. 67-77. La Sentencia 168/1993 de 27 de mayo del Tribunal Constitucional, trascendental pronunciamiento que ha afianzado en España un desarrollo centralizado del sector de las telecomunicaciones. Cfr. RODRIGO URÍA MERUÉNDANO. “El Derecho y las Telecomunicaciones”, en JAVIER CREMADES (Coord.). *Derecho de las Telecomunicaciones*. Las Rozas, Madrid: Ley-Actualidad y Ministerio de Fomento, 1997, pp. 98-100. La liberalización de las telecomunicaciones por cable por Ley 37/1995 y Ley 42/1995. Cfr. ÁNGEL CARRASCO PERERA, LUIS ARROYO JIMÉNEZ y ANA ISABEL MENDOZA LOSANA. *Impacto de la evolución de la liberalización de las telecomunicaciones en la protección del consumidor*. Toledo: Centro de Estudios de Consumo, Universidad de Castilla-La Mancha, noviembre de 2004. En Internet, en <<http://www.uclm.es/cesco/investigacion/24.pdf>>, p. 16. Consulta realizada el 4-4-2007. Y la habilitación a Retevisión como segundo operador y la creación de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones por Real Decreto-Ley 6/1996. Cfr. JAVIER CREMADES GARCÍA. “Telecomunicaciones en Europa y en España”, en JAVIER CREMADES (Coord.). *Derecho de las Telecomunicaciones*. Las Rozas, Madrid: Ley-Actualidad y Ministerio de Fomento, 1997, pp. 28-33.

<sup>99</sup> La prórroga se nos concedió conjuntamente con Portugal, Irlanda y Grecia No obstante, la renuncia española fue interesada. El «boom» de las telecomunicaciones permitía a Telefónica una rápida expansión hacia Europa que tropezaba con la grave objeción de que, mientras los mercados españoles no estuvieran liberalizados, no se le admitiría en igualdad de condiciones en los países que sí los estuvieran. Esta es la razón última de la renuncia por parte española a la prórroga. Cfr. JUAN MIGUEL DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ. “Informe especial: la Ley General de Telecomunicaciones de 2003 en el contexto de la liberalización europea y española del sector”: *Redeti. Revista de derecho de las telecomunicaciones e infraestructuras en red*, nº 18, 2003, p. 17 de documento electrónico de V-Lex. Este mismo autor recuerda este proceso en “La convergencia, diez años después”. *Redeti. Revista del Derecho de las Telecomunicaciones, Transportes e Infraestructuras*, nº 33, 2008, p. 39, y que el último paquete de acciones del Estado en Telefónica fue vendido a comienzos de 1997.

<sup>100</sup> Artículo 2: “...las telecomunicaciones son servicios de interés general que se prestan en régimen de competencia. Sólo tienen la consideración de servicio público o están sometidas a obligaciones de servicio público los servicios regulados en el artículo 5 y en el Título III de esta Ley.” Cfr. JAVIER CREMADES GARCÍA. “Telecomunicaciones en Europa y en España”, en JAVIER CREMADES (Coord.). *Derecho de las Telecomunicaciones*. Las Rozas, Madrid: Ley-Actualidad y Ministerio de Fomento, 1997, pp. 24-25.

<sup>101</sup> Cfr. ÁNGEL CARRASCO PERERA Y ANA I. MENDOZA LOSANA, “Los derechos de los usuarios de las telecomunicaciones” en ALMUDENA ARPÓN DE MENDÍVIL ALDAMA y ÁNGEL CARRASCO PERERA (Dtores). *Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones*. 1ª edición. Pamplona: Aranzadi, 1999, p. 603.

competencia efectiva acarrea de forma automática mayores ventajas para los consumidores<sup>102</sup>.

Unos años después, y por circunstancias que señalaremos en su momento, sería sustituida por la vigente LGT de 2003.

Como destaca ARIÑO, la liberalización es un proceso que se conoce cuando empieza pero nunca cuando acaba, y aunque este autor entiende que es hora de darlo por terminado en España<sup>103</sup>, lo cierto y verdad es que todavía no ha finalizado<sup>104</sup>, en particular por ofrecer un panorama de creciente regulación normativa<sup>105</sup> e intervención administrativa a través de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones<sup>106</sup>.

### **1.3.3.- La segunda regulación de los servicios de tarificación adicional de 1998**

A nuestros efectos, lo más relevante fue que la LGT de 1998 dejó de considerar a los servicios de tarificación adicional como servicios de telecomunicación<sup>107</sup>, por lo que desapareció la exigencia de su autorización administrativa previa<sup>108</sup>.

---

<sup>102</sup> Así lo pone de manifiesto LUIS ORTEGA ÁLVAREZ en relación a la Ley de 1998, en EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA, y TOMÁS DE LA QUADRA-SALCEDO. *Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones, Ley 11/1998, de 24 de abril*. Madrid: Civitas, 1999.

<sup>103</sup> Sin embargo, este autor también señala que el Gobierno parece apostar por una nueva fase regulatoria y que la CMT se resiste a abandonar las técnicas de control aplicadas durante los últimos años. GASPAR ARIÑO ORTIZ, (Dir.). *Privatizaciones y Liberalizaciones en España: Balance y Resultados (1996-2003). Tomo I: El Proceso Privatizador. Aspectos Jurídicos. La Liberalización de las Telecomunicaciones*. Granada: Comares, 2004, pp. XXVIII-XXIX. En este sentido, DE LA CUÉTARA considera que tras la época del monopolio y una segunda de liberalización mediante regulación asimétrica, nos encontramos ante una tercera fase. JUAN MIGUEL DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ. “La tercera generación de normas regulatorias en telecomunicaciones”: *Redeti. Revista de derecho de las telecomunicaciones e infraestructuras en red*, nº 25, 2006, p. 15.

<sup>104</sup> Cfr. RAQUEL NORIEGA SANDBERG Y GASPAR ARIÑO ORTIZ. “Liberalización y competencia en las Telecomunicaciones. Balance 1998-2003”, en GASPAR ARIÑO ORTIZ, (Dir.). *Privatizaciones y Liberalizaciones en España: Balance y Resultados (1996-2003). Tomo I: El Proceso Privatizador. Aspectos Jurídicos. La Liberalización de las Telecomunicaciones*. Granada: Comares, 2004, p. 79.

<sup>105</sup> MARTI DEL MORAL pone de relieve que el proceso de liberalización iniciado desde la Comunidad Europea ha generado un número excesivo de disposiciones legales, reglamentarias y administrativas en los ordenamientos de los Estados miembros, en ANTONIO MARTI DEL MORAL. *La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones*. 1ª edición. Madrid: Ministerio de Administraciones Públicas. Instituto Nacional de Administración Pública, 2000, pp. 50 y 52-54.

<sup>106</sup> Cfr. TOMÁS DE LA QUADRA-SALCEDO, en ANTONIO JESÚS SÁNCHEZ RODRÍGUEZ. Prólogo de Tomás de la Quadra-Salcedo. *Derecho de las Telecomunicaciones. Nuevo Derecho y nuevo mercado*. Madrid: Dykinson 2002, pp. 16-17.

<sup>107</sup> Cfr. ANA ISABEL MENDOZA LOSANA. “Servicios telefónicos de tarificación adicional: motivos para la modificación de la normativa. Respuesta a consulta planteada por la Consejería de Sanidad de la Junta de Comunidades de Castilla La Mancha”, en ÁNGEL CARRASCO PERERA (Coord). *Estudios sobre Telecomunicaciones y Derecho de Consumo*. Navarra: Aranzadi, 2005, p. 319.

<sup>108</sup> El artículo 7.1 de la Ley General de Telecomunicaciones de 1998 establecía que para la prestación de los servicios y el establecimiento o explotación de las redes de telecomunicaciones se requeriría la previa obtención del correspondiente título habilitante que, según el tipo de servicio, consistiría en una autorización general o en una licencia individual

Aunque hubo alguna voz que cuestionó este criterio<sup>109</sup>, tal consideración tuvo su reflejo en la realidad jurídica cuando la Resolución de 10-12-1998 de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, adoptada respecto de 117 expedientes concretos en este sentido, confirmó la inexigibilidad de tal título habilitante<sup>110</sup>.

La Administración elaboró una segunda regulación en la materia mediante una nueva y breve Resolución de diciembre de 1998<sup>111</sup> sobre la base de similares instrumentos y medidas a los establecidos en 1993<sup>112</sup>, que no pudo evitar los problemas derivados de la ausencia del tradicional control administrativo sobre los prestadores mediante autorizaciones.

Sin autorización administrativa desaparecía la posibilidad de su revocación ante incumplimientos del Código de Conducta, y tampoco resultaba legalmente imponible a las operadoras la firma de un contrato sujeto a tal Código.

Esta situación facilitó el incremento de la migración fraudulenta de los servicios propios de códigos 903 a códigos 906 que ya se iniciara a finales de 1993 e igualmente de los fraudes hacia consumidores<sup>113</sup>. Este proceso, que por ser tan de dominio público se suele sin más citar<sup>114</sup>, fue reconocido por la

---

<sup>109</sup> Vid. INMACULADA REVUELTA PÉREZ. “La protección de los consumidores frente a los nuevos servicios de telecomunicaciones”. *Civitas. Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 116, 2002, pp. 550-552. La preocupación de esta autora parece centrarse en los problemas derivados de la inexistencia de Administración sectorial que controle la materia, de modo que, una vez constatado que la de Consumo resulta competente, parece acabar aceptando la naturaleza ajena a las telecomunicaciones de los servicios de tarificación adicional.

<sup>110</sup> Resolución de 10-12-1998 del Consejo de la CMT por la que se acuerda no otorgar la autorización administrativa para la prestación de determinados servicios soportados en el servicio final telefónico, en su modalidad de tarificación adicional, a través de una línea 906 ó 903, por no tener la consideración de servicios de telecomunicación, de conformidad con lo dispuesto en la normativa vigente (117 expedientes). Igualmente se pueden encontrar referencias a este suceso en COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES. *Informe Anual 1998*. Madrid, 1999, apartado IV.2.3.a. La Resolución acordó que “el interesado tiene derecho, al amparo de la normativa vigente, a contratar una línea 903/906 con Telefónica, S.A., debiendo considerarse nula la cláusula del contrato-tipo que exige el título habilitante previo para su obtención”.

<sup>111</sup> Resolución de 17-12-1998 de la Secretaría General de Telecomunicaciones, por la que se dictan instrucciones a “Telefónica Sociedad Anónima” en relación con la prestación del servicio telefónico soporte de los servicios de tarificación adicional, BOE 2-1-1999.

<sup>112</sup> INMACULADA REVUELTA PÉREZ afirma que “las medidas continuaban en la línea de lo establecido en las Resoluciones de 1993”, “La protección de los consumidores frente a los nuevos servicios de telecomunicaciones”, en *Civitas. Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 116, 2002, pp. 541-542.

<sup>113</sup> Hemeroteca vía Internet del periódico El País. Titulares. Búsqueda realizada a lo largo de 2005:

-27-07-1999-La Unión de Consumidores denuncia nuevos timos telefónicos.

-06-02-2000-Desmantelada una red de fraude telefónico.

-26-04-2000-CNN+ desvela una trampa en Internet para cobrar con un 906 servicios eróticos.

-01-07-2001-Dinero telefónico bajo sospecha. La maraña de líneas 900 favorece que, por desconocimiento, el usuario sea objeto de abusos.

-22-07-2001-Obligado a pagar a un estafador. La Administración se ve incapaz de actuar contra un fraude telefónico.

-24-08-2001-Presunto fraude telefónico en Cubelles.

-15-10-2001-El Defensor del Pueblo obliga a cambiar a Hacienda su teléfono de información. El número era un 906 y tenía un coste de 58 pesetas por minuto.

-05-12-2001-La UCE denuncia a Telefónica por incumplir la ley de teléfonos eróticos.

<sup>114</sup> Cfr. ANA ISABEL MENDOZA LOSANA, “Servicios telefónicos de tarificación adicional: motivos para la modificación de la normativa. Respuesta a consulta planteada por la Consejería de Sanidad de la

propia Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones<sup>115</sup> y denunciado duramente por el Defensor del Pueblo en sus Informes correspondientes al año 2000<sup>116</sup> y sobre todo en el del año 2001, en el que destacaba “el total triunfo de los intereses económicos de las empresas prestadoras de estos servicios sobre la legalidad, con absoluto desinterés de la Administración para hacer cumplir la norma”<sup>117</sup>.

#### 1.4.- LA VIGENTE REGULACIÓN ADMINISTRATIVA DE LOS SERVICIOS DE TARIFICACIÓN ADICIONAL DE 2002

En el año 2002 se aprobó la tercera y vigente regulación administrativa mediante Orden PRE/361/2002, de 14 de febrero<sup>118</sup>, utilizando de nuevo como parámetros los mismos instrumentos de 1993<sup>119</sup>: reconocimiento del derecho de desconexión, desarrollo reglamentario a través de un nuevo Código de Conducta que se aprobó en 2002<sup>120</sup>, establecimiento de un contrato-tipo para los prestadores y existencia de una Comisión Administrativa específica para estos asuntos, a los que la normativa vino a añadir una nueva medida, la modificación de los códigos numéricos de acceso, sustituyendo los 903/906 por los 803/806/807/907.

Como ocurrió en 1993, la nueva normativa fue precedida de una intensa actividad parlamentaria<sup>121</sup> y fue objeto de una comparecencia posterior de la

---

Junta de Comunidades de Castilla La Mancha”, en ÁNGEL CARRASCO PERERA (Coord). *Estudios sobre Telecomunicaciones y Derecho de Consumo*. Navarra: Aranzadi, 2005, p. 323. También en documento electrónico en URL <<http://www.uclm.es/cesco/investigacion/18.pdf>>, julio de 2004, p. 17. Consulta realizada el 28-3-2007.

<sup>115</sup> COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES. *Informe Anual 2000*. Madrid, 2001, p. 233.

<sup>116</sup> BOCG-Sección Cortes Generales, Serie A, nº 201 de 8-10-2001, p. 164.

<sup>117</sup> DEFENSOR DEL PUEBLO. *Informe Anual 2001*. Madrid: Publicaciones del Congreso de los Diputados. Secretaría General (Dirección de Estudios). Serie Informes, 2002, p. 413.

<sup>118</sup> 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, publicada en el BOE de 22-2-2002.

<sup>119</sup> INMACULADA REVUELTA PÉREZ afirma que “las medidas... son básicamente las mismas que se preveían en las Resoluciones de 1993”, “La protección de los consumidores frente a los nuevos servicios de telecomunicaciones”. *Civitas. Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 116, 2002, p. 542.

<sup>120</sup> Publicado por Resolución de 30-12-2002 de la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información, BOE 28-1-2003.

<sup>121</sup> Constan al menos las siguientes:

-Proposición no de Ley del Grupo Parlamentario Socialista-GPS instando al Gobierno a aprobar la correspondiente normativa, admitida a trámite en el BOCG, Congreso de los Diputados, Serie D, nº 269 de 23-11-2001, pp. 31-32.

-Pregunta del Senador Félix Lavilla Martínez del GPS, publicada junto a la contestación del Gobierno en el BOCG, Senado, Serie I, nº 329 de 18-12-2001, pp. 26-28.

-Pregunta del Diputado Jordi Jané i Guasch del GC-CiU, publicada la respuesta del Gobierno en el BOCG, Congreso de los Diputados, Serie D, nº 290 de 4-1-2002, pp. 38-39.

responsable gubernamental en la materia<sup>122</sup>, aunque algunas iniciativas se prolongaron en el tiempo más allá de estas fechas<sup>123</sup>, siendo de destacar que en esta época el protagonismo parlamentario pasó del Senado al Congreso de los Diputados.

Aunque algún autor considera que esta Orden redujo el nivel de protección de los usuarios<sup>124</sup>, la norma en su día presentó mejoras, de las que se deben destacar tres:

En primer lugar, amplió el derecho de desconexión a todos los códigos de tarificación adicional regulados, y aunque lejos de la reivindicación de consumidores e instituciones propugnando exclusivamente el acceso previa suscripción, supuso un evidente avance respecto de la situación anterior, que, recordemos, permitía libre acceso a los 906 sin posibilidad de desconexión.

En segundo lugar, diferenció nítidamente el servicio telefónico básico de los servicios de tarificación adicional, considerando, como ya en su día hizo el Defensor del Pueblo, que los problemas derivados de éstos no pueden legítimamente afectar a aquél, y por tanto, prohibió definitivamente el corte del suministro telefónico básico por impagos relativos exclusivamente a servicios de tarificación adicional.

Y en tercer lugar, estableció un completo cuadro de obligaciones informativas de carácter precontractual, ya que “desde su aparición, los servicios de tarificación adicional han conculcado el derecho que nuestro ordenamiento jurídico reconoce a los consumidores y usuarios a obtener información adecuada...”<sup>125</sup>.

#### **1.4.1.- La prestación de los servicios de tarificación adicional a través de Internet como detonante de la nueva regulación y su reforma en 2004**

El proceso de liberalización iniciado en 1998 fue materializándose con medidas concretas a lo largo del tiempo<sup>126</sup>, de las que nos interesa destacar en

---

-Tres Proposiciones no de Ley presentadas en la Comisión de Ciencia y Tecnología del Congreso de los Diputados y que fueron retiradas por la publicación de la correspondiente Orden reguladora, Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados nº 435 de 5-3-2002, pp. 14030-14034.

<sup>122</sup> Comparecencia de la ministra de Ciencia y Tecnología ante la Comisión de Ciencia y Tecnología del Congreso de los Diputados, Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados nº 471 de 17-4-2002.

<sup>123</sup> Pregunta del Diputado Jordi Jané i Guasch del GC-CiU, publicada la respuesta del Gobierno en el BOCG, Congreso de los Diputados, Serie D, nº 341 de 24-4-2002, pp. 495-497 y Pregunta del Diputado Miguel Ángel Heredia Díaz del GS, publicada la respuesta del Gobierno en el BOCG, Congreso de los Diputados, Serie D, nº 582 de 12-9-2003, pp. 393-394.

<sup>124</sup> ANA ISABEL MENDOZA LOSANA, “Servicios telefónicos de tarificación adicional: motivos para la modificación de la normativa. Respuesta a consulta planteada por la Consejería de Sanidad de la Junta de Comunidades de Castilla La Mancha”, en ANGEL CARRASCO PERERA (Coord). *Estudios sobre Telecomunicaciones y Derecho de Consumo*. Navarra: Aranzadi, 2005, p. 324.

<sup>125</sup> Vid. INMACULADA REVUELTA PÉREZ, “La protección de los consumidores frente a los nuevos servicios de telecomunicaciones”. *Civitas. Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 116, 2002, pp. 544-546.

<sup>126</sup> El 1.12.1998 comienza a prestar servicio el tercer operador del servicio telefónico básico, Lince (actualmente Uni2). En el mes de enero de 1999 comenzó a prestar servicios de telefonía móvil automática un tercer operador (cfr. Informe anual de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones correspondiente a 1998, Capítulo I). Se aprueba un nuevo paquete de medidas por Real Decreto-Ley 6/1999 de 16-4 de medidas urgentes de liberalización e incremento de la competencia, BOE 17-4-1999,



este momento el Real Decreto-Ley 7/2000 de medidas urgentes en el sector de las telecomunicaciones<sup>127</sup>, que abrió el bucle local de abonado a todos los operadores a partir de enero de 2001<sup>128</sup>, impulsó y generalizó el uso de Internet mediante la imposición de una tarifa plana<sup>129</sup> y, lo más importante a nuestros efectos, permitió su utilización para prestar servicios de inteligencia de red, incluido por tanto el uso de Internet para suministrar tarificación adicional, lo que abrió una nueva línea de negocio para los prestadores.

A través del ordenador, estos servicios permiten ver y oír, por lo que se implantaron en la red con rapidez, facilidad y gran respuesta del público, siendo en una fase inicial las Web de carácter pornográfico, como en 1992, las más activas y solicitadas.

Ello unido a la impericia y escasos o nulos conocimientos en la materia de los usuarios<sup>130</sup> y las más de las veces al *modus operandi* del prestador<sup>131</sup>, el resultado fue muy similar al producido en 1992 con los teléfonos eróticos.

De nuevo los medios de comunicación<sup>132</sup> y nuestras más altas Instituciones, el Defensor del Pueblo<sup>133</sup>, el Senado<sup>134</sup>, y la propia Comisión del

---

que se complementó con el Real Decreto Ley 16/1999 de 15-10, por el que se adoptan medidas para combatir la inflación y facilitar un mayor grado de competencia en las telecomunicaciones, BOE 16-10-1999. Y desde 1 de febrero de 2000 se implantó de forma total en España la posibilidad de “preasignación” de operador de telecomunicaciones, expresión que ha desaparecido en la vigente normativa, 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, BOE 30-12-2004, para la que simplemente existe la selección llamada a llamada y la preselección.

<sup>127</sup> Real Decreto-Ley 7/2000 de 23-6 de medidas urgentes en el sector de las telecomunicaciones, BOE 24-6-2000, corrección de errores en BOE 28-6-2000.

<sup>128</sup> El bucle local es el cable de pares de cobre formado por dos hilos de cobre de 0,25 mm de diámetro cubierto con un aislante que une al usuario con la central local de conmutación y puede transmitir con ADSL varios Mbps, LUIS CASTEJÓN MARTÍN. “Nomenclatura, términos técnicos y conceptos de los mercados de las telecomunicaciones”, en ALMUDENA ARPÓN DE MENDÍVIL ALDAMA y ÁNGEL CARRASCO PERERA (Dtores). *Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones*. Pamplona: Aranzadi, 1999, p 63. Tesau ha anunciado la sustitución de tramos de su red de acceso de par de cobre por fibra óptica, cfr. LIONEL D. FERNÁNDEZ GARCÍA. “La regulación de las redes de telecomunicaciones de nueva generación (NGN). Perspectivas de evolución en España”: *Redeti. Revista del Derecho de las Telecomunicaciones, Transportes e Infraestructuras*, nº 32, 2008, p. 93.

<sup>129</sup> La tarifa era de 2.750 pts/mes desde el 1-11-2000 para llamadas realizadas entre las 00.00-8.00 horas y las 18.00-24.00 de lunes a viernes y todo el día los sábados, domingos y festivos nacionales.

<sup>130</sup> No sólo desconocían el entorno, sino también las herramientas de control. MANUEL IGNACIO FELIU REY nos ofrece un comentario sobre estas herramientas en “La protección del menor en las telecomunicaciones”. *Revista Estudios sobre Consumo* nº 48, 1999, pp. 18-20.

<sup>131</sup> Por ejemplo, no se informaba del precio del servicio; se implementaba apariencia de servicios gratuitos sin informar de que un *dialer* alteraría el acceso a Internet; se utilizaban técnicas en pantalla que impedían ver bien la información; se utilizaban *dialers* asesinos que además no se desinstalaban fácilmente del ordenador y actuaban casi como virus; se utilizaban presentaciones engañosas para hacer creer al usuario que se había desconectado cuando la conexión seguía viva; algunas páginas disponían de un particular “soporte técnico” que informaba del modo de reconfigurar manualmente el ordenador omitiendo el hecho de que se estaba cambiando el acceso, etc.

<sup>132</sup> Hemeroteca vía Internet del periódico El País. Titulares. Búsqueda realizada a lo largo de 2005:

-26-09-2000-Consumidores andaluces alertan de un fraude en Internet.

-12-12-2001-La AI lanza un programa para evitar el fraude del 906. Los marcadores se instalan en el pecé sin permiso.

-19-06-2002-Descubierto en Alicante un timo que se comete a través de páginas eróticas vía Internet.

-31-10-2002-Multa a una firma española de pornografía por fraude en la Red.

-12-12-2002-Las conexiones camufladas a un 906 disparan las facturas de los internautas.

-03-03-2003-La delincuencia se adapta a los nuevos tiempos. El mundo del hampa inventa métodos delictivos, con menos riesgo y más beneficio, valiéndose de las tecnologías de vanguardia.

Mercado de las Telecomunicaciones<sup>135</sup> fueron meros testigos de los abusos que continuaban sufriendo los consumidores. Incluso MENDOZA denuncia la “desidia” de los operadores de telecomunicaciones y la inactividad de los diversos organismos administrativos con competencia en la materia<sup>136</sup>.

Sin embargo, la regulación de 2002 no fue lo suficientemente expeditiva con los servicios a través de Internet, por lo que continuaron hasta que la reforma de 2004 por Orden PRE/2410/2004, de 20 de julio, sometió a régimen de previa y expresa suscripción a los nuevos códigos 907, numeración prevista para su acceso.

Ello redujo drásticamente su utilización<sup>137</sup> y produjo en 2005 su huida hacia numeraciones extranjeras y hacia servicios de mensajería premium<sup>138</sup>.

La reforma de 2004 también estableció un régimen de suscripción previa para los servicios prestados con los códigos 803, 806 y 807 seguidos de las cifras 6, 7, 8 o 9 (es decir, los rangos con tarifas más caras<sup>139</sup>); otorgó por

---

Hemeroteca El Mundo.es. Búsqueda realizada a lo largo de 2005:

-30-11-2002-La factura de teléfono de mayo indicaba 596.134 pesetas. Manuel M. fue víctima de un fraude que afecta a muchos usuarios de Internet, como le informaron desde la propia operadora.

-30-3-2004-Descubierto un fraude millonario a través del uso de 'dialers' y líneas 906.

<sup>133</sup> DEFENSOR DEL PUEBLO. *Informe Anual 2003*. Madrid: Publicaciones del Congreso de los Diputados. Secretaría General (Dirección de Estudios). Serie Informes, 2004, p. 902.

<sup>134</sup> Debates de la Moción del Grupo Parlamentario Popular en el Senado por la que se insta al Gobierno a intensificar y extremar el control y supervisión de los prefijos telefónicos 903 y 906, Diario de Sesiones del Senado nº 89 de 6-3-2002, pp. 4708-4715. Y Moción aprobada por el Pleno del Senado el 23 de junio de 2004 instando al Gobierno de la Nación a poner en marcha medidas urgentes para proteger a los usuarios ante el cobro no autorizado de servicios telefónicos de tarificación adicional, BOCG, Senado, Serie I de 1-7-2004, nº 48, p. 12. Expediente. 662/000020.

<sup>135</sup> COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES. *Informe Anual 2002*. Madrid, 2003, pp. 78 y 79, “ha aparecido como una actividad generadora de fuertes conflictos respecto de los usuarios finales, los conocidos como *dialers* de 906 en los portales, mediante los cuales se generan llamadas a números de tarificación adicional sin el conocimiento de los usuarios, lo que provoca la lógica desconfianza y temor por parte de los usuarios a la hora de acceder a servicios que consideran gratuitos.”

<sup>136</sup> Cfr. ÁNGEL CARRASCO PERERA, LUIS ARROYO JIMÉNEZ y ANA ISABEL MENDOZA LOSANA. “Impacto de la evolución de la liberalización de las telecomunicaciones en la protección del consumidor”. ÁNGEL CARRASCO PERERA (Coord). *Estudios sobre Telecomunicaciones y Derecho de Consumo*. Navarra: Aranzadi, 2005, p. 224.

<sup>137</sup> Consideramos igualmente como origen de esta reducción de problemas el progresivo incremento de conexiones directas a Internet mediante banda ancha en detrimento de las conexiones telefónicas, las únicas que pueden soportar los servicios telemáticos de tarificación adicional. Somos conscientes de que el término “banda ancha” tiene como base conceptual, no la tecnología de acceso (ADSL, cable MODEM, LMDS, PLC...), sino las prestaciones que ofrece, que son tres, gran capacidad, eliminación de intermediarios y capacidad “always on”, cfr. RAQUEL NORIEGA SANDBERG Y GASPAS ARIÑO ORTIZ. “Liberalización y competencia en las Telecomunicaciones. Balance 1998-2003”, en GASPAS ARIÑO ORTIZ, (Dir.). *Privatizaciones y Liberalizaciones en España: Balance y Resultados (1996-2003)*. Tomo I: *El Proceso Privatizador. Aspectos Jurídicos. La Liberalización de las Telecomunicaciones*. Granada: Comares, 2004, p. 130.

<sup>138</sup> La Asociación de Consumidores CEACCU ha puesto de manifiesto este hecho, que califica de “fugas fraudulentas”, en CEACCU-Confederación Española de Organizaciones de Amas de Casa, Consumidores y Usuarios. *Informe de Prensa: CEACCU denuncia a más de doscientos números irregulares y pide su corte*. Documento electrónico consultado el 10-7-2007 en [www.ceaccu.org/docspdf/INFORME\\_CEACCU\\_TARIFICACION\\_ADICIONAL\\_07.doc](http://www.ceaccu.org/docspdf/INFORME_CEACCU_TARIFICACION_ADICIONAL_07.doc). Madrid, 18 de junio de 2007, pp. 1-2.

<sup>139</sup> La Orden PRE/361/2002, de 14.2, suspendió su asignación a operadores, y dado que en 2004 se sometieron a régimen de suscripción previa, no tenía sentido la suspensión, que se levantó mediante nueva redacción de la Disposición derogatoria de la Orden de 2002, “...por lo que todos los recursos públicos de numeración definidos por dichos códigos quedarán disponibles para su asignación”.

primera vez a las propias operadoras la potestad de intervenir en el acceso a este tipo de servicios sin autorización previa de la Administración; amplió las obligaciones informativas precontractuales y de identificación del prestador a los usuarios, y dispuso la elaboración de un nuevo Código de Conducta, el tercero y vigente, que se aprobó por la Comisión de Supervisión de los Servicios de Tarificación Adicional el 23 de julio de 2004<sup>140</sup>.

#### **1.4.2.- Una nueva numeración para los servicios de tarificación adicional: 803/806/807/907**

La nueva normativa no ofrece explicación alguna al cambio de numeración de acceso a los servicios de tarificación adicional. Tras 10 años de funcionamiento de los 906, los ciudadanos acabaron conociendo bien el efecto de una llamada que empezase por tal código, por lo que el cambio a un 806 u 807 parecía beneficiar de nuevo a prestadores más que a consumidores<sup>141</sup>.

Las nuevas numeraciones fueron establecidas por cuatro Resoluciones de la Secretaría de Estado dictadas entre 2002 y 2003<sup>142</sup>. La primera de ellas, de julio de 2002, tampoco ofrece pistas sobre el motivo del cambio de numeración, pues su exposición de motivos simplemente expresaba que “la casuística ha evolucionado de forma importante en lo relativo a su forma de prestación. Por otra parte, la diversidad de posibilidades de tarificación y fijación de precios al usuario final ha complicado significativamente el panorama. Estas circunstancias han aconsejado la elaboración de un nuevo esquema de numeración consistente en la utilización de los códigos 803, 806 y 807, de forma que el usuario tenga una indicación más clara, tanto del tipo de contenido que es posible obtener, como del rango de precios que podría serle de aplicación”. Considero que los mismos objetivos se habrían conseguido manteniendo códigos que empezasen por 9.

Los códigos 903 y 906 fueron cancelados desde el 1-10-2003, tanto para servicios de tarificación adicional de voz como para los servicios de datos

---

<sup>140</sup> Resolución de 15 de septiembre de 2004, de la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información, por la que se dispone la publicación del Código de Conducta para la prestación de los Servicios de Tarificación Adicional, BOE 30-9-2004.

<sup>141</sup> La disposición adicional 1.1 de la Orden PRE/361/2002, de 14.2, se limitó a establecer que este cambio de numeración se efectuaría mediante desarrollo reglamentario menor “en el plazo de cuatro meses desde la entrada en vigor de la presente Orden” a través de “Resolución por la que se determinen los códigos de numeración en los que se prestarán los servicios de tarificación adicional, así como sus correspondientes contenidos básicos.”

<sup>142</sup> Resolución de 16-7-2002 de la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información, que atribuye recursos públicos de numeración a los servicios de tarificación adicional, BOE 5-8-2002. Resolución de 5-5-2003 de la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información, que establece el procedimiento de migración de la numeración de los servicios de tarificación adicional, BOE 27-5-2003. Resolución de 26-9-2003 de la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información, que establece un plazo transitorio de tres meses para la liberación de los códigos 903 y 906 utilizados para la prestación de servicios de tarificación adicional, BOE 30-9-2003. Y Resolución de 3-11-2003 de la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información, que atribuye un rango de numeración específico para la provisión de servicios de tarificación adicional sobre sistemas de datos, BOE 8-11-2003.

(Internet)<sup>143</sup>, exigiendo a los operadores su liberación antes de esa fecha para quedar a disposición del Plan Nacional de Numeración y realizando simultáneamente el proceso de migración a la nueva numeración<sup>144</sup>.

#### **1.4.3.- La reforma de 2008 para incluir mensajería premium y 905**

La necesidad de extender la regulación administrativa de los servicios de tarificación adicional a la mensajería móvil con tarificación adicional (más conocida como mensajería premium) y a las llamadas a números con código 905, viene siendo reivindicada desde su nacimiento por las Asociaciones de Consumidores<sup>145</sup>, la doctrina<sup>146</sup> y el Senado<sup>147</sup>, incluso la propia Administración tuvo en mente desde 2004 la posibilidad de abordar una regulación de la mensajería premium<sup>148</sup>.

---

<sup>143</sup> La fecha de cancelación fue prorrogada hasta el 31-12-2003 exclusivamente en lo referido a servicios de tarificación adicional sobre sistemas de datos por la Resolución de la Secretaría de Estado de septiembre de 2003, ya que para Internet se estableció un tratamiento específico. La Resolución de la Secretaría de Estado de mayo de 2003 corrigió el olvido cometido por la de julio de 2002 y atribuyó los códigos 803/806/807 exclusivamente a servicios de tarificación adicional de voz, para permitir de este modo que la Resolución de noviembre atribuyese el código 907 a la prestación de servicios de tarificación adicional por Internet. Vid. COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES. *Informe Anual 2003*. Madrid, 2004, p. 137.

<sup>144</sup> La Resolución de mayo de 2003 permitió que durante dos meses se activase una locución que informase gratuitamente sobre el nuevo número a utilizar para acceder al correspondiente servicio al marcar los antiguos 903 ó 906. El proceso de migración de números novecientos asignados a los nuevos números ochocientos fue precedido durante los primeros meses de 2003 por una consulta pública, Resolución del Consejo de la CMT de 3-4-2003 relativa a la definición de un procedimiento especial para la asignación inicial de recursos públicos de numeración para servicios de tarificación adicional (80Y). Una vez realizado este proceso, con fecha 14 de mayo de 2003 la Comisión dictó Resolución del Consejo de la CMT de 14-5-2003 relativa a la asignación inicial de recursos públicos de numeración para servicios de tarificación adicional (80Y) (DT2002/7499), modificada parcialmente por Resolución de 26-6-2003 del recurso de reposición interpuesto por Telefónica de España SAU contra la anterior asignando los primeros bloques de numeración dentro de estos rangos (803, 806 y 807) a los operadores solicitantes (un total de 375 bloques a 25 operadores diferentes).

<sup>145</sup> Por todos, EUGENIO RIBÓN SEISDEDOS. *Los Cuadernos de CEACCU N° 3. Los servicios de tarificación adicional*. Madrid: Confederación Española de Organizaciones de Amas de Casa, Consumidores y Usuarios, 2004.

<sup>146</sup> Cfr. ANA FIDALGO LÓPEZ. “La problemática de la protección de los consumidores en la prestación de los servicios de tarificación adicional”. *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*. 2005, n° 1991, pp. 6 y 8. ANA ISABEL MENDOZA LOSANA, “Servicios telefónicos de tarificación adicional: motivos para la modificación de la normativa. Respuesta a consulta planteada por la Consejería de Sanidad de la Junta de Comunidades de Castilla La Mancha”, en ANGEL CARRASCO PERERA (Coord). *Estudios sobre Telecomunicaciones y Derecho de Consumo*. Navarra: Aranzadi, 2005, pp. 344 y 345. Y ANA ISABEL MENDOZA LOSANA. “Servicios telefónicos de tarificación adicional: luces y sombras de la nueva regulación”, en *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, n° 8, 2005, p. 74.

<sup>147</sup> Moción aprobada el 21 de noviembre de 2006 instando al Gobierno a establecer medidas para garantizar de forma eficaz los derechos de los usuarios de mensajes cortos SMS y concursos de televisión, en Diario de Sesiones del Senado, año 2006, VIII Legislatura, n° 101, pp. 6012-6017. Cfr. EUGENIO RIBÓN SEISDEDOS. *La Protección del Usuario de Servicios prestados a través de la Red Telefónica*. Colección Cuadernos de CEACCU. Madrid: CEACCU-Confederación Española de Organizaciones de Amas de Casa, Consumidores y Usuarios, 2007, p. 31.

<sup>148</sup> La Disposición transitoria cuarta de la Orden PRE/2410/2004, de 20 de julio dispuso la futura “... inclusión de los servicios de mensajería que se prestan a través de números cortos en la definición de servicios de tarificación adicional...” y la Disposición transitoria octava del Real Decreto 424/2005, de 15

Como en el caso de Internet, con años de retraso, la Administración ha accedido a ello en el año 2008 mediante una Orden Ministerial y una Resolución<sup>149</sup>.

Como consecuencia, el Código de Conducta del año 2004 fue modificado en 2009 para adecuar su contenido a la inclusión en su seno de los servicios de tarificación adicional derivados de numeraciones 905<sup>150</sup>, y además se elaboró simultáneamente un segundo Código de Conducta específico para los servicios de mensajería premium<sup>151</sup>, de modo que actualmente existen dos Códigos de Conducta, el Código de Conducta general de 2004, de aplicación a todos los servicios, incluidos los de mensajería premium, y el específico de esta modalidad, del año 2009.

#### **1.4.4.- La desidia de la administración por la protección de los consumidores**

Creemos haber documentado suficientes evidencias para poder afirmar que ha sido una constante en este sector la huida hacia delante. Cuando la regulación en protección de los consumidores afecta a la línea de negocio, ésta busca alternativas que no están reguladas.

Y que también es una constante que la reacción por parte de la Administración en protección de los consumidores ha llegado siempre de forma parcial y tardía, lo que siempre ha terminado perjudicando sus intereses.

Aunque es posible y entendemos necesaria una regulación general que pueda abarcar cuantas modalidades de prestación de estos servicios se puedan implementar, la Administración siempre los ha regulado de modalidad en modalidad. Y cuando lo ha hecho, ya han transcurrido años desde la aparición de los conflictos.

Y, en conclusión, que el criterio básico con el que la Administración ha abordado tradicionalmente los problemas derivados de la utilización o prestación de los servicios de tarificación adicional esta más en consonancia con los intereses de los prestadores que con los de los consumidores, hacia los

---

de abril, "...en aquella Orden se establecerá el régimen aplicable a los servicios de mensajería que se prestan a través de números cortos".

<sup>149</sup> Orden ITC/308/2008, de 31 de enero, por la que se dictan instrucciones sobre la utilización de recursos públicos de numeración para la prestación de servicios de mensajes cortos de texto y mensajes multimedia, BOE 13-2-2008 y corrección de errores en BOE 4-3-2008 y Resolución de 4 de diciembre de 2008, de la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información, por la que se atribuye el código telefónico 905 a la prestación de servicios de tarificación adicional, BOE 12-12-2008. La posibilidad de extender sus efectos a otras modalidades estaba prevista en la disposición transitoria primera de la propia Orden PRE/361/2002, de 14 de febrero.

<sup>150</sup> Resolución de 8 de julio de 2009, de la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información, por la que se publica la modificación del código de conducta para la prestación de los servicios de tarificación adicional de 23 de julio de 2004, BOE 27-7-2009, aprobado por la Comisión de Supervisión el 29-6-2009.

<sup>151</sup> Resolución de 8 de julio de 2009, de la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información, por la que se publica el código de conducta para la prestación de los servicios de tarificación adicional basados en el envío de mensajes, BOE 27-7-2009, aprobado por la Comisión de Supervisión el 29-6-2009. Por Resolución de 2 de julio de 2010 SETSI, BOE 23-7-2010, se publicó su primera modificación, aprobada por la CSSTA el 17.6.2010.

que ha desplegado una actitud que cuando menos debe calificarse de desidiosa.

En particular, no puede entenderse que a estas alturas no se reconozca sin excepciones el derecho de los consumidores o abonados a decidir si tener acceso desde su terminal a este tipo de servicios, sea cual sea el código al que estén asociados, como también mantienen con firmeza RIBÓN y MENDOZA esgrimiendo multitud de argumentos<sup>152</sup>.

Los últimos episodios que evidencian esta constante conducta de la Administración son la citada reforma de 2008 y la regulación de los números cortos internos tipo NXYA de 2009.

En relación a la primera, además de llegar tarde, se dilató durante dos años más su definitiva entrada en vigor. El plazo previsto por las disposiciones transitorias de la Orden ITC/308/2008, de 31 de enero, de mensajería premium, para su entrada en vigor era de nueve meses, pero fue aplazado *sine die* porque el Ministerio lo consideró necesario ante la complejidad de elaboración del Código de Conducta y la importante cantidad de afectados<sup>153</sup>. Frente a estas argumentaciones, lo cierto es que la CMT hacía cuatro meses que había terminado el proceso de reasignación numérica de mensajería premium a 50 compañías<sup>154</sup>, que en octubre o noviembre de 2008 el Ministerio ya tenía elaborado un texto de Código y que en ese momento las empresas del sector se opusieron a su entrada en vigor<sup>155</sup>.

Finalmente el citado Código fue elaborado y publicado entre junio y julio de 2009, como ya hemos señalado, por lo que la realidad es que la Orden citada entró realmente en vigor el 27 de noviembre de 2009, casi dos años después de que se aprobase. Algo similar ha ocurrido con la reglamentación relativa a los servicios 905, que también hubo de esperar a finales de 2009 para entrar en vigor<sup>156</sup>.

---

<sup>152</sup> Cfr. EUGENIO RIBÓN SEISDEDOS. *La Protección del Usuario de Servicios prestados a través de la Red Telefónica*. Colección Cuadernos de CEACCU. Madrid: CEACCU-Confederación Española de Organizaciones de Amas de Casa, Consumidores y Usuarios, 2007, p. 46. Y ANA ISABEL MENDOZA LOSANA. “Servicios telefónicos de tarificación adicional: luces y sombras de la nueva regulación”, en *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, nº 8, 2005, pp. 73-99.

<sup>153</sup> Orden ITC/3237/2008, de 11 de noviembre, por la que se modifica la Orden ITC/308/2008, de 31 de enero, BOE 13-11-2008, que pospuso la fecha de entrada en vigor de la mayoría de sus preceptos hasta transcurridos 4 meses de la efectiva publicación en el BOE del Código de Conducta específico para mensajería, pero sin fijar plazo alguno a la Comisión para realizar tal labor.

<sup>154</sup> Resolución de 31 de julio de 2008 del Consejo de la CMT, sobre la asignación inicial de recursos públicos de numeración para la prestación de servicios de mensajes cortos de texto y mensajes multimedia.

<sup>155</sup> Según las empresas asociadas en AESAM, que representan el 80% de la facturación del sector en España, la viabilidad de las empresas españolas que prestan servicios de valor añadido sobre mensajes SMS y MMS Premium estaba en riesgo visto el contenido del borrador del nuevo Código de Conducta que se elaboró en noviembre de 2008. Para AESAM, el contenido de dicho Código establecía un marco de funcionamiento tan equívoco y restrictivo que ocasionaría la paralización de un mercado con un importante nivel de aceptación y demanda por parte de los consumidores, “...la regulación del sector no puede llegar en un momento más negativo, porque significa, en la práctica, un fuerte impacto económico en un escenario muy serio de crisis generalizada”, extracto de noticia en Internet consultada el 4.11.2008 en <http://www.aecocomo.org/content.asp?ContentTypeID=2&ContentID=10004>.

<sup>156</sup> En particular, el artículo 5.1 de la Resolución de 4 de diciembre de 2008, de la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información, por la que se atribuye el código telefónico 905 a la prestación de servicios de tarificación adicional, estableció la entrada en vigor de gran parte de sus previsiones para tres meses después de que la CMT hiciese públicas las nuevas asignaciones de numeraciones 905. Las nuevas numeraciones fueron aprobadas por Resolución de 16 de julio de 2009 del

En relación a la numeración corta interna tipo NXYY, el fenómeno viene del año 2003, en que los operadores de telefonía móvil habilitaron números cortos internos de tres o cuatro cifras mediante los que prestaban servicios varios a cambio de un precio (información de estado de carreteras, reservas de hoteles, restaurantes, billetes de avión, tren, envío de flores, perfumes, dulces, grúa, fontaneros, electricistas, etc.)<sup>157</sup>.

Su particularidad obedece a que esta numeración es de carácter interno, es decir, sólo puede comunicar al abonado con su operador de acceso, única contraparte y responsable tanto de la comunicación electrónica soporte como del contenido de la prestación que se contrate, y la doctrina ya había identificado estos servicios como tarificación adicional encubierta<sup>158</sup>. Pese a ello, hasta 2009 no se han regulado de forma definitiva, prohibiendo su utilización como tarificación adicional<sup>159</sup>.

#### **1.4.5.- Los Códigos de Conducta son Reglamentos nulos de pleno derecho**

Nos planteamos en este apartado, como algún otro autor<sup>160</sup>, cual es la naturaleza jurídica de los Códigos de Conducta, que aparentemente se presentan como normas que integran el ordenamiento jurídico.

---

Consejo de la CMT, de asignación inicial de recursos públicos de numeración con código 905 para la prestación de servicios de tarificación adicional. Sólo se exceptuaron de este régimen el derecho de desconexión, que entró en vigor el 12 de enero de 2009 y el de desglose en factura, el 13 de marzo de 2009.

<sup>157</sup> Se trataba, en su momento, del 2424 de Telefónica Móviles, el 121 de Vodafone o el 2211 de Orange, y se establecieron sin la correspondiente autorización de la CMT, pese a tratarse de recursos numéricos clasificados en los artículos 5.4 y 10.4 del Plan Nacional de Numeración, actualmente regulado por el Real Decreto 2296/2004 de 10-12, por el que se aprueba el Reglamento sobre mercados de comunicaciones electrónicas, acceso a las redes y numeración, BOE 30-12-2004.

<sup>158</sup> EUGENIO RIBÓN SEISDEDOS también considera que se trata de servicios de tarificación adicional, en *La Protección del Usuario de Servicios prestados a través de la Red Telefónica*. Colección Cuadernos de CEACCU. Madrid: CEACCU-Confederación Española de Organizaciones de Amas de Casa, Consumidores y Usuarios, 2007, pp. 32-34, y entiende que mantenerlos ajenos a la regulación de los servicios de tarificación adicional es un fraude de ley, p. 28.

<sup>159</sup> Resolución de 29 de mayo de 2009, de la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información, por la que se atribuyen recursos públicos de numeración a los servicios internos en el ámbito de cada red telefónica pública y se liberan determinados números cortos de tres cifras, BOE 17-6-2009, cuyo artículo 2.3 prohíbe la prestación de tarificación adicional mediante números internos. Modificada por Resolución de 30 de noviembre de 2009, de la SETSI, por la que se amplían los plazos de sustitución de determinados números cortos utilizados en el ámbito interno de las redes telefónicas públicas, BOE 22-12-2009. En este sentido, la Resolución de 30 de agosto de 2010, de la SETSI, por la que se atribuye el número 011 al servicio de información sobre tráfico y auxilio en carretera, BOE 18-9-2010, contiene un artículo 3.e) que prohíbe su uso para tarificación adicional.

<sup>160</sup> ANA FIDALGO LÓPEZ se plantea si el Código de Conducta es “una norma de autorregulación sin valor jurídico, dictada por los propios operadores y prestadores de servicios o, por el contrario puede ser considerada como una norma jurídica vinculante para todos los sujetos afectados” en “La problemática de la protección de los consumidores en la prestación de los servicios de tarificación adicional”. *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*. 2005, nº 1991: p. 11, para concluir en la página 12 que “podríamos integrar al Código de Conducta dentro de la categoría de norma reglamentaria, al poseer todos los elementos que tanto la doctrina como la jurisprudencia vienen exigiendo para tal consideración”.

Incluso hay quien los considera como fuente originaria del derecho, en particular, un subtipo de la costumbre<sup>161</sup>.

#### 1.4.5.1.- Los Códigos de Conducta son Reglamentos

Es ya clásica por su concisión la definición de Reglamento como “norma escrita dictada por la Administración”<sup>162</sup> aunque parece más extendida la que además incluye como elemento conceptual su rango inferior o subordinado a la Ley<sup>163</sup>. GARRIDO resalta que “son fuentes de Derecho para la Administración pero proceden de *ella misma*”<sup>164</sup>.

Si los Códigos son Reglamentos, debemos constatar si contienen los dos elementos conceptuales citados, el objetivo (¿se trata de una norma?) y el subjetivo (¿ha sido elaborada por la Administración?).

En virtud de su contenido material, que establece una serie de obligaciones de los prestadores y operadores respecto del modo en que deben ofrecer sus servicios, no existe ninguna duda de que deben considerarse normas jurídicas, disposiciones de carácter general destinadas a regular la conducta de los ciudadanos y empresas dedicadas a esta actividad económica.

El artículo 1.1 del Código de Conducta de 2004 establece como su finalidad primordial “velar por la protección de los derechos de los consumidores y usuarios de los servicios de tarificación adicional”, lo que se repite en el artículo 1.6 y el 1.7, aunque tampoco olvida su artículo 1.2 señalar como primordial “proteger los derechos de colectivos sociales denominados vulnerables, como menores, personas mayores y discapacitados”<sup>165</sup>.

Y como declararíamos cualquier auténtica norma jurídica, el artículo 1.3 dispone que el Código de Conducta “fija reglas obligatorias para los prestadores de servicios de tarificación adicional en cuanto a la forma de ofrecer los servicios y al contenido de los mismos, tratando, asimismo, de respetar el derecho al libre ejercicio del comercio dentro del marco de la legislación vigente, en todo el territorio nacional” y el artículo 1.4 señala que “contiene normas para la correcta difusión y promoción de los servicios; garantiza que se ofrezca al consumidor y usuario información suficiente sobre los servicios que son prestados y sobre el precio de los mismos...”

---

<sup>161</sup> Cfr. CARLOS J. MALUQUER DE MOTES BERNET. “Los códigos de conducta como fuente de derecho”: *Derecho Privado y Constitución*, nº 17, 2003, p. 372. En relación al Código de Conducta de servicios de tarificación adicional afirma que “es directamente ley”, p. 375.

<sup>162</sup> Vid. EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA y TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ. *Curso de Derecho Administrativo I*. 14ª edición. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2008, p. 183.

<sup>163</sup> Cfr. RAMÓN PARADA. *Derecho Administrativo I. Parte General*. 17ª edición. Madrid: Marcial Pons, 2008, p. 71. MIGUEL SÁNCHEZ MORÓN. *Derecho Administrativo. Parte General*. 5ª edición. Madrid: Tecnos, 2009, p. 179.

<sup>164</sup> Cfr. FERNANDO GARRIDO FALLA. *Tratado de Derecho Administrativo. Volumen I. Parte General*, 13ª edición. Madrid: Tecnos, 2002, p. 270.

<sup>165</sup> También son objetivos del Código, conforme dispone el mismo artículo 1.2, pero en un nivel secundario, “evitar que se quebranten derechos básicos reconocidos en nuestro ordenamiento jurídico”, lo que no es sino una referencia a la necesidad de evitar que derechos fundamentales como el secreto de las comunicaciones puedan ser vulnerados a través del ejercicio de esta actividad económica; y “fomentar el cumplimiento de todas las normas específicas o sectoriales y aquellas de carácter horizontal que afecten a la prestación de estos servicios dentro del ámbito de sus competencias”, por ejemplo, las relativas a tratamiento automatizado de datos, sanidad, etc....



Para rematar, el artículo 1.5 declara solemnemente que “este Código tiene carácter vinculante para los prestadores de servicios de tarificación adicional, y para aquellos operadores de red de servicios de tarificación adicional que tengan asignados recursos públicos de numeración pertenecientes a rangos atribuidos a los servicios de tarificación adicional.”

Similares previsiones realiza el artículo 2 del Código de Conducta de 2009 específico para mensajería premium.

Por otro lado, los Códigos son dictados por la Administración, en concreto por la Comisión de Supervisión, y por ello bien podemos afirmar que reúnen los dos elementos citados, son normas y son elaborados por la Administración, por lo que su naturaleza jurídica es la de un Reglamento.

#### 1.4.5.2.- Los Códigos de Conducta no son Reglamentos de sujeción especial

Como señala la doctrina, nuestro ordenamiento jurídico se ajusta a la existencia de dos clases de Reglamentos desde el punto de vista del contenido, los Reglamentos ejecutivos que se dictan para desarrollar preceptos de una ley y los Reglamentos independientes que regulan aspectos de organización administrativa y el ejercicio de poderes que le están conferidos a la Administración discrecionalmente, en particular, las denominadas relaciones de sujeción especial<sup>166</sup>.

El primer Código de Conducta de 1994 no parecía sino una manifestación de Reglamento ejecutivo en desarrollo de la Ley de Ordenación de las Telecomunicaciones de 1987, dado que los servicios de tarificación adicional tenían tal naturaleza.

Respecto de los siguientes Códigos, aprobados cuando los servicios de tarificación adicional ya eran ajenos a las telecomunicaciones, y por tanto con apariencia de obedecer al segundo tipo, es decir, Reglamentos independientes que regulan relaciones administrativas de supremacía o sujeción especial, no creemos que puedan calificarse así.

En general, estas relaciones expresan una capacidad administrativa de autoordenación que las distingue del *ius puniendi* del Estado y permite excluirlas del régimen general de garantías que sobre el mismo se predica y que derivan del derecho penal, considerando el Tribunal Supremo que son precisamente los servicios públicos el ámbito natural de las relaciones de sujeción especial<sup>167</sup>.

Como pone de manifiesto NIETO, este concepto, una vieja creación del Derecho alemán imperial cuya existencia se conocía vagamente en España por traducciones de manuales así como alusiones de GARRIDO FALLA y GARCÍA DE ENTERRÍA, irrumpió avasalladoramente a raíz de un artículo publicado en

---

<sup>166</sup> Cfr. MIGUEL SÁNCHEZ MORÓN. *Derecho Administrativo. Parte General*. 5ª edición. Madrid: Tecnos, 2009, p. 190. FERNANDO GARRIDO FALLA. *Tratado de Derecho Administrativo. Volumen I. Parte General*, 13ª edición. Madrid: Tecnos, 2002, p. 276.

<sup>167</sup> Se caracterizan por una inserción duradera del administrado en la esfera organizativa de la Administración, como funcionarios, soldados, presos y estudiantes de centros públicos, por oposición a las de supremacía general que ligan con la Administración a todo ciudadano por el simple hecho de serlo, EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA y TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ. *Curso de Derecho Administrativo I*. 14ª edición. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2008, pp. 214-215.

1961 por GALLEGO ANABITARTE, y únicamente en estos últimos años se aprecian indicios vacilantes de un cambio jurisprudencial provocado por las insistentes críticas doctrinales ante una utilización expansiva del concepto que ha llevado a considerar como de supremacía especial, junto a los tradicionales grupos de soldados, funcionarios, estudiantes y presos, a grupos tan inesperados como los taxistas, promotores de viviendas, objetores de conciencia y espectadores de corridas de toros<sup>168</sup>. En este sentido, GARCÍA DE ENTERRIA Y FERNÁNDEZ señalan como punto de inflexión la sentencia constitucional de 29 de marzo de 1990<sup>169</sup>.

A nuestros efectos, dado que no podemos profundizar sobre esta materia, bástenos con constatar que el Código de Conducta, como Reglamento administrativo, regula relaciones de sujeción ordinaria al tener por objeto actividades privadas entre empresas y consumidores<sup>170</sup>.

#### 1.4.5.3.- Los Códigos de Conducta son Reglamentos de Consumo, no de Telecomunicaciones

Las regulaciones específicas de los servicios de tarificación han adoptado siempre la forma de Reglamentos administrativos dictados fundamentalmente por la autoridad competente en materia de telecomunicaciones.

Como cualquier Reglamento, éstos deben someterse plenamente a la Ley, en nuestro caso a la que habilite a la Administración a intervenir en las relaciones privadas entre consumidores y prestadores de tales servicios.

Y en este sentido, la situación ha sido harto diferente según el marco legal regulador de las telecomunicaciones, que como hemos señalado, ha conocido en España de tres regímenes diferentes, la Ley de 1987, la de 1998 y la de 2003.

Durante la vigencia de la Ley de Ordenación de las Telecomunicaciones de 1987, la potestad normativa de la Administración sobre este tipo de servicios, incluidos entonces como tales los de valor añadido con tarificación adicional, era evidente, pues se calificaban todos ellos como servicios públicos, con los detalles en su momento señalados.

Pero tras la aprobación de la Ley General de Telecomunicaciones de 1998, y también con la de 2003, la Administración de Telecomunicaciones perdió la potestad de control administrativo mediante autorización previa de los servicios de tarificación adicional y también gran parte de la potestad normativa al dejar de conceptuarse legalmente como servicios de telecomunicaciones, si bien conservó la potestad de regular la numeración telefónica asociada a estos servicios y el derecho de desconexión.

---

<sup>168</sup> ALEJANDRO NIETO. *Derecho administrativo sancionador*. 4ª edición. Madrid: Tecnos, 2005, pp. 226-233.

<sup>169</sup> Vid. EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA Y TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ. *Curso de Derecho Administrativo II*. 11ª edición. Madrid: Civitas, 2008, p. 19.

<sup>170</sup> Bibliografía específica sobre este tema en RICARDO GARCÍA MACHO. *Las relaciones de especial sujeción en la Constitución española*. Madrid: Tecnos, 1992, quien concluye que la categoría se debe mantener pero sólo pueden ser reconocidas allí donde la Constitución lo hace, pp. 252-254, e IÑAKI LASAGABASTER HERRARTE. *Las relaciones de sujeción especial*. 1ª edición. Madrid: Civitas, 1994, quien destaca ante todo la ausencia de definición de este concepto digna de tal nombre, pp. 418-419.

Todo ello no significa que la Administración no pueda reglamentar las relaciones entre los prestadores de estos servicios y sus clientes, ya que otro brazo de la Administración, el de Consumo, siempre ha ostentado y ostenta potestad de reglamentación respecto de cualesquiera productos o servicios destinados a consumidores, regulada hasta 2007 en los artículos 4.1, 13 y disposición final cuarta de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, LGDCU<sup>171</sup>, y recogida actualmente en los artículos 14, 18 y disposición final segunda del vigente Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias<sup>172</sup>.

Ésta, y ninguna otra potestad, era y es el único fundamento legal que puede utilizar la Administración para regular la publicidad, información precontractual y contenido de los servicios de tarificación adicional.

Y en consecuencia, la Administración sólo está legitimada para imponer obligaciones reglamentarias de este tipo cuando los prestadores se relacionen con consumidores, nunca cuando sus clientes sean no consumidores, como ocurre en general en toda la normativa de Consumo, y por tanto, todas las previsiones en este sentido de la Orden PRE/361/2002, de 14 de febrero, y sus dos Códigos de Conducta, no resultan de aplicación a abonados no consumidores por carecer de amparo legal.

Es más, entendemos que siempre debió abordarse esta regulación reglamentaria desde una perspectiva de Consumo, no desde la perspectiva de Telecomunicaciones en la que se basa fundamentalmente la Orden PRE/361/2002, de 14 de febrero y sus Códigos de Conducta, debiendo limitarse la regulación y el control administrativo de telecomunicaciones exclusivamente a los aspectos de numeración y desconexión, dejando cualquier tipo de regulación sustantiva en materia de publicidad, información precontractual y contenido de los servicios de tarificación adicional a los reglamentos específicos dictados al amparo de la potestad reglamentaria en materia de protección de los consumidores.

De este modo, la regulación sustantiva sería aplicable a cualquier servicio de tarificación adicional existente o que pudiera crearse en un futuro, independientemente de la numeración de acceso y sin necesidad de una previa decisión administrativa que así lo acuerde, que es el régimen en el que nos encontramos actualmente<sup>173</sup>.

---

<sup>171</sup> El artículo 4.1 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, BOE 24-7-1984, en adelante LGDCU, hacía referencia a los denominados reglamentos “verticales”, destinados a acometer la completa regulación de un producto o servicio tanto en relación a sus condiciones materiales como a su régimen administrativo, y el artículo 13 a los reglamentos “horizontales”, que regulan algún aspecto concreto de forma común para toda una gama de productos o servicios, como ocurre en las reglamentaciones de etiquetado de alimentos, cfr. MANUEL REBOLLO PUIG Y MANUEL IZQUIERDO CARRASCO. “Principales medios jurídicos de la actividad administrativa de protección de los consumidores y usuarios”, en GEMA BOTANA GARCÍA y MIGUEL RUIZ MUÑOZ (Coord.). *Curso sobre protección jurídica de los consumidores*. 1ª edición. Madrid: Mc Graw Hill, 1999, pp. 574-575.

<sup>172</sup> Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, BOE 30-11-2007, en adelante TRLGDCU.

<sup>173</sup> INMACULADA REVUELTA PÉREZ pone de manifiesto cómo la protección e información al consumidor se enmarca fundamentalmente en el título competencial “defensa del consumidor”: “La protección de los consumidores...”, pp. 551-552 y ANA ISABEL MENDOZA LOSANA también

No obstante, se dan poco a poco pasos en este sentido. Ya la Orden PRE/361/2001, de 14 de febrero, aunque no invocó como fundamento legal el título habilitante de protección de los consumidores<sup>174</sup>, era del Ministro de la Presidencia, y fue propuesta, entre otros, por los competentes en Consumo y Telecomunicaciones, lo que la acerca formalmente a los Reglamentos administrativos sobre etiquetado, presentación y publicidad de productos y servicios destinados a consumidores<sup>175</sup>, que adoptan forma de Real Decreto a propuesta del Ministerio de la Presidencia, competente para dictar las disposiciones que afecten a varios departamentos<sup>176</sup>.

Y recientemente el artículo 30.2 del Real Decreto 899/2009, de 22 de mayo, que aprueba la Carta de Derechos del usuario de los servicios de comunicaciones electrónicas de 2009, en adelante CDUSCE<sup>177</sup>, habilita a que una Orden Ministerial de Presidencia, a propuesta de los Ministros competentes en Telecomunicaciones y Consumo, regule la prestación de los servicios de tarificación adicional, otorgando así cobertura a la Orden PRE/361/2002, de 14 de febrero, dictada en su día al margen de norma superior habilitante, aunque seguimos echando de menos la invocación expresa de la legislación de protección de consumidores como único fundamento legal en la materia.

Sin embargo, el déficit de legalidad que presentan los Códigos de Conducta, resulta insalvable.

#### 1.4.5.4.- Los Códigos de Conducta son Reglamentos nulos de pleno derecho

Aunque el contenido de los Códigos de Conducta es el propio de un Reglamento, siempre se han dictado por órgano sin competencia material ni

---

remarca la competencia de las administraciones de comercio y consumo para ejercer en la materia sus funciones de fiscalización y control, “Servicios telefónicos de tarificación adicional: luces y sombras de la nueva regulación”, en *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, nº 8, 2005, p. 97.

<sup>174</sup> La Orden PRE/361/2002, de 14 de febrero, se limitó a señalar que se dictaba al amparo del artículo 40 de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado y al amparo de la disposición final primera del Real Decreto 1736/1998, de 31 de julio. El artículo 40 regula la creación, modificación y supresión de órganos colegiados, lo que habilitó sin duda a crear y regular la Comisión de Supervisión, pero la disposición final primera del Real Decreto no habilitaba a regular los servicios de tarificación adicional, ya que sólo autorizaba al Ministro a su desarrollo en lo concerniente a materia de telecomunicaciones, es decir, desconexión y numeración.

<sup>175</sup> Estos Reglamentos ofrecen una estructura muy adecuada para regular también los servicios de tarificación adicional. Regulan la publicidad, el modo de prestar la información precontractual al usuario, el contenido de presupuestos y facturas, garantías y reclamaciones. A título de ejemplo, el Real Decreto 1457/1986, de 10 de enero, regulador de la actividad industrial y la prestación de servicios en los talleres de reparación de vehículos, de sus equipos y componentes, BOE 16-7-1986 y BOE 7-5-1987. Real Decreto 58/1988 de 29-1 sobre protección de los derechos del consumidor en el servicio de reparación de aparatos de uso doméstico, BOE 3-2-1988 y Real Decreto 1453/1987 de 27-11, por el que se aprueba el Reglamento regulador de los servicios de limpieza, conservación y teñido de productos textiles, cueros, pieles y sintéticos, BOE 28-11-1987.

<sup>176</sup> El artículo 25.f de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, BOE 28-11-1997, establece “cuando la disposición o resolución afecte a varios Departamentos revestirá la forma de Orden del Ministro de la Presidencia, dictada a propuesta de los Ministros interesados”.

<sup>177</sup> Real Decreto 899/2009, de 22 de mayo, por el que se aprueba la carta de derechos del usuario de los servicios de comunicaciones electrónicas, BOE 30-5-2009, en adelante CDUSCE.

potestad normativa y sin respeto al rango formal ni al procedimiento legalmente establecido para su aprobación.

En 1994 la potestad reglamentaria estatal correspondía al Gobierno (artículo 97 de la Constitución) y a los Ministros (artículo 14.3 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 26 de julio de 1957<sup>178</sup>), aunque el artículo 23 de la Ley de 1957 también citaba las “disposiciones de autoridades y órganos inferiores, según el orden de su respectiva jerarquía”<sup>179</sup>. La Comisión de Supervisión era un órgano administrativo de orden menor que reglamentó una actividad económica sin ninguna habilitación legal al respecto, por lo que carecía de la necesaria potestad reglamentaria.

Por otro lado, la norma adoptó la forma de “Código de Conducta”, eludiendo las formas y rangos previstos legalmente para las disposiciones administrativas de carácter general, la Orden Ministerial y el Real Decreto.

Y tampoco se utilizó el procedimiento administrativo entonces vigente para la elaboración de disposiciones de carácter general<sup>180</sup>, los artículos 129 a 132 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958, en especial, se omitió su publicación en el Boletín Oficial del Estado<sup>181</sup>.

Respecto de los Códigos de 2002, 2004 y 2009, debe concluirse lo mismo. La potestad reglamentaria estatal se regulaba y regula en los artículos 23 a 25 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno<sup>182</sup>, que no reconocen autoridad ni forma jurídica diferente a la Orden Ministerial y que regula un procedimiento de elaboración de disposiciones que no fue respetado por el Código de Conducta.

Al menos fueron publicados en el Boletín Oficial del Estado, y aunque evitaron este vicio formal, acumularon otro nuevo, y es que la Comisión de Supervisión es parte de la Administración de telecomunicaciones, la cual es incompetente para aprobar una norma que regula la publicidad, información precontractual, indicación de precios y demás aspectos propios de la

---

<sup>178</sup> Decreto de 26 de julio de 1957 por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de régimen jurídico de la Administración del Estado, BOE 31-07-1957.

<sup>179</sup> GONZÁLEZ PÉREZ, GARCÍA DE ENTERRÍA Y FÉRNÁNDEZ señalan que la potestad reglamentaria de estas autoridades inferiores sólo era de carácter doméstico y organizativo o todo lo más, de un poder derivado que se ejercía en virtud de habilitaciones legales concretas, cfr. JESUS GONZALEZ PEREZ. *Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo*. 2ª edición. Madrid: Civitas, 1988, p. 1138.

<sup>180</sup> JESUS GONZALEZ PEREZ señala que el procedimiento administrativo de elaboración de disposiciones no es tal en el sentido de que no es una función propiamente administrativa. Cfr. *Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo*. 2ª edición. Madrid: Civitas, 1988, pp. 1123-1124.

<sup>181</sup> “La jurisprudencia, al contrario de la actitud adoptada sobre la inobservancia de otros trámites del procedimiento, ha sido absolutamente intransigente con el requisito de la publicación, entendiéndose que priva de eficacia obligatoria general a la norma”, en RAMÓN PARADA. *Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (Estudio, comentarios y texto de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre)*. 2ª edición. Madrid: Marcial Pons, 1999, p. 218. GARRIDO señala que “constituyendo los actos administrativos normativos normas jurídicas obligatorias... la publicación es para ellos requisito *sine qua non* de eficacia. En este sentido se ha pronunciado repetidamente nuestra jurisprudencia”, en FERNANDO GARRIDO FALLA. *Tratado de Derecho Administrativo. Volumen I. Parte General*, 13ª edición. Madrid: Editorial Tecnos, 2002, p. 643.

<sup>182</sup> Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, BOE 28-11-1997.

protección de los consumidores en relación a la prestación de un servicio que no es de telecomunicación<sup>183</sup>.

Todo ello evidentemente vicia los Códigos de Conducta en grado de nulidad por infracción de lo dispuesto en las citadas Leyes<sup>184</sup>.

La nulidad de pleno derecho se predica fundamentalmente del acto administrativo cuando está afectado de un vicio especialmente grave y no debe producir efecto alguno, y si lo produce, puede ser anulado en cualquier momento sin que a esa declaración pueda oponerse la subsanación del defecto o el transcurso del tiempo<sup>185</sup>.

La doctrina discute si el Reglamento es o no un acto administrativo. Mientras que la mayoría se decanta por la opción negativa<sup>186</sup>, GARRIDO señala que el Reglamento ofrece una doble vertiente, “por su procedencia son actos administrativos sometidos al principio de legalidad y susceptibles, en su caso, de ser fiscalizados por la jurisdicción contencioso-administrativa; por su contenido son normas de Derecho objetivo...” y por tanto debe incluirse en el concepto genérico de acto administrativo ya que el régimen jurídico aplicable a unos y otros es el mismo<sup>187</sup>.

En todo caso, como afirma PARADA, en el caso de los Reglamentos aún existe un especial rigor y su nulidad va más allá que la de los actos administrativos, cubre un campo más extenso, pues a las causas o supuestos que determinan la nulidad de pleno derecho de los actos se suman los supuestos previstos en el artículo 62.2 de la Ley 30/1992, que dispone que “también serán nulas de pleno derecho las disposiciones administrativas que vulneren la Constitución, las leyes u otras disposiciones administrativas de rango superior...”<sup>188</sup>. Y es que la doctrina, salvo raras excepciones (Garrido Falla, citado, Entrena<sup>189</sup>), ha mantenido que la regla general para los

---

<sup>183</sup> FERNANDO GARRIDO FALLA señala que la doctrina distingue tres tipos de competencias, territorial, funcional y jerárquica, y afirma que “la violación de la competencia funcional da lugar normalmente a supuestos de incompetencia absoluta”, en *Tratado de Derecho Administrativo. Volumen I. Parte General*, 13ª edición. Madrid: Editorial Tecnos, 2002, p. 593.

<sup>184</sup> Como el acto administrativo individual, el Reglamento viciado puede ser objeto del recurso contencioso-administrativo, actualmente previsto en el artículo 25.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, BOE 14-7-1998.

<sup>185</sup> Cfr. RAMÓN PARADA. *Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (Estudio, comentarios y texto de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre)*. 2ª edición. Madrid: Marcial Pons, 1999, p. 272.

<sup>186</sup> Cfr. MIGUEL SÁNCHEZ MORÓN. *Derecho Administrativo. Parte General*. 5ª edición. Madrid: Tecnos, 2009, p. 185. RAMÓN PARADA. *Derecho Administrativo I. Parte General*. 17ª edición. Madrid: Marcial Pons, 2008, pp. 72-73; resulta muy plástica la diferenciación entre Reglamento y acto administrativo general que ofrece en base al criterio de la consunción: el acto es “flor de un día” sin vocación de permanencia.

<sup>187</sup> FERNANDO GARRIDO FALLA. *Tratado de Derecho Administrativo. Volumen I. Parte General*, 13ª edición. Madrid: Tecnos, 2002, p. 270 y p. 559.

<sup>188</sup> RAMÓN PARADA. *Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (Estudio, comentarios y texto de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre)*. 2ª edición. Madrid: Marcial Pons, 1999, p. 286.

<sup>189</sup> RAFAEL ENTRENA CUESTA. *Curso de Derecho Administrativo. Volumen I/1. Concepto, fuentes, relación jurídico-administrativa y justicia administrativa*. 13ª edición. Madrid: Tecnos, 1999, pp. 124-126.

reglamentos ilegales, a la inversa que en el caso de los actos administrativos, es la nulidad de pleno derecho, no la mera anulabilidad<sup>190</sup>.

Por tanto, la nulidad de los Códigos de Conducta que mantenemos no es sino producto de cuanto se ha dicho y de la simple aplicación del artículo 62.1, apartados b) y e) de la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, que establecen la de pleno derecho de los actos dictados por órgano manifiestamente incompetente, en este caso por carecer la Comisión de Supervisión de potestad reglamentaria<sup>191</sup> y prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido, lo que además, priva de eficacia a los Códigos como normas jurídicas.

Por último, y llevando esta argumentación hasta sus últimas consecuencias, también son nulos de pleno derecho cualesquiera otros preceptos reglamentarios que pretendan otorgar carácter normativo a los Códigos de Conducta. Es el caso de la Disposición Adicional Primera.2 de la Orden PRE/361/2002, de 14 de febrero, que se extralimita cuando establece que sea la Comisión de Supervisión de los Servicios de Tarificación Adicional el órgano competente para aprobar el Código de Conducta.

En definitiva, a efectos administrativos, los Códigos de Conducta podrán aplicarse mientras no sean anulados por un Tribunal, pero a efectos civiles, y como ocurre con cualquier norma jurídica reglamentaria, en modo alguno vinculan a jueces y tribunales a la hora de interpretar los contratos por encima de lo dispuesto en la ley, a cuyo único imperio quedan sometidos<sup>192</sup>.

#### 1.4.5.5.- Los Códigos de Conducta podrían tener naturaleza jurídica de norma privada

En conclusión, cualquier regulación de la Administración tendente a desarrollar hasta el más mínimo detalle de prestación de estos servicios en protección de los consumidores, deberá utilizar la figura del Real Decreto ejecutivo de la legislación de protección de los consumidores, excepto en el supuesto de regulación de numeraciones y desconexión, en cuyo caso corresponde regular con similares rangos normativos en base a las competencias de Telecomunicaciones.

---

<sup>190</sup> Cfr. SANTIAGO MUÑOZ MACHADO. *Tratado de derecho administrativo y derecho público general II. El ordenamiento jurídico*. 2ª edición. Madrid: Iustel, 2006, p. 858. MIGUEL SÁNCHEZ MORÓN. *Derecho Administrativo. Parte General*. 5ª edición. Madrid: Tecnos, 2009, pp. 212-213, quien precisa que ciertos vicios de forma no tienen relevancia anulatoria Y JESUS GONZALEZ PEREZ. *Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo*. 2ª edición. Madrid: Civitas, 1988, pp. 1124-1128, quien también señala que la jurisprudencia no ha sido unánime al considerar que toda infracción conduce a la nulidad y no a la anulabilidad.

<sup>191</sup> La incompetencia manifiesta no queda reducida en la versión jurisprudencial a los supuestos de incompetencia por razón de la materia y del territorio, pues incluye también la jerárquica, pero limitadamente a los casos de incompetencia grave, en RAMÓN PARADA. *Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (Estudio, comentarios y texto de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre)*. 2ª edición. Madrid: Marcial Pons, 1999, p. 276.

<sup>192</sup> Art. 6 Ley Orgánica 6/1985, de 1 de Julio, del Poder Judicial: Los jueces y tribunales no aplicarán los reglamentos o cualquier otra disposición contrarios a la Constitución, a la Ley o al principio de Jerarquía Normativa.

En el caso de que la Administración no estime oportuno que sus Reglamentos reguladores desciendan a excesivos nivel de detalle en materia de servicios de tarificación adicional, creemos que podría plantearse la elaboración por el sector empresarial de un Código de Conducta ajeno al ordenamiento en la línea de impulso y fomento que diversas instancias están prestando a la autorregulación<sup>193</sup>, también denominada “derecho no vinculante” o “*soft law*”<sup>194</sup>.

Las nuevas tecnologías son el caldo de cultivo perfecto para el nacimiento y desarrollo de estos instrumentos, lo que reconoce implícitamente el artículo 18 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico<sup>195</sup>, en adelante, LSSICE, cuando establece que las Administraciones públicas impulsarán la elaboración y aplicación de códigos de conducta voluntarios por parte de las corporaciones, asociaciones u organizaciones comerciales, profesionales y de consumidores en las materias reguladas en dicha ley<sup>196</sup>.

Tales códigos podrán versar, en particular —según el citado precepto—, sobre los procedimientos para la detección y retirada de contenidos ilícitos y la protección de los destinatarios frente al envío por vía electrónica de comunicaciones comerciales no solicitadas, así como sobre los procedimientos extrajudiciales para la resolución de los conflictos que surjan por la prestación de servicios de la sociedad de la información, en particular, en las relaciones con los consumidores, mediante el sistema arbitral de consumo, al considerar que este es un procedimiento ágil, sencillo y eficaz para la resolución de las controversias que surjan en las relaciones de consumo articuladas por medios electrónicos, especialmente tras ser habilitadas las fórmulas para administrar el arbitraje a través de medios telemáticos.

Establece su artículo 32 que el prestador y el destinatario de servicios de la sociedad de la información podrán someter sus conflictos a los arbitrajes previstos en la legislación de arbitraje y de defensa de los consumidores y usuarios y específicamente, la disposición adicional tercera de la citada ley dispone que el prestador y el destinatario de servicios de la sociedad de la información podrán someter sus conflictos al arbitraje de consumo, mediante la adhesión de aquéllos al sistema arbitral de consumo<sup>197</sup>. En definitiva, es un

---

<sup>193</sup> Vid. FRANCISCO SÁNCHEZ RODRÍGUEZ y JESÚS PUNZÓN MORALEDA. “Autorregulación en Internet”: *Redeti. Revista de Derecho de las Telecomunicaciones e Infraestructuras en red*, nº 21, 2004, pp. 73-102.

<sup>194</sup> Cfr. LUCÍA ARRANZ ALONSO. “Los contratos del comercio electrónico”. RAFAEL MATEU DE ROS y MÓNICA LÓPEZ-MONÍS GALLEGU (Coord). *Derecho de Internet. La Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2003, pp. 264-266.

<sup>195</sup> Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, BOE 12-7-2002.

<sup>196</sup> Vid. también artículo 37 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, adicionado por Ley 29/2009, de 30 de diciembre, relativo a Códigos de Conducta, y la Recomendación 92/295/CEE de la Comisión de 7-4-1992, relativa a códigos de conducta para la protección de los consumidores en materia de contratos negociados a distancia, DOCE L 156/21 de 10-6-1992.

<sup>197</sup> JOSE MANUEL VILLAR URÍBARRI critica que se puedan solapar varios arbitrajes y entiende que debe preverse una única sumisión a un único procedimiento arbitral para evitar contradicciones innecesarias que puede generar usar simultáneamente varios arbitrajes, en “El régimen jurídico de los prestadores de servicios de la sociedad de la información”, en la obra de la que es Director, *La nueva*



medio más para generar la necesaria confianza del consumidor en el comercio electrónico<sup>198</sup>.

La disposición final octava de la Ley previó que en el plazo de un año desde su entrada en vigor, el Gobierno aprobase un distintivo para identificar a los prestadores de servicios adheridos a tales códigos. El distintivo público de confianza pretende servir de guía para que los consumidores y usuarios puedan discernir, dentro del conjunto de sellos y códigos nacidos de la autonomía privada, aquéllos que incorporen garantías que proporcionen un elevado nivel de protección de sus derechos.

Con un año de retraso, se aprobó el Real Decreto 292/2004<sup>199</sup>, que fue sustituido por el Real Decreto 1163/2005, de 30 de septiembre, por el que se regula el distintivo público de confianza en los servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico<sup>200</sup>. La razón de tan rápida sustitución queda reflejada en la exposición de motivos del Real Decreto de 2005, y es que la norma de 2004 atribuía a la Administración del Estado amplias competencias ejecutivas en la materia, y la norma de 2005 materializa el Acuerdo de Consejo de Ministros de su reunión de 4 de junio de 2004, aceptando el requerimiento de incompetencia realizado por el Gobierno de la Generalidad de Cataluña en este sentido.

En 2009 aparecen en la Web del Instituto Nacional del Consumo tres Código de este tipo, el de las Asociaciones AUTOCONTROL/AECM, el de APTICE y el de ANETCOM<sup>201</sup>.

Existen otros muchos Códigos de Autocontrol que no han solicitado este reconocimiento administrativo<sup>202</sup>, así como existen Códigos de Autocontrol en

---

*regulación de las Telecomunicaciones, la Televisión e Internet*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2003, pp. 539-540.

<sup>198</sup> Cfr. LUCÍA ARRANZ ALONSO. “Los contratos del comercio electrónico”, en RAFAEL MATEU DE ROS y MÓNICA LÓPEZ-MONÍS GALLEGRO (Coord). *Derecho de Internet. La Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2003, pp. 204-206. Y ENRIQUE MEDINA MALO DE MOLINA, “Comunicaciones comerciales por vía electrónica. Códigos de Conducta. Resolución judicial y extrajudicial de conflictos”, en la misma obra, pp. 538-542.

<sup>199</sup> Real Decreto 292/2004, de 20 de febrero, por el que se crea el distintivo público de confianza en los servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico y se regulan los requisitos y procedimiento de concesión, BOE 27-2-2004. Sobre el contenido de esta norma, JESÚS CHECA BRAVO. “Las Ofertas Públicas de Sometimiento al Sistema Arbitral de Consumo”, en *Curso de Mediación y Arbitraje. Nuevos retos del arbitraje de consumo*. Cuadernos de Consumo nº 23 de abril de 2005, editado por el Gobierno de Aragón, pp. 109-150.

<sup>200</sup> Real Decreto 1163/2005, de 30 de septiembre, por el que se regula el distintivo público de confianza en los servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, así como los requisitos y el procedimiento de concesión, BOE 8-10-2005. Sobre su contenido, JESÚS CHECA BRAVO, “Arbitraje con consumidores administrado por entidades ajenas al sistema arbitral de consumo (Incidencia del anteproyecto de Ley-2005 de Mejora de la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios, en el arbitraje de consumo)”, en *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje* Nº 2 de 2006, Tomo XVIII-Mayo, pp. 267-293.

<sup>201</sup> Se trata de un código promovido conjuntamente por la Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial (AUTOCONTROL) y la Asociación Española de Comercio Electrónico y Marketing Relacional (AECM), otro segundo promovido por la Asociación para la promoción de las tecnologías de la Información y el Comercio Electrónico (APTICE) y un tercero de la Asociación para el fomento del Comercio Electrónico Empresarial (ANETCOM), en <http://www.consumo-inc.es/Distintivo/entidades.htm>, consulta realizada el 9-9-2009.

<sup>202</sup> En la web del Ministerio de Industria se puede consultar una relación de 12 sistemas de autorregulación, <http://www.lssi.es/Secciones/Autorregulacion/>, consulta realizada el 9-9-2009.

otros ámbitos materiales ajenos al comercio electrónico, a veces también fomentados desde el poder público, como ocurre en el caso de los relacionados con la protección de datos<sup>203</sup>.

La Asociación de Empresas de Servicios a Móviles (Aesam), en la que se integran empresas dedicadas al envío de SMS premium, dispone desde 1-1-2006 (modificado el 12-7-2007) de un instrumento interno similar<sup>204</sup>, muy importante a nuestros efectos ya que todas las compañías que forman parte de Aesam tienen la obligación de aceptar y asumir un estricto código de conducta interno que establece desde los límites en los que debe moverse la publicidad hasta los mecanismos para darse de alta y baja en los servicios de suscripción. En este último caso, la Asociación fija unas normas claras para garantizar a los consumidores la máxima transparencia en su proceder<sup>205</sup>.

## 1.5.- LAS LEYES CIVILES DE APLICACIÓN A LOS SERVICIOS DE TARIFICACIÓN ADICIONAL

La Orden PRE/361/2002, de 14 de febrero, no es la única norma jurídica aplicable, ni siquiera la preferentemente aplicable al contrato civil de servicios de tarificación adicional destinados a consumidores, ya que no deja de ser un Reglamento administrativo que debe quedar plenamente subordinado a la ley, y en particular a la legislación vigente en materia de contratos y protección de los consumidores, contenida respectivamente en el Código Civil<sup>206</sup> y en el

---

<sup>203</sup> MARÍA ARIAS POU. *Manual práctico de comercio electrónico*. 1ª edición. Madrid: La Ley, 2006, pp. 654-655, recoge los 11 Códigos Tipo inscritos entonces en la Agencia Española de Protección de Datos.

<sup>204</sup> Se puede consultar en <http://www.aesam.org/docs/codigodeconductaok.pdf>, y [http://www.aesam.org/images/c%C3%B3digo%20de%20conducta%20de%20aesam-dic05\\_modificado-jul07.pdf](http://www.aesam.org/images/c%C3%B3digo%20de%20conducta%20de%20aesam-dic05_modificado-jul07.pdf), consulta realizada el 9-9-2009.

<sup>205</sup> Entre ellas, destacan las siguientes:- Claridad en la publicidad, facilitando en sus anuncios el nombre de la compañía, Web o número de atención al cliente, forma de darse de baja del servicio, coste e indicación de si se trata de un servicio de suscripción. - Facilidad en la gestión, ya que sólo deben utilizar las palabras “alta” o “alerta” para las altas y la palabra “baja” para éstas mediante su remisión al mismo número donde se realizó el alta. - Información del prestador del servicio en el primer mensaje que recibe un usuario que se da de alta: nombre, teléfono de atención al cliente, mecanismo para darse de baja y coste del servicio. - Canales de ayuda para la resolución de problemas mediante un buscador habilitado en la página web de Aesam que muestra la dirección y teléfono del prestador sólo con indicar el número corto que gestiona y un teléfono de atención al usuario de la Asociación. - Y mecanismos de autocontrol mediante un código de conducta interno que obliga a resolver cualquier incidencia entre un asociado y un cliente en un plazo de dos días hábiles, con sanciones para aquellos casos en los que no se respeten las normas de la Asociación.

<sup>206</sup> Entendemos aplicable a nuestro supuesto el Código Civil y no el Código de Comercio, ya que nos identificamos con la corriente doctrinal mayoritaria entre los civilistas que considera en líneas generales que las relaciones jurídicas en las que intervienen los consumidores están sometidas al Derecho Civil y no al Mercantil, en base a lo dispuesto en el artículo 326.1 del Código de Comercio. Como muestra de la postura civilista, CARLOS LASARTE ÁLVAREZ. *Manual sobre protección de consumidores y usuarios*. 3ª edición. Madrid: Dykinson, 2007, pp. 24-26, y RUIZ MUÑOZ, quien además se alinea con FONT GALÁN y BELTRÁN para afirmar que con la legislación de consumo se está produciendo la unificación del Derecho Privado, “Introducción a la protección jurídica de los consumidores, en GEMA BOTANA GARCÍA y MIGUEL RUIZ MUÑOZ (Coord.). *Curso sobre protección jurídica de los consumidores*. 1ª edición. Madrid: Mc Graw Hill, 1999, pp. 24-26.

entramado normativo del denominado Derecho de Consumo, así como en la legislación de este tipo contenida en la LGT.

### **1.5.1.- La legislación de protección de los consumidores**

Aunque la doctrina entiende que existen algunas disposiciones dictadas a partir de los años sesenta en específica protección de los consumidores<sup>207</sup>, no se conoce en España como objetivo legislativo general hasta la Constitución Española de 1978, cuyo artículo 51 estableció un mandato en tal sentido que fraguó con la aprobación de la LGDCU, acontecimiento al que no fue nada ajeno la necesidad de una reacción política contundente ante el bien conocido síndrome tóxico provocado por el desvío para consumo humano de aceite de colza adulterado<sup>208</sup>.

Hasta entonces, y durante un tiempo después, la atención que se dedicó al estudio de las normas de consumo desde una perspectiva jurídica fue ciertamente escasa<sup>209</sup>. En ocasiones, y conscientes de este hecho, las instituciones dedicadas a la protección al consumidor de todo ámbito territorial acudieron a cubrir este vacío mediante publicaciones oficiales, encuentros y jornadas<sup>210</sup>.

---

Como muestra de la mercantilista, FERNANDO SÁNCHEZ CALERO y JUAN SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE. *Instituciones de Derecho Mercantil. Volumen I*. 32ª edición. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2009, pp. 66-67 y *Volumen II*, p. 178. JOSE ANTONIO VEGA VEGA. *Contratos electrónicos y protección de los consumidores*. 1ª edición. Madrid: Reus, 2005, pp. 27-29. Y ALBERTO ALONSO UREBA y ARÍSTIDES JORGE VIERA GONZÁLEZ, que concluyen que esta cuestión es secundaria dado que se pone de manifiesto la conveniencia de unificar el derecho de obligaciones y contratos. “Formación y perfección de los contratos a distancia celebrados por Internet”, en RAFAEL MATEU DE ROS y MÓNICA LÓPEZ-MONÍS GALLEGU (Coord). *Derecho de Internet. La Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2003, pp. 287-290.

<sup>207</sup> ALBERTO BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO entiende que tuvieron escasa eficacia. “La protección de los consumidores en el Derecho español”. ALBERTO BERCOVITZ y RODRIGO BERCOVITZ. *Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores*. Madrid: Tecnos, 1987, p. 73.

<sup>208</sup> Así se afirma por todos los autores. Una de las primeras manifestaciones en tal sentido, HONORIO-CARLOS BANDO CASADO. *Planteamientos básicos sobre la defensa del consumidor*. 2ª edición. Madrid: Instituto Nacional del Consumo, 1986, p. 19.

<sup>209</sup> Una de las primeras obras al respecto, EDUARDO POLO SÁNCHEZ. *La protección del consumidor en el derecho privado*. 1ª edición. Madrid: Civitas, 1980, 134 pp.

<sup>210</sup> Ejemplo de ello, las siguientes: HONORIO-CARLOS BANDO CASADO. *Planteamientos básicos sobre la defensa del consumidor*. 1ª edición. Madrid: Instituto Nacional del Consumo, 1983. La Revista Estudios sobre Consumo del Instituto Nacional del Consumo, cuyo nº 1 apareció en abril de 1984. COMUNIDAD DE MADRID. DIRECCIÓN GENERAL DE COMERCIO Y CONSUMO. “Curso de doctorado sobre Derecho de los Consumidores, Constitución económica y Derecho del Consumo”. Madrid: 1987. JUAN IGNACIO FONT GALÁN (et al). *Jornadas de Derecho y Consumo, 17-18 de marzo de 1988*. Ayuntamiento de Puerto de Santa María (Cádiz), 1989, 144 pp. ANA ISABEL LOIS CABALLÉ. *Introducción al Derecho del Consumo*. 1ª edición. Valencia: Generalitat Valenciana, 1991, 198 pp. CARLOS VATTIER FUENZALIDA (et al). *Jornadas sobre la problemática jurídica de Consumo*. Valladolid: Junta de Castilla y León, 1992, 133 pp.

### 1.5.1.1.- El denominado Derecho del Consumo

Poco a poco comienza la doctrina a prestar atención al denominado Derecho del Consumo, expresión que permite señalar de modo sencillo una serie de relaciones jurídicas e instituciones inspiradas en idéntica y nítida *ratio legis*, aunque resultaría inadecuado presentarla sin más como una rama autónoma dentro del mundo del Derecho<sup>211</sup>.

GOMEZ CALERO también cuestiona que sea una disciplina jurídica independiente, aunque no duda en afirmar que “la existencia de los derechos de los consumidores y usuarios como clase especial de derechos subjetivos constituye una realidad incontrovertible”<sup>212</sup>. Y CARRASCO considera que no es sino una “convención”, ya que su ámbito material está definido por un consenso generalizado sin criterios de delimitación racionales ni normativos<sup>213</sup>.

Así se concibe igualmente desde la óptica de la doctrina en países de similar tradición jurídica a la española, como BOURGOIGNIE, G. CAS y D. FERRIER<sup>214</sup>.

Pese a todo, DE LEÓN lo califica como rama especial del ordenamiento y como categoría funcional<sup>215</sup> y REYES ofrece una explícita definición del Derecho del Consumo como el “conjunto de normas que tienen como principal objetivo la regulación de los intereses de los particulares cuando éstos actúan en el ámbito de las relaciones de mercado, con el fin de realizar actividades de carácter privado, tendentes a la satisfacción de intereses de carácter personal y

---

<sup>211</sup> CARLOS LASARTE ÁLVAREZ. *Manual sobre protección de consumidores y usuarios*. 3ª edición. Madrid: Dykinson, 2007, pp. 23-24. Idéntica posición mantiene RUIZ MUÑOZ, “Introducción a la protección jurídica de los consumidores, en GEMA BOTANA GARCÍA y MIGUEL RUIZ MUÑOZ (Coord). *Curso sobre protección jurídica de los consumidores*. 1ª edición. Madrid: Mc Graw Hill, 1999, pp. 21-23. Y PEDRO ANTONIO PÉREZ GARCÍA. *La información en la contratación privada (En torno al deber de informar en la ley general para la defensa de los consumidores y usuarios)*. 1ª edición. Madrid: Instituto Nacional del Consumo, 1990, pp. 88-90. A lo sumo podría considerarse un derecho estatutario, MARIA JOSÉ REYES LÓPEZ (Coord). *Derecho de Consumo*. 1ª edición. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1999, p. 38.

<sup>212</sup> JUAN GÓMEZ CALERO. *Los Derechos de los Consumidores y Usuarios*. Madrid: Dykinson, 1994, p. 28.

<sup>213</sup> ANGEL CARRASCO PERERA (Dtor). *El Derecho de Consumo en España: presente y futuro*. Madrid: Instituto Nacional del Consumo, 2002, p. 403. También concluye que no es un derecho para colectivos determinados porque el Derecho de Consumo abarca a todos los ciudadanos, optando por una construcción en base al concepto abstracto de consumidor, pp. 29-30.

<sup>214</sup> Afirman que “el derecho del consumo no pretende...al contrario que otras disciplinas, la autonomía. Lejos de querer constituirse en un sistema jurídico cerrado, abre, al contrario, un ojo crítico hacia todas las disciplinas que atañen al consumidor. Las reglas jurídicas que componen estas disciplinas han sido inspiradas, generalmente, por los especialistas a los que se aplican. El derecho del consumo pretende corregir los desequilibrios originados por esta influencia de los círculos profesionales sobre el legislador. Hasta el momento, las nuevas disciplinas del derecho (derecho de transportes, derecho de seguros, derecho inmobiliario, derecho de la salud, derecho distributivo...) pretendían establecer reglas propias de un sector profesional que, en razón de su especificidad, reivindicaba un régimen derogatorio del derecho común. El derecho del consumo, al contrario, es el derecho de los no especialistas, de los no profesionales, de los particulares que, debido a su propia ignorancia, merecen protección”, THIERRY BOURGOIGNIE (Traductora, GABISER). *Elementos para una teoría del Derecho de Consumo*. Vitoria: Gobierno Vasco, 1994, pp. 190-191. Y en este mismo sentido, el derecho de consumo como obra política, p. 384.

<sup>215</sup> ALICIA DE LEÓN ARCE (Directora). *Derechos de los consumidores y usuarios. (Doctrina, normativa, jurisprudencia, formularios)*. 2ª edición. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2007, p. 96.

sin ánimo lucrativo”<sup>216</sup>. Incluso hay quien propone la elaboración de un Código Europeo de Consumo como alternativa más ambiciosa a la Directiva Marco en materia de consumo que la Comisión Europea se plantea como nueva estrategia de futuro en este ámbito<sup>217</sup>.

El origen o esencia del Derecho de Consumo también ha sido fuente de debates. Desde considerar como ha sido tradicional que su origen es la protección de la parte más débil de la relación de consumo<sup>218</sup> a concebirlo como un instrumento de intervención económica, incluso se ha mantenido que es una simple manifestación propia del neocapitalismo keynesiano como motor de la economía que simplemente requiere de un marco jurídico claro y estable<sup>219</sup>.

Por nuestra parte, como hace MARTÍNEZ DE AGUIRRE y algún otro autor, entendemos conveniente señalar el similar origen de esta disciplina en relación al Derecho del Trabajo, cuya autonomía e independencia resulta bastante asentada hoy en día pese a que en sus inicios resultó igualmente discutida<sup>220</sup>. Se construyen ambas a partir de un concepto definido del sujeto destinatario del mismo, el trabajador y la relación de trabajo por cuenta ajena, por un lado, y el consumidor final y el acto de consumo por otro; proceden en origen del Derecho Civil patrimonial; cuentan ambos con instituciones de orden colectivo como los sindicatos y convenios colectivos, por un lado, y las asociaciones de consumidores y acciones colectivas por el otro; y abarcan modalidades que son propias de otras ramas jurídicas como el derecho procesal o el derecho administrativo.

Como acertadamente señala MARTÍNEZ DE AGUIRRE, la consolidación del Derecho de los Consumidores como disciplina autónoma dependerá fundamentalmente de que el Derecho Privado Patrimonial sea o no capaz de integrar y dar solución en justicia a los problemas que el tráfico en masa plantea<sup>221</sup>. En este sentido, y al hilo de las reflexiones de algunos autores sobre el proceso de descodificación del Derecho Civil que vivimos mediante constante aprobación de leyes especiales, y en el que tanto tiene que ver el Derecho de Consumo, VELA apuesta por una reforma que lo incluya en el Código Civil de tal forma que exista una coordinación total entre el Derecho general de contratos y el Derecho de Consumo y en definitiva, por un proceso

---

<sup>216</sup> MARIA JOSÉ REYES LÓPEZ. *Manual de Derecho Privado de Consumo*. 1ª edición. Madrid: La Ley, 2009, pp. 28-29.

<sup>217</sup> GUILLERMO ROMERO GARCÍA-MORA. *Perspectivas para el consumidor ante el Derecho europeo de contratos*. Madrid: Instituto Nacional del Consumo, 2003, pp. 199-208.

<sup>218</sup> NATALIA ÁLVAREZ LATA considera que esta circunstancia en clara contradicción del derecho civil contractual del que se desgaja, basado en el principio dispositivo y la autonomía privada derivados de la igualdad de las partes. *Invalidez e Ineficacia en el Derecho Contractual de Consumo Español. Análisis de los Supuestos Típicos de Ineficacia en los Contratos con Consumidores*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2004, p. 24.

<sup>219</sup> Cfr. JOSÉ MANUEL BUSTO LAGO (Coord), NATALIA ÁLVAREZ LATA y FERNANDO PEÑA LÓPEZ. *Reclamaciones de Consumo. Derecho de consumo desde la perspectiva del consumidor*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2005, pp. 41-44.

<sup>220</sup> Cfr. ALFREDO MONTOYA MELGAR. *Derecho del Trabajo*. 28ª edición. Madrid: Tecnos, 2007, pp. 29-45.

<sup>221</sup> Cfr. CARLOS MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ. “Comentarios al art. 7 LGDCU”, en RODRIGO BERCOVITZ y JAVIER SALAS (Coord). *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*. Madrid: Civitas, 1992, pp. 133-137, considerando finalmente que no parece que el Derecho de los Consumidores vaya a seguir finalmente tales derroteros autonomistas.

de “recodificación” del Derecho Privado en Europa como medio eficaz para hacer frente a la espinosa cuestión de la proliferación legislativa e implementar la necesaria seguridad jurídica y racionalidad orgánica<sup>222</sup>.

1.5.1.2.- El vigente Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias de 2007

Desde los años noventa, la inmensa mayoría de normas de rango legal que se aprueban en España en relación a la protección sustantiva de los consumidores son fundamentalmente producto de la transposición de Directivas comunitarias, y por tanto, iniciativa política de la Unión Europea. Se van sucediendo una tras otra una serie de leyes especiales que empiezan a conformar un cuerpo asistemático y confuso en esta materia. Cuando en el año 2003 se aprueba la Ley 23/2003, de 10 de julio, de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo el legislador ya es consciente de este hecho, y en su disposición final cuarta habilitó al Gobierno para que en el plazo de tres años procediera a refundir en un único texto la LGDCU y las normas de transposición de las directivas comunitarias dictadas en materia de protección de los consumidores y usuarios que inciden en los aspectos regulados en ella, regularizando, aclarando y armonizando los textos legales correspondientes, habilitación que fue ampliada doce meses más por la disposición final quinta de la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios.

Como consecuencia de la misma, se dictó el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, TRLGDCU, norma que ha integrado seis leyes en un único texto<sup>223</sup>, derogando las refundidas excepto la regulación de ventas a distancia contenida en la Ley de Ordenación del Comercio Minorista, que se ha mantenido entendiendo la Ley que “queda vigente para la regulación de las relaciones empresariales”<sup>224</sup>.

---

<sup>222</sup> ANTONIO JOSÉ VELA SÁNCHEZ. “La sede normativa del Derecho Civil común: Los estragos de la descodificación”. *Anuario de Derecho Civil*, Tomo LX, fasc. III, 2007, pp. 1258, 1272-1273 y 1287.

<sup>223</sup> En concreto, la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios; la Ley 26/1991, de 21 de noviembre, sobre contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles; la regulación dictada en materia de protección a los consumidores y usuarios en la Ley 47/2002, de 19 de diciembre, de reforma de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista, para la transposición al ordenamiento jurídico español de la Directiva sobre contratos a distancia; la Ley 23/2003, de 10 de julio, de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo; la Ley 22/1994, de 6 de julio, de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos; y la Ley 21/1995, de 6 de julio, sobre viajes combinados.

<sup>224</sup> Para Lasarte, esta refundición, “por muchos conceptos, debe ser objeto de crítica y de una valoración no demasiado positiva”, CARLOS LASARTE ÁLVAREZ. *Manual sobre protección de consumidores y usuarios*. 3ª edición. Madrid: Dykinson, 2007, p. 40. Por el contrario, SANTIAGO CAVANILLAS MÚGICA valora positivamente su calidad, tanto su sistemática como buena parte de las modificaciones introducidas. “El Real Decreto Legislativo 1/2007 por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias: *Aranzadi Civil*, nº 1, 2008, p. 4 de de documento electrónico de Westlaw-es. Para RODRIGO BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO también merece un juicio positivo, aunque considera que pueden existir supuestos en los que se han introducido innovaciones legislativas que exceden de la delegación otorgada. “El texto refundido sobre legislación de consumo”. *Aranzadi Civil* nº 3, 2007, pp. 2561-2564.

No quiere ello decir que el TRLGDCU aclare el panorama legislativo, ya que, a las leyes que no integra<sup>225</sup>, se deben sumar las leyes en la materia que han dictado las Comunidades Autónomas en ejercicio de sus competencias, aunque en nuestro caso tienen un interés relativo, dado que ni inciden ni pueden incidir en el régimen de los contratos<sup>226</sup>.

La LGDCU partía de un concepto abstracto y otro concreto de consumidor, uno de los aspectos en los que el nuevo TRLGDCU ha introducido un mayor nivel de innovación legislativa con la decidida intención de aproximar el derecho nacional al comunitario y a lo que dedicaremos unas reflexiones en su momento.

Junto al concepto de consumidor, el segundo pilar estructural de la legislación protectora de consumidores es el que dedica el artículo 8 del TRLGDCU a los denominados “derechos básicos” de los consumidores, término que MARTÍNEZ DE AGUIRRE califica como más correcto que el de “derechos fundamentales” utilizada por los instrumentos normativos comunitarios, fundamentalmente el Programa Preliminar de la CEE de 1975<sup>227</sup>. Este autor entiende que la naturaleza de estos derechos y su eficacia es similar a la que quiere reconocerse a los principios rectores de la política social y económica de los artículos 39 y siguientes de la Constitución, y por tanto, con un contenido altamente programático<sup>228</sup>, tesis con la que coincide PEÑA LÓPEZ hasta el punto de que considera que cualquier intento de calificarlos como derechos en sentido técnico no soporta el más mínimo contraste conceptual<sup>229</sup>.

---

<sup>225</sup> Al menos conocemos dos posiciones críticas por las omisiones de leyes que no se han incluido en el TRLGDCU: SANTIAGO CAVANILLAS MÚGICA. “El Real Decreto Legislativo 1/2007 por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias: *Aranzadi Civil*, nº 1, 2008, pp. 2133-2166 y ANGEL CARRASCO PERERA. “Texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (Real Decreto Legislativo 1/2007). Ámbito de aplicación y alcance de la refundición”. *Aranzadi Civil*, nº 1, 2008, pp. 2215-2225.

<sup>226</sup> La aprobación de Leyes Autonómicas de Protección de los Consumidores se inició en 1981 en el País Vasco y fue seguida por otras con competencias exclusivas en la materia, Galicia en 1984, Andalucía en 1985, Valencia en 1987 y Cataluña en 1993. En una segunda fase, cuando las demás Comunidades Autónomas asumieron competencias legislativas en materia de protección de los consumidores en el año 1994, se aprobaron la inmensa mayoría de las vigentes. Actualmente parece nos hallamos inmersos en un proceso de revisión de tales normas, ya que se han aprobado nuevas Leyes Autonómicas de Protección del Consumidor en las Comunidades Autónomas de País Vasco y Andalucía en 2003, Castilla La Mancha en 2005, Aragón, Cantabria y Navarra en 2006 y Murcia en 2008. Las Leyes autonómicas son de contenido fundamentalmente administrativo, no sustantivo-civil, ya que este ámbito normativo es de competencia exclusiva estatal. Como pone de manifiesto Lasarte, “la única Comunidad Autónoma que no ha dictado leyes específicas sobre consumidores y usuarios, de aplicación en su ámbito territorial, ha sido la de la Rioja. Tampoco tienen normativa propia las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla. Todo ello, al menos, por ahora”, en CARLOS LASARTE ÁLVAREZ. *Manual sobre protección de consumidores y usuarios*. 3ª edición. Madrid: Dykinson, 2007, p. 50.

<sup>227</sup> Resolución del Consejo de 14 de abril de 1975, relativa a un programa preliminar de la Comunidad Económica Europea para una política de protección e información de los consumidores, DO nº C 92 de 25-4-1975, p. 2.

<sup>228</sup> CARLOS MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, en RODRIGO BERCOVITZ y JAVIER SALAS (Coord). *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*. Madrid: Civitas, 1992, pp. 48-50.

<sup>229</sup> Cfr. RODRIGO BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Coord). *Comentarios del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007)*. 1ª edición. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2009, pp. 116-118.

Por último, la Ley positiva confirma la instauración en nuestro ordenamiento jurídico de un nuevo principio general del derecho, el principio de protección de los consumidores y usuarios o *pro consummatore*<sup>230</sup>, formulado en el artículo 51 de la Constitución y refrendado en su día por el artículo 1.1.1º de la LGDCU, que dispuso que “en desarrollo del artículo 51.1 y 2 de la Constitución, esta Ley tiene por objeto la defensa de los consumidores y usuarios, lo que, de acuerdo con el artículo 53.3 de la misma tiene el carácter de principio general informador del Ordenamiento jurídico”<sup>231</sup>.

Aunque, el vigente artículo 1.1 del TRLGDCU ha suprimido el término “general”, afirmando que “en desarrollo del artículo 51.1 y 2 de la Constitución que, de acuerdo con el artículo 53.3 de la misma, tiene el carácter de principio informador del ordenamiento jurídico...”, entendemos que la supresión no debe considerarse como una negación del carácter de principio general del derecho a la protección de los consumidores, dado que lo relevante es la consideración que como tal realiza el artículo 53.3 de la Constitución<sup>232</sup>.

#### 1.5.1.3.- En especial, la normativa de contratación a distancia

La Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista<sup>233</sup>, en adelante, LOCM, reguló por primera vez y de forma medianamente completa el régimen de las ventas a distancia en nuestro ordenamiento jurídico.

La regulación no sólo era aplicable a los bienes muebles típicos de la actividad comercial, sino también a la contratación de servicios, con excepciones, conforme a lo dispuesto en su Disposición adicional primera, y su principal característica estriba en que se reconoce al consumidor la facultad de desistir unilateralmente del contrato sin necesidad de alegar causa alguna durante los siete días siguientes a la recepción del producto o servicio.

Al poco se aprobaría la Directiva comunitaria 7/1997 de protección de los consumidores en contratos a distancia<sup>234</sup>, y pese a que la Ley de 1996 tuvo tiempo de incorporar a su texto las previsiones contenidas en la Primera Propuesta de la Directiva, su completa transposición exigió de un complemento legal<sup>235</sup>, que vino de la mano de la Ley 47/2002, de 19 de diciembre<sup>236</sup>.

---

<sup>230</sup> Cfr. CARLOS LASARTE ÁLVAREZ. “La protección del consumidor como principio general del derecho”, en *Revista Estudios sobre Consumo*, nº 73 de 2005, p. 56, quien señala cómo una serie de autores, sobre todo mercantilistas, niegan la existencia de este principio. También, MARIA JOSÉ REYES LÓPEZ. *Manual de Derecho Privado de Consumo*. 1ª edición. Madrid: La Ley, 2009, p. 33.

<sup>231</sup> Entre otros, el artículo 1.1 se ha declarado que no es de aplicación directa en las Comunidades Autónomas que constitucionalmente, en virtud de sus respectivos Estatutos de Autonomía, hayan asumido la competencia plena sobre defensa de los consumidores y usuarios según Sentencia del Tribunal Constitucional número 15/1989 de 26 de enero. (BOE nº 43, de 20 de febrero de 1989), lo que entendemos no afecta a lo afirmado.

<sup>232</sup> Art. 53.3 Ce: “El reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo III, informará la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las Leyes que los desarrollen.”

<sup>233</sup> Ley 7/1996, de 15 de enero, BOE 17-1-1996.

<sup>234</sup> Directiva 97/7/CE del parlamento Europeo y del Consejo de 20-5-1997, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia, DOCE L 144 de 4-6, página 19.

<sup>235</sup> Cfr. MIGUEL ÁNGEL PENDÓN MELÉNDEZ. *La perfección del contrato en Derecho Privado (Reflexiones sobre su régimen legal a la luz de las nuevas formas de distribución y contratación)*.



Como ya hemos señalado, el TRLGDCU ha integrado en un único texto varias leyes, entre ellas, la regulación dictada en materia de protección a los consumidores y usuarios en la Ley 47/2002. Su artículo 92 nos ofrece el mismo concepto de contratación a distancia vigente desde entonces.

El TRLGDCU no ha derogado las disposiciones de ventas a distancia existentes en la LOCM entendiendo que ésta “queda vigente para la regulación de las relaciones empresariales” (exposición de motivos-II)<sup>237</sup>.

En relación a esta afirmación, una línea doctrinal con la que nos identificábamos ha entendido que la LOCM, y por tanto también la normativa de ventas a distancia, estaba exclusivamente dirigida a regular las compraventas con consumidores (salvo en los aspectos puntuales en que específicamente se fijan normas mercantiles puras entre comerciantes, por ejemplo, la regulación en materia de morosidad comercial). Efectivamente, la Ley establece como contraparte del comerciante en su artículo 1.2 a los “destinatarios finales”, concepto éste que debe equipararse al contenido en el ya derogado artículo 1.2 de la LGDCU, que también utilizaba al destinatario final como eje y referencia para establecer la definición de consumidor final<sup>238</sup>.

Este argumento se afianza más si cabe porque la definición legal de ventas a distancia exige que el empresario suministrador tenga así organizado el propio negocio, de modo que no sólo quedarían exceptuados los supuestos de venta a distancia ocasional, por ejemplo, se hace un pedido telefónico urgente a la tienda de alimentación de la esquina<sup>239</sup>, sino también las contrataciones entre particulares, que por definición no se realizan en el ámbito de un negocio.

No obstante, la mayoría de la doctrina entiende que la LOCM o las ventas a distancia en ellas reguladas resultan de aplicación a relaciones jurídicas ajenas al Consumo<sup>240</sup>, interpretación que ahora queda reforzada por la opinión del legislador expuesta en la citada exposición de motivos.

---

Valencia: Tirant lo Blanch, 2009, p. 50. JUAN JOSÉ MARÍN LÓPEZ, en ARIMANY, MANUBENS Y ASOCIADOS (Coord.). *Ordenación del comercio minorista. Comentarios a la Ley 7/1996 y a la Ley Orgánica 2/1996, ambas de fecha 15 de enero*. 1ª edición. Barcelona: Editorial Praxis, 1996, pp. 280-281 y MIGUEL PASQUAU LIAÑO en JOSE LUIS PIÑAR MAÑAS y EMILIO BELTRÁN SÁNCHEZ (Dtores). *Comentarios a la Ley de Ordenación del Comercio Minorista y a la Ley Orgánica complementaria*. 1ª edición. Madrid: Civitas, 1997, p. 302.

<sup>236</sup> Ley 47/2002 de 19-12, de reforma de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista, para la transposición al ordenamiento jurídico español de la Directiva 97/7/CE, en materia de contratos a distancia, y para la adaptación de la Ley a diversas Directivas comunitarias, BOE 20-12-2002.

<sup>237</sup> No obstante, sí se derogan expresamente sus artículos 48 y 65.1, letras n) y ñ), la disposición adicional primera, las menciones que se realizan al artículo 48 en la disposición final única y la disposición adicional primera en su párrafo primero e íntegramente su último párrafo, por ser aspectos exclusivamente relacionados con la protección del consumidor.

<sup>238</sup> Cfr. JUAN MANUEL BADENAS CARPIO y CARMEN BOLDÓ RODA. *Régimen jurídico de la llamada “venta directa”. Las ventas domiciliarias y a distancia*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2003, p. 146. También encontramos algunas reflexiones a este respecto en CARLOS LASARTE ÁLVAREZ. *Manual sobre protección de consumidores y usuarios*. 3ª edición. Madrid: Dykinson, 2007, pp. 213-214.

<sup>239</sup> Cfr. FERNANDO SÁNCHEZ CALERO y JUAN SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE. *Instituciones de Derecho Mercantil. Volumen II*. 32ª edición. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2009, p. 279.

<sup>240</sup> Cfr. PEDRO ESCRIBANO COLLADO, quien considera que abarca a otros sujetos que adquieren bienes para su propio uso, en la obra de RODRIGO BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO y JESÚS LEGUINA VILLA (Coord). *Comentarios a las Leyes de Ordenación del Comercio Minorista. Ley Orgánica 2/1996, de 15 de enero, complementaria de la de Ordenación del Comercio Minorista, y Ley*

Sea como fuere, el contrato de servicio de tarificación adicional se perfecciona ordinariamente por un consumidor y un empresario y cumple con los elementos que contiene la definición del artículo 92 del TRLGDCU, como analizaremos en su momento, por lo que le será de aplicación esta regulación.

### **1.5.2.- La legislación de comercio electrónico**

Los servicios de tarificación adicional que se prestan a través de Internet o de mensajería móvil son servicios de la sociedad de la información y manifestaciones claras del denominado comercio electrónico a los que resulta de aplicación la legislación especial existente en la materia.

A falta de una definición legal, y siguiendo a MIRANDA Y PAGADOR, el comercio electrónico es el conjunto de operaciones de índole comercial que se desarrollan por medios electrónicos o informáticos entre las empresas, o entre éstas y sus clientes, tanto con fines publicitarios como contractuales<sup>241</sup>.

El comercio electrónico se ha desarrollado sobremanera en pocos años de la mano de la paulatina e inexorable entrada en los hogares de Internet, una de las manifestaciones más importantes de la denominada sociedad de la información<sup>242</sup>. Hace 20 años sólo diez mil ordenadores en el mundo estaban interconectados y aunque las previsiones en general sean halagüeñas, no se sabe a ciencia cierta hasta dónde puede llegar este nuevo fenómeno comercial<sup>243</sup>.

Qué duda cabe que las ventajas prácticas que ofrece el comercio electrónico, como rapidez, precio, mayor abanico de ofertas, accesibilidad y comodidad, serán los factores que a la larga permitirán su consolidación en

---

7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista. Madrid: Tecnos, 1997, p. 40. JUAN CARLOS MENÉNDEZ MATO considera que la LOCM regula la contratación a distancia en general, no sólo la dirigida a consumidores. *El contrato vía Internet*. Barcelona: Bosch, 2005, pp. 290-291. Opinión similar sustenta ANDRÉS ÍÑIGO FUSTER. “La contratación electrónica como contratación a distancia”: *Revista del Derecho de las Telecomunicaciones e Infraestructuras en Red*, nº 17, 2003, p. 23 de documento electrónico de V-Lex. MIGUEL RUIZ MUÑOZ. “Tutela de los consumidores en el comercio electrónico”: *Revista de la Contratación Electrónica*, nº 90, 2008, p. 6 de documento electrónico de V-Lex. LUIS MARÍA MIRANDA SERRANO y JAVIER PAGADOR LÓPEZ: “La formación y ejecución del contrato electrónico: aproximación a una realidad negocial emergente”: *Estudios sobre Consumo*, nº 85, 2008, p. 81.

<sup>241</sup> Cfr. LUIS MARÍA MIRANDA SERRANO y JAVIER PAGADOR LÓPEZ: “La formación y ejecución del contrato electrónico: aproximación a una realidad negocial emergente”: *Estudios sobre Consumo*, nº 85, 2008, p. 81. En nota a pie de página incluyen comentarios sobre conceptos amplios o estrictos ofrecidos por otros autores.

<sup>242</sup> Cfr. GEMA ALEJANDRA BOTANA GARCÍA (Coord). *Comercio electrónico y protección de los consumidores*. 1ª edición. Madrid: La Ley, 2001, pp. 5-17.

<sup>243</sup> Cfr. JUAN CARLOS MENÉNDEZ MATO. *El contrato vía Internet*. Barcelona: Bosch, 2005, pp. 37-40 y pp. 50-53.

nuestra sociedad<sup>244</sup> y hacen que las previsiones generales al respecto sean prometedoras<sup>245</sup>.

La reflexión que espontáneamente surge de la mente del jurista al enfrentarse por primera vez a los fenómenos derivados de las nuevas tecnologías es la aparente insuficiencia de nuestro sistema jurídico, por lo que bien se recibe la promulgación de normas específicas en la materia<sup>246</sup>, lo que PENDÓN denomina muy descriptivamente como “fase inicial de sorpresa ante lo electrónico”<sup>247</sup>. Incluso se ha planteado la inadecuación de las viejas categorías a esta nueva forma de contratación, reclamando incluso una disciplina jurídica especial para esta nueva realidad comercial, como relatan MIRANDA Y PAGADOR.

Pero un criterio más reflexivo nos revela que las nuevas tecnologías no son más que un nuevo instrumento al servicio de las personas y que su mera existencia en modo alguno tiene por qué alterar los principios básicos en los que se basa nuestro sistema jurídico, menos aún es motivo por sí sólo para importar esquemas del sistema anglosajón en perjuicio de nuestras raíces romano-continuales. Muy al contrario, hay quien afirma que nuestro sistema está perfectamente preparado para afrontar este reto garantizando unos elevados niveles de seguridad jurídica, tan necesaria en esta materia<sup>248</sup>.

Y efectivamente así ha sido, la legislación de comercio electrónico no ha alterado ni el carácter espiritualista ni el resto de principios básicos de nuestro sistema general de contratación civil, es más entiendo que se ha limitado a fijar los parámetros de equivalencia entre los elementos virtuales de la contratación electrónica y los que gozan de soporte físico en entornos de contratación presencial, fundamentalmente la equivalencia entre documento escrito y

---

<sup>244</sup> Cfr. JUAN CARLOS MENÉNDEZ MATO. *El contrato vía Internet*. Barcelona: Bosch, 2005, pp. 54-73, ventajas e inconvenientes. De estos factores, es la comodidad el factor más valorado por la población, con un 42,5%. Cfr. CONSEJO DE CONSUMIDORES Y USUARIOS. *Comercio electrónico y protección del consumidor*. Madrid: 2001, p.16.

<sup>245</sup> Cfr. FERNANDO HERNÁNDEZ JIMÉNEZ-CASQUET. “El marco jurídico del comercio y la contratación electrónicos”, en PABLO GARCÍA MEXÍA (Dtor). *Principios de Derecho de Internet*. 2ª edición. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2005, p. 428.

<sup>246</sup> Cfr. M<sup>a</sup> DEL PILAR PERALES VISCASILLAS. “Formación del contrato”. GEMA ALEJANDRA BOTANA GARCÍA (Coord). *Comercio electrónico y protección de los consumidores*. 1ª edición. Madrid: La Ley, 2001, p. 406. Y RAFAEL MATEU DE ROS, “Interpretación, aplicación y desarrollo reglamentario de la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información”, en JOSE MANUEL VILLAR URÍBARRI. *La nueva regulación de las Telecomunicaciones, la Televisión e Internet*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2003, pp. 572-581.

<sup>247</sup> MIGUEL ÁNGEL PENDÓN MELÉNDEZ. *La perfección del contrato en Derecho Privado (Reflexiones sobre su régimen legal a la luz de las nuevas formas de distribución y contratación)*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009, pp. 80 y 112.

<sup>248</sup> Cfr. FRANCISCO JAVIER GARCÍA MAS, en el Prólogo de la obra de MARÍA ARIAS POU, *Manual práctico de comercio electrónico*. 1ª edición. Madrid: La Ley, 2006, pp. 19-20. También en este sentido CARMEN PÉREZ CONESA. “Contratación electrónica (contratación celebrada por medios telemáticos)”. *Aranzadi Civil* nº 3, 2001, p. 3 de documento electrónico de Westlaw-es. LEOPOLDO JOSÉ PORFIRIO CARPIO, prólogo de la obra de ÁNGELA GUIASADO MORENO. *Formación y perfección del contrato en Internet*. Madrid: Marcial Pons, 2004, pp. 12-13. MIGUEL ÁNGEL PENDÓN MELÉNDEZ. *La perfección del contrato en Derecho Privado (Reflexiones sobre su régimen legal a la luz de las nuevas formas de distribución y contratación)*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009, p. 48. Opiniones de la doctrina italiana en este sentido en JUAN CARLOS MENÉNDEZ MATO. *El contrato vía Internet*. Barcelona: Bosch, 2005, pp. 75-81.

electrónico y firma manuscrita y electrónica conforme a los grados técnicos que permite ésta<sup>249</sup>.

#### 1.5.2.1.- Principios básicos del comercio electrónico

En línea con tales planteamientos se pregonan tres principios básicos que debe respetar siempre el comercio electrónico, el de equivalencia funcional, el de neutralidad tecnológica y el de inalteración del derecho privado preexistente, formulados por la doctrina<sup>250</sup> en base a los postulados que en esta materia se fijaron con la Ley Modelo de Comercio Electrónico de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional-CNUDMI de 12 de junio de 1996<sup>251</sup>.

El principio de equivalencia funcional supone aplicar idéntico valor jurídico a los actos jurídicos orales o documentados en papel y con firma manuscrita que a los celebrados en soporte electrónico con firma electrónica.

El de neutralidad tecnológica exige que la normativa no establezca privilegios ni barreras para unas formas de comunicación electrónica respecto de otras.

Y por último, el de inalteración del derecho es una importantísima declaración de principios que nos recuerda que las reglas básicas de la contratación y el derecho privado no tienen por qué modificarse por la utilización de un medio de comunicación electrónico<sup>252</sup>.

---

<sup>249</sup> Cfr. LUIS MARÍA MIRANDA SERRANO y JAVIER PAGADOR LÓPEZ: “La formación y ejecución del contrato electrónico: aproximación a una realidad negocial emergente”: *Estudios sobre Consumo*, nº 85, 2008, pp. 82-83, quienes resaltan muy gráficamente la situación con el adagio *nihil novum sub sole*, originalmente utilizado por JOSÉ CÁNDIDO PAZ-ARES RODRÍGUEZ, NURIA BERMEJO GUTIÉRREZ y MARÍA ISABEL SAENZ LACAVE. “La formación electrónica del contrato: nada nuevo bajo el sol” en: JOSÉ MANUEL SALA ARQUER y JULIÁN MARTÍNEZ-SIMANCAS SÁNCHEZ (coord.). *Derecho sobre internet: www.derechosobreinternet.com*. Madrid, Banco Santander Central Hispano, 2008, pp. 125-139.

<sup>250</sup> Cfr. RAFAEL ILLESCAS ORTIZ. *Derecho de la contratación electrónica*. 2ª edición. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2009, pp. 37 y ss. JESÚS IGNACIO FERNÁNDEZ DOMINGO. “Algunas notas acerca de la contratación y el comercio electrónico”. FRANCISCO JAVIER ORDUÑA MORENO (Dirección). *Contratación y comercio electrónico: (Obra concordada con la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la sociedad de la Información y de Comercio Electrónico)*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003, pp. 245 y ss.

<sup>251</sup> Cfr. NACIONES UNIDAS. *Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico con la Guía para su incorporación al derecho interno 1996 con el nuevo artículo 5 bis aprobado en 1998*. Nueva York, 1999, 82 pp. En Internet en [http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/electcom/05-89453\\_S\\_Ebook.pdf](http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/electcom/05-89453_S_Ebook.pdf), consulta realizada el 23-5-2007. UNCITRAL es la sigla en inglés de CNUDMI.

<sup>252</sup> Cfr. SANDRA CAMACHO CLAVIJO. “Breves comentarios al borrador de Anteproyecto de Ley de impulso de la sociedad de la información”. *Diario La Ley* nº 6672 de 15-3-2007, p. 1. FRANCISCO JAVIER GARCÍA MÁ. *Comercio y firma electrónicos. Análisis jurídico de los servicios de la sociedad de la información*. 2ª edición. Valladolid: Lex Nova, 2004, p. 279. ÁNGELA GUIASADO MORENO añade a los tres principios citados el de la buena fe y el de la libertad de pactos, *Formación y perfección del contrato en Internet*. Madrid: Marcial Pons, 2004, pp.100-109. MANUEL IGNACIO FELIU REY añade a los citados los de buena fe y autonomía de la voluntad, en *La protección del consumidor en Internet. Informe emitido a petición del Consejo de Consumidores y Usuarios*. Madrid: Consejo de Consumidores y Usuarios, 2002, p. 99. Y MATEU DE ROS, en relación a la LSSICE, llega a formular diez, “Principios de la contratación electrónica en la LSSICE”. RAFAEL MATEU DE ROS y MÓNICA LÓPEZ-MONÍS GALLEGO (Coord). *Derecho de Internet. La Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2003, pp. 86-104.

### 1.5.2.2.- La Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico de 2002

Las nuevas formas comerciales tienen como referente primario en nuestro ordenamiento a la LSSICE, modificada por la Ley 56/2007, de 28 de diciembre, de Medidas de Impulso de la Sociedad de la Información.

Esta Ley viene a trasponer con excesiva fidelidad<sup>253</sup> la Directiva de Comercio Electrónico del año 2000<sup>254</sup>, que CAMPUZANO afirma está inspirada en la Ley estadounidense de protección de los derechos de autor, la *Digital Millenium Copyright Act (DMCA)* de 1998<sup>255</sup>, aunque el primer antecedente en la materia fue la citada Ley Modelo sobre Comercio Electrónico aprobada por la CNUDMI en 1996.

Para LÓPEZ-MONÍS, La LSSICE es una “norma horizontal que pretende rellenar los huecos que hasta el momento de su promulgación sólo alguna jurisprudencia había copado”, destacando su generalidad, supletoriedad y subsidiariedad<sup>256</sup>, lo que también hace su exposición de motivos cuando declara como uno de sus objetivos la cobertura de las peculiaridades jurídicas que la normativa preexistente no permita.

No pretendemos con los siguientes comentarios sobre el ámbito de la Ley sino apuntar lo necesario en la materia para el correcto entendimiento de este trabajo<sup>257</sup>.

En cuanto a su ámbito objetivo, el Anexo de definiciones de la Ley establece que es servicio de la sociedad de la información “...todo servicio prestado normalmente a título oneroso, a distancia, por vía electrónica y a petición individual del destinatario”<sup>258</sup>, incluyendo una lista abierta de ejemplos en tal sentido, que se reputarán tales “siempre que representen una actividad económica”<sup>259</sup>, aunque la definición aclara que lo relevante no es el grado de

---

<sup>253</sup> Cfr. ÁNGELA GUIADO MORENO. *Formación y perfección del contrato en Internet*. Madrid: Marcial Pons, 2004, pp. 57-59.

<sup>254</sup> Directiva 2000/31/CE, de 8 de junio, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a determinados aspectos de los servicios de la sociedad de la información, en particular, el comercio electrónico en el mercado interior, DOCE L 178 de 17-7-2000.

<sup>255</sup> HERMINIA CAMPUZANO TOMÉ. “La relación contractual derivada de la prestación de servicios de telefonía. Especial referencia a la protección de los consumidores frente a la prestación de servicios de tarificación adicional”, en JUAN MANUEL ABRIL CAMPOY y MARÍA EULALIA AMAT LLARI (Coord). *Homenaje al profesor Lluís Puig i Ferriol*. 1ª edición. Valencia: Editorial Tirant Lo Blanch, 2006. Vol. 1, p. 706.

<sup>256</sup> MÓNICA LÓPEZ-MONÍS GALLEGU, “Ámbito de aplicación de la nueva LSSICE”, en la obra que coordina junto a RAFAEL MATEU DE ROS. *Derecho de Internet. La Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2003, pp. 49-50.

<sup>257</sup> Sobre el ámbito objetivo y subjetivo de esta Ley, VILMA SÁNCHEZ DEL CASTILLO. “La Sociedad de la Información, la convergencia de las telecomunicaciones y los servicios de la Sociedad de la Información en la Ley 34/2002 sobre comercio electrónico”: *Revista de la Contratación Electrónica*, nº 73, 2006, pp. 3-83.

<sup>258</sup> JUAN CARLOS MENÉNDEZ MATO señala que el término “sociedad de la información” apareció por primera vez en Japón a principios de los años 70, destacando en la historia del mismo el Informe Al Gore de 1993 y el Informe Bangemann europeo de 1994. *El contrato vía Internet*. Barcelona: Bosch, 2005, pp. 101-123. Similar exhaustivo análisis realiza con el concepto de “comercio electrónico” en las pp. 123-148.

<sup>259</sup> Son los siguientes: 1º La contratación de bienes o servicios por vía electrónica. 2º La organización y gestión de subastas por medios electrónicos o de mercados y centros comerciales virtuales. 3º La gestión de compras en la red por grupos de personas. 4º El envío de comunicaciones comerciales. 5º El

gratuidad del servicio, sino que constituya “una actividad económica para el prestador de servicios”, lo que acerca conceptualmente este concepto al de prestador propio de la legislación de protección del consumidor, como veremos.

La LSSICE pretende fundamentalmente regular las relaciones comerciales que se constituyan a través de Internet, pero como señala PEGUERA POCH<sup>260</sup>, la noción de servicios de la sociedad de la información no es una categoría estanca que impida que los supuestos subsumibles en la misma puedan responder a características propias de otros tipos de servicios ajenos”.

Es más, aunque el comercio electrónico es la modalidad más relevante de servicio de la sociedad de la información, este segundo concepto es mucho más amplio<sup>261</sup>, ya que abarca otras figuras ajenas, como es el caso de la publicidad electrónica o los buscadores<sup>262</sup>, aunque está pendiente aún perfilar con claridad ambos conceptos<sup>263</sup>.

A su vez, el comercio electrónico abarca modalidades más allá del típico comercio por Internet. Aunque se puede afirmar que todo comercio por Internet es electrónico, no todo comercio electrónico es comercio por Internet<sup>264</sup>, ya que existen otros medios electrónicos susceptibles de soportar relaciones comerciales, por ejemplo, la mensajería por telefonía móvil<sup>265</sup>.

En cuanto al ámbito subjetivo, la Ley es de aplicación a los prestadores de servicios de la sociedad de la información establecidos en España y a los servicios prestados por ellos, en general, de modo que no parte como la legislación de protección de consumidores de una definición restrictiva del destinatario de los mismos.

Como señala RUIZ MUÑOZ, el concepto de prestador de servicios de la sociedad de la información hay que asimilarlo en principio al de comerciante o empresario del Derecho español si bien es realmente más amplio, porque da

---

suministro de información por vía telemática. 6º El vídeo bajo demanda, como servicio en que el usuario puede seleccionar a través de la red, tanto el programa deseado como el momento de su suministro y recepción, y, en general, la distribución de contenidos previa petición individual.”

<sup>260</sup> MIQUEL PEGUERA POCH. “Servicios de la Sociedad de la Información: Su caracterización legal en Europa”. AR-Revista de Derecho Informático. Edita: Alfa-Redi, nº 100, noviembre de 2006, documento electrónico en <http://www.alfa-redi.org/rdi-articulo.shtml?x=7842>, consulta realizada el 21-5-2007.

<sup>261</sup> URSULA PATRONI VIZQUERRA define el Comercio Electrónico como transacción no física o no directa, que se realiza mediante una transmisión electrónica o telemática, que es aquella utilizada para transferir fondos, datos informatizados y otros servicios de valor añadido, a través de medios electrónicos, tales como el EDI (Electronic Data Interchange), la transferencia electrónica de fondos y la Internet. “Apuntes sobre comercio electrónico”: *Revista Electrónica de Derecho Informático*, nº 56, 2003, p. 3 de documento electrónico de V-Lex.

<sup>262</sup> Cfr. MÓNICA LÓPEZ-MONÍS GALLEGU, “Ámbito de aplicación de la nueva LSSICE”, en la obra que coordina junto a RAFAEL MATEU DE ROS. *Derecho de Internet. La Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2003, pp. 31-32.

<sup>263</sup> Cfr. MIGUEL ÁNGEL PENDÓN MELÉNDEZ. *La perfección del contrato en Derecho Privado (Reflexiones sobre su régimen legal a la luz de las nuevas formas de distribución y contratación)*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009, p. 260.

<sup>264</sup> Cfr. MARÍA ARIAS POU. *Manual práctico de comercio electrónico*. 1ª edición. Madrid: La Ley, 2006, p. 41.

<sup>265</sup> Cfr. JAVIER PLAZA PENADÉS. “Contratación electrónica y pago electrónico (en el derecho nacional e internacional)”. FRANCISCO JAVIER ORDUÑA MORENO (Dirección). *Contratación y comercio electrónico: (Obra concordada con la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la sociedad de la Información y de Comercio Electrónico)*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003, p. 421.

cabida a sujetos que tradicionalmente han quedado fuera, como agricultores, artesanos y profesionales liberales, que serán prestadores de servicios siempre que presten un servicio que constituya una actividad económica<sup>266</sup>.

En su anexo de definiciones se hace mención expresa al consumidor final conforme al definido en el ya derogado artículo 1.2 de la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios de 1984, pero la contraparte del suministrador electrónico a efectos de la Ley, salvo cuando expresamente se dispone lo contrario, es cualquier “destinatario”, a saber, cualquier persona física o jurídica que utiliza, sea o no por motivos profesionales, un servicio de la sociedad de la información, lo que abarca tanto a consumidores finales como a profesionales o empresarios<sup>267</sup>.

Como característica general conviene recordar como señala VEGA que late en la Ley el principio de protección de los intereses de los destinatarios de servicios y el más tradicional principio de protección de los intereses de los consumidores<sup>268</sup>.

### **1.5.3.- La legislación de telecomunicaciones**

La evidente relación existente entre los servicios de tarificación adicional y los de telecomunicaciones exige dedicar un breve análisis a la vigente Ley General de Telecomunicaciones<sup>269</sup>, en adelante LGT, ley de marcado acento administrativo que contiene también preceptos dedicados a la protección de los consumidores y otros con clara relevancia civil, como son los dedicados a cláusulas contractuales<sup>270</sup>.

El origen de la LGT es el nuevo marco regulatorio europeo de las redes y servicios de comunicaciones electrónicas, plasmado en seis Directivas y una Decisión comunitarias de 7 de marzo de 2002 y publicadas en el DOCE de 24-3-2002, a las que se denominó “nuevo paquete telecom”<sup>271</sup> y que ha sido de nuevo modificado en 2009<sup>272</sup>.

---

<sup>266</sup> Cfr. MIGUEL RUIZ MUÑOZ. “Tutela de los consumidores en el comercio electrónico”: *Revista de la Contratación Electrónica*, nº 90, 2008, pp. 6-7 de documento electrónico de V-Lex.

<sup>267</sup> Cfr. ISABELA CRESPO VITORIQUE, en JAVIER CREMADES y JOSÉ LUIS GONZÁLEZ MONTES (Coord). *La Nueva ley de Internet (Comentarios a la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico)*. Madrid-Las Rozas: La Ley-Actualidad, 2003, p. 211 y pp. 216-218. Y MÓNICA LÓPEZ-MONÍS GALLEGU, “Ámbito de aplicación de la nueva LSSICE”, en la obra que coordina junto a RAFAEL MATEU DE ROS. *Derecho de Internet. La Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2003, pp. 45-49.

<sup>268</sup> JOSÉ ANTONIO VEGA VEGA. “Las condiciones generales en la contratación electrónica”: *Revista de la Contratación Electrónica*, nº 101, 2009, p. 4 de documento electrónico de V-Lex.

<sup>269</sup> LEY 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, BOE 4-11-2003.

<sup>270</sup> La administrativización del Derecho Privado que se detecta por la doctrina no es sino una acentuación de la imperatividad allá donde antes dominaba la disponibilidad, sin que ello le haga perder su naturaleza civil a la correspondiente norma, cfr. EDUARDO VÁZQUEZ DE CASTRO. *Ilícitud Contractual. Supuestos y efectos*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2003, pp. 227-229.

<sup>271</sup> Cfr. GONZALO JIMÉNEZ-BLANCO CARRILLO DE ALBORNOZ. “Operadores con poder significativo en el mercado”, en JOSÉ MANUEL VILLAR URÍBARRI (Dtor). *La nueva regulación de las Telecomunicaciones, la Televisión e Internet*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2003, p. 189. GLORIA CALVO DÍAZ ofrece un breve y sustancioso resumen de su contenido en “El régimen jurídico de la interconexión y el acceso en el nuevo marco comunitario”, en TOMÁS QUADRA-SALCEDO y

### 1.5.3.1.- Los objetivos de la Ley General de Telecomunicaciones de 2003

Tras el primer gran impulso liberalizador de los años 90, centrado en evitar uno de los grandes riesgos de toda liberalización, la desigualdad de los ciudadanos en el acceso al servicio, en el año 2003 los objetivos eran profundizar en la competencia y la convergencia.

El primero de ellos, como ocurre en otros mercados plenamente liberalizados, implica profundizar en los mecanismos reguladores del mercado a posteriori, también denominados *ex post*, frente al exceso actual de mecanismos de control previos o *ex ante* que en España se encomienda a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, cuya actividad en este sentido va incluso en aumento año tras año<sup>273</sup>. La nueva Ley española responde fundamentalmente a esta concepción cuando sustituye las figuras de las previas licencias administrativas a operadoras por meras obligaciones de comunicación del inicio de la prestación de servicios a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.

El segundo de los objetivos de la LGT es la convergencia. Convergencia orgánica entre Estados, Comisión Europea (dotada ahora de facultades ejecutivas) y Autoridades Nacionales de Reglamentación de los distintos países; convergencia funcional de las técnicas *ex ante* de control administrativo con las propias *ex post* del derecho de la competencia; y convergencia tecnológica entre el sector informático, audiovisual y el de las telecomunicaciones<sup>274</sup>. La convergencia tecnológica supone asumir jurídicamente la idea de que cualesquiera contenidos son transmisibles por el soporte de cada uno de estos medios<sup>275</sup>, hasta el punto de que se afirma que este es el motivo que ha forzado a las Directivas comunitarias a cambiar la denominación tradicional de “telecomunicaciones” hacia el nuevo concepto de “comunicaciones electrónicas”<sup>276</sup>.

En lo demás, la LGT se basa en parámetros similares a los de 1998, las comunicaciones electrónicas son servicios de interés general que se prestan en régimen de libre competencia, aunque se contienen reformas concretas en muy diversas materias que no es momento ni lugar de reseñar<sup>277</sup>.

---

FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, (Dtor). *Aspectos jurídicos de las telecomunicaciones*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2003, pp. 101-133.

<sup>272</sup> Reglamento (CE) 1211/2009 y Directivas 2009/136/CE y 2009/140/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de noviembre, DOUE 18-12-2009.

<sup>273</sup> Así se pone de manifiesto en EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA y TOMÁS DE LA QUADRA-SALCEDO (Coord). *Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones, Ley 32/2003 de 3 de noviembre*, Editorial Thomson-Civitas, Madrid, 2004, pp. 22 y 25.

<sup>274</sup> Cfr. QUADRA-SALCEDO y FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, TOMÁS (Dtor). *Aspectos jurídicos de las telecomunicaciones*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2003, pp. 24-25 y 30-49.

<sup>275</sup> Cfr. JOSÉ CARLOS LAGUNA DE PAZ. “Redes de acceso de nueva generación”: *Redeti. Revista del Derecho de las Telecomunicaciones, Transportes e Infraestructuras*, nº 32, 2008, p. 42.

<sup>276</sup> Cfr. EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA y TOMÁS DE LA QUADRA-SALCEDO (Coord). *Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones, Ley 32/2003 de 3 de noviembre*, Editorial Thomson-Civitas, Madrid, 2004, p. 23. Vid *infra*, apartado dedicado al concepto de comunicación electrónica.

<sup>277</sup> Vid. JUAN MIGUEL DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ. “Informe especial: la Ley General de Telecomunicaciones de 2003 en el contexto de la liberalización europea y española del sector”: *Redeti. Revista de derecho de las telecomunicaciones e infraestructuras en red*, nº 18, 2003, pp. 71-149.



1.5.3.2.- Los derechos de los consumidores y los servicios de tarificación adicional en la Ley General de Telecomunicaciones de 2003

La LGT continúa la tendencia iniciada en 1998 de un creciente interés y ascendente relevancia de la protección de los consumidores, puesto de relieve por la doctrina<sup>278</sup>.

Y tal es el motivo de que se regulen los derechos de los consumidores con mayor detalle que en 1998, en los artículos 3, 8, 9.1.d y principalmente en el artículo 38. Aunque otros aspectos de la misma pueden y deben considerarse en tal sentido, como el régimen del servicio universal, el secreto de las comunicaciones, la conservación de número o el número único de emergencia europeo 112.

Además, la LGT también amplía la potestad de la Administración para intervenir en la esfera contractual privada.

En primer lugar su artículo 38.7 habilita al Ministerio de Ciencia y Tecnología a “introducir cláusulas de modificación de los contratos celebrados entre los operadores y los consumidores que sean personas físicas y usuarios finales, para evitar el trato abusivo a éstos”. Este precepto, cuyo alcance ofrece muchos interrogantes y parece debemos asociarlo a la legislación de cláusulas abusivas, lejos de conceptuarse como Derecho Administrativo, debe considerarse como Derecho Civil, carácter que en modo alguno puede negársele por el mero hecho de que sea la Administración la llamada por la Ley a garantizar su cumplimiento.

Y similar conclusión debemos mantener a la vista de lo dispuesto por el artículo 38.2, que prevé igualmente que los Reglamentos administrativos regulen variados aspectos relacionados con el contenido precontractual y contractual, como es el derecho de información, “los plazos para la modificación de las ofertas”, la “responsabilidad por los daños que se les produzcan” y en particular el “derecho a obtener una compensación por la interrupción del servicio” y “el contenido mínimo de los contratos”, que establecerá en todo caso el “derecho a resolver anticipadamente y sin penalización el contrato en los supuestos de propuestas de modificación”.

La tendencia de incremento en la protección de consumidores aún se mantiene, puesto que la Ley 56/2007, de 28 de diciembre, de Medidas de Impulso de la Sociedad de la Información, ha añadido los artículos 53.l y 54.o) a la LGT tipificando como infracciones graves y muy graves sancionables por las autoridades de telecomunicaciones la vulneración de los derechos de los consumidores y usuarios finales establecidos en su Título III y normativa de desarrollo, lo que antes de esta reforma se puso en entredicho por la doctrina y tribunales<sup>279</sup>, sin perjuicio de las competencias que siempre han ostentado las autoridades responsables de la protección de consumidores en aplicación de su propia legislación.

---

<sup>278</sup> Por todos, LUIS ORTEGA ÁLVAREZ, en EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA y TOMÁS DE LA QUADRA-SALCEDO (coord.), *Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones, Ley 32/2003 de 3 de noviembre*, Editorial Thomson-Civitas, Madrid, 2004, pp. 630-631.

<sup>279</sup> Cfr. ANA ISABEL MENDOZA LOSANA. “Ley 56/2007, de 28 de diciembre, de medidas de impulso de la Sociedad de la Información: modificaciones relevantes para los operadores del sector de las telecomunicaciones”: *Aranzadi Civil*, nº 1, 2008, pp. 6-7 de documento electrónico de Westlaw-es. Y por todas, st. AN 12-9-2009, VLex 75595263.

En relación a los servicios de tarificación adicional, alguna novedad ofrece la nueva Ley, aunque continúa considerándolos ajenos al mundo de las comunicaciones electrónicas.

La regla general de disociación absoluta entre soporte transmisor y contenido transmitido se mantiene conforme a su artículo 1.2, que establece que quedan excluidos “del ámbito de esta ley la regulación de los servicios que suministren contenidos transmitidos mediante redes y servicios de comunicaciones electrónicas”. También se mantiene la consideración del derecho de desconexión regulado en el artículo 38.2.d como materia propia de las telecomunicaciones.

La gran novedad en esta materia es que las potestades administrativas que se reconocen al Ministerio de Ciencia y Tecnología en relación a los contratos en general y a ciertos contratos-tipo, habilitan a la Administración a intervenir en los que se celebren entre prestadores de servicios de tarificación adicional y operadores de red, aspecto que se omitió en la Ley General de Telecomunicaciones de 1998<sup>280</sup>.

---

<sup>280</sup> Según la Disposición Transitoria primera de la Ley de 2003, los reglamentos de desarrollo de la Ley General de Telecomunicaciones de 1998, en lo que no se opongan a la de 2003, seguirán en vigor, y en particular, según su punto 5 “seguirán en vigor hasta la aprobación del nuevo reglamento las normas dictadas al amparo de la Ley General de Telecomunicaciones que regulan los derechos de los consumidores y usuarios, las infraestructuras comunes de telecomunicaciones, así como el resto de disposiciones reglamentarias en desarrollo del título III de dicha ley.”

## **CAPÍTULO 2.- EL CONTRATO DE SERVICIO DE TARIFICACIÓN ADICIONAL**

Se denomina negocio jurídico, categoría que como señala LASARTE no está exenta de discusión, al acto jurídico cuyos efectos son queridos por el autor o autores de la conducta que lo genera, y su paradigma son los contratos. En este sentido, DÍEZ-PICAZO señala que la doctrina más reciente considera “contrato” sólo a los negocios jurídicos bilaterales de contenido patrimonial<sup>281</sup>.

En la actividad económica que generan los servicios de tarificación adicional concurren muy diversos actores cuyos respectivos roles jurídicos se vertebran mediante diversos contratos que intentaremos identificar en este capítulo para aislar con nitidez el contrato de servicio de tarificación adicional, objeto fundamental de este trabajo por ser el que directamente queda asociado al consumidor.

Consumidores, operadores de telecomunicaciones de muy diverso signo y prestadores generan dos pares de relaciones sinalagmáticas imbricadas en dos contratos que no siempre han sido detectados.

Un análisis detenido de la estructura económica y material de la actividad exige tal conclusión, ya que el consumidor abonado, mediante la realización de una llamada telefónica, es decir, en unidad de acto físico, realiza tres acciones de orden jurídico.

Por un lado, ejecuta un contrato de telefonía previamente celebrado con su operador de acceso, contrato que le permite al titular del contrato y a cualquier persona con acceso al terminal telefónico establecer comunicación desde el número de teléfono con cualquier otro número. Realiza, pues, una llamada, lo que no es un contrato en sí mismo, sino la ejecución de otro previamente celebrado, el contrato ordinario de servicio telefónico que, por ejemplo, tiene contratado usted como lector en este momento, con Telefónica SAU. Usted, como abonado, se obliga a pagar a su operador de acceso cuantas llamadas se realicen desde su número telefónico. Y cada vez que alguien realiza una llamada, no celebra un contrato, ejecuta el que usted formalizó en su momento.

Pero por otro lado, dado que las llamadas a servicios de tarificación adicional no son como las demás, al establecerse la comunicación se celebra un segundo contrato con un tercero ajeno al operador, el prestador que está al otro lado de la línea; ambas partes, llamante y prestador llamado, se obligan

---

<sup>281</sup> Cfr. CARLOS LASARTE. *Curso de Derecho Civil Patrimonial. Introducción al Derecho*. 16ª edición. Madrid: Tecnos, 2010, p. 91. Y LUIS DÍEZ-PICAZO. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Volumen I. Introducción. Teoría del contrato*. 6ª edición. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2007, p. 93.

recíprocamente, uno a pagar su precio, el otro a suministrar el servicio requerido.

Por último, al mantenerse la comunicación, se ejecuta el anterior contrato sin solución de continuidad, recibándose placentera y satisfactoriamente el correspondiente servicio vía telefónica.

En definitiva, convergen en unidad de acto dos servicios y dos contratos diferentes, cada uno con su respectivo precio y partes y contrapartes diferentes: por un lado, el contrato telefónico entre abonado y su operador de acceso, que genera un precio que denominaremos “tarifa”, y por otro lado el contrato de servicio de tarificación adicional que utiliza el anterior como soporte para llegar desde el prestador al llamante o consumidor beneficiario del mismo, que genera un precio propio consistente en el valor de la información o servicio suministrado.

Sin embargo, la jurisprudencia resultante desde el nacimiento de esta actividad económica en 1992, y que analizaremos en detalle más adelante, evidencia mayoritariamente que se ha tratado el fenómeno como un supuesto más de llamada telefónica dentro de un único contrato, dada la apariencia externa de un único precio y una única contraparte para el consumidor, el operador de telecomunicaciones.

Aunque también hemos encontrado un posicionamiento jurisprudencial intermedio entre considerar que se trata de una llamada telefónica más y que se trata de dos contratos diferentes. Se trata de tres sentencias que entendieron que los servicios de tarificación adicional eran todos ellos un servicio de telecomunicación en sí mismo y diferente del telefónico, y que por tanto requería de un consentimiento contractual específico del abonado en tal sentido. No se trata de considerar como propugnamos que cada llamada genera un nuevo y diferente contrato de tarificación adicional, sino que todos ellos son un servicio más que se debería contratar como el telefónico.

En este sentido se pronunciaron las Audiencias Provinciales de Sevilla, Asturias y Barcelona. La primera de ellas para estimar sin más las pretensiones del consumidor abonado de no pagar las llamadas<sup>282</sup>, y las dos segundas, a la vista de la continua utilización de estas llamadas en el tiempo, para fijar un momento temporal a partir del cual consideraron que el abonado debió conocer el significado de tales llamadas y presuponer emitido un consentimiento contractual válido a los servicios recibidos, absolviendo al consumidor del pago de las llamadas anteriores, pero no de las posteriores<sup>283</sup>.

Más adelante identificaremos y analizaremos los variados contratos que convergen, lo que nos permitirá identificar y reafirmar la sustantividad del contrato objeto de nuestro análisis, ya que, con carácter previo, corresponde delimitar con claridad el objeto de nuestro contrato, el servicio de tarificación adicional.

---

<sup>282</sup>. SAP Sevilla 27-4-1998 VLex 208908259.

<sup>283</sup> SAP Asturias 17-11-1998, AC 1998\7702 y SAP Barcelona 14-4-1999 VLex 205291591.

## **2.1.- CONCEPTO DE SERVICIO DE TARIFICACIÓN ADICIONAL**

El elemento básico del contrato que analizamos es sin duda su objeto, el servicio de tarificación adicional.

Aunque los elementos del contrato se analizarán en el siguiente capítulo, resulta imprescindible adelantarlo para un correcto entendimiento tanto del contrato principal como el de todo su entorno contractual.

Para ello debemos remontarnos unas décadas, cuando los servicios de telecomunicaciones que llegaban a los consumidores se restringían a dos modalidades, las comunicaciones de difusión en un solo sentido propias de la televisión o radio<sup>284</sup> y las comunicaciones en dos sentidos que ofrecía la telefonía, que se caracteriza porque emite y recibe señal desde dos puntos intercomunicados.

Cada modalidad tenía un soporte de telecomunicación diferente, y la correspondiente legislación asociaba soporte y contenido como una unidad inescindible, de modo que existía una legislación de radiotelevisión y otra de servicio telefónico, y cada servicio se prestaba ineludiblemente a través de su medio de difusión, respectivamente ondas e hilos.

Los primeros servicios de tarificación adicional se prestaron utilizando como soporte el servicio telefónico. Hoy en día, utilizan también como soporte la mensajería móvil e Internet. Por tanto, es imprescindible fijar a su vez estos conceptos propios del ámbito de las telecomunicaciones sin otra intención que la de destacar aquellos aspectos que necesitamos para continuar nuestro discurso lógico hacia el concepto de servicio de tarificación adicional.

### **2.1.1.- El concepto técnico de servicio telefónico**

El diccionario define “teléfono” como el conjunto de aparatos e hilos conductores con los cuales se transmite a distancia la palabra y toda clase de sonidos por la acción de la electricidad, no en vano procede del griego “tele”-τηλε-, que significa “a distancia”, y “fono”-φωνο-, voz, sonido<sup>285</sup>.

En origen, la red telefónica se planteó exclusivamente para transmitir comunicaciones conmutadas de voz. Por eso la red básica de telefonía es una red de "conmutación de circuitos", es decir que cuando dos personas hablan están usando un cable que va desde el emisor al receptor y que está unido mientras dura la conversación, incluso en los tiempos muertos<sup>286</sup>.

---

<sup>284</sup> La antigua legislación de radio y televisión se caracterizaba también por afectar tanto al soporte de difusión como a sus contenidos, lo que nunca existió en la legislación telefónica, Ley 4/1980, de 10 de enero, de Estatuto de la Radio y la Televisión, BOE 12-1-1980, cuyo artículo 1 disponía en sus apartados 3 y 4 su aplicación a la producción y difusión de sonidos e imágenes con fines políticos, religiosos, culturales, educativos, artísticos, informativos, comerciales, de mero recreo o publicitarios.

<sup>285</sup> Diccionario de la RAE, Real Academia Española, 22ª edición.

<sup>286</sup> Es la red por antonomasia y se compone de redes de acceso, de transmisión y centrales de conmutación zonales. Cfr. REINALDO RODRÍGUEZ ILLERA, en la obra de TOMÁS QUADRASALCEDO y FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, (Dtor). *Aspectos jurídicos de las telecomunicaciones*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2003, pp. 83-85.

Curiosamente, ninguna Ley española de Telecomunicaciones ha definido este concepto, ni la de Ordenación de 1987, ni las Generales de 1998 y 2003. Sólo el hoy obsoleto pero vigente Reglamento del Servicio Telefónico de 1982<sup>287</sup> lo definió en su artículo 1 como “aquél que presta la Compañía Telefónica a través de los aparatos y equipos que forman la Red Telefónica Pública y que permiten establecer y mantener una conversación, por medio de la palabra hablada entre corresponsales situados en los extremos de la línea”<sup>288</sup>.

Se trata de una comunicación de voz conmutada, es decir, que permite hablar y escuchar a ambos puntos simultáneamente y en tiempo real, sin retardos relevantes<sup>289</sup>. TORRES especifica que se trata de la “técnica que permite realizar la comunicación recíproca de la palabra, la conversación a distancia entre dos interlocutores”<sup>290</sup>.

Hoy en día, el servicio telefónico se ha liberado de la servidumbre de los cables, y se presta tanto con los hilos tradicionales como con otras tecnologías, como la telefonía móvil o Internet<sup>291</sup>, por lo que el soporte utilizado comienza a ser irrelevante. Ahora bien, continúa invariable el concepto técnico primigenio, siempre se trata de una transmisión conmutada de la voz humana en tiempo real entre dos ó más puntos.

Éste es el motivo por el que, por ejemplo, los servicios de voz o telefonía prestada a través de Internet, conocida como VoIP, no estén legalmente

---

<sup>287</sup> Reglamento del Servicio por el que se regulan las relaciones entre la CTNE y los abonados al servicio telefónico, aprobado por Resolución de 9-7-1982 de la Delegación del Gobierno en la Compañía Telefónica Nacional de España, CTNE, BOE 29-7-1982.

<sup>288</sup> La Directiva 90/388/CEE de la Comisión, de 28 de junio de 1990, relativa a la competencia en los mercados de servicios de telecomunicaciones, DO L 192 de 24-7-1990, p. 10/16, definió en su día el concepto de telefonía vocal en el séptimo guión del apartado 1 del artículo 1 como «la explotación comercial para el público del transporte directo y de la comunicación de la voz en tiempo real desde y con destino a las terminales de la red pública conmutada, que permita a cualquier usuario utilizar el equipo conectado a su terminal para comunicar con otro terminal».

<sup>289</sup> Cfr. LUIS CASTEJÓN MARTÍN. “Nomenclatura, términos técnicos y conceptos de los mercado de las telecomunicaciones”, en ALMUDENA ARPÓN DE MENDÍVIL ALDAMA y ÁNGEL CARRASCO PERERA (Dtores). *Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones*. Pamplona: Aranzadi, 1999, pp. 59-60. También cfr. MÓNICA LÓPEZ-MONÍS GALLEGU, “Ámbito de aplicación de la nueva LSSICE”, en la obra que coordina junto a RAFAEL MATEU DE ROS. *Derecho de Internet. La Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2003, pp. 35-37.

<sup>290</sup> M<sup>a</sup> ASUNCION TORRES LOPEZ. *Las comunicaciones móviles y su régimen jurídico. Especial tratamiento de la telefonía móvil*. 1<sup>a</sup> edición. Madrid: Civitas, 1998, p. 293.

<sup>291</sup> Un análisis de estos conceptos legales en ANTONIO JESÚS SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, en EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA y TOMÁS DE LA QUADRA-SALCEDO (Coord). *Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones, Ley 32/2003 de 3 de noviembre*. Editorial Thomson-Civitas, Madrid, 2004, pp. 1277-1291.

Internet es una red de redes que se interconecta mediante IP, cfr. LUIS CASTEJÓN MARTÍN. “Nomenclatura, términos técnicos y conceptos de los mercado de las telecomunicaciones”, en ALMUDENA ARPÓN DE MENDÍVIL ALDAMA y ÁNGEL CARRASCO PERERA (Dtores). *Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones*. Pamplona: Aranzadi, 1999, p. 74. JUAN CARLOS MENÉNDEZ MATO define Internet como una infraestructura informática abierta asentada en el lenguaje TCP/IP que permite la integración de todas las nuevas tecnologías mediante el empleo de aplicaciones, en *El contrato vía Internet*. Barcelona: Bosch, 2005, pp. 34-35. Internet fue definido en este sentido por la Resolución de 24.10.1995 de la Federal Networking Council de los Estados Unidos. También puede consultarse JAVIER DE ANDRÉS BLASCO. “¿Qué es Internet?”. PABLO GARCÍA MEXÍA (Dtor). *Principios de Derecho de Internet*. 2<sup>a</sup> edición. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2005, pp. 29-97 y la bibliografía que cita.

considerados servicios de telefonía vocal, sino un mero servicio de comunicación de datos, como cualquier otro propio de este entorno, como el correo electrónico, ya que la voz, cuando se transforma en señal para su envío, resulta propensa a retardos (dependiendo de cual haya sido el camino trazado para llegar al receptor) y en consecuencia la escucha se degrada cuando es transmitida por paquetes<sup>292</sup>.

De hecho, en una Comunicación de 1998 la Comisión Europea consideró que no se daban las condiciones para que la VoIP fuera considerada un servicio de telefonía vocal<sup>293</sup>, aunque otra Comunicación de 2000 auguró la necesaria revisión de este planteamiento dado que en un futuro próximo tales características podrían ser cumplidas por la VoIP<sup>294</sup>.

La doctrina española mantiene similar postura. Para MONTERO, aunque este momento llega con la generalización social de la banda ancha, aún no

---

<sup>292</sup> Leonard Kleinrock, del Instituto Tecnológico de Massachussets, publicó a principios de los sesenta el primer documento acerca de la teoría de la conmutación de paquetes. En 1969 llegaría Arpanet, la primera Red, creada mediante cuatro ordenadores conectados mediante líneas de alta velocidad, cfr. CATALINA MERINO GABERAS Y LUIS SOTILLOS SANZ, "Internet: la antecámara de la sociedad de la información", en JOSÉ FERNANDO MERINO MERCHÁN y MARÍA PÉREZ-UGENA Y COROMINA (Coord.). *Curso de Derecho de las Telecomunicaciones*. Madrid: Dykinson, 2000, p. 169. Todas las comunicaciones a través de Internet se consideran comunicaciones de datos. Internet es un mundo digital de 0 y 1. Protocolo IP significa simplemente Protocolo Internet y es el mecanismo que permite codificar la información. La voz se puede transmitir por Internet mediante la tecnología VoIP, Voice over Internet Protocol, Telefonía sobre Protocolo de Internet en su traducción al castellano, también denominado servicios de voz sobre IP, que consiste en el envío digital de voz en paquetes en vez de hacerlo a través de los protocolos tradicionales de la Red telefónica básica conmutada (RTB). La principal diferencia entre las redes IP y la Red Telefónica Básica es la técnica de conmutación que utilizan. Las redes IP utilizan la conmutación de paquetes, un proceso mediante el que la voz se separa en paquetes de datos, cada uno de los cuales contiene la dirección de origen, la dirección de su destino, e información acerca de cómo volver a unirse con otros paquetes emparentados. Este proceso permite que cada paquete viaje por una ruta diferente, en función de la densidad de tráfico de cada ruta, y que paquetes de distintas localizaciones se entremezclen en las mismas líneas y que sean clasificados y dirigidos a distintas rutas. En destino, los paquetes se vuelven a unir y se rehace la información inicial, en este caso, la voz. Por contra, la Red Telefónica Básica utiliza la conmutación de circuitos, que supone la conexión temporal de dos o más terminales efectuada a petición y que supone la utilización exclusiva de la conexión completa hasta su liberalización. Cfr. MIGUEL ANGEL MATA GONZÁLEZ. "Transmisión de voz sobre redes IP: una nueva forma de comunicación": *Revista de la Contratación Electrónica-RCE* n° 54, 2004, p. 35.

<sup>293</sup> La Comisión entendía que no reunía los cuatro elementos de la definición de la correspondiente Directiva, a saber, ser un servicio que se ofrece como tal con fines comerciales, prestarse al público, prestarse entre terminales de la red pública conmutada e implicar el transporte directo y la comunicación de voz en tiempo real, en especial con el mismo grado de fiabilidad y la misma calidad que en las comunicaciones de las redes telefónicas públicas conmutadas, Comunicación de la Comisión sobre la naturaleza de los servicios de voz en Internet con arreglo al Derecho Comunitario y, en particular, la Directiva 90/388/CEE, DOCE C n° 6 de 10-01-1998, pp. 4-8.

<sup>294</sup> Comunicación de la Comisión 2000/C 369/03, sobre la naturaleza de los servicios de voz en Internet con arreglo al Derecho comunitario y, en particular, a la Directiva 90/388/CEE. Suplemento a la Comunicación al Parlamento Europeo y al Consejo sobre el estado y aplicación de la Directiva 90/388/CEE, relativa a la competencia en los mercados de servicios de telecomunicaciones, DOCE C 369 de 22-12-2000, p. 3, donde se afirma que "las nuevas Directivas que se están debatiendo como consecuencia de la Revisión de 1999 del marco regulador para los servicios de telecomunicaciones pondrán fin a la distinción entre la telefonía vocal y otros servicios de telecomunicaciones. Todos los servicios de comunicaciones electrónicas estarán sujetos a las mismas normas, independientemente de sus características comerciales".

puede calificarse legalmente como servicio telefónico disponible al público<sup>295</sup> y CREMADES afirma que, salvo algunas excepciones, de momento los distintos legisladores nacionales no la equiparan con la telefonía<sup>296</sup>. Y es que actualmente ciertas limitaciones impiden que técnicamente se asimile a la telefonía tradicional. El futuro desarrollo tecnológico del sector será el que nos desvele si el servicio VoIP acabará siendo considerado o no telefonía vocal<sup>297</sup>.

### **2.1.2.- El concepto de servicio telefónico básico**

La aparición de nuevos servicios producto de los avances tecnológicos, como el fax<sup>298</sup>, obligó a la diferenciación conceptual entre el servicio telefónico tradicional, el básico, y el resto de servicios telefónicos<sup>299</sup>. El concepto de servicio telefónico básico fue introducido por una Directiva comunitaria<sup>300</sup> que se incorporó a Derecho interno en 1992<sup>301</sup>.

Un poco antes, en 1991, la definición ya se había recogido en el “contrato regulador de la concesión para la prestación de servicios finales y portadores entre la Administración del Estado y Telefónica de España SA”<sup>302</sup>, y

---

<sup>295</sup> Cfr. JUAN JOSÉ MONTERO PASCUAL. “La regulación de los servicios de voz por Internet”. *Redeti. Revista de derecho de las telecomunicaciones e infraestructuras en red*, nº 22, 2005, pp. 3 y 10 de documento electrónico de V-Lex.

<sup>296</sup> JAVIER CREMADES. *Telecomunicaciones: 1.000 conceptos básicos*. Madrid: La Ley-Actualidad, 2000, p. 289.

<sup>297</sup> Cfr. JOSÉ CARLOS LAGUNA DE PAZ. *Telecomunicaciones: Regulación y Mercado*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2004, pp. 64-65.

<sup>298</sup> La red telefónica nunca se pensó en origen como una red para transmitir datos, aunque técnicamente cabe su utilización para permitir comunicaciones de fax y datos, cfr. JAVIER CREMADES. *Telecomunicaciones: 1.000 conceptos básicos*. Madrid: La Ley-Actualidad, 2000, p. 191.

<sup>299</sup> Sobre el concepto de servicio telefónico y servicio telefónico básico, vid. MARIA LUISA RODRÍGUEZ. “Servicios finales: telefonía básica y definición de servicio universal, liberalización y el segundo operador”, en JAVIER CREMADES (Coord.). *Derecho de las Telecomunicaciones*. Las Rozas, Madrid: Ley-Actualidad y Ministerio de Fomento, 1997, pp. 345-362.

<sup>300</sup> La Directiva 90/388/CEE introdujo este concepto a la par que estableció uno propio de telefonía vocal con la intención de iniciar un paulatino proceso de liberalización en el sector que no debía alcanzar aún al servicio básico. El artículo 2 de la Directiva 90/388/CEE de 28-6-1990 de la Comisión Europea, relativa a la competencia en los mercados de servicios de telecomunicaciones, DOCE nº L 192 de 24-7-1990, páginas 10 a 16 establecía que “los Estados miembros garantizarán, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 1, la abolición de los derechos exclusivos o especiales para el suministro de servicios de telecomunicaciones, distintos de los servicios de telefonía vocal, y adoptarán las medidas necesarias a fin de garantizar el derecho de todo operador económico a ofrecer dichos servicios de telecomunicaciones.”

<sup>301</sup> Fue transpuesta al ordenamiento español mediante la Ley 32/1992, que añadió un punto 15 al Anexo de definiciones de la Ley de Ordenación de las Telecomunicaciones de 1987 para definir el servicio telefónico básico de un modo similar a la Directiva: “La explotación comercial para el público en general del transporte directo y de la conmutación de la voz en tiempo real desde los puntos de terminación de la red pública conmutada y con destino a los mismos que permita a cualquier usuario utilizar el equipo conectado a su punto de terminación de dicha red para comunicar con otro punto de terminación de la misma”, definición introducida en la Ley de Ordenación de las Telecomunicaciones por la Ley 32/1992 de 3-12, BOE 4-12-1992, de modificación para adaptación a las Directivas de la Comisión de las Comunidades Europeas 88/301/CEE y 90/388/CEE, relativas a la competencia en los mercados de terminales y servicios de telecomunicación.

<sup>302</sup> Aprobado por Acuerdo de Consejo de Ministros de 29-11-1991, celebrado el 26-12-1991 y publicado mediante Resolución de 14-1-1992 de la Subsecretaría del Ministerio de Obras Públicas y Transportes,



un poco después, en 1994, se precisó reglamentariamente su contenido para excluir del mismo ciertas explotaciones comerciales de la telefonía vocal cuya liberalización inmediata se pretendía, las llamadas telefónicas desde restaurantes, hoteles, pequeñas tiendas de alimentación en zonas rurales apartadas y establecimientos similares<sup>303</sup>.

Al cabo de unos años se rompió el monopolio con la entrada en el mercado de Retevisión en 1998 y el concepto de servicio telefónico básico se adaptó a este nuevo escenario de más de un operador<sup>304</sup>, sin que ello supusiese cambio alguno respecto de la sustancia del concepto, que vino a desaparecer finalmente con la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones y la introducción del concepto de servicio universal.

Actualmente no existe ninguna ley ni Reglamento que delimiten este concepto, encontrando como más parecida la definición legal del “servicio telefónico disponible al público”, recogida en el nº 30 del Anexo II de la LGT<sup>305</sup>, que engloba tanto al servicio telefónico fijo como móvil y exige que el servicio de transporte conmutado de voz en tiempo real se realice mediante los recursos de numeración públicos establecidos en el Plan Nacional de Numeración<sup>306</sup>, de modo que cualquier otra conexión entre dos puntos no sería

---

por la que se dispone la publicación del contrato del Estado con "Telefónica de España, Sociedad Anónima", BOE 23-1-1992.

<sup>303</sup> RD. 1647/1994 de 22-7 por el que se delimita el servicio telefónico básico, BOE 7-9-1994 y corrección de errores en el BOE 17-1-1995 respecto del artículo 2.2. Deroga la Orden del Ministerio de Transportes, Turismo y Comunicaciones de 22-6-1982 sobre prestación al público del servicio telefónico con recaudación directa por el titular, BOE 17-8-1982, que fue desarrollada por Resolución 9-7-1990 de la Delegación del Gobierno en Telefónica de España, BOE 16-7-1990.

<sup>304</sup> Real Decreto 769/1997 de 30-5, que modifica el Real Decreto 1647/1994 de 22-7, por el que se delimita el servicio telefónico básico, BOE 11-6-1997. La necesidad de dotar de un marco normativo a los operadores que, antes de la liberalización del sector de la telefonía básica, se instalasen a prestar servicios en España, determinó la aprobación del Real Decreto 1912/1997 de 19-12, que aprueba el Reglamento Técnico y de prestación del servicio final telefónico básico y de los servicios portadores, BOE 24-12-1997, que se concibió en un entorno de coexistencia de tres concesionarios, cfr. ANTONIO JESÚS SÁNCHEZ RODRÍGUEZ. Prólogo de Tomás de la Quadra-Salcedo. *Derecho de las Telecomunicaciones. Nuevo Derecho y nuevo mercado*. Madrid: Dykinson 2002, p. 73.

<sup>305</sup> “30. “servicio telefónico disponible al público”: el servicio disponible al público a través de uno o más números de un plan nacional o internacional de numeración telefónica, para efectuar y recibir llamadas nacionales e internacionales y tener acceso a los servicios de emergencia, pudiendo incluir adicionalmente, cuando sea pertinente, la prestación de asistencia mediante operador, los servicios de información sobre números de abonados, guías, la oferta de teléfonos públicos de pago, la prestación de servicios en condiciones especiales, la oferta de facilidades especiales a los clientes con discapacidad o con necesidades sociales especiales y la prestación de servicios no geográficos.”

<sup>306</sup> El Plan Nacional de Numeración ha sufrido muy diversas vicisitudes. El primer Plan fue aprobado por Acuerdo del Consejo de Ministros de 14-11-1997, publicado por Real Decreto de 18-11-1997 de la Secretaría General de Comunicaciones, BOE 21-11-1997, y objeto de una acción de pública difusión inmediatamente anterior a su entrada en vigor, 4-4-1998, mediante Real Decreto de 9-3-1998 de la Secretaría General de Comunicaciones, que extracta el contenido del Plan Nacional de Numeración para los Servicios de Telecomunicaciones y publica determinadas medidas en relación con el nuevo Plan de Numeración, BOE 25-3-1998.

La primera regulación, no el Plan, se realizó en el Real Decreto 225/1998 de 16-2 por el que se aprueba el Reglamento de Asignación y Reserva de Recursos Públicos de Numeración por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, BOE 25-2-1998, y el Real Decreto 1651/1998 de 24-7 que aprueba el Reglamento que desarrolla el Título II de la Ley 11/1998 de 24 de abril, General de Telecomunicaciones, en lo relativo a la interconexión y al acceso a las redes públicas y a la numeración, BOE 30-7-1998 (corrección de errores BOE 22-10-1998).

considerada “servicio telefónico disponible al público”, lo que por ejemplo excluye a los supuestos de comunicación telefónica tipo “Ibercom”<sup>307</sup>.

De hecho, esta extensa y confusa denominación legal provoca que en muchas ocasiones se haga referencia a su modalidad fija como “servicio básico”<sup>308</sup>.

### **2.1.3.- El concepto de servicio universal**

La liberalización trajo consigo el nuevo concepto de servicio universal como medio de garantizar el acceso de todos los ciudadanos a este servicio, y es la principal obligación de servicio público que la ley impone a los operadores<sup>309</sup>. La doctrina ha puesto de manifiesto que este concepto ha sido, es y será uno de los ejes de la nueva concepción de las comunicaciones electrónicas en Europa<sup>310</sup>.

Presente en el ordenamiento jurídico español desde la publicación de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones y regulado actualmente en el artículo 22 de la LGT, se considera “servicio universal” el conjunto de prestaciones de telecomunicaciones garantizadas por el poder público, en concreto, el precepto lo define como “el conjunto definido de servicios cuya prestación se garantiza para todos los usuarios finales”<sup>311</sup> con independencia de su localización geográfica, con una calidad determinada y a

---

Actualmente, todas estas normas se encuentran derogadas por el vigente 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, BOE 30-12-2004.

<sup>307</sup> La telefonía ibercom es una modalidad de telefonía en grupo cerrado de usuarios que se utiliza mucho por los grandes organismos públicos para mantener conversaciones internas entre sus miembros mediante números de 4 ó 5 dígitos producto de un alquiler de las líneas telefónicas sin utilizar los recursos de numeración públicos. Son un servicio telefónico, pero no un “servicio telefónico disponible al público”.

<sup>308</sup> Cfr. ANTONIO JESÚS SÁNCHEZ RODRÍGUEZ. Prólogo de Tomás de la Quadra-Salcedo. *Derecho de las Telecomunicaciones. Nuevo Derecho y nuevo mercado*. Madrid: Dykinson 2002, p. 73. PALOMA LLANEZA GONZÁLEZ. *Nuevo marco regulatorio de las Telecomunicaciones*. 1ª edición. Barcelona: Bosch, 2002, p. 191. OLGA LUCÍA ALFONSO VELÁSQUEZ. *El contrato de servicio telefónico*. 1ª edición. Madrid: Reus, 2010, p. 27.

<sup>309</sup> El artículo 25 de la LGT establece otros supuestos ante los que se habilita al Gobierno para tomar medidas reglamentarias que impongan nuevas obligaciones de servicio público. En particular, por necesidades de la defensa nacional, de la seguridad pública o de los servicios que afecten a la seguridad de las personas o a la protección civil. Previo informe de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, el Gobierno podrá, asimismo, imponer otras obligaciones de servicio público motivadas por razones de cohesión territorial; razones de extensión del uso de nuevos servicios y tecnologías, en especial a la sanidad, a la educación, a la acción social y a la cultura; razones de facilitar la comunicación entre determinados colectivos que se encuentren en circunstancias especiales y estén insuficientemente atendidos con la finalidad de garantizar la suficiencia de su oferta y por necesidad de facilitar la disponibilidad de servicios que comporten la acreditación de fehaciencia del contenido del mensaje remitido o de su remisión o recepción.

<sup>310</sup> Un estudio específico en MATILDE CARLÓN RUIZ. *El servicio universal de telecomunicaciones*. Cizur Menor, Navarra: Thomson-Civitas, 2007, 348 pp., en particular, pp. 63-82.

<sup>311</sup> El artículo 22 de la LGT establece que el servicio universal deberá garantizarse exclusivamente a los “usuarios finales”, lo que excluye, en términos generales, a los profesionales de la telecomunicación, aunque no excluye a las empresas o profesionales que se dediquen a cualquier otro ámbito de negocio.

un precio asequible”<sup>312</sup>. En definitiva, se trata de un conjunto de prestaciones que la sociedad considera imprescindibles para desarrollar una vida humana en condiciones adecuadas<sup>313</sup> y en el que destaca por encima de todas la connotación de solidaridad social, tan presente en el primigenio concepto de servicio público<sup>314</sup>.

El operador designado por el Gobierno para garantizar a todos los ciudadanos la prestación del servicio universal siempre ha sido Telefónica de España S. A. U. actualmente designada para prestar el servicio hasta el 31 de diciembre del año 2011<sup>315</sup>.

Este precepto también establece las seis prestaciones concretas que integran el servicio universal<sup>316</sup> que, siguiendo a CARLÓN, y por mayor claridad expositiva, alteraremos agrupándolas en cuatro categorías<sup>317</sup>.

### 2.1.3.1.- Servicio telefónico básico

La principal prestación del servicio universal es la que proponemos volver a denominar “servicio básico”, consistente en efectuar y recibir llamadas desde una ubicación fija mediante conexión y uso de aparatos homologados a la red.

El servicio telefónico móvil no es prestación universal<sup>318</sup>, por lo que sólo se garantiza a todos los usuarios finales y a precio asequible el denominado “servicio telefónico disponible al público” que tenga origen en un terminal conectado a la red pública conmutada de telecomunicaciones desde una

---

<sup>312</sup> Analizando el concepto legal, junto a las cualidades expresamente citadas por la ley respecto de estas prestaciones (accesibilidad, calidad y asequibilidad), CARLÓN identifica tres mas, su carácter subsidiario, ya que sólo se exigen en tanto y en cuanto no sean garantizadas por el mercado; su carácter evolutivo, por cuanto debe adaptarse a la evolución tecnológica, al desarrollo del mercado y a las demandas de los usuarios, y su carácter básico, cfr. MATILDE CARLÓN RUIZ. *El servicio universal de telecomunicaciones*. Cizur Menor, Navarra: Thomson-Civitas, 2007, pp. 84-90.

<sup>313</sup> Cfr. JOSÉ CARLOS LAGUNA DE PAZ. *Telecomunicaciones: Regulación y Mercado*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2004, p. 232.

<sup>314</sup> Cfr. CARMEN CHINCHILLA MARÍN en EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA y TOMÁS DE LA QUADRA-SALCEDO (Coord), *Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones, Ley 32/2003 de 3 de noviembre*, Editorial Thomson-Civitas, Madrid, 2004, p. 368.

<sup>315</sup> La disposición transitoria segunda de la LGT dispuso que durante el periodo transitorio previsto en el apartado cinco de la disposición transitoria primera, la prestación del servicio universal seguiría correspondiendo a Telefónica de España, S.A.U. Actualmente, la norma reglamentaria que regula el servicio universal es el RD. 424/2005. La Disposición transitoria segunda de este Real Decreto continuó disponiendo la obligación de Telefónica de España, S. A. U., de prestar el servicio universal hasta el 31 de diciembre del año 2008 y la ORDEN ITC/3808/2008, de 23 de diciembre, por la que se designa a Telefónica de España, S.A.U., como operador obligado a la prestación del servicio universal de telecomunicaciones, BOE 31-12-2008, modificada por Orden ITC/3379/2010, de 28 de diciembre, BOE 30-12-2010, la ha vuelto a designar hasta 31 de diciembre de 2011.

<sup>316</sup> Como pone de manifiesto la doctrina, las características de estas prestaciones deben estar perfectamente identificadas para resultar exigibles, cfr. CARMEN CHINCHILLA MARÍN en EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA y TOMÁS DE LA QUADRA-SALCEDO (Coord), *Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones, Ley 32/2003 de 3 de noviembre*, Editorial Thomson-Civitas, Madrid, 2004, p. 371 y J.M. DE LA CUÉTARA, en G. ARIÑO ORTIZ, J.M. DE LA CUÉTARA, y J.L. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ. *El nuevo servicio público*. Madrid: Marcial Pons, 1997, pp. 11 y 163.

<sup>317</sup> Vid. MATILDE CARLÓN RUIZ. *El servicio universal de telecomunicaciones*. Cizur Menor, Navarra: Thomson-Civitas, 2007, pp. 111-187.

<sup>318</sup> Así lo considera igualmente JOSÉ CARLOS LAGUNA DE PAZ. *Telecomunicaciones: Regulación y Mercado*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2004, p. 234.

ubicación fija<sup>319</sup>. El destino de la llamada puede ser cualquier terminal conectado a una red pública de telecomunicaciones, ahora sí, de carácter fijo o móvil.

El servicio universal también garantiza conectar aparatos y efectuar y recibir comunicaciones tipo fax o telefax de conformidad con las recomendaciones de la serie T de la UIT y permitir una velocidad suficiente para acceder de forma funcional a Internet con arreglo a las interfaces autorizadas. Estos servicios se deberán ofrecer conjuntamente con el servicio telefónico fijo descrito anteriormente<sup>320</sup>.

### 2.1.3.2.- El servicio de información

La segunda prestación que garantiza el servicio universal es la información telefónica en sus dos variantes tradicionales, la Guía Telefónica de abonados, por escrito o en formato electrónico; y el servicio telefónico de información general sobre números de abonados, también denominados “servicios de directorio” que se prestan mediante numeraciones 118AB y que analizaremos en su momento como una posible modalidad más de servicio de tarificación adicional.

La Ley no garantiza la gratuidad de estas prestaciones, y la Administración ha optado por garantizar mediante reglamento sólo la gratuidad de las Guías<sup>321</sup>, no la de la información telefónica, de modo que todos los servicios de este tipo que existen, unos más caros que otros, incluido el del operador dominante, resultan onerosos.

---

<sup>319</sup> CARMEN CHINCHILLA MARÍN pone de relieve que la actual dicción legal (“...conexión a la red telefónica pública desde una ubicación fija...”) permite entender incluidos los servicios de TRAC, telefonía rural celular similar a la móvil que permite prestar el servicio telefónico básico donde no llega el cable, mientras que la terminología de la Ley de 1998 los excluía (“...conexión a la red telefónica pública fija...”) en EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA y TOMÁS DE LA QUADRA-SALCEDO (Coord), *Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones, Ley 32/2003 de 3 de noviembre*, Editorial Thomson-Civitas, Madrid, 2004, p.371.

<sup>320</sup> Artículo 28.1.d del Real Decreto 424/2005, de 15 de abril, modificado por Real Decreto 329/2009, de 13 de marzo. La Ley 56/2007, de 28 de diciembre, de Medidas de Impulso de la Sociedad de la Información ha añadido que “no obstante, la conexión deberá permitir comunicaciones en banda ancha, en los términos que se definan por la normativa vigente”, disponiendo en su disposición adicional segunda que “el Gobierno, en colaboración con las Comunidades Autónomas, impulsará la extensión de la banda ancha con el fin de conseguir, antes del 31 de diciembre de 2008, una cobertura de servicio universal de conexión a banda ancha, para todos los ciudadanos, independientemente del tipo de tecnología utilizada en cada caso y de su ubicación geográfica”. Para MENDOZA, el legislador español, consciente de sus limitaciones, ha regulado la universalización de la banda ancha más como un propósito de política social que como una auténtica obligación, configurándola de un modo tan genérico que resulta inexigible, ANA ISABEL MENDOZA LOSANA. “Ley 56/2007, de 28 de diciembre, de medidas de impulso de la Sociedad de la Información: modificaciones relevantes para los operadores del sector de las telecomunicaciones”: *Aranzadi Civil*, nº 1, 2008, p. 4 de documento electrónico de Westlaw-es.

<sup>321</sup> ÁNGEL CARRASCO PERERA Y ANA I. MENDOZA LOSANA, en comentario al artículo 37.1.b) de la Ley General de Telecomunicaciones de 1998, que imponía la gratuidad de la Guía impresa, señalaban que “la gratuidad del acceso a la información es una aportación de Derecho español no exigida por el Derecho comunitario”, en “Los derechos de los usuarios de las telecomunicaciones” en ALMUDENA ARPÓN DE MENDÍVIL ALDAMA y ÁNGEL CARRASCO PERERA (Dtores). *Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones*. 1ª edición. Pamplona: Aranzadi, 1999, pp. 624-625.

### 2.1.3.3.- Teléfonos públicos

La tercera prestación del servicio universal es una oferta suficiente de teléfonos públicos de pago (cabinas o similares) en todo el territorio nacional que satisfaga razonablemente las necesidades de los usuarios finales, en cobertura geográfica, en número de aparatos, accesibilidad de estos teléfonos por los usuarios con discapacidades y calidad de los servicios, y que sea posible efectuar gratuitamente llamadas de emergencia desde los mismos<sup>322</sup>.

### 2.1.3.4.- Prestaciones sociales

Por último, el servicio universal también garantiza una serie de prestaciones sociales de un modo lamentablemente vago debido a su complejidad técnica y coste de implantación<sup>323</sup>.

Se trata del derecho genérico de las personas con necesidades sociales especiales a que dispongan de opciones tarifarias que les permitan tener acceso al servicio básico (por ejemplo, el denominado abono social a personas con reducidos ingresos<sup>324</sup>) y el derecho específico a que los usuarios finales con discapacidad tengan acceso al servicio universal en condiciones equiparables a las que se ofrecen al resto de usuarios finales.

## 2.1.4.- El nuevo concepto de comunicación electrónica

Los tradicionales conceptos de “telecomunicación” y “servicio telefónico” se ven obligados a convivir desde la LGT junto al nuevo concepto de “comunicaciones electrónicas”, y probablemente, a ser relegados por éste en un futuro próximo.

Como señalamos, hoy en día se vive un proceso de convergencia tecnológica que supone asumir jurídicamente la idea de que cualquier contenido es transmisible por diferentes soportes, hasta el punto de que se afirma que éste es el motivo que ha forzado a las Directivas comunitarias a cambiar la denominación tradicional de “telecomunicaciones”<sup>325</sup> hacia el nuevo concepto<sup>326</sup>.

---

<sup>322</sup> La Ley 56/2007, de 28 de diciembre, de Medidas de Impulso de la Sociedad de la Información ha añadido que “asimismo, en los términos que se definan por la normativa vigente para el servicio universal, que exista una oferta suficiente de equipos terminales de acceso a Internet de banda ancha”.

<sup>323</sup> Cfr. CARMEN CHINCHILLA MARÍN en EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA y TOMÁS DE LA QUADRA-SALCEDO (Coord), *Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones, Ley 32/2003 de 3 de noviembre*, Editorial Thomson-Civitas, Madrid, 2004, p. 376.

<sup>324</sup> Actualmente regulado en la Orden PRE/531/2007 de 5 de marzo, por la que se publica el Acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, de 25 de enero de 2007, por el que se aprueban las condiciones para garantizar la asequibilidad de las ofertas aplicables a los servicios incluidos en el servicio universal, BOE 10-3-2007.

<sup>325</sup> FÉLIX FERNÁNDEZ-SHAW BALDASANO nos recuerda que fue en 1932 cuando se utilizó por primera vez el término “telecomunicaciones”, en la Conferencia de Madrid en la que se aprobó el Convenio creador de la UIT, “Cuaderno de bitácora de las telecomunicaciones”, en JAVIER CREMADES (Coord.). *Derecho de las Telecomunicaciones*. Las Rozas, Madrid: Ley-Actualidad y Ministerio de Fomento, 1997, p. 153. Una breve y reseña histórica sobre este término en M<sup>a</sup> ASUNCION

Ciertamente, ya resulta posible hablar por teléfono sin hilos (telefonía móvil) o mediante videoconferencia por Internet, a la vez que el tradicional acceso telefónico lleva a los hogares tanto la señal telefónica de la voz humana como la señal de televisión o cualesquiera otros datos, incluso ésta permite acceder a muy variados contenidos propios del comercio electrónico. Existen medios de transmisión de señales tan habituales como la que se realiza por un lector de código de barras o la utilizada al pagar con una tarjeta de crédito. Y quién sabe si la tecnología avanzará hasta permitir que se generalice comercialmente la posibilidad de acceso a Internet a través de los enchufes de la corriente eléctrica de nuestros hogares<sup>327</sup>.

Contra lo que ocurría antaño, hoy bien se puede afirmar, como señala LAGUNA, que el medio de transmisión no cambia la naturaleza del servicio. Cuando un servicio puede ser prestado a través de diferentes infraestructuras no muda su naturaleza jurídica, y a la inversa el hecho de que servicios diferentes puedan prestarse a través de la misma red tampoco cambia su naturaleza ni los convierte en un servicio único<sup>328</sup>. Ésto es, en definitiva, la convergencia.

El concepto de “comunicación electrónica” trata de expresar la simple relación entre un emisor y un receptor cuando la información que se transmite entre ellos se hace utilizando cualesquiera medios electrónicos, sean cuales sean (ondas electromagnéticas, variación de la tensión, de la intensidad, bits codificados, etc.) y con independencia del contenido transmitido (voz, imagen, sonido, datos...). En definitiva, el concepto “comunicación electrónica” es terriblemente amplio y sólo deja fuera de su ámbito a otras formas de comunicación como las realizadas por señales de humo, ópticas, el correo escrito, o las basadas en sabores u olores.

Así se recoge en la vigente definición nº 25 del Anexo II de la LGT, que establece que la comunicación electrónica es el transporte de señales que utiliza este tipo de tecnología<sup>329</sup>, mientras que la definición nº 32 establece la de “telecomunicación” como una subespecie de ésta, consistente en toda

---

TORRES LOPEZ. *Las comunicaciones móviles y su régimen jurídico. Especial tratamiento de la telefonía móvil*. 1ª edición. Madrid: Civitas, 1998, pp. 66-68.

<sup>326</sup> De hecho, telecomunicaciones y comunicaciones electrónicas son conceptos que tienden actualmente a identificarse, vid. OLGA LUCÍA ALFONSO VELÁSQUEZ. *El contrato de servicio telefónico*. 1ª edición. Madrid: Reus, 2010, p. 16.

<sup>327</sup> Cfr. CREMADES en JAVIER CREMADES y JAIME RODRÍGUEZ-ARANA (Dtores). *Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones (Aprobada por Ley 32/2003, de 3 de noviembre)*. Madrid: La Ley-Actualidad, 2004, pp. 76-78.

<sup>328</sup> JOSÉ CARLOS LAGUNA DE PAZ. *Telecomunicaciones: Regulación y Mercado*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2004, p. 62.

<sup>329</sup> En particular, la definición hace referencia a las siguientes soportes tecnológicos: cables, ondas hertzianas, medios ópticos u otros medios electromagnéticos con inclusión de las redes de satélites, redes terrestres fijas (de conmutación de circuitos y de paquetes, incluida internet) y móviles, sistemas de tendido eléctrico, en la medida en que se utilicen para la transmisión de señales, redes utilizadas para la radiodifusión sonora y televisiva y redes de televisión por cable. Por su parte, la definición nº 28 establece la definición del servicio de tales comunicaciones electrónicas diferenciando perfectamente soporte y contenido, el que consiste en el transporte de señales a través de redes de comunicaciones electrónicas, prestado por lo general a cambio de una remuneración, pero excluyendo los servicios que suministren contenidos transmitidos mediante redes y servicios de comunicaciones electrónicas o de las actividades que consistan en el ejercicio del control editorial sobre dichos contenidos.

transmisión, por hilo, radioelectricidad, medios ópticos u otros sistemas electromagnéticos<sup>330</sup>.

Pese a la clara opción conceptual legal, derivada de las Directivas Comunitarias, la Exposición de Motivos de la LGT ha tergiversado el sentido comunitario del término, afirmando que “el concepto de comunicaciones electrónicas tiene un ámbito más restringido que el de telecomunicaciones...” espuria<sup>331</sup> afirmación que se realiza, en opinión de DE LA QUADRA-SALCEDO, porque “era preciso encajar la regulación material que se contiene en la nueva Ley en alguno de los títulos competenciales que aparecen en el artículo 149.1 de la Constitución, y desde esa perspectiva, el título de “telecomunicaciones” no había ofrecido hasta la fecha demasiadas dudas puesto que está explícitamente previsto en el número 21 del 149.1 de la Constitución como de competencia exclusiva del Estado”<sup>332</sup>.

Aunque el problema legal que plantea la ley española resulta de orden menor, ya que el contenido del término español “telecomunicación” se adecua legalmente al concepto comunitario de “comunicación electrónica”, DE LA QUADRA concluye que “se abre una diferencia terminológica “que puede ser inquietante en algún momento en el futuro”<sup>333</sup>.

---

<sup>330</sup> Para la Ley General de Telecomunicaciones de 1998 la telecomunicación es “toda transmisión, emisión o recepción de signos, señales, escritos, imágenes, sonidos o informaciones de cualquier naturaleza por hilo, radioelectricidad, medios ópticos u otros sistemas electromagnéticos” y los servicios de telecomunicaciones son “servicios cuya prestación consiste, en su totalidad o en parte, en la transmisión y conducción de señales por las redes de telecomunicaciones con excepción de la radiodifusión y la televisión”, según establecía el Anexo de Definiciones de la Ley, coincidente con la emanada de la UIT, según nos revela LUIS CASTEJÓN MARTÍN. “Nomenclatura, términos técnicos y conceptos de los mercados de las telecomunicaciones”, en ALMUDENA ARPÓN DE MENDÍVIL ALDAMA y ÁNGEL CARRASCO PERERA (Dtores). *Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones*. Pamplona: Aranzadi, 1999, p. 49.

<sup>331</sup> Tal calificativo le da LUÍS ORTEGA ÁLVAREZ a la citada explicación de la exposición de motivos, en EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA y TOMÁS DE LA QUADRA-SALCEDO (Coord). *Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones, Ley 32/2003 de 3 de noviembre*, Editorial Thomson-Civitas, Madrid, 2004, p. 635.

<sup>332</sup> Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA y DE LA QUADRA-SALCEDO. *Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones, Ley 32/2003 de 3 de noviembre*, Editorial Thomson-Civitas, Madrid, 2004, pp. 39 y 40. DE LA QUADRA añade un poco más adelante que “si ésa ha sido la razón, los temores han sido excesivos...La Comunidad Económica Europea ha preferido cambiar las denominaciones y, en cambio, España no se ha decidido a hacerlo” y concluye que “desde el punto de vista de derecho interno puede sin embargo considerarse que el reparto de competencias de la Constitución queda, en principio, respetado si se atraen al régimen de las telecomunicaciones esos elementos de las comunicaciones electrónicas y los servicios asociados”, como los descodificadores, guías de programa o las API-interfaces de programa de aplicación. Idéntica opinión mantienen en la misma obra LUÍS ORTEGA ÁLVAREZ Y NURIA GARRIDO, p. 635 y ANGEL CARRASCO PERERA y ANA MENDOZA LOSANA, “La protección de los consumidores y usuarios en el nuevo régimen jurídico del mercado de las telecomunicaciones: estudio comparativo de las Leyes 32/2003 y 11/1998”, en ÁNGEL CARRASCO PERERA (Coord). *Estudios sobre Telecomunicaciones y Derecho de Consumo*. Navarra: Aranzadi, 2005, nota 3 a pié de p. 95.

<sup>333</sup> Desde su pórtico, la LGT afirma que la regulación de las telecomunicaciones comprende “la explotación de las redes y la prestación de los servicios de comunicaciones electrónicas y los recursos asociados, de conformidad con el artículo 149.1.21.a de la Constitución” y el artículo 1.2 termina aclarando que “quedan excluidos del ámbito de esta ley el régimen aplicable a los contenidos de carácter audiovisual transmitidos a través de las redes, así como el régimen básico de los medios de comunicación social de naturaleza audiovisual a que se refiere el artículo 149.1.27.a de la Constitución”. Cfr. EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA y TOMÁS DE LA QUADRA-SALCEDO (Coord). *Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones, Ley 32/2003 de 3 de noviembre*, Editorial Thomson-Civitas, Madrid, 2004, p. 36.

### **2.1.5.- Los servicios de red inteligente o de tarifas especiales**

Comenzamos con este apartado el análisis de los conceptos directamente relacionados con nuestra materia. La base tecnológica sobre la que se sustentan los servicios de tarificación adicional es la denominada red inteligente, tecnología que impulsó la liberalización de los servicios de valor añadido<sup>334</sup>.

#### **2.1.5.1.- Concepto de servicios de red inteligente**

La red inteligente, denominada en España Red Digital de Servicios Integrados (RDSI), fue definida normativamente por primera vez en el año 1996 como “toda red de telecomunicaciones que proporcione o sustente con carácter general a sus usuarios una gama de servicios diferentes que utilicen de forma común interfaces digitales de usuario con capacidad para velocidades binarias superiores a la velocidad primaria de 2 Mb/s”<sup>335</sup>.

Por su parte, la doctrina ha elaborado definiciones propias matizando y ampliando la establecida en el Reglamento, haciendo hincapié en la finalidad de la prestación.

CAMPUZANO define la Red Inteligente como una arquitectura orientada a proporcionar un soporte de red flexible para la provisión de servicios de telecomunicación, facilitando el desarrollo, control y gestión de estos servicios<sup>336</sup>.

Y CREMADES denomina Red Inteligente a cualquier “plataforma basada en la interconexión de nodos en donde residen aplicaciones informáticas, centrales de conmutación y sistemas de bases de datos en tiempo real, enlazados mediante avanzados sistemas de señalización, para proveer una nueva generación de servicios más allá del servicio telefónico básico”<sup>337</sup>.

Los servicios de red inteligente o inteligencia de red no son sino los “servicios diferentes o más allá del básico” soportados por tal red, inicialmente conocidos como “servicios IRIS”<sup>338</sup>, siglas en inglés de los denominados “Servicios Implantados en Red Inteligente”<sup>339</sup> y tienen por objeto introducir

---

<sup>334</sup> ANTONIO JESÚS SÁNCHEZ RODRÍGUEZ. Prólogo de Tomás de la Quadra-Salcedo. *Derecho de las Telecomunicaciones. Nuevo Derecho y nuevo mercado*. Madrid: Dykinson 2002, p. 86.

<sup>335</sup> Art. 42.j del Real Decreto 2066/1996 de 13 de septiembre, del Reglamento Técnico y de Prestación de Servicios de Telecomunicaciones por cable, BOE 26-9-1996.

<sup>336</sup> Cfr. HERMINIA CAMPUZANO TOMÉ. “La relación contractual derivada de la prestación de servicios de telefonía. Especial referencia a la protección de los consumidores frente a la prestación de servicios de tarificación adicional”, en JUAN MANUEL ABRIL CAMPOY y MARÍA EULALIA AMAT LLARI (Coord). *Homenaje al profesor Lluís Puig i Ferriol*. 1ª edición. Valencia: Editorial Tirant Lo Blanch, 2006. Vol. 1, p. 690, nota 4.

<sup>337</sup> Cfr. JAVIER CREMADES. *Telecomunicaciones: 1.000 conceptos básicos*. Madrid: La Ley-Actualidad, 2000, p. 186.

<sup>338</sup> Así constan denominados en la Orden del Ministerio de Obras Públicas y Transportes de 12 de mayo de 1992 por la que se autoriza la modificación de determinadas tarifas de “Telefónica de España, Sociedad Anónima”, BOE 14-5-1992.

<sup>339</sup> Cfr. HERMINIA CAMPUZANO TOMÉ, que añade que dentro de la línea se comercializan el cobro revertido automático, tarificación especial, llamadas a crédito, número personal y televoto. “La relación contractual derivada de la prestación de servicios de telefonía...”, “La relación contractual derivada de la prestación de servicios de telefonía. Especial referencia a la protección de los consumidores frente a la



facilidades telefónicas nuevas respecto de la tradicional transmisión conmutada de voz en tiempo real.

Para la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, los servicios de inteligencia de red permiten ofrecer una serie de prestaciones adicionales sobre el servicio telefónico vocal, basándose para ello en la incorporación de sistemas de información en tiempo real a la red telefónica<sup>340</sup>.

En nuestro país, estos servicios se han materializado en forma de los denominados “números 900” y “números 800” debido al rango de numeración utilizado. Sobre ellos se asienta la prestación de servicios de atención al cliente por parte de empresas, y en general, la prestación de servicios de información y entretenimiento de todo tipo<sup>341</sup>.

En conclusión, los servicios de red inteligente se caracterizan porque entre llamante y llamado se interpone en la red un sistema inteligente de datos para tratar la llamada (un software o aplicación informática), que permite tarificación flexible y diferente a la de los números geográficos, enrutamiento de las llamadas a números geográficos en función de determinadas circunstancias, amplitud de servicios (chats y similares), personalizar el servicio dependiendo de la ubicación del llamante, etc...

Con el nuevo Plan Nacional de Numeración de 2004<sup>342</sup>, los servicios de inteligencia de red han pasado a denominarse de “tarifas especiales”. El artículo 9.1 del Plan dispone que los servicios de tarifas especiales son aquellos “en los que el usuario llamante afronta unas cargas mayores o menores que el coste real de los medios de telecomunicaciones empleados por los operadores”, señalando como ejemplo sus tres principales modalidades, los servicios de cobro revertido automático (900), de coste compartido (901 y 902) y de tarificación adicional.

#### 2.1.5.2.- El funcionamiento de la red inteligente

Mientras Telefónica gestionó la red inteligente en exclusiva, los esquemas de funcionamiento eran sencillos, ya que era tanto el operador de acceso del llamante como el de acceso del abonado llamado y prestador del servicio de tarificación adicional, así como el operador de red inteligente.

---

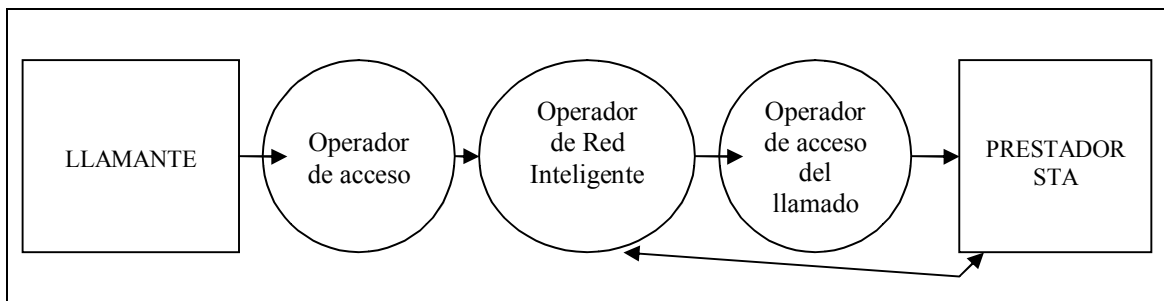
prestación de servicios de tarificación adicional”, en JUAN MANUEL ABRIL CAMPOY y MARÍA EULALIA AMAT LLARI (Coord). *Homenaje al profesor Lluís Puig i Ferriol*. 1ª edición. Valencia: Editorial Tirant Lo Blanch, 2006. Vol. 1, p. 691, nota 4. JOSÉ MARÍA MÚGICA, director general de la Organización de Consumidores y Usuarios OCU, también afirma que IRIS es la nomenclatura inglesa de “sistema de red inteligente”, en su comparecencia ante la Comisión de la Sociedad de la Información y del Conocimiento celebrada el 25-5-2006, Diario de Sesiones del Senado, Comisiones, nº 332, p. 6.

<sup>340</sup> Su origen se remonta a los años setenta, cuando los operadores fijos, los únicos que existían entonces, lanzaron soluciones que intentaban resolver el problema de la localización inmediata de las personas destinatarias de la comunicación, los buscapersonas, lo que en España se hizo mediante los números 904, también conocidos como “busca”.

<sup>341</sup> COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES. *Informe Anual 2000*. Madrid, 2001, pp. 231 a 232 e *Informe Anual 2001*. Madrid, 2002, pp. 245 y 246.

<sup>342</sup> En Anexo 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, BOE 30-12-2004.

Cuando aparecieron operadores alternativos con capacidad de obtener asignaciones numéricas en este rango<sup>343</sup>, todo se complicó un poco más, en particular, el proceso técnico de la llamada. Aunque también se inicia cuando el consumidor llama desde su operador de acceso a uno de estos números realizando la petición del servicio, no va directamente al llamado, sino que es encaminada por el operador de acceso a través de las diversas operadoras de telecomunicaciones existentes conforme a los Acuerdos Generales de Interconexión que rigen entre las mismas, directamente o utilizando operadoras de tránsito. La llamada llega a un Centro encargado de las operaciones de inteligencia de red, centro que pertenece a un segundo operador que provee el servicio de inteligencia de red y que puede ser diferente del de acceso. Por último, la llamada es encaminada del Centro al prestador destinatario o llamado mediante un tercer operador que puede ser distinto de los anteriores. Por tanto, en el proceso pueden intervenir múltiples operadores, según se indica en el siguiente gráfico.



### 2.1.5.3.- Tipos de servicios de red inteligente

Hay muy variados tipos de servicios de inteligencia de red además de la tarificación adicional, destacando en función de su código de acceso los servicios 900, 901 y 902<sup>344</sup>. El término “prefijo”, tan conocido y utilizado en el pasado, ha sido sustituido por la normativa vigente por el término “código”.

<sup>343</sup> Las asignaciones numéricas a operadores dentro de este rango se realizan por la autoridad competente en bloques de 1.000 números. En 1998, la CMT ordenó por primera vez el espacio numérico de todos los correspondientes a servicios basados en inteligencia de red que hasta ese momento gestionaba Telefónica, para, a continuación, comenzar a asignar números de este tipo a otras operadoras. La inmensa mayoría de solicitudes y asignaciones se realizaron entre 1999 y 2001, más de 60 operadoras, asignaciones que continúan realizándose desde entonces hasta la actualidad. La reordenación citada se realizó por Resolución de 12-3-1998 del Consejo de la CMT por la que se asigna y se dan instrucciones a Telefónica de España, S.A., relativas a la numeración para servicios basados en inteligencia de red. Posteriormente, en 2003 se asignaron 515 bloques debido a la migración de los rangos 903 y 906 a los rangos 803, 806, 807 y 907, en 2004 se asignaron 106 bloques, en 2005 se asignaron 47 bloques, en 2006 se asignaron 278, en 2007 se asignaron 95, en 2008 se asignaron 77, y en 2009, 185 bloques, producto de la regularización de los 905. La eficiencia en la utilización de este tipo de numeración es baja puesto que los clientes son empresas o prestadores de servicios y no usuarios finales. El Informe Anual correspondiente al año 2005 contiene una evolución de estos parámetros los últimos años. Cfr. COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES. *Informe Anual 2005*. Barcelona, 2006, p. 150. Y p. 158 del Informe anual de 2006, p.194 del Informe anual de 2007, pp. 210 y 215 del Informe anual de 2008 y p. 226 del Informe anual de 2009.

<sup>344</sup> Vid. PALOMA LLANEZA GONZÁLEZ. *Nuevo marco regulatorio de las Telecomunicaciones*. 1ª edición. Barcelona: Bosch, 2002, pp. 193-194

El código 900 se utiliza para los servicios de cobro revertido automático, que generan las únicas llamadas de este tipo de carácter gratuito para el llamante. La entidad llamada asume todo el gasto.

El código 901 soporta los servicios de tarifa compartida entre llamante y llamado. Con independencia de su situación geográfica, al llamante se le factura únicamente el coste de una llamada metropolitana.

El código 902 se asigna para los servicios que requieren de un número universal independiente de la localización geográfica del titular y que no cambie aunque el abonado cambie la ubicación de su domicilio. El coste íntegro de llamada es facturado a quien la realiza sin que exista retribución alguna al llamado por cada llamada recibida. El precio es menor que el de una llamada interprovincial, pero más caro que el de una local<sup>345</sup>.

Los códigos 903 y 906 soportaron los primeros servicios de tarificación adicional que comenzaron a prestarse en España. También denominados “servicios línea premier” y servicios “audiotex” por la normativa de tarifas telefónicas del año 1993 y sucesivas. Fueron liberados y sustituidos en el año 2004 por una nueva numeración de acceso, códigos 803, 806, 807 y 907.

El código 904 está igualmente liberado y no soporta servicios inteligentes<sup>346</sup>.

Aunque existen otros códigos similares, los códigos 908 y 909, éstos no tienen consideración de red inteligente porque no se produce un tratamiento especial de la llamada<sup>347</sup>. Se atribuyen al servicio de acceso a Internet desde la red pública telefónica, el primero cuando facture el operador de acceso y el segundo cuando no facture el operador de acceso<sup>348</sup>.

---

<sup>345</sup> En líneas generales, el coste aproximado de la llamada metropolitana o local es de 1 céntimo de euro el minuto. El usuario paga 3 ó 4 céntimos de euro por minuto cuando utiliza un 901 y el doble con los 902; una llamada a un 901 de unos 5 minutos podría costar, establecimiento de llamada incluido, alrededor de 25 céntimos, mientras que una llamada a un 902 de esta duración rondaría los 45 céntimos de euro. Estos cálculos son personales y se realizan con los precios de mercado de Telefónica SAU en junio de 2006.

<sup>346</sup> El código 904 se utilizaba para los servicios de telefonía personal que permitían al cliente recibir llamadas dirigidas a su número personal con independencia de una ubicación, nacional o internacional, que el que telefona no tiene por qué conocer. Se trata de una línea en su día poco extendida, conocida como número personal o “sígueme” o “busca”, ya que se contrataba para desviar a cualquier teléfono todas las llamadas recibidas en una línea. Costaba unos 4 céntimos el minuto y estaba dirigido a profesionales con gran movilidad geográfica o personas que necesitaban estar siempre localizables. El coste de la llamada se compartía entre ambos interlocutores porque el llamante abonaba una tarifa de llamada provincial y la diferencia se le cargaba al llamado. El vigente Plan Nacional de Numeración telefónica de 2004 ha sustituido el 904 por el código 70, lo que se hizo efectivo con fecha 30 de septiembre de 2004, cuando se confirmó la liberación del rango 904, cancelando todos los bloques incluidos dentro del mismo, cfr. Informe Anual 2004 de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, página 169.

<sup>347</sup> Resolución del Pleno de la CMT de 17 de enero de 2002 que modificó la Oferta de Interconexión de Referencia de Telefónica (OIR) en lo referente al esquema de interconexión para servicios de red inteligente. También en COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES. *Informe Anual 2002*. Madrid, 2003, pp. 179-181.

<sup>348</sup> Apartado 2 de la Resolución de 31 de octubre de 2000 de la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información, por la que se atribuye un rango de numeración específico al servicio de acceso a Internet, BOE 1-11-2000.

### **2.1.6.- Los servicios de tarificación adicional**

Aunque se trataba de un servicio de red inteligente, en 1992 no existía esta categoría legal, por lo que se calificó el nuevo servicio telefónico de tarificación adicional como una modalidad de los servicios de valor añadido.

Esta categoría sí figuraba regulada en la Ley de Ordenación de las Telecomunicaciones de 1987. Su artículo 20.1 definía los servicios de valor añadido como “los servicios de telecomunicación que, no siendo servicios de difusión, y utilizando como soporte servicios portadores o servicios finales de telecomunicación, añaden otras facilidades al servicio soporte...” Así pues, los servicios de valor añadido incorporaban “funciones adicionales a las de transporte de información”<sup>349</sup> y tales funciones generaban un valor añadido al precio del servicio sustantivo o tarifa del servicio de telecomunicación<sup>350</sup>.

Se incluyeron en la misma servicios tan dispares como la transmisión de datos-por ejemplo, la transferencia electrónica de fondos-, la telefonía móvil (ambos sometidos al régimen de concesión administrativa<sup>351</sup>), la telefonía móvil en grupos cerrados de usuarios (*trunking*) y la radiobúsqueda (*paging*)<sup>352</sup>, siendo finalmente su único denominador común el hecho de que se excluían del régimen monopolístico<sup>353</sup>.

El servicio de valor añadido tipo 903 empezó a denominarse específicamente como “de tarificación adicional” en la Resolución de la Secretaría General de Telecomunicaciones de enero de 1993, primera regulación administrativa al respecto, que utilizaba la expresión “servicios de

---

<sup>349</sup> ANTONIO JESÚS SÁNCHEZ RODRÍGUEZ. Prólogo de Tomás de la Quadra-Salcedo. *Derecho de las Telecomunicaciones. Nuevo Derecho y nuevo mercado*. Madrid: Dykinson 2002, p. 87.

<sup>350</sup> Los servicios de valor añadido se caracterizaron porque mediante un servicio puro de telecomunicación, el “servicio portador”, se prestaba otro que también podemos denominar genéricamente “servicio añadido”. La idea central de la diferencia entre servicio soporte y servicio de valor añadido se remataba en el artículo 24.3 de la Ley de Ordenación de las Telecomunicaciones de 1987, que disponía que “los servicios de valor añadido que se presten a terceros deben ofrecer alguna característica que los diferencie del servicio soporte que utilizan, no estando permitido en ningún caso la simple cesión del servicio soporte”. Como señala CREMADES, esta clasificación no conoce antecedentes en el derecho comparado o en el derecho español y la diferencia conceptual entre estos servicios y los servicios finales acabó respondiendo más que a criterios técnicos o jurídicos, a otros de índole político-económica, es decir, aprovechando que la legislación permitía la prestación de los servicios de valor añadido en régimen de concurrencia y posteriormente, de libre competencia, se clasificaban como de valor añadido aquellos servicios que políticamente se decidía no debían ser objeto de una regulación monopolística, cfr. JAVIER CREMADES GARCÍA. “Telecomunicaciones en Europa y en España”, en JAVIER CREMADES (Coord.). *Derecho de las Telecomunicaciones*. Las Rozas, Madrid: Ley-Actualidad y Ministerio de Fomento, 1997, p. 24.

<sup>351</sup> Cfr. ÁNGEL CARRASCO PERERA, LUIS ARROYO JIMÉNEZ y ANA ISABEL MENDOZA LOSANA. *Impacto de la evolución de la liberalización de las telecomunicaciones en la protección del consumidor*. Toledo: Centro de Estudios de Consumo, Universidad de Castilla-La Mancha, noviembre de 2004. En Internet, en <<http://www.uclm.es/cesco/investigacion/24.pdf>>, p.15. Consulta realizada el 4-4-2007. Igualmente se puede consultar en ÁNGEL CARRASCO PERERA (Coord). *Estudios sobre Telecomunicaciones y Derecho de Consumo*. Navarra: Aranzadi, 2005, p. 195.

<sup>352</sup> ANTONIO JESÚS SÁNCHEZ RODRÍGUEZ. Prólogo de Tomás de la Quadra-Salcedo. *Derecho de las Telecomunicaciones. Nuevo Derecho y nuevo mercado*. Madrid: Dykinson 2002, p. 87-92.

<sup>353</sup> Todos ellos fueron regulados entre 1992 y 1994, en el primer caso como consecuencia de la alarma social que produjeron y que es objeto de nuestro análisis y en el segundo caso como consecuencia de la ordenación administrativa ordinaria en la materia, el Real Decreto 804/1993, disposición Transitoria cuarta de la Ley 32/1992 sobre servicio TMA-Telefonía Móvil Automática, RD. 1651/1998 y RD. 2415/1994.

valor añadido suministrados en la modalidad de tarificación adicional a través del servicio telefónico...”, o “servicios de valor añadido con tarificación adicional”, aunque también los denominaba “servicios de valor añadido” a secas. La Resolución de septiembre de 1993 también seguía esta pauta terminológica, incluyendo la expresión “servicio telefónico en la modalidad de tarificación adicional”. Probablemente la denominación más correcta y completa fue la adoptada por el Código de Conducta de 1994, que se intitulaba de “servicios telefónicos de valor añadido con tarificación adicional.”<sup>354</sup>

La expresión “valor añadido” pone el acento en que se trata de un servicio diferente al telefónico que le sirve de soporte<sup>355</sup> y la expresión “tarificación adicional” pretende señalar que su precio se adiciona y paga junto con el del servicio soporte.

Las menciones a “valor añadido” en relación a los servicios de tarificación adicional terminan aquí, puesto que en la normativa administrativa que se dictó entre 1999 y 2008 la expresión utilizada ha sido la de “servicio telefónico de tarificación adicional” y más aún la de “servicios de tarificación adicional”, ya que la categoría de los servicios de valor añadido desapareció con la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones, a la par que los servicios de tarificación adicional perdieron su carácter de servicio de telecomunicación, convirtiéndose esta denominación en la principal referencia terminológica para este tipo de servicios.

No obstante, la denominación “servicio de valor añadido”, muy práctica cuando se pretende diferenciar con nitidez el servicio soporte del servicio añadido, sigue utilizándose por algunos autores<sup>356</sup> y de un modo muy contundente por la propia Comisión del Mercado de Telecomunicaciones<sup>357</sup>.

A continuación, analizamos los diversos conceptos reglamentarios existentes. Como veremos, distan mucho de ser completos, en ocasiones introducen confusión, y en todo caso no permiten calificar claramente las nuevas creaciones tecnológicas de servicios similares que puedan surgir con el tiempo, por lo que intentaremos realizar propuestas en este sentido.

---

<sup>354</sup> No existe el término “tarificación” como palabra reconocida por el Diccionario de la Lengua de la Real Academia Española. Sí existe el término “tarificar” o “tarifar”, cuya definición es bastante simple, “señalar o aplicar una tarifa”, por lo que es la segunda acepción relativa a la aplicación de la tarifa o precio la que se utiliza en la denominación de estos servicios.

<sup>355</sup> Vid. ALBERTO RAVENTÓS. “Servicios de valor añadido: conmutación de datos por paquetes, por circuitos...”, en JAVIER CREMADES (Coord.). *Derecho de las Telecomunicaciones*. Las Rozas, Madrid: Ley-Actualidad y Ministerio de Fomento, 1997, pp. 377-400.

<sup>356</sup> Cfr. HERMINIA CAMPUZANO TOMÉ. “La relación contractual derivada de la prestación de servicios de telefonía. Especial referencia a la protección de los consumidores frente a la prestación de servicios de tarificación adicional”, en JUAN MANUEL ABRIL CAMPOY y MARÍA EULALIA AMAT LLARI (Coord). *Homenaje al profesor Lluís Puig i Ferriol*. 1ª edición. Valencia: Editorial Tirant Lo Blanch, 2006. Vol. 1, p. 691 y LANDWELL, ABOGADOS Y ASESORES FISCALES. *Servicios de tarificación adicional. Problemática y nueva regulación*, p 4. En Internet, [http://www.landwellglobal.com/es/esp/sp\\_downloads/Informe\\_tarificacion\\_adicional.pdf](http://www.landwellglobal.com/es/esp/sp_downloads/Informe_tarificacion_adicional.pdf). Sin fechar, probablemente de 2005. Consulta realizada el 15-5-2007.

<sup>357</sup> Resoluciones del Consejo de la CMT de 26-2-2004, 10-11-2005, 25-5-2006 (dos Resoluciones sobre conflicto de interconexión planteado por Telefónica de España SAU contra Comunitel Global, SA. y UNI 2 sobre la devolución de las cantidades reclamadas por los abonados de Telefónica que efectúan llamadas de tarificación adicional) y 7-2-2008.

#### 2.1.6.1.- Los conceptos reglamentarios de servicios de tarificación adicional

Son tres las normas de rango reglamentario que contiene definiciones de los servicios de tarificación adicional

##### 2.1.6.1.1 El concepto de la Orden PRE/361/2002, de 14 de febrero

La Orden PRE/361/2002, de 14 de febrero, núcleo de la vigente regulación administrativa en la materia, estableció en 2002 la primera definición normativa de servicios de tarificación adicional en su artículo 4 como “aquellos servicios que, a través de la marcación de un determinado código, conllevan una retribución específica y añadida al coste del servicio telefónico disponible al público, por la prestación de servicios de información o de comunicación determinados, sin perjuicio de lo dispuesto en la disposición transitoria primera de esta Orden”.

Analizando esta definición, los requisitos que se exigen a un servicio de este tipo son tres.

En primer lugar, que supongan una retribución independiente o específica a la tarifa que se debe pagar por el servicio portador de comunicación electrónica. Pero ello no es sino consecuencia de que son dos servicios diferentes. Aunque la problemática que han generado en el pasado aconseja destacar constantemente esta circunstancia.

En segundo lugar, la definición destaca que pese a la independencia de ambos, se unen al cobro aprovechando que el deudor es el mismo, el consumidor abonado, “retribución...añadida al coste del servicio telefónico...” Y como veremos, esta circunstancia es realmente el rasgo básico que define a un servicio de tarificación adicional.

Por último, la definición se basa en que requieren de la marcación de un determinado código telefónico, lo que desde mi punto de vista no deja de ser un mero mecanismo técnico que permite el tratamiento jurídico especial de cobro que tiene este tipo de llamadas.

La modificación del año 2004 de la Orden PRE/361/2002 también alcanzó a la definición, estableciendo el vigente artículo 4 que son “servicios que, a través de la marcación de un determinado código, conllevan una retribución específica en concepto de remuneración al abonado llamado, por la prestación de servicios de información, comunicación u otros, sin perjuicio de lo dispuesto en la disposición transitoria primera de esta Orden”, entendemos que en adaptación a las novedades tecnológicas que vertiginosamente se producían y también buscando un cierto perfeccionamiento técnico de la misma<sup>358</sup>.

En el primer sentido, desaparece de la definición la mención a que la remuneración se deba añadir al coste del “servicio telefónico disponible al público”, ya que puede añadirse a otros servicios de telecomunicaciones, por ejemplo, la mensajería móvil. Pero al omitir el hecho de la adición al servicio de

---

<sup>358</sup> El vigente Código de Conducta de 2004, aprobado unos días después que la Orden, aunque publicado dos meses más tarde, reproduce en su artículo 2.1 la misma definición de servicios de tarificación adicional que introdujo la Orden de 2004.

telecomunicaciones parece permitirse la existencia de servicios de tarificación adicional facturados de modo ajeno a la factura del operador del servicio de telecomunicación portador, y resultando un elemento esencial, como veremos, no puede considerarse sino como otro error administrativo cometido por la necesidad de aceptar como servicios soporte válidos en tarificación adicional, además del telefónico, el de mensajería ya entonces operativo y cualesquiera otros que puedan habilitarse en un futuro.

En el segundo sentido señalado, se añade que la retribución remunera al abonado llamado. Ello no impide que el llamado sea, además, operador, como ocurre a menudo en mensajería premium, aunque en este caso actuaría en calidad de prestador de un servicio de tarificación adicional, no como operador encargado de encaminar una comunicación electrónica.

Por último, la nueva definición abría la puerta a todo tipo de servicios que sean susceptibles de prestarse por esta vía, ya que no se refiere a “servicios de información o de comunicación determinados”, como en 2002, sino a “servicios de información, comunicación u otros”.

#### 2.1.6.1.2 El concepto de la Orden ITC/308/2008, de 31 de enero

Por su parte, la Orden ITC/308/2008, de 31 de enero, reguladora de la mensajería premium, ofrece una definición específica de estos servicios, “los servicios de comunicaciones electrónicas que supongan el pago por los consumidores, de forma inmediata o diferida, de una retribución añadida al precio del servicio de envío de mensajes sobre el que se soportan en concepto de remuneración por la prestación de algún servicio de información, entretenimiento u otros”<sup>359</sup>.

Se observa que la Orden está reiterando el error conceptual ya cometido en el pasado de considerar el servicio de mensajería premium como un servicio de “comunicaciones electrónicas”, cuando tales sólo son el soporte de los servicios de tarificación adicional. Esta literal formulación invierte por completo los términos hasta ahora vigentes y resulta totalmente opuesta a la prevista en la Orden PRE/361/2002, de 14 de febrero, y en consecuencia no debemos darle mayor importancia y considerarlo un simple error de formulación, como en su momento fue entender que la mensajería premium funciona mediante códigos telefónicos<sup>360</sup>.

---

<sup>359</sup> El Código de Conducta de 2009 que regula esta modalidad los define en su artículo 3.1 de modo similar, los “prestados tanto mediante mensajes cortos de texto (siglas en inglés SMS), como mediante mensajes multimedia (siglas en inglés MMS), que supongan el pago por los usuarios, de forma inmediata o diferida, de una retribución, añadida al precio del servicio de envío de mensajes sobre el que se soportan en concepto de remuneración por la prestación de algún servicio de información, comunicación, entretenimiento u otros”.

<sup>360</sup> La disposición transitoria primera de la Orden PRE/361/2002, de 14 de febrero, dispuso que “mediante Resolución de la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información podrá ampliarse el ámbito de aplicación de la presente Orden a otros servicios de tarificación adicional que se presten a través de códigos distintos a los mencionados”. Ocurre que esta posibilidad de ampliación así formulada permitía extenderla a otros códigos, por ejemplo, los 905, pero no a la mensajería premium. No establece la normativa vigente qué deba entenderse por “código”, pero sí puede extraerse su concepto de la LGT, artículo 19 y definición nº 33 de su Anexo II, como un número cuya marcación no es susceptible de producir efecto alguno sin la marcación correlativa de otro número. Y tal no es el caso de la

De hecho, la propia Orden ITC/308/2008, de 31 de enero, establece justo lo contrario en numerosos preceptos, y correctamente afirma que el servicio de tarificación adicional es el servicio sustantivo que es transportado por el servicio soporte de comunicación electrónica, fundamentalmente en numerosos párrafos del artículo 10.5<sup>o</sup><sup>361</sup>.

Sin embargo, en el lado positivo, esta definición introduce por primera vez una mención al actor principal de este contrato, el consumidor, y a que el pago se puede realizar de forma inmediata, que es el caso de los teléfonos móviles con tarjetas prepago, o de forma diferida, lo habitual en móviles con contrato indefinido.

#### 2.1.6.1.3 El concepto del Real Decreto 1906/1999, de 17 de diciembre

Por último, encontramos una definición de estos servicios en una norma relativa a condiciones generales de contratación, el artículo 3.2 del Real Decreto 1906/1999, de 17 de diciembre<sup>362</sup>, que los excluye de la obligación de remisión inmediata al consumidor de justificación escrita de la contratación telefónica o electrónica efectuada, definiéndolos con la siguiente expresión: “contratos relativos a servicios de tracto único que se ejecutan mediante el empleo de técnicas de comunicación a distancia y cuya facturación sea efectuada por un operador de tales técnicas de comunicación...”

Observamos que no se considera como tales a los servicios de tarificación adicional de tracto sucesivo, exclusión que no tiene ningún sentido y sólo obedece a un exceso descriptivo cometido por la Administración al delimitar el concepto en una época en la que no existían más servicios de tarificación adicional que los de tracto único. No obstante, ello introduce *de iure* un régimen diferente entre unos y otros que analizaremos en su momento.

Esta definición exige dos requisitos, que el servicio se ejecute o preste mediante un medio de comunicación, lo que nos ofrece un elemento apenas implícito en las anteriores definiciones, y que el servicio sea facturado, no por el prestador que lo suministra, sino por el operador, ambos de gran relevancia a nuestros efectos.

No obstante, esta abstracta formulación que ofrece la Administración en el precepto reglamentario, que considero indubitadamente basada en la realidad de los servicios de tarificación adicional, permite su aplicación a otros que no lo son, por lo que no podemos en puridad de términos considerarla como una definición exclusiva de los servicios de tarificación adicional.

Y es que el precepto señala como responsable de facturación a un “operador de técnicas de comunicación a distancia”. Esta expresión no puede

---

numeración de mensajería, susceptible de ser remitida por sí misma sin necesidad de marcación de un código previo.

<sup>361</sup> Por ejemplo, el primer párrafo de este precepto dispone que “la disconformidad o desacuerdo del abonado con la facturación de los servicios de tarificación adicional basados en el envío de mensajes no podrá dar lugar a la suspensión del servicio telefónico, ni del servicio general de mensajes, si el abonado paga el importe correspondiente a cada uno de ellos”, diferenciando servicio de tarificación adicional, servicio soporte telefónico y servicio soporte de mensajería.

<sup>362</sup> RD. 1906/1999 de 17-12 por el que se regula la contratación telefónica o electrónica con condiciones generales en desarrollo del art. 5.3 de la Ley 7/1998 de 13-4 de condiciones generales de contratación, BOE 31-12-1999.



entenderse equivalente a “operadores de telecomunicaciones”, y obliga a entender también como tales a los responsables de prensa, radios, televisiones y similares, todos ellos medios de comunicación a distancia conforme dispone el artículo 92.2 del TRLGDCU, de modo que, por ejemplo, la contratación por teléfono para que se emita una canción dedicada a cambio de un precio estaría incluida en el supuesto.

Esta definición administrativa fue importada tres años después por el legislador en la nueva redacción de la disposición adicional primera introducida en la LOCM por Ley 47/2002, de 19 de diciembre<sup>363</sup>, actualmente recogida en idénticos términos en el artículo 98.3 del TRLGDCU<sup>364</sup>. Ambas introducen una pequeña novedad respecto de la definición reglamentaria de la que traen causa, y es que se exige que el operador que facture sea el titular del medio de comunicación utilizado para suministrar el servicio, y no otro diferente.

#### 2.1.6.2.- Tipos de servicios de tarificación adicional

Los servicios de tarificación adicional pueden clasificarse en función de sus contenidos, precio, código de acceso o soporte tecnológico.

En razón a su contenido, la normativa reglamentaria los clasifica en servicios exclusivos para adultos, servicios destinados a infancia y juventud, servicios de ocio y entretenimiento y servicios profesionales, cuyas particularidades desgranaremos al analizar el contenido del contrato, así como todas las demás relativas a este aspecto. En el caso de los 905 se establecen dos modalidades básicas, por un lado la modalidad de «Televoto» para cómputo automatizado de llamadas recibidas sin interlocución entre llamante y llamado; y los servicios de voz de ocio y entretenimiento y profesionales, siempre que tengan la consideración de servicio de llamadas masivas.

En relación al precio, se diferencian los de tarifas superiores de los demás, en función del coste más o menos elevado que tengan, lo que también analizaremos más adelante en sede de información precontractual.

En relación al código de acceso, todos los números telefónicos tienen una estructura NXYABMCDU de 9 dígitos. Los tres primeros corresponden al código. Los códigos 803, 806 y 807 están dedicados a acceder a servicios de tarificación adicional telefónicos o de voz, el código 907 se utiliza para el acceso a los servicios por Internet y el código 905 está reservado para servicios de encuestas o sondeos de opinión, votos y en general, tratamiento de llamadas masivas que se realizan en un corto intervalo de tiempo<sup>365</sup>.

---

<sup>363</sup> D.A. primera.3 LOCM: “El artículo 47 no se aplicará a los servicios cuya ejecución se realice utilizando una técnica de comunicación a distancia que se presten de una sola vez y cuya facturación sea efectuada por el operador de la técnica de comunicación. No obstante, el consumidor, en cualquier caso, deberá estar en condiciones de conocer la dirección geográfica del establecimiento del proveedor donde pueda presentar sus reclamaciones”.

<sup>364</sup> Art. 98.3 TRLGDCU: “No será exigible lo dispuesto en este artículo a los contratos relativos a servicios cuya ejecución se realice utilizando una técnica de comunicación a distancia que se presten de una sola vez, cuya facturación sea efectuada por el operador de la técnica de comunicación. No obstante, el consumidor y usuario, en cualquier caso, deberá estar en condiciones de conocer la dirección geográfica del establecimiento del empresario donde pueda presentar sus reclamaciones.”

<sup>365</sup> La Resolución de 4 de diciembre de 2008 define como servicio de llamadas masivas el que “proporciona los medios necesarios para que sus abonados puedan recibir un elevado número de llamadas, coincidentes total o parcialmente en el tiempo, con motivo de la difusión de algún evento en el

Los servicios de mensajería premium y directorio no tienen códigos, sino numeraciones específicas de acceso del tipo NXYAB y 118AB, respectivamente.

Desde un punto de vista técnico, todos estos servicios se pueden clasificar en dos modalidades, la telefónica y la telemática. En la modalidad telefónica, la prestación del servicio se lleva a cabo mediante la voz humana, mientras que en la telemática, el servicio se presta mediante la transmisión de datos.

Son modalidades telemáticas la mensajería premium y los “servicios de tarificación adicional sobre sistemas de datos”, más conocida como “servicios por Internet”, expresión que utilizaremos en adelante para evitar confusiones.

La principal característica que diferencia a la modalidad telemática de la telefónica es que a las primeras les resulta de aplicación la LSSICE<sup>366</sup>, lo que dota a esta clasificación técnica de un contenido igualmente jurídico.

Los servicios telemáticos se prestan mediante diferentes tecnologías. El funcionamiento técnico de la mensajería premium se basa en la mensajería de la telefonía móvil<sup>367</sup>, mientras que el de Internet se basa en un programa informático denominado *DIALER* que vincula el cobro del precio al consumo telefónico ordinario del abonado<sup>368</sup> cuando su conexión a Internet se realiza mediante la marcación por el ordenador de un número telefónico que le facilita su proveedor de acceso<sup>369</sup>.

---

que se invite a la audiencia a participar mediante la realización de llamadas telefónicas a atender en un determinado periodo de tiempo, habitualmente el de duración del evento”.

<sup>366</sup> LUÍS ORTEGA ÁLVAREZ y NURIA GARRIDO consideran los SMS como ejemplos de servicios de telecomunicaciones a los que resulta de aplicación la legislación de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, en EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA y TOMÁS DE LA QUADRA-SALCEDO (Coord). *Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones, Ley 32/2003 de 3 de noviembre*. Madrid: Thomson-Civitas, 2004, p. 635. También cfr. RAFAEL MATEU DE ROS, “Principios de la contratación electrónica en la LSSICE”, en la obra que coordina junto a MÓNICA LÓPEZ-MONÍS GALLEGU. *Derecho de Internet. La Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2003, pp. 108-111 y p.123. Por el contrario, la modalidad telefónica no constituye ningún servicio de la sociedad de la información, ya que el anexo de definiciones de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico, en la segunda parte de su apartado a) establece que “no tendrán la consideración de servicios de la sociedad de la información los que no reúnan las características señaladas en el primer párrafo de este apartado y, en particular, los siguientes: 1º- Los servicios prestados por medio de telefonía vocal, fax o télex...”

<sup>367</sup> El SMS original permitía el envío de un mensaje de texto de 160 caracteres como máximo, pero hoy en día, mediante los MMS (Multimedia Message Service), que tienen entre 30 y 100 KB de capacidad, se pueden mandar formatos de información distintos, como fotografías, música o videos. Según la consultora Gartner, son el mayor éxito de los 30 años de historia de la telefonía móvil, en el periódico El País, Sección Ciberp@is de 21-12-2006.

<sup>368</sup> *Dialer* es una expresión inglesa que en español significa “marcador telefónico”, que a su vez no es sino una modalidad de *BANNER*, un programa informático con finalidad publicitaria, cfr. JOSE ANTONIO VEGA VEGA. *Contratos electrónicos y protección de los consumidores*. 1ª edición. Madrid: Reus, 2005, p. 167.

<sup>369</sup> El consumidor elige libremente a su proveedor telefónico de Internet de entre los que existen en el mercado. Cuando decide cambiarlo, debe también alterar su número de acceso, por lo que éste puede ser alterado por el consumidor cuantas veces quiera, siendo un elemento que siempre queda bajo control del usuario del equipo informático. El coste del acceso a Internet será el pactado con su proveedor de acceso, tanto por hora, tanto por mes a tales horas, etc... En el fondo, a estos efectos, navegar por Internet en esta modalidad se convierte en una forma similar a la de estar telefoneando.

Cuando el navegador del usuario entra en una Web que presta servicios remunerados que se cobran mediante tarificación adicional, al clicar consiente en que se descargue e implante en su ordenador un pequeño software o programa, el *dialer*, cuya función es cortar la conexión telefónica a Internet que se esté usando en ese momento e implantar una conexión a Internet a través de otro servidor ubicado en el número de teléfono de tarificación adicional, cobrando durante el tiempo que dure la conexión la tarifa correspondiente a este tipo de llamada a través de la factura telefónica. A partir de este momento, el precio de la navegación por Internet para el usuario ya no será el pactado con su proveedor de acceso, ya que el *dialer* ha anulado esta conexión, sino el precio por minuto que corresponde a un servicio de tarificación adicional.

#### 2.1.6.3.- Los servicios de directorio o de información telefónica sobre números de abonados

El denominado “servicio de directorio” o de información telefónica sobre números de abonados es un servicio tradicionalmente prestado de forma gratuita por la empresa Telefónica en tiempos del monopolio a través del 003 y posteriormente, el 1003<sup>370</sup>.

La progresiva liberalización del sector de las telecomunicaciones lo alcanzó en el año 2002<sup>371</sup>, pasando a ser prestado a cambio de un precio por los diferentes proveedores que libremente accedieran a este mercado a través de una nueva numeración de cinco dígitos tipo 118AB.

Esta estructura de numeración es producto de un acuerdo internacional<sup>372</sup> y permite atribuir un número propio a cada proveedor de servicio<sup>373</sup>.

La particularidad que plantea este tipo de servicios es que su contenido, no sólo el servicio soporte, está considerado como un servicio de telecomunicaciones<sup>374</sup>, constituyendo una de las prestaciones obligatorias del servicio universal<sup>375</sup>.

---

<sup>370</sup> Se accedía al mismo marcando el número de información 003. El 4 de abril de 1998 pasó a ser el 1003, en una reforma del Plan Nacional de Numeración que también obligó a todos los españoles a marcar el prefijo o código provincial en las llamadas locales y a cambiar el primer dígito de todos los números de móviles del 9 al 6 actual, cfr. PALOMA LLANEZA GONZÁLEZ. *Nuevo marco regulatorio de las Telecomunicaciones*. 1ª edición. Barcelona: Bosch, 2002, pp. 402-405.

<sup>371</sup> Atendía en 2002 una media anual de 186 millones de llamadas, información obtenida en [www.consumer.es](http://www.consumer.es) de 27-5-2003, Yolanda A.C.

<sup>372</sup> Esta estructura de numeración corresponde con la recomendación en este sentido del Comité ECTRA («European Committee for Telecommunications Regulatory Affairs») perteneciente a la Conferencia Europea de Correos y Telecomunicaciones (CEPT), cfr. JOSÉ MANUEL BUSTO LAGO (Coord), NATALIA ÁLVAREZ LATA y FERNANDO PEÑA LÓPEZ. *Reclamaciones de Consumo. Derecho de consumo desde la perspectiva del consumidor*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2005, p. 579.

<sup>373</sup> Así, el número de todos los proveedores comienza siempre por 118 y se diferencian entre sí por las dos últimas cifras, A y B, lo que permite atribuir números propios a un máximo de cien proveedores. Cuatro proveedores comenzaron ofreciendo estos servicios y en septiembre de 2009 figuran 74 números asignados a este menester por la CMT. Consulta realizada el 10-9-2009 en la web de la CMT sobre números del rango 118AB asignados, [www.cmt.es](http://www.cmt.es), entre el 11810 y el 11889.

<sup>374</sup> El artículo 4 de la Orden CTE/711/2002, de 26 de marzo, define el servicio de directorio como el consistente en “la transmisión y conducción de llamadas desde los accesos a las redes públicas telefónicas hasta los correspondientes centros de atención de llamadas, así como el suministro, a los usuarios del

Ambos motivos son la razón por la que la Administración decidió en su momento crear un sistema técnico específico para su prestación y la consiguiente reglamentación especial, la Orden CTE/711/2002, de 26 de marzo<sup>376</sup>, en vez de implementar los servicios de directorio mediante tarificación adicional.

Como consecuencia, el proveedor es el prestador de ambos servicios, tanto del servicio soporte de comunicación electrónica como del contenido de valor añadido que se genere con la llamada, resultando un único precio por ambos servicios. El operador de acceso del consumidor deberá encaminar la llamada hacia el operador de directorio, que asume plenamente su transmisión (y a estos efectos actúa como operador de red inteligente) y su prestación.

Aunque la numeración del servicio no está específicamente contemplada como tal ni se adapta a la definición de las Órdenes dictadas para regular los diferentes servicios de tarificación adicional, sí sería tal conforme al concepto que proponemos a continuación, naturaleza que ha sido igualmente advertida y señalada por la propia Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones<sup>377</sup>.

#### 2.1.6.4.- Una propuesta de concepto de servicio de tarificación adicional

Los conceptos reglamentarios no están formulados de forma clara ni completa ni abarcan ni han abarcado nunca a todo tipo de servicios de tarificación adicional.

---

servicio telefónico disponible al público, de información vocal y, opcionalmente de datos, relativa a los números de abonado de este servicio”.

<sup>375</sup> Por Orden ITC/3809/2008, de 23 de diciembre, se ha adjudicado a Telefónica de España SAU durante tres años a partir de 1.1.2009 la prestación del elemento de servicio universal relativo al servicio de consulta telefónica sobre números de abonado, BOE 31-12-2008.

<sup>376</sup> Está regulado por un Reglamento específico en la materia en desarrollo de los artículos 30.4, 67, 68 y Disposición Transitoria Primera y demás preceptos concordantes del Real Decreto 424/2005, de 15 de abril. Este Reglamento es la Orden CTE/711/2002, de 26 de marzo, por la que se establecen las condiciones de prestación del servicio de consulta telefónica sobre números de abonado, BOE 4-4-2002, modificada por la Orden PRE/2410/2004, de 20 de julio, por la que se modifica la Orden PRE/361/2002, de 14 febrero y la Orden ITC/912/2006, de 29 de marzo, por la que se regulan las condiciones relativas a la calidad de servicio en la prestación de los servicios de comunicaciones electrónicas. La Orden se complementa con la Circular 2/2003, de 26 de septiembre, de la CMT, sobre el procedimiento de suministro de datos de los abonados para la prestación de servicios de directorio en competencia.

<sup>377</sup> Resolución de 18 de diciembre de 2008, sobre el adecuado uso de numeraciones telefónicas internas cortas en las redes de tres operadores móviles, adoptada en la sesión nº 45/08 del Consejo de la CMT, “para los servicios de consulta telefónica sobre números de abonado (118AB) se desarrolló una legislación específica al objeto de proteger al usuario, puesto que su servicio conlleva implícita una tarificación adicional...por lo que pueden considerarse también como servicios de tarificación adicional”, p. 9. La CMT ha tenido oportunidad de pronunciarse también sobre una figura híbrida, el servicio de directorio prestado a través de SMS, que considera está asociado al servicio de consulta telefónica como un servicio adicional por lo que la numeración a emplear deberá ser el código 118AB, no considerando apropiado el uso para estos fines de la numeración propia de la mensajería móvil. Con el fin de establecer una salvaguarda similar a la de los servicios de consulta telefónica, la Comisión ha establecido igualmente que los mensajes SMS de respuesta que reciba el usuario deberán incluir la información sobre el precio del servicio o tarifa aplicada, así como el código 118AB identificativo del operador, Resolución de 28 de octubre de 2004 del Consejo de la CMT, sobre la solicitud de “11869 Servicios de Información Telefónica, S.L.” para la prestación de un servicio de información sobre números de abonado mediante mensajería corta SMS, y Resolución de 14 de diciembre de 2004 del Consejo de la CMT, por la que se da contestación a la consulta planteada por Mediadifusión España sobre la prestación del servicio de consulta sobre números de abonado mediante SMS y la numeración asociada a dicho servicio.

Entendemos necesario elaborar doctrinalmente un único concepto, formulado fundamentalmente desde una perspectiva jurídica, no técnica, de modo que abarque cualquiera de las modalidades y tipos existentes y que puedan existir en un futuro, y que, no sólo permita realizar con rigor jurídico cualquier análisis, sino que pueda tomarse como referencia en el supuesto de que en algún momento la Administración se plantee reglamentar los servicios de tarificación adicional de modo general, aclarando el confuso panorama que actualmente ofrecen las diversas regulaciones y evitando que el futuro nacimiento de nuevas modalidades, que inevitablemente quedarían huérfanas de normativa aplicable, puedan provocar abusos en los consumidores.

En este sentido, la doctrina nos ofrece algunas definiciones. REVUELTA entiende que se trata del “suministro, a través de redes telefónicas, de información y comunicaciones en ámbitos diversos”<sup>378</sup>, lo que resulta insuficiente porque identifica como tales a cualesquiera que simplemente se presten mediante soportes de telecomunicaciones.

MENDOZA los describe como los “prestados a través de la marcación de números caracterizados por códigos de tres cifras (803, 806, 807, y 907), en los que el usuario llamante (Consumidor) paga al usuario llamado (prestador de STA) una remuneración específica (adicional a la derivada de la prestación del servicio telefónico) por la prestación de servicios de información, comunicación o cualquier otro”<sup>379</sup>, definición descriptiva del *iter* y elementos que caracterizan a este contrato, a saber, el modo de acceso a través de ciertas numeraciones, las partes intervinientes y la existencia de dos precios, la tarifa del servicio telefónico soporte y el precio de la información obtenida.

CAMPUZANO considera que se trata de “servicios de inteligencia de red en los cuales el operador de telefonía proporciona la infraestructura técnica necesaria para que los abonados o consumidores finales de la línea telefónica puedan acceder, mediante el abono de un importe adicional sobre el precio de las llamadas, a determinadas informaciones que una determinada empresa ofrece”<sup>380</sup>, similar a la anterior pero sustituyendo las referencias a las numeraciones de acceso por la calificación de los mismos como servicios de red inteligente.

Por nuestra parte, consideramos que la correcta comprensión de este fenómeno exige extractar y destilar con nitidez los requisitos básicos que hacen diferentes a este tipo de servicios respecto de cualesquiera otros.

Todos los servicios tienen en general un objeto y dos partes contratantes, y en numerosas ocasiones el arrendatario del servicio es un consumidor, y evidentemente se paga un precio por este servicio, que es un precio distinto del derivado de cualquier otro contrato que pueda existir vigente

---

<sup>378</sup> INMACULADA REVUELTA PÉREZ. “La protección de los consumidores frente a los nuevos servicios de telecomunicaciones”, en *Civitas. Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 116, 2002, p. 536.

<sup>379</sup> ANA ISABEL MENDOZA LOSANA. “Servicios telefónicos de tarificación adicional: luces y sombras de la nueva regulación”, en *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, nº 8, 2005, p. 75.

<sup>380</sup> Cfr. HERMINIA CAMPUZANO TOMÉ. “La relación contractual derivada de la prestación de servicios de telefonía. Especial referencia a la protección de los consumidores frente a la prestación de servicios de tarificación adicional”, en JUAN MANUEL ABRIL CAMPOY y MARÍA EULALIA AMAT LLARI (Coord). *Homenaje al profesor Lluís Puig i Ferriol*. 1ª edición. Valencia: Editorial Tirant Lo Blanch, 2006. Vol. 1, p. 719.

entre los mismos actores. ¿Cuál es por tanto, si existe, la diferencia con los demás?

Indudablemente la primera deriva de la naturaleza misma de la prestación que se suministra, de los servicios de información, comunicación y entretenimiento, como frecuente y descriptivamente se les suele denominar. Pero no por su contenido sustantivo, es decir, la información que contenga, el entretenimiento que se ofrezca, o la melodía o videojuego que se obtienen, sino por el hecho de que pueda ser suministrada mediante el soporte de la comunicación electrónica.

Sólo un servicio suministrado mediante este medio podrá definirse como de tarificación adicional. Así por ejemplo, un servicio de manicura no podría ser nunca un servicio de tarificación adicional, porque no es susceptible de prestación mediante comunicación electrónica, aunque sí podría serlo un asesoramiento telefónico de un gestor o el suministro de una canción en mp3.

Pero ello tampoco es suficiente, ya que hay prestaciones de este tipo que evidentemente se pueden suministrar por otros medios ajenos a las telecomunicaciones sin que se puedan calificar exclusivamente como servicio de tarificación adicional, por ejemplo, acudiendo personalmente al despacho del gestor o adquiriendo el *Compact Disc* en una tienda.

Es igualmente imprescindible que el contrato, del mismo modo que se ejecuta mediante comunicación electrónica, se haya celebrado previamente por este conducto. Si no se celebra o perfecciona mediante previa llamada telefónica, de Internet o mensajería, estaríamos ante otro tipo de servicio.

La suma de estos requisitos nos permite afirmar que un servicio de tarificación adicional es el que se contrata y presta mediante comunicación electrónica, aunque no creemos que sea necesaria la utilización en ambos casos del mismo medio.

Los servicios de tarificación adicional se han basado hasta ahora en un modelo técnico en el que no cabe utilizar un medio de comunicación electrónica diferente para contratar y para recibir el servicio. Si se solicita un servicio telefónico, éste se suministra por el mismo conducto, del mismo modo si se solicita por mensajería o Internet. Pero la tecnología ya permite que sea posible utilizar medios diferentes para celebrar el contrato y suministrar la prestación. De hecho, he encontrado servicios de suscripción de mensajería premium que permiten en contraprestación visionar o descargar videos de una dirección de internet mediante una clave que se recibe con el mensaje de confirmación.

Por último, a nuestro concepto en construcción se debe añadir un requisito más, precisamente presente en todas las definiciones reglamentarias hasta ahora analizadas, el hecho de que el pago del servicio se realice de forma añadida a la tarifa que corresponda pagar por utilizar un medio de comunicación electrónica como soporte de la operación<sup>381</sup>.

Por tanto, el último requisito esencial de este servicio reside en la forma específica en la que las partes deben cumplimentar el pago del precio del contrato. No sería un servicio de tarificación adicional si el sistema permitiese el pago directo al prestador por tarjeta de crédito, por ejemplo.

---

<sup>381</sup> “La tarificación adicional constituye una modalidad de pago de determinados servicios a través de la factura telefónica”, sentencia nº 394/2006 de Audiencia Provincial, Baleares, Sección 3ª, 20 de Septiembre de 2006, VLex 59859534.

Este elemento es el que destaca la normativa cuando utiliza la expresión “adicional” o el término “adición”, la generación de un sobreprecio adicional a la tarifa telefónica ordinaria por la utilización de estos servicios y la suma en una misma factura de los conceptos tradicionales y los derivados de estos servicios. En definitiva, un único agente, el operador de acceso del consumidor abonado, es el receptor inmediato del pago de todos los servicios.

Si desaparece esta circunstancia, desaparecería el servicio de tarificación adicional. Si el servicio se facturara en instrumento ajeno al recibo telefónico, fijo o móvil, se trataría de un servicio más<sup>382</sup>.

La numeración específica utilizada para los servicios de tarificación adicional no puede considerarse un requisito característico autónomo desde un punto de vista jurídico, ya que se trata simplemente del medio técnico por el que instrumentalizar el requisito jurídicamente relevante, que no es otro que el pago del precio parcial del servicio junto a la tarifa de la comunicación electrónica portadora, es decir, dentro de la facturación ordinaria del operador de acceso del consumidor.

La numeración especial que caracteriza a estas llamadas se utiliza para identificarlas y proporcionarles el tratamiento especial de pago y cobro a que hacemos referencia. En concreto, esta función la realiza un código telefónico que se marca antes del número del destinatario en el caso de las modalidades telefónicas e Internet, y la realiza la propia estructura del número, sin código previo, en el caso de la mensajería premium y servicios de directorio. Pero es una mera una opción tecnológica que bien podría sustituirse por otra, por ejemplo, un botón con tal función en el terminal telefónico.

Al margen de ello, y como veremos, la numeración cumple también otras funciones, como la de información al usuario y la de ordenación administrativa de la actividad. Pero su función primigenia siempre ha sido permitir derivar el cobro de la deuda a un mandatario muy específico del acreedor, el operador de acceso del consumidor.

En consecuencia, proponemos definir el servicio de tarificación adicional como el **servicio que se contrata y suministra utilizando como soporte a otro de comunicación electrónica y cuyo precio se paga conjuntamente con la tarifa de éste.**

Y nos permite avanzar una definición de contrato de servicio de tarificación adicional como el que se celebra y ejecuta utilizando como soporte a otro de comunicación electrónica y cuyo precio se paga conjuntamente con la tarifa de éste.

---

<sup>382</sup> Y como hemos señalado que bien podría utilizarse un medio técnico diferente para solicitar el servicio y suministrarlo después, su precio podrá unirse bien a la tarifa del medio utilizado para la solicitud o celebración, bien a la tarifa del medio utilizado para el suministro o ejecución del contrato

## 2.2.- EL ENTORNO CONTRACTUAL DEL SERVICIO DE TARIFICACIÓN ADICIONAL

Adelantamos al inicio del capítulo que quien realiza una llamada a un servicio de tarificación adicional realiza fundamentalmente dos acciones de orden jurídico en unidad de acto físico. Por un lado, ejecuta un contrato de telefonía o comunicación electrónica ya existente y por otro lado, dado que las llamadas se hacen a través de red inteligente, se celebra un segundo contrato de prestación de servicio (una consulta astrológica, adquirir un politono para el móvil, etc...) con un tercero ajeno al operador, el prestador que está al otro lado de la línea; ambas partes, llamante y prestador llamado, se obligan recíprocamente, uno a pagar su precio, el otro a prestar el servicio requerido.

En definitiva, convergen en unidad de acto dos contratos diferentes, cada uno con su respectivo precio y partes y contrapartes diferentes: por un lado, el contrato telefónico entre abonado y su operador de acceso, que genera un precio que denominaremos “tarifa”, y por otro lado el contrato de servicio de tarificación adicional que utiliza el anterior como soporte para llegar desde el prestador al llamante o consumidor beneficiario del mismo, que genera un precio propio consistente en el valor de la información o servicio suministrado.

Estos dos contratos son los que principalmente concurren en la prestación de estos servicios, pero existen dos más.

El prestador llamado también debe estar conectado a la red de telecomunicaciones, por lo que deberá contar previamente con un contrato de telefonía o comunicación electrónica con su propio operador de acceso, que puede ser el mismo operador del llamante u otro operador cualquiera, dado que todos están interconectados y el mercado está liberalizado.

Aún identificamos un cuarto contrato, ya que si un prestador recibe llamadas ordinarias o mensajes normales de sus clientes, no puede realizar ninguna tarificación adicional, ni introducir facilidades tecnológicas en la conversación, como las que permiten hablar en un *chat* a varias personas a la vez, o remitir automáticamente la melodía al móvil llamante que la solicita o invoca. Para ello es necesario que el prestador celebre otro contrato con un operador de red inteligente. El operador de red inteligente asociará su servicio tecnológico al número telefónico ordinario del prestador.

Analizaremos a continuación todos estos contratos, con la intención de acreditar su autonomía jurídica pese a su evidente conexión funcional y económica, como ocurre en tantas otras actividades, y con ello, la del contrato de servicio de tarificación adicional objeto de nuestro estudio.

Todo ello lo hemos intentado esquematizar en el cuadro adjunto.

<b>CONTRATO</b>	<b>OBJETO</b>	<b>PARTE</b>	<b>CONTRAPARTE</b>
TELFÓNICO (o asimilado)	Comunicación (electrónica)	Consumidor abonado	Operador de acceso-1
TELFÓNICO (o asimilado)	Comunicación (electrónica)	Prestador- STA abonado	Operador de acceso-2
DE RED INTELIGENTE	Inteligencia de red	Prestador- STA	Operador de red inteligente
DE SERVICIO DE TARIFICACIÓN ADICIONAL- STA	STA	Consumidor llamante	Prestador STA



## **2.2.1.- El contrato de comunicación electrónica entre abonado y operador de acceso**

Nos encontramos ante la figura contractual primigenia en materia de telecomunicaciones, la evolución del denominado en origen “contrato telefónico básico”<sup>383</sup>. Analizaremos sólo sus aspectos básicos en lo imprescindible para avanzar en nuestro discurso, remitiéndonos en lo demás a las pocas obras específicas que existen al respecto<sup>384</sup>.

Tanto el consumidor como el prestador del servicio de tarificación adicional deben estar conectados mediante alguna modalidad de esta contratación a las redes de comunicaciones electrónicas<sup>385</sup>.

### **2.2.1.1.- Concepto, naturaleza y características del contrato**

El de comunicación electrónica es un contrato de derecho civil por el que una persona física o jurídica, denominada “operador de acceso” se obliga ante otra, el “abonado”, a prestar un servicio o paquete de servicios de esta naturaleza a cambio de un precio que denominamos tarifa<sup>386</sup>.

Los servicios más conocidos son la telefonía fija, la telefonía móvil y el acceso a Internet.

Barajando las clasificaciones tradicionales<sup>387</sup>, se trata de un contrato de carácter bilateral, consensual, oneroso y de ejecución periódica, ya que mensual o bimestralmente se paga el servicio que se recibe constantemente, es decir, que las mutuas obligaciones de las partes son de tracto continuado o sucesivo, obligación duradera y continuada la del operador y obligación duradera periódica la del pago de la tarifa por parte del abonado.

Su naturaleza jurídica es la del típico contrato de arrendamiento de obra tan escuetamente regulado en el artículo 1.544 del Código Civil, a través del

---

<sup>383</sup> Vid. EDUARDO DE LA IGLESIA PRADOS. “Derechos contractuales del usuario de servicios de comunicaciones electrónicas”: *Revista de la Contratación Electrónica*, nº 105, 2009, pp. 79-113.

<sup>384</sup> Sólo conocemos dos estudios específicos, JUAN LUIS DE LA VALLINA VELARDE. *Régimen jurídico-administrativo del servicio público telefónico*. Madrid: Instituto de Estudios Administrativos, 1971, y OLGA LUCÍA ALFONSO VELÁSQUEZ. *El contrato de servicio telefónico*. 1ª edición. Madrid: Reus, 2010.

<sup>385</sup> La propia Orden PRE/361/2002, de 14 de febrero, reguladora de los servicios de tarificación adicional, hace referencia a la existencia de este contrato soporte o básico de comunicación electrónica entre prestador y su operador de acceso en sede de regulación del depósito de garantía de los contratos de abono. El artículo 12, apartado d) hace expresa referencia al depósito de “los contratos de abono formalizados en los términos previstos en el contrato-tipo, cuyos titulares presten servicios de tarificación adicional”. - El artículo 13 de la Orden regula en general la cuantía máxima de los depósitos, y su apartado 4 dispone que en el supuesto de los servicios de tarificación adicional “la cuantía del depósito será la que figure en el correspondiente contrato-tipo”. - Y por último, el artículo 16.2 señala que “en los contratos de abono al servicio telefónico cuyos titulares presten servicios de tarificación adicional el depósito se devolverá en la forma y momento que se determine en el contrato-tipo, siempre y cuando el titular no haya dejado de pagar ningún recibo. En caso contrario, el depósito no se devolverá hasta que se liquiden íntegramente todas las deudas”.

<sup>386</sup> ALFONSO añade tres características más, son contratos con regulación pública imperativa, de adhesión con condiciones generales, y forzosos, OLGA LUCÍA ALFONSO VELÁSQUEZ. *El contrato de servicio telefónico*. 1ª edición. Madrid: Reus, 2010, pp. 44-45.

<sup>387</sup> Cfr. CARLOS LASARTE. *Principios de Derecho Civil III. Contratos*. 12ª edición. Madrid: Marcial Pons, 2009, pp. 7 y ss.

cual el operador o contratista se compromete ante su cliente comitente<sup>388</sup>, consumidor o prestador, a un resultado, a saber, establecer y facilitar la comunicación con unos estándares de calidad determinados, aunque las críticas doctrinales a la insuficiencia del régimen unitario del arrendamiento y sus tres clases (cosas, obras y servicios) es bien patente en este caso<sup>389</sup>.

Por tanto, no es un contrato de arrendamiento de servicios, en el que la obligación de hacer o de medios es la nota predominante y el resultado es jurídicamente irrelevante<sup>390</sup>.

En este sentido, la LGT, como pone de relieve ORTEGA<sup>391</sup>, ofrece una manifestación peculiar de primer orden en materia de tutela del consumidor, la exigibilidad de una determinada calidad de servicio<sup>392</sup>, ya que resultaría totalmente ocioso exigir una serie de facilidades si éstas no se prestan con unos mínimos que permitan realmente disfrutarlas<sup>393</sup>.

Hace unas décadas, el monopolio sólo permitía la existencia de un único operador, de modo que el contrato del entonces servicio telefónico debía

---

<sup>388</sup>LASARTE indica que los términos “comitente” y “contratista” son los más correctos y generales a la hora de referirse a las partes del contrato de obra, CARLOS LASARTE. *Principios de Derecho Civil III. Contratos*. 12ª edición. Madrid: Marcial Pons, 2009, p. 284, y más adelante, detalla que cualquier resultado material, industrial, científico o artístico pueden ser objeto del contrato de obra, página 285.

<sup>389</sup> Cfr. OLGA LUCÍA ALFONSO VELÁSQUEZ. *El contrato de servicio telefónico*. 1ª edición. Madrid: Reus, 2010, pp. 39-40.

<sup>390</sup> Jurisprudencia y doctrina resumen así las diferencias entre arrendamiento de obra y servicios, cfr. RODRIGO BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO (Coord.). *Comentarios al Código Civil*. 3ª edición. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2009, p. 1808. PEDRO ANTONIO PÉREZ GARCÍA nos recuerda que la diferencia entre una y otra fue establecida por DEMOGUE en 1928, en *La información en la contratación privada (En torno al deber de informar en la ley general para la defensa de los consumidores y usuarios)*. 1ª edición. Madrid: Instituto Nacional del Consumo, 1990, pp. 92-93.

<sup>391</sup> LUÍS ORTEGA ÁLVAREZ, en EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA y TOMÁS DE LA QUADRA-SALCEDO (Coord.). *Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones, Ley 32/2003 de 3 de noviembre*. Madrid: Civitas, 2004, p. 641.

<sup>392</sup> La primera regulación de las condiciones de calidad para variados servicios de comunicaciones electrónicas fue la Orden de 14-10-1999 del Ministerio de Fomento por la que se regulan las condiciones de calidad en la prestación de los servicios de telecomunicaciones, BOE 19-10-1999, correcciones de errores en BOE 24-11-1999 y 21-2-2000. Modificada por Orden de 21-12-2001 del Ministerio de Ciencia y Tecnología que regula determinados aspectos del Servicio universal de Telecomunicaciones, BOE 28-12-2001, actualmente está en vigor la Orden Ministerial ITC/912/2006, de 29 de marzo, por la que se regulan las condiciones relativas a la calidad de servicio en la prestación de los servicios de comunicaciones electrónicas, BOE 31-3-2006, modificada por Resolución de 28 de julio de 2009, de la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información, BOE 20-8-2009. En el caso de la telefonía móvil no existen parámetros de calidad fijados normativamente, pese a que en su momento la Orden de Calidad de 1999 previó que en un plazo de un año se estableciesen. Tampoco en el caso del servicio de acceso a Internet, respecto del cual la Orden encomendó al Ministerio de Fomento el seguimiento y evaluación de los niveles de calidad del servicio de acceso a Internet y obligó a los propios proveedores de acceso a facilitar información clara y suficiente sobre tiempo de respuesta y velocidad que se garantiza en las comunicaciones. Por último, y de gran relevancia a nuestros efectos, el artículo 14.3 CDUSCE contempla la posibilidad de establecer mecanismos específicos para garantizar la exactitud de la facturación realizada cuando se incluyan servicios de tarificación adicional. Se dispone que podrán incluir la necesidad de que determinadas categorías de operadores, como aquellos que prestan servicio con tarificación en función de la duración de la conexión, del volumen de información o de la distancia, tengan que acreditar que sus sistemas de tarificación y de gestión de la facturación cumplen con normas de aseguramiento de la calidad como las de la familia ISO 9000.

<sup>393</sup> Cfr. MATILDE CARLÓN RUIZ. *El servicio universal de telecomunicaciones*. Cizur Menor, Navarra: Thomson-Civitas, 2007, p. 221.

conceptuarse como un “contrato forzoso y normado”<sup>394</sup> en el que la ley imponía al operador la obligación de contratar con cualquier usuario que cumpliera los correspondientes requisitos técnicos y jurídicos y la actividad quedaba sometida por completo a un reglamento de orden público que regulaba las relaciones jurídico privadas entre las partes por encima de lo dispuesto en los correspondientes contratos.

Para equilibrar la situación y evitar perjuicios económicos al operador que se viese obligado a contratar con cualquier solicitante, incluso de insolvencia probada, se establecía en el reglamento una regulación de fianzas o depósitos de garantía que permitía ejercer al operador la negativa a contratar en caso de que no se constituyesen.

La regulación actual ha copiado el modelo de fianzas de la época del monopolio, y siendo como es aplicable a cualquier operador, ya se trate o no de operador con poder significativo, dominante o designado para garantizar el servicio universal<sup>395</sup>, debemos entender que se ha extendido el carácter de contrato forzoso a todos los operadores<sup>396</sup>, manteniéndose la sumisión de los correspondientes contratos al reglamento administrativo, habilitado por la ley vigente a regular aspectos contractuales en protección de los consumidores<sup>397</sup>.

#### 2.2.1.2.- Las partes del contrato

Las partes del contrato son el abonado y el operador de acceso. El consumidor que desee obtener un servicio de tarificación adicional debe en principio adoptar el rol de abonado y contratar el acceso a un servicio de comunicación electrónica, por ejemplo, el servicio telefónico básico, o el de telefonía móvil. Y el prestador de servicios de tarificación adicional que desee suministrarlos deberá a su vez abonarse de modo similar a través del operador de acceso de su elección.

Pese a la liberalización, aún subsiste un resto intervencionista en el régimen jurídico aplicable a los operadores, ya que tienen una obligación de previa comunicación administrativa de inicio de actividad<sup>398</sup>. Aunque esta

---

<sup>394</sup> Cfr. CARLOS LASARTE. *Principios de Derecho Civil III. Contratos*. 12ª edición. Madrid: Marcial Pons, 2009, pp. 79-80.

<sup>395</sup> La fianza se denomina “depósito de garantía” y está regulada en la CDUSCE y en la Orden PRE/361/2002, de 14 de febrero. La fianza puede exigirse aproximadamente hasta el triple del importe del último recibo por motivos de previa morosidad o impago. Si el depósito se exige para la contratación de una línea telefónica y el abonado no lo constituye, el operador podrá desestimar su solicitud.

<sup>396</sup> Cfr. OLGA LUCÍA ALFONSO VELÁSQUEZ. *El contrato de servicio telefónico*. 1ª edición. Madrid: Reus, 2010, pp. 311-312.

<sup>397</sup> La legislación básica es la CDUSCE, Reglamento habilitado por el artículo 38.2 de la LGT permitiendo que numerosos aspectos contractuales relativos a los derechos de los consumidores que sean personas físicas y otros usuarios finales sean regulados mediante Real Decreto. Incluso el artículo 38.7 habilita al Ministerio de Ciencia y Tecnología para introducir cláusulas de modificación de los contratos celebrados entre los operadores y los consumidores que sean personas físicas y usuarios finales, para evitar el trato abusivo.

<sup>398</sup> Hasta la vigente legislación, los operadores debían obtener una preceptiva autorización administrativa, título habilitante exigido por el artículo 7 de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones. La nueva Ley de 2003, en un paso más hacia la liberalización del sector, simplemente exige en su artículo 6.2 la notificación previa del inicio de la actividad. JOSÉ CARLOS LAGUNA DE PAZ resume, citando a otros autores, que la figura de las comunicaciones previas coincide con las autorizaciones en que ambas son técnicas de control administrativo preventivo, una modalidad

comunicación no necesita ser confirmada por resolución administrativa,<sup>399</sup> sí es necesaria una posterior y obligada inscripción en el Registro de operadores<sup>400</sup>. No obstante, ciertos autores entienden que subsiste la intervención administrativa, unas veces afirmando que la ley establece una cierta “habilitación para operar (que) resulta directamente del ordenamiento jurídico”<sup>401</sup> y otras calificando el régimen como de autorización general que crea una relación de sujeción especial entre Administración y operadores<sup>402</sup>.

#### 2.2.1.2.1 El operador de acceso

De los diferentes tipos de operadores existentes<sup>403</sup>, el de acceso es quien se obliga contractualmente ante el abonado a suministrar un servicio de comunicación electrónica concreto mediante habilitación del correspondiente acceso a la red.

La LGT no define esta figura, tampoco sus reglamentos de desarrollo directo, aunque la mencionan indirectamente<sup>404</sup>, y es precisamente la

---

aligerada de la técnica autorizatoria, aunque son institutos diversos porque ésta da lugar a un acto administrativo que es el título habilitante para el desarrollo de la actividad, en *Telecomunicaciones: Regulación y Mercado*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2004, pp. 84-86.

Si la Comisión no ejerce en quince días la potestad prevista en el artículo 6.3 de resolver sobre la legalidad de la comunicación mediante un procedimiento administrativo, el solicitante puede presumir que la actividad comunicada es conforme a Derecho, aunque según LAGUNA la Administración podría oponerse con posterioridad a su ejercicio por no ser conforme a derecho, si bien generando la correspondiente indemnización a favor del comunicante, JOSÉ CARLOS LAGUNA DE PAZ. *Telecomunicaciones: Regulación y Mercado*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2004, pp. 87-88 y 91-93.

<sup>399</sup> “...no ha de ir seguida, como condición para el lícito comienzo de la actividad consistente en tal explotación o prestación, de un acto administrativo, expreso o presunto”, cfr. JUAN JOSÉ LAVILLA RUBIRA, en EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA y TOMÁS DE LA QUADRA-SALCEDO (coord.), *Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones, Ley 32/2003 de 3 de noviembre*. Madrid: Thomson-Civitas, 2004, p. 88.

<sup>400</sup> Para CRESPO, la CMT debe realizar de oficio la inscripción, sin que sea obligado que el interesado lo solicite expresamente, opinión que acabó adoptando el propio reglamento regulador, en concreto el artículo 10 del Real Decreto 424/2005, de 15 de abril, si bien en relación a la primera inscripción, no a las demás. ISABELA CRESPO VITORIQUE, en JAVIER CREMADES y JAIME RODRÍGUEZ-ARANA (Dtores). *Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones (Aprobada por Ley 32/2003, de 3 de noviembre)*. Madrid: La Ley-Actualidad, 2004, pp. 165-166.

<sup>401</sup> Cfr. JUAN JOSÉ LAVILLA RUBIRA, en EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA y TOMÁS DE LA QUADRA-SALCEDO (Coord). *Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones, Ley 32/2003 de 3 de noviembre*. Madrid: Thomson-Civitas, 2004, p. 88.

<sup>402</sup> Cfr. ANGEL CARRASCO PERERA y ANA MENDOZA LOSANA, “La protección de los consumidores y usuarios en el nuevo régimen jurídico del mercado de las telecomunicaciones: estudio comparativo de las Leyes 32/2003 y 11/1998”, en ÁNGEL CARRASCO PERERA (Coord). *Estudios sobre Telecomunicaciones y Derecho de Consumo*. Navarra: Aranzadi, 2005, p. 115.

<sup>403</sup> La LGT contiene un Anexo II de definiciones legales una de las cuales es la de operador de telecomunicaciones, definido en el nº 21 como la “persona física o jurídica que explota redes públicas de comunicaciones electrónicas o presta servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público y ha notificado a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones el inicio de su actividad”. El Anexo II de la LGT, por mandato de su Disposición adicional segunda, importa una costumbre muy arraigada en el legislador comunitario, establecer una serie de definiciones para delimitar mejor la aplicabilidad de la norma.

<sup>404</sup> El artículo 19 del Real Decreto 424/2005, de 15 de abril, establece que una de las obligaciones de los operadores es “proporcionar a los usuarios a los que provea la conexión a la red telefónica” y el artículo 30.4.e), en relación a los datos de cada abonado que deban figurar en las Guías Telefónicas, hace expresa referencia al “nombre del operador que facilite el acceso a la red”, estableciendo más adelante que el

regulación de servicios de tarificación adicional la única que recoge de modo explícito la figura del operador de acceso, definiéndolo como el responsable de la facturación y cobro de los servicios prestados al usuario llamante, tanto en el artículo 4.1.3 de la Orden PRE/361/2002, de 14 de febrero como en el artículo 10.3º.a) de la Orden ITC/308/2008 que regula la mensajería premium.

Éste segundo precepto, además, recoge tanto la figura del operador de acceso del consumidor como la de los demás existentes, “el operador que presta servicios de almacenamiento y reenvío de mensajes sujetos a tarificación adicional,... operador que provee el acceso al servicio de mensajes al abonado y el operador responsable de su facturación”, es decir, el operador de red inteligente, el operador de acceso del prestador y el operador de acceso del consumidor.

#### 2.2.1.2.2 El abonado

Recoge la definición de abonado el Anexo II de la LGT, cuyo nº 1 establece que se entiende por abonado “cualquier persona física o jurídica que haya celebrado un contrato con un proveedor de servicios de comunicaciones electrónicas disponibles para el público para la prestación de dichos servicios”.

Abonado puede serlo tanto un consumidor como una empresa, en nuestro caso, por ejemplo, un prestador de servicios de tarificación adicional. Dado el ámbito en el que se mueve nuestro estudio, nos interesa profundizar más en el concepto de abonado en el que concurren las circunstancias que permitan calificarlo como consumidor, cualidad que se analizará más adelante al examinar los sujetos del contrato de servicio de tarificación adicional.

#### 2.2.1.2.3 Abonado al servicio y abonado a la red

Para finalizar, nos queda aclarar una situación contractual que a veces se produce y provoca que el acceso del consumidor a las redes de telecomunicaciones no se realice sólo a través de su operador de acceso, sino que sea necesaria la intervención de un segundo operador.

El contrato de comunicación electrónica suele estar suministrado por operadores que cuentan con su propia red de telecomunicaciones para ofrecer el acceso a los clientes que deseen convertirse en sus abonados.

Pero los operadores pueden contar con infraestructura de redes propia para acceder a los domicilios de los abonados, o no tenerla y utilizar la de otros operadores que sí la tienen.

En este segundo supuesto, el acceso se realiza mediante las facilidades de selección de operador llamada a llamada o preselección general de operador<sup>405</sup>, lo que supone que el abonado deberá mantener dos contratos

---

consumidor “podrá solicitar, al operador que le proporciona el servicio de acceso a la red, que asociado a un mismo número figure el nombre de otra persona mayor de edad con la que conviva”.

<sup>405</sup> La legislación de liberalización utilizó dos imaginativos mecanismos para permitir la existencia de operadores sin red propia, la denominada selección de operador llamada a llamada y la preselección general de operador. En el caso de que ningún operador con red quisiese permitir el acceso a la suya a otros operadores sin red, el artículo 19 de la LGT garantiza esta posibilidad imponiéndola como obligación de servicio público a los operadores con poder significativo, los que en la Ley de 1998 se

para poder realizar comunicaciones, por un lado, un contrato de red con el operador que tenga una propia (normalmente será Telefónica por su cualidad de más significativo del mercado), y un segundo contrato con el operador de acceso, que será el encargado de transmitir la comunicación cada vez que sea solicitada, generando cada contrato su propia tarifa o precio.

De modo que el consumidor abonado resultará deudor de la tarifa de consumo resultante exclusivamente frente al operador de acceso con el que tenga contratada la realización o encaminamiento de este tipo de llamadas, sin perjuicio de los pagos bimestrales que correspondan al operador de red.

El contrato del consumidor con el operador de acceso continuará siendo un arrendamiento de obra o resultado, pero en el caso del contrato de red, como considera MENDOZA, la relación jurídica entre abonado y operador de red es un arrendamiento de cosa, un simple alquiler de uso y disfrute de las redes de comunicaciones electrónicas<sup>406</sup>.

### **2.2.2.- El contrato de servicio de red inteligente entre prestador y operador**

Pasamos a analizar el segundo contrato del entorno de la tarificación adicional.

El prestador, además del contrato de comunicación electrónica con su operador de acceso, debe celebrar otro contrato mediante el cual introduzca en la red las facilidades tecnológicas que permiten el tratamiento de la llamada de modo inteligente<sup>407</sup>.

---

denominaban operadores dominantes. El artículo 16.1 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, BOE 30-12-2004, define la preselección como la facilidad que “permite al abonado al servicio telefónico disponible al público elegir a un operador diferente al que le provee el acceso a la red telefónica pública, para que curse parte o todas sus llamadas, sin necesidad de marcar previamente el código de selección de operador que lo identifica”,. Desarrollado por la vigente Circular 2/2009 de la CMT, sobre la implantación de la preselección de operador por los operadores de acceso obligados a proveerla en el mercado de redes públicas de telecomunicaciones fijas, BOE 7-7-2009.

Las distintas modalidades de preselección de operador pueden consultarse en COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES. *Informe Anual 2005*. Barcelona, 2006, p. 168.

Encontramos un análisis en materia de selección de operador en los comentarios al respecto de HELIODORO ALCARAZ en la obra de EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA y TOMÁS DE LA QUADRA-SALCEDO (coord.), *Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones, Ley 32/2003 de 3 de noviembre*. Madrid: Thomson-Civitas, 2004, pp. 334-354. Y sobre preselección en particular en MARISOL FERNÁNDEZ-ARANGOCILLO AGLIO. “Preselección de operador y portabilidad”, en JOSE MANUEL VILLAR URÍBARRI (Dtor). *La nueva regulación de las Telecomunicaciones, la Televisión e Internet*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2003, pp. 115-149.

<sup>406</sup> Cfr. ANA I. MENDOZA LOSANA. “Pago por adelantado de cuota de abono telefónico”, en *Revista de Estudios sobre Consumo* nº 71, 2004, p. 23.

<sup>407</sup> Supuestos de pleitos en relación a estos contratos en: SAP Sevilla 17-1-2005 VLex 18796973/SAP Baleares 27-6-2006 VLex 203427427/SAP Baleares 20-9-2006 VLex 59859534/SAP Sevilla 14-5-2007 VLex 55278906/SAP Barcelona 20-6-2007 VLex 30343199/SAP Las Palmas 10-7-2007 VLex 32953760/SAP Valencia 19-11-2007 VLex 37805900/SAP Barcelona 24-7-2008 VLex 63176876/SAP Barcelona 30-6-2009 VLex 76776785/SAP Madrid 29-10-2009 VLex 210546171.

### 2.2.2.1.- Concepto, naturaleza, características y partes del contrato

Así pues, denominamos contrato de servicio de red inteligente en su modalidad de tarificación adicional al contrato de arrendamiento de obra que suscribe un prestador de servicio de tarificación adicional con un operador de red inteligente para obtener las facilidades necesarias que le permitan su prestación mediante la utilización del correspondiente recurso numérico de telecomunicación

Este contrato cabe igualmente al margen de la modalidad de tarificación adicional, por ejemplo, también es necesario para las llamadas a 900, 901 ó 902.

Su naturaleza jurídica es fundamentalmente la del contrato de arrendamiento de obra del artículo 1.544 del Código Civil, ya que el operador o contratista se compromete ante su cliente comitente, el prestador, a un resultado, a saber, introducir en la llamada las facilidades de red inteligente que se contraten. Y decimos fundamentalmente porque una de sus prestaciones, accesoria pero ciertamente relevante a nuestros efectos es más propia del arrendamiento de servicios que del arrendamiento de obra, motivo por el que le dedicaremos enseguida un apartado específico, la relativa al cobro del precio del servicio de tarificación adicional en nombre del prestador.

Se trata de un contrato de carácter bilateral, consensual, oneroso y de ejecución periódica, del que también debe destacarse su carácter mercantil, dado que ambas partes contratantes son empresas.

Por último, las partes del contrato son el prestador del servicio de tarificación adicional y el operador de red inteligente. Nos centraremos en el segundo, dado que el primero será tratado cuando analicemos los elementos personales del contrato de servicio de tarificación adicional.

Cuando comenzaron a prestarse los primeros servicios de tarificación adicional en la época del monopolio, Telefónica era simultáneamente el operador de acceso del consumidor, el operador de acceso del prestador y el operador que facilitaba en el sistema la red inteligente.

En 2002, la Orden PRE/361/2002, de 14 de febrero, no hacía aún referencia expresa a los operadores de red inteligente, cuya entrada en el nuevo mercado liberalizado llegaba entonces lenta pero inexorablemente, dado que consideraba que no existían operadores de red inteligente autónomos y diferentes a los operadores generalistas<sup>408</sup>.

La modificación de 2004 operada por Orden PRE/2410/2004, de 20 de julio, disoció finalmente las dos funciones, comunicación electrónica soporte y facilidades de red inteligente, identificando sustantivamente al operador de red inteligente como el “que tiene asignados los recursos públicos de numeración pertenecientes a rangos atribuidos a los servicios de tarificación adicional y suministre números de este tipo al prestador de servicios de tarificación

---

<sup>408</sup> La complejidad de la situación aumentaba con la proliferación de actores, la propia CMT lo reconocía en la que fue muy relevante Resolución de 23-10-2003 del Consejo de la CMT relativa a la consulta planteada por la oficina municipal de información al consumidor del Ayuntamiento de Rivas-Vaciamadrid relativa a los números de inteligencia de red en su modalidad de tarificación adicional.

adicional, formalizando el correspondiente contrato-tipo”, denominándolo “operador del servicio de red de tarificación adicional”<sup>409</sup>.

Esta definición reglamentaria comete de nuevo un leve error cuando asocia el concepto de operador de red inteligente a que sea asignatario de numeraciones telefónicas de este tipo, cuando lo esencial es que tenga la capacidad técnica de ofrecer servicios de inteligencia de red, y celebrar los correspondientes contratos, exista o no asignación de numeraciones. De hecho, bien puede ocurrir que un prestador contrate red inteligente y número con un operador, y que posteriormente realice una portabilidad de ese número y contrate el servicio de red inteligente con otro operador, con el que evidentemente no estaría contratando numeración.

Por ello, los contratos que celebre un prestador no tienen por qué estar siempre ligados a la asignación de una numeración de tarificación adicional, ya que en ocasiones podrá ofrecer sus servicios a un prestador de servicios de tarificación adicional que ya posea algún número asignado por otro operador y que desee cambiar de operador a la vez que conservar la numeración.

#### 2.2.2.2.- Obligado sometimiento a un Contrato-Tipo

El contenido del contrato que analizamos está sometido a un régimen de intervención administrativa<sup>410</sup>.

Dada la dinámica evolutiva que hemos constatado en este tipo de servicios, la primera y obligada pregunta es si existe o no una habilitación de la ley a la Administración para imponer un contrato tipo a esta relación mercantil.

La intervención administrativa sobre la contratación entre prestadores de servicios de tarificación adicional y el entonces único operador de telecomunicaciones tiene su origen en noviembre de 1993, como señalamos en su momento, con la imposición de un Contrato-Tipo.

Con la liberalización de 1998 y la desaparición de las técnicas de control típicas del servicio público, desapareció esta potestad administrativa de control<sup>411</sup>.

---

<sup>409</sup> Artículo 4.1 de la Orden PRE/361/2002, de 14 de febrero. El artículo 2.1.5 del Código de Conducta de 2004 define al operador de red inteligente en los mismos términos que la Orden.

<sup>410</sup> El artículo 9 de la Orden PRE/361/2002, de 14 de febrero, dispone que “la relación jurídica que se establezca entre los operadores que presten el servicio de red de tarificación adicional y los prestadores de servicios de tarificación adicional, será regulada a través de un contrato-tipo, que será aprobado por la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información, en los términos establecidos en el artículo 56 del Real Decreto 1736/1998, de 31 de julio”.

<sup>411</sup> Esta potestad no se encontraba amparada por la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones, ya que ninguna de las dos referencias que hacía a los contratos entre operadoras y abonados habilitaba con claridad la potestad citada.

En primer lugar, en relación a cualesquiera tipo de contratos y prestaciones, el artículo 54.5 señalaba que “el Gobierno o, en su caso, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, podrán introducir cláusulas de modificación de los contratos celebrados entre los operadores y los usuarios, para evitar el trato abusivo a éstos” así como “cuando afecten a la competencia en el mercado”. Por tanto, entiendo que el control se debía limitar a comprobar la existencia de cláusulas abusivas, ya que en las condiciones generales entre profesionales puede existir abuso de posición dominante, “pero tal concepto se sujetará a las normas generales de nulidad contractual. Es decir, nada impide que también judicialmente pueda declararse la nulidad de una condición general que sea abusiva cuando sea contraria a la buena fe y cause un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes, incluso aunque se trate de contratos entre profesionales o empresarios. Pero habrá de tener en cuenta en cada caso las características



A pesar de ello, se volvió a instaurar al margen de la ley la potestad administrativa de aprobar Contratos-Tipo e incluso transitoriamente se otorgó validez al elaborado en 1993 por la Dirección General de Telecomunicaciones<sup>412</sup>.

Pues bien, este déficit de legalidad fue subsanado por la vigente LGT, cuyo artículo 38 permite la intervención administrativa tanto en contratación con consumidores que sean personas físicas como en contratación con empresarios usuarios finales<sup>413</sup>.

### 2.2.2.3.- Contrato-Tipo, Contratos-Tipo y condiciones generales de contratación

La opción administrativa de control adoptada en 1993 consistió en la elaboración por la propia Administración de un único Contrato-Tipo que se impuso a Telefónica de España para celebrar los contratos con prestadores de servicios de tarificación adicional.

---

específicas de la contratación entre empresas”, Exposición de motivos de la LEY 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación, BOE 14-4-1998.

En segundo lugar, respecto del servicio universal, el artículo 38.3 disponía que “los términos y condiciones para la prestación del servicio universal por un operador de telecomunicaciones se regirán, además de por lo establecido en esta Ley y en sus normas de desarrollo, por lo que determine la Orden del Ministerio de Fomento por la que se regule la prestación de cada servicio concreto por los titulares de licencias individuales”, de lo que parecía deducirse una habilitación legal para intervenir las relaciones contractuales entre operadoras y abonados para garantizar el servicio universal en los términos concretos que impusiese la autoridad administrativa. Pero este precepto no habilitaba la existencia de control administrativo en un contrato de servicios de inteligencia de red, que son los que se utilizan para prestar servicios de tarificación adicional y que no son servicio universal.

Incluso si analizamos el artículo 56 del Real Decreto 1736/1998 de 31-10, expresamente citado por la Orden de 2002 como fundamento de norma superior para imponer el control sobre el contrato tipo, actualmente derogado, tampoco encontramos habilitación alguna. Establecía el apartado 1 del precepto que las relaciones entre los abonados y los operadores se regirán por un contrato que se ajustará a la normativa vigente que les sea de aplicación, incluida la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios de 1984, afirmación más que evidente que se podía haber ahorrado el extenso Reglamento. En el apartado 2 se disponía una forma de intervención administrativa sobre los contratos, exclusivamente en lo referido a prestaciones calificadas como obligaciones de servicio público pero, como comentamos, y dado que los contratos entre prestadores de servicios de tarificación adicional y operadores de telecomunicaciones no son servicio universal, tampoco habilitaba a la Orden de 2002 a establecer un contrato tipo entre éstos. Y el apartado 3 del artículo 56 que comentamos regulaba el contenido mínimo obligatorio del contrato que los operadores de servicio telefónico disponible al público celebrasen con los abonados y por tanto, este apartado tampoco incluyó a los contratos entre operadores y prestadores, que no son contratos de telefonía ordinarios.

<sup>412</sup> La disposición transitoria segunda, punto 1 de la Orden PRE/361/2002, de 14 de febrero, prevenía que “hasta la aprobación del contrato-tipo a que se refiere el apartado 9 de la presente Orden, «Telefónica de España S. A. U.» y los prestadores de servicios de tarificación adicional que contraten con ella podrán suscribir el actual contrato-tipo para la prestación de servicios de información de tarificación adicional soportados en el servicio telefónico fijo disponible al público, y que rige en la actualidad las relaciones jurídicas entre las partes”.

<sup>413</sup> El artículo 38.2.g LGT establece que por Real Decreto, se podrán regular “los supuestos en que serán exigibles y el contenido mínimo de los contratos celebrados entre consumidores que sean personas físicas u otros usuarios finales y prestadores de servicios de comunicaciones electrónicas que no sean los que facilitan conexión o acceso a la red telefónica pública”. Y el artículo 11.2 de la CDUSCE dispone la obligatoriedad de que la Administración conceda autorización administrativa previa a las condiciones generales de contratación entre operadores y prestadores de servicios de tarificación adicional.

Sin embargo, en 2002 la opción fue distinta. La diversidad de operadores fruto de la liberalización permitía que cada uno elaborase su propio Contrato-Tipo y que presentase su texto ante la Administración para su correspondiente autorización. Y se pasó de un Contrato-Tipo único a tantos como operadores ofreciesen en el mercado el servicio de red inteligente<sup>414</sup>.

Por último, en 2009 se ha pasado a exigir una autorización administrativa previa exclusivamente respecto de las condiciones generales de contratación<sup>415</sup>, sin mencionar el “Contrato-Tipo”, en definitiva, una modificación más formal que material, pero introduciendo una denominación jurídicamente más correcta, ya que el Contrato-Tipo, como en este ámbito lo conocemos, no es sino una sucesión de cláusulas predispuestas que impone el operador a todos los prestadores de servicios de tarificación adicional que deseen contratar con él, tal y como resulta de la definición de condiciones generales de contratación del artículo 1.1 de la Ley 7/1998, de 13 de abril.

#### 2.2.2.4.- Contenido de los Contratos-Tipo

El primer Contrato-Tipo de 1993 tenía un texto cerrado que reproducimos en uno de los Anexos, pero los actualmente existentes no son de público conocimiento, ya que la actual intervención administrativa se limita a aprobar los textos que presentan los operadores.

Fijaba una duración anual prorrogable por tácita reconducción, y establecía tres obligaciones fundamentales respecto del único operador entonces, Telefónica, una primera e inicial de asignación al prestador de los correspondientes números telefónicos 903 ó 906; una segunda y principal de prestación del servicio de inteligencia de red cada vez que se efectuase una llamada; y la tercera de recaudación del precio que correspondía al prestador del servicio de tarificación adicional<sup>416</sup>.

Por su parte, las obligaciones del prestador eran la principal de pago del precio por el servicio de red inteligente que le prestaba Telefónica, una serie de medidas destinadas a asegurar que los equipos telefónicos del prestador no dañasen la red pública, y el sometimiento al Código de Conducta elaborado por

---

<sup>414</sup> Así quedó establecido por el apartado tercero de la Disposición Transitoria Segunda de la Orden PRE/361/2002, de 14 de febrero, otorgando a los operadores un plazo de un mes desde su entrada en vigor para presentar un nuevo contrato-tipo para las nuevas relaciones contractuales y el texto de la correspondiente adaptación a las disposiciones de esta Orden de los contratos ya celebrados con prestadores de servicios de tarificación adicional, lo que tuvo lugar entre 2004 y 2005. Consta en las Memorias de la CMT que informó varios textos de este tipo ante la Secretaría de Estado, en concreto, dos textos de contratos en 2004 y seis en 2005 (ninguno en 2002, 2003 ni 2006). En 2007 se informaron dos textos y en 2008 se informaron 5.

<sup>415</sup> Artículo 11.2 de la CDUSCE.

<sup>416</sup> En concreto, el proceso de recaudación preveía que por cada número contratado, Telefónica enviaría mensualmente al prestador los datos relativos a las llamadas recibidas en su número durante los dos meses anteriores y generadas en las provincias incluidas en el proceso de facturación correspondiente al mes considerado. En base a estos datos el prestador presentaría una factura a Telefónica por los servicios de valor añadido facilitados a los usuarios de las provincias citadas y durante el periodo considerado, remuneración ésta que consistía en un incremento añadido a las tarifas establecidas para la comunicación telefónica, que dependía del nivel en que se encuadraba la información suministrada. Telefónica abonaba el importe íntegro de esta factura dado que simultáneamente recaudaba de los consumidores los correspondientes importes por cada llamada.

la Comisión de Supervisión, cuyo principal objetivo era y es la protección de los consumidores<sup>417</sup>.

No hemos podido acceder al texto de ninguno de los Contratos-Tipo actualmente autorizados, pues las autoridades no los han hecho públicos. Aunque en lo básico no pueden ser muy diferentes del Contrato-Tipo de 1993, el artículo 9.2 de la Orden PRE/361/2002, de 14 de febrero, establece que tales contratos, unas veces de forma preceptiva, otras de forma facultativa, deben incluir una serie de contenidos que analizamos a continuación.

#### 2.2.2.4.1 Los Códigos de Conducta como contenido obligatorio de los Contratos-Tipo

La principal imposición administrativa en materia de contenidos contractuales exige “la aceptación y sumisión por ambas partes a las disposiciones contenidas en el Código de Conducta para la Prestación de los Servicios de Tarificación Adicional, al que quedarán vinculadas con carácter obligatorio”<sup>418</sup>.

No sólo eso, también se exige que incorpore expresamente como cláusula contractual el principal medio administrativo de reacción frente al incumplimiento del Código de Conducta, la retirada del número al prestador y al operador de red inteligente, en los términos que más adelante analizaremos.

Ocurre que los Códigos, ya que actualmente son dos, el general de 2004 y el de mensajería premium de 2009, están repletos de compromisos, unos de mayor relevancia y otros de menor relevancia, por lo que sería más que aconsejable que los Contratos-Tipo definiesen con claridad las diferentes consecuencias derivadas del incumplimiento de cada uno de ellos, y en particular, que señalen cuáles ostentan naturaleza resolutoria. Precisamente en este sentido debemos interpretar lo dispuesto de forma algo confusa por el precepto transcrito, que el contrato-tipo deberá diferenciar con claridad dos tipos de supuestos, los supuestos en los que se reconozca la facultad del operador de red inteligente de resolverlo en caso de incumplimiento de los Códigos de Conducta por parte del prestador, y aquellos supuestos en que no se reconozca tal facultad resolutoria<sup>419</sup> y que en todo caso, se deberá establecer como supuesto con relevancia resolutoria el “incumplimiento reiterado”, lo que se regula en los Códigos a efectos de retirada de numeración y que analizaremos en su momento.

---

<sup>417</sup> También encontramos referencia a estas estipulaciones contractuales en la Sentencia 274/2007 de la Sección 5 de la Audiencia Provincial de Las Palmas de 10.7.2007, JUR 2007\347953.

<sup>418</sup> Artículo 7.2 de la Orden PRE/361/2002, de 14 de febrero. El artículo 1.5 del Código de Conducta de 2004, en su párrafo segundo, dispone que el mismo deberá formar parte del contrato-tipo firmado entre el operador del servicio de red de tarificación adicional y el prestador de servicios, conteniendo declaración de aceptación y sumisión expresa a las disposiciones contenidas en el Código de Conducta.

<sup>419</sup> El artículo 2.2.10 del Código de Conducta de 2004 no es más claro, y reitera que “el contrato tipo firmado entre el operador del servicio de red u operadores de tarificación adicional y el prestador de servicios, deberá contemplar la facultad del operador del servicio de red de resolver el contrato o contratos tipo, en caso de incumplimiento del Código de Conducta por parte del prestador de servicios de tarificación adicional. Cuando dicho incumplimiento sea reiterado, con independencia del motivo del mismo y del número de operador/es, la resolución del contrato o contratos tipo será obligatoria”.

#### 2.2.2.4.2 La asignación de numeración de red inteligente

El contenido ordinario de un primer contrato entre un operador de red inteligente y un prestador de servicios de tarificación adicional incluye la asignación de un número telefónico concreto de entre los que están vinculados a estos servicios, por ejemplo, el 803.666.77X o la correspondiente numeración de mensajería móvil, por ejemplo 2277X.

Pero es importante destacar que, como existe el derecho del usuario a la portabilidad de la numeración, el cambio de operador y de contrato de abono no supone obligatoriamente que todo contrato de abono conlleve nueva asignación de numeración por el operador.

En consecuencia, el contrato del prestador que se abone por primera vez a un servicio de red inteligente, obligatoriamente deberá contener la numeración de este tipo que se le asigne, pero si cambia después de operador y exige la portabilidad, no será necesario en los sucesivos, salvo que renuncie a la numeración para sustituirla por la que le ofrezca el nuevo operador, por ejemplo, por ser comercialmente más llamativa.

#### 2.2.2.4.3 El Fondo de Garantía y los depósitos

El Contrato-Tipo de 1993 preveía la existencia de dos mecanismos de aseguramiento de cobro de los créditos que correspondían entonces al operador Telefónica, por un lado la exigencia inicial de una fianza o aval bancario a los prestadores de servicios de tarificación adicional para atender sus potenciales impagos<sup>420</sup>, y por otro, la creación de un Fondo de Garantía para atender las reclamaciones e impagos posteriores de los llamantes, que se nutría de una detracción obligatoria que Telefónica realizaba del 1% de la facturación que le giraba cada prestador, y que por tanto era de carácter colectivo<sup>421</sup>.

Ante el escenario actual de existencia de varios operadores, la opción reglamentaria no exige el Fondo como elemento obligatorio, sino facultativo, de modo que cada operador puede decidir si crear o no su propio Fondo, y en caso afirmativo, debe regularlo en su Contrato-Tipo mediante cláusulas con derechos y obligaciones de las partes contratantes, dándole carácter particular o colectivo, según estime<sup>422</sup>.

También es facultativo el Fondo preexistente de Telefónica, si bien se la conmina a “buscar fórmulas de minoración y compensación hasta su liquidación definitiva por acuerdo entre las partes, del déficit del actual Fondo de Garantía constituido entre las partes”<sup>423</sup>.

En consonancia con este régimen, tampoco resulta obligatorio que los operadores exijan fianzas o depósitos de garantía a los prestadores de

---

<sup>420</sup> Su importe era de 1.000.000 pesetas por cada acceso digital y/o 50.000 pesetas por cada acceso analógico.

<sup>421</sup> Sentencia nº 225/2007 de Audiencia Provincial, Sevilla, 14 de Mayo de 2007, VLex 55278906.

<sup>422</sup> El artículo 9.2 de la Orden PRE/361/2002, de 14 de febrero, establece hoy en día que “podrá incluirse en el contrato-tipo la constitución de un Fondo de Garantía para la cobertura de los casos de fraude y/o morosidad en el servicio...”.

<sup>423</sup> Disposición Transitoria Segunda, apartado 2 de la Orden PRE/361/2002, de 14 de febrero.

servicios de tarificación adicional al celebrar contratos, pero en caso de que lo consideren conveniente, deberá recogerse en el Contrato-Tipo junto a su cuantía y condiciones de devolución. Entendemos que el control administrativo sobre el Contrato-Tipo también podría analizar la equidad del montante y supuestos de cobro de depósitos<sup>424</sup>.

#### 2.2.2.4.4 Otras cláusulas

Como cualquier contrato de comunicaciones electrónicas, el que analizamos debe contener los datos básicos de identificación del operador, teléfono de atención al cliente, características del servicio, calidad y precios.

También se exige que el contrato garantice el correcto funcionamiento del servicio, en particular, el funcionamiento de la locución informativa previa o menú de inicio, del periodo de guarda o espera obligatorio antes de ser suministrado el servicio y de los *dialer*.<sup>425</sup>

Por último, se contempla la posibilidad de inclusión de “fórmulas de pago por parte del operador al prestador de servicios de tarificación adicional condicionadas al cobro efectivo del servicio”<sup>426</sup>, ya que desde el inicio de esta actividad económica en 1992, su dinámica quedó plenamente condicionada por la del propio funcionamiento del servicio telefónico, en particular, por la facturación bimestral a los abonados, cobro por adelantado de los conceptos asociados a la cuota de abono y cobro a posteriori del consumo o servicio medido (lo que a veces se llega a retrasar hasta dos meses desde que se hace una llamada).

Pese a ello, Telefónica no esperaba al cobro efectivo de las llamadas por parte del usuario para abonar a los prestadores las cantidades que les correspondiesen. Puesto que Telefónica conoce y conocía en todo momento el consumo generado desde cada línea o abonado, enviaba mensualmente al prestador los datos relativos a las llamadas recibidas en su número y sobre la base de estos datos el prestador presentaba una factura a Telefónica por los servicios suministrados y Telefónica abonaba el importe íntegro de esta factura, sin saber si las mismas habían sido aceptadas y pagadas por los consumidores abonados.

Las reclamaciones e impagos de los consumidores por desacuerdo con estos servicios introdujeron grandes disfunciones en este esquema, ya que Telefónica adelantaba a los prestadores importes que luego los consumidores

---

<sup>424</sup> El artículo 12.d) de la Orden PRE/361/2002, de 14 de febrero, establece que “los operadores podrán exigir a sus abonados la constitución de un depósito de garantía, tanto en el momento de contratar como durante la vigencia del contrato... en los contratos de abono formalizados en los términos previstos en el contrato-tipo, cuyos titulares presten servicios de tarificación adicional”. En su artículo 13, la Orden establece la cuantía máxima de los depósitos que se pretendan exigir a los consumidores, pero no se establece similar previsión respecto de los prestadores de servicios de tarificación adicional, limitándose su apartado 4 a señalar que “la cuantía del depósito será la que figure en el correspondiente contrato-tipo”. El depósito se devolverá en la forma y momento que se determine en el Contrato-Tipo, siempre y cuando el titular no haya dejado de pagar ningún recibo. En caso contrario, el depósito no se devolverá hasta que se liquiden íntegramente todas las deudas, conforme dispone el artículo 16.2 de la Orden.

<sup>425</sup> Artículo 8 de la CDUSCE y específicamente el artículo 18 bis.3 de la Orden PRE/361/2002, de 14 de febrero, introducido por su reforma de 2004.

<sup>426</sup> Artículo 9.2 de la Orden PRE/361/2002, de 14 de febrero.

no abonaban, y tales impagos eran trasladados por Telefónica al Fondo de Garantía, que por ello generó el déficit que la propia Orden reconoció.

Tal es el motivo de que se considere necesario que el operador sólo pague al prestador cuando se haya cobrado efectivamente el servicio del consumidor abonado, de modo que se pueda repercutir con facilidad el impago a su principal responsable, al que causa la disconformidad del consumidor, el prestador del servicio de tarificación adicional<sup>427</sup>.

### **2.2.3.- El cobro material del precio**

La relevancia y complejidad de esta prestación contractual aconseja dedicarle un apartado específico.

Ya se estipulaba en el Contrato-Tipo de 1993 que “Telefónica asume, por cuenta y en nombre del prestador del servicio, el cobro a los usuarios de las cuotas correspondientes al uso de los servicios que dé el prestador del servicio”.

En caso de discrepancia entre Telefónica y el prestador, aquella abonaba la parte no discutida, haciéndose, en su caso, un abono complementario una vez resuelta la controversia.

#### **2.2.3.1.- Naturaleza jurídica del cobro como comisión mercantil**

Y es que todo contrato entre prestador y operador de red inteligente ha de incluir necesariamente un mandato de cobro para la recaudación del precio parcial del servicio de tarificación adicional mediante la facturación telefónica o asimilada. De lo contrario, no estaríamos ante un servicio de tarificación adicional.

Y hablamos de mandato porque la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones así lo califica<sup>428</sup>, aunque entendemos que no es un contrato autónomo, sino una mera prestación más del contrato que analizamos, cuya naturaleza jurídica a efectos de identificar legislación aplicable entendemos más afín al de comisión mercantil que a otras figuras, como son el

---

<sup>427</sup> Y es que, a nivel práctico, no es lo mismo que el operador exija al prestador la devolución de una cantidad (lo que en última instancia lleva a que el operador deba convertirse en demandante en un proceso judicial por devolución de cantidad pagada indebidamente) que no la pague porque el usuario ha declinado a su vez hacerlo (lo que en última instancia convertiría en demandante al prestador). De hecho, la CMT ya ha impuesto esta mecánica mediante su Resolución del Consejo de 10 de julio de 2003 sobre la modificación de la Oferta de Interconexión de Referencia de «Telefónica de España, Sociedad Anónima Unipersonal».

<sup>428</sup> La CMT no analiza en sus Resoluciones la posible naturaleza del contrato de mandato, pero como mandato consta en todas, particularmente Resoluciones de 27-6-2002, 30-7-2002, 10-7-2003-OIR Telefónica, 27-1-2005, 10-11-2005, 25-5-2006, 1-6-2006, 7-2-2008 y 24-4-2008. En las Resoluciones de 27 de junio y 30 de julio de 2002 afirma que “L califica este servicio prestado por T como un mandato. El artículo 1.709 del Cc define el contrato de mandato como aquel por el que una persona se obliga a prestar algún servicio o hacer alguna cosa, por cuenta o encargo de otra. Por lo tanto, sin perjuicio de lo que después se manifiesta, no hay inconveniente en aceptar la calificación dada por L a este contrato de prestación de servicios por parte de T a la propia L”.

arrendamiento de servicios, el contrato de agencia, el contrato de mediación o corretaje o el de factoring<sup>429</sup>.

Aunque algunos Tribunales califican como arrendamiento de servicios los contratos que se conciertan para el cobro de créditos a morosos, como el muy conocido “Cobrador del Frac”<sup>430</sup> (otros se pronuncian tangencial y confusamente al respecto<sup>431</sup>), lo cierto es que la distinción entre éste y mandato es una vieja y tradicional discusión doctrinal.

La diferencia entre ambos estriba en que el arrendatario se obliga a ejecutar por sí mismo una determinada actividad de carácter material, como redactar un informe o pintar un piso, mientras que el mandatario se obliga a gestionar los intereses del mandante realizando actos materiales de orden jurídico<sup>432</sup>, aunque existen otras muchas diferencias accesorias<sup>433</sup>.

Así pues, la cuestión es analizar si la actividad material de recaudación del precio en los servicios de tarificación adicional es o no un acto jurídico. Una respuesta positiva nos permitiría afirmar a continuación que, tratándose de un mandato entre operadoras y prestadores, es decir, entre sociedades mercantiles, y dado que se celebra dentro de una línea de negocio mercantil muy clara, cual es la actividad económica de prestación de servicios de tarificación adicional y por tanto, un “acto de comercio”<sup>434</sup>, nos encontraríamos

---

<sup>429</sup> Bibliografía básica: LAURA GÁZQUEZ SERRANO. *El contrato de mediación o corretaje*. 1ª edición. Madrid: La Ley, 2007. JOSÉ ANTONIO ALVAREZ-CAPEROCHIPI. *El mandato y la comisión mercantil*. Granada: Comares, 1997. JOSÉ MOXICA ROMÁN. *La Ley del contrato de agencia: análisis de doctrina y jurisprudencia. Formularios*. 3ª edición. Navarra: Aranzadi, 2001. FERNANDO MARTÍNEZ SANZ, MONTEAGUDO MONTIANO Y FELIPE PALAU RAMÍREZ, *Comentario a la Ley sobre contrato de agencia*. 1ª edición. Madrid: Civitas, 2000. RAFAEL GARCÍA VILLAVERDE (coord). *El contrato de factoring*. Madrid: McGraw-Hill, 1999. JOSÉ ANTONIO GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ. *El Contrato de factoring*. Madrid: Tecnos, 1990. JAVIER GARCÍA DE ENTERRÍA. Prólogo de Aurelio Menéndez. *Contrato de factoring y cesión de créditos*. Madrid: Civitas, 1995.

<sup>430</sup> SAP Ciudad Real nº 324/2003 de 20-11-2003 (Sección 1ª), de 20 noviembre, Recurso núm. 121/2003, JUR 2004\50587, en relación a pleito por incumplimiento del contrato abierto de gestión de cobro de deudas y pérdida de documentación correspondiente. Dicho contrato, dice la Audiencia, “implica la formalización de un contrato de arrendamiento de servicios que abarca la gestión de cobro de la deuda en su reclamación extrajudicial y en su caso, atendiendo al parámetro de la solvencia del deudor y la viabilidad de éxito, incluso judicialmente, por una cantidad determinada y ascendente a diez millones de pesetas, recibiendo a su firma el precio de dicho arrendamiento...Aparte de dicho precio por los honorarios a la suscripción del contrato, la empresa de recobros percibe comisión que alcanza al 38% del importe de la deuda cobrada y que se refleja en las sucesivas liquidaciones que se efectúan en el desarrollo del contrato”.

<sup>431</sup> SAP Barcelona (Sección 4ª) de 28 mayo 2001, Recurso núm. 1340/1999, JUR 2001\258771, que se basa en el contrato de servicio entre las partes para la gestión del cobro de créditos encomendados como morosos, afirma que “queda sobradamente acreditada la extra limitación del mandato que se contiene en el denominado contrato de servicios...”

<sup>432</sup> Cfr. CARLOS LASARTE. *Principios de Derecho Civil III. Contratos*. 12ª edición. Madrid: Marcial Pons, 2009, p. 310. Analizando el contrato de comisión mercantil, CALERO utiliza este mismo criterio cuando indica que “...el contrato de comisión no es sino un mandato mercantil, y la actividad que ha de realizar ha de ser jurídica, esto es, un trabajo cualificado y no cualquier tipo de actividad”, en FERNANDO SÁNCHEZ CALERO, y JUAN SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE. *Instituciones de Derecho Mercantil. Volumen II*. 32ª edición. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2009, p. 206.

<sup>433</sup> Vid. RODRIGO BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO (Coord.). *Comentarios al Código Civil*. 3ª edición. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2009, p. 1808.

<sup>434</sup> El concepto de “acto de comercio” algunos ríos de tinta ha hecho correr. El artículo 2 del Código de Comercio establece que “los actos de comercio, sean o no comerciantes los que los ejecuten, y estén o no especificados en este Código, se regirán por las disposiciones contenidas en él; en su defecto, por los usos del comercio observados generalmente en cada plaza; y a falta de ambas reglas, por las del Derecho

ante la subespecie mercantil del contrato de mandato, es decir, ante un contrato de comisión mercantil<sup>435</sup>. Pero si consideramos que la actividad material de recaudación de precio no es un acto jurídico, la naturaleza de este contrato sería la típica de un arrendamiento de servicios.

La mayoría de la doctrina considera que el pago que realiza un deudor es un acto jurídico<sup>436</sup>, aunque no hay similar acuerdo respecto de su naturaleza, ya que para unos es de naturaleza unilateral porque se entiende efectuado con la simple actuación del deudor, y para otros es de naturaleza negocial, ya que además requiere el cobro, es decir, la aceptación del pago por parte del acreedor<sup>437</sup>, incluso hay posturas sincréticas que adoptan una u otra según el caso<sup>438</sup>. A nuestros efectos, nos basta con constatar que es indubitado que tanto pago como cobro son actos de orden jurídico.

Por tanto el cobro o recaudación del precio es una prestación de orden jurídico que goza de la naturaleza del contrato de comisión mercantil. Podría hasta plantearse como una prestación típica del denominado contrato de agencia, que cuenta con una regulación específica, la Ley 12/1992, de 27 de mayo, ya que este contrato, entre otros aspectos, se caracteriza por la continuidad o estabilidad en la relación entre comitente y comisionista. CALERO señala que doctrina y jurisprudencia siempre han mantenido que este contrato era una subespecie del contrato de comisión mercantil y que esta profesionalidad del agente es la nota esencial que sirve para diferenciar el contrato de agencia del de comisión e implica la ejecución continuada de la actividad, nunca ocasional<sup>439</sup>.

Sin embargo, no parece que nos encontremos ante un supuesto de corretaje ni factoring.

El objeto del primero es facilitar la conclusión de otro contrato condicionándose la remuneración del mediador o corredor a dicha

---

común. Serán reputados actos de comercio los comprendidos en este Código y cualesquiera otros de naturaleza análoga". FERNANDO SÁNCHEZ CALERO, y JUAN SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE afirman que a pesar de la imprecisión del término, "actos de comercio" ha de referirse esencialmente a la materia contractual. *Instituciones de Derecho Mercantil. Volumen I.* 32ª edición. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2009, p. 83. Cfr. AURELIO MENÉNDEZ Y ÁNGEL ROJO (Dtores). *Lecciones de Derecho Mercantil.* 8ª edición. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2010, pp. 44-46.

<sup>435</sup> El artículo 244 del Código de Comercio establece que "se reputará comisión mercantil el mandato, cuando tenga por objeto un acto u operación de comercio y sea comerciante o agente mediador del comercio el comitente o el comisionista".

<sup>436</sup> Cfr. XAVIER O'CALLAGHAN. *Compendio de Derecho Civil. Tomo II. Derecho de Obligaciones.* 6ª edición. Madrid: Dijusa, 2009, p. 123.

<sup>437</sup> LUIS DíEZ-PICAZO. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Volumen II. Las relaciones obligatorias.* 6ª edición. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2008, p. 544. También hay otra significativa parte de la doctrina en contra de una concepción negocial del pago, cfr. J. SANTOS BRIZ (Dtor). *Tratado de Derecho Civil. Teoría y práctica. Tomo III. Derecho de Obligaciones.* 1ª edición. Barcelona: Bosch, 2003, pp. 125-126.

<sup>438</sup> Cfr. JAVIER MÁXIMO JUÁREZ GONZÁLEZ. "Cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones". JUAN FRANCISCO DELGADO DE MIGUEL (Coord.). *Instituciones de Derecho Privado. Tomo III. Obligaciones y contratos. Vol Iº.* 1ª edición. Madrid: Civitas, 2002, p. 117.

<sup>439</sup> Cfr. FERNANDO SÁNCHEZ CALERO, y JUAN SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE. *Instituciones de Derecho Mercantil. Volumen II.* 32ª edición. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2009, p. 227. La profesionalidad es nota característica en cualquier actividad empresarial Cfr. FERNANDO SÁNCHEZ CALERO y JUAN SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE. *Instituciones de Derecho Mercantil. Volumen I.* 32ª edición. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2009, p. 107.



conclusión<sup>440</sup>, lo que no ocurre en la figura que analizamos, ya que el operador que recauda gestiona un cobro de precio relativo a un contrato ya celebrado y a quien se debe remunerar aunque las gestiones de cobro resulten infructuosas.

Y el factoring es definido por CALERO como contrato de colaboración por el que el factor se obliga frente a un empresario a gestionar el cobro del conjunto de los créditos que éste tiene frente a sus clientes y ceden al factor, garantizando en unos casos el cobro de una parte o de la totalidad de los mismos en el supuesto de insolvencia del deudor del crédito cedido, o bien anticipando el importe de los créditos, o ambas cosas a la vez, lo que no concurre en la tarificación adicional. Su naturaleza jurídica es compleja, ya que el factor se encarga de la gestión de cobro de determinados créditos pero no es un puro gestor de esos créditos, sino un cesionario de los mismos, por lo que es un contrato mixto y *sui generis*<sup>441</sup> poco apropiado para considerar de tal naturaleza la figura que analizamos.

Y en definitiva, la prestación de cobro es una comisión mercantil de tipo directo, expreso, retribuido y especial. Directo porque las operadoras llevan a cabo las gestiones propias de esta comisión siempre en nombre de su comitente. Expreso, frente a la modalidad tácita, ambas contempladas en el artículo 1.710 del Código Civil, porque se recoge en el Acuerdo General de Interconexión-AGI que analizamos a continuación. Oneroso, tanto por lo dispuesto en la segunda parte del artículo 1.711 del Código Civil como por expresa disposición del artículo 277 del Código de Comercio. Y por último, sería una comisión especial, conforme dispone el artículo 1.712 del Código Civil, porque comprendería un negocio, asunto o gestión determinado, no los negocios en general del mandante<sup>442</sup>.

#### 2.2.3.2.- El cobro es una prestación más del contrato denominado Acuerdo General de Interconexión

La ruptura del monopolio de las telecomunicaciones y sus derechos exclusivos sólo ha podido concretarse mediante la imposición del principio de disponibilidad o acceso a las redes de Telefónica por parte de otros operadores y una obligada interconexión entre todos ellos, de modo que cualquier abonado pueda comunicarse con cualquier otro independientemente del operador de acceso elegido<sup>443</sup>.

---

<sup>440</sup> Cfr. FERNANDO SÁNCHEZ CALERO, y JUAN SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE. *Instituciones de Derecho Mercantil. Volumen II*. 32ª edición. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2009, pp. 245-246.

<sup>441</sup> Cfr. FERNANDO SÁNCHEZ CALERO, y JUAN SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE. *Instituciones de Derecho Mercantil. Volumen II*. 32ª edición. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2009, pp. 248-250.

<sup>442</sup> Cfr. FERNANDO SÁNCHEZ CALERO, y JUAN SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE. *Instituciones de Derecho Mercantil. Volumen II*. 32ª edición. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2009, p. 207, donde se señala que “el propio Código de Comercio...admite que el comisionista pueda actuar con poder de representación directa o sin él”.

<sup>443</sup> La interconexión, tal y como la define el punto 14 del anexo II de definiciones de la LGT, consiste en la “conexión física y lógica de las redes públicas de comunicaciones utilizadas por un mismo operador o por otro distinto, de manera que los usuarios de un operador puedan comunicarse con los usuarios del mismo operador o de otro distinto, o acceder a los servicios prestados por otro operador. Los servicios podrán ser prestados por las partes interesadas o por terceros que tengan acceso a la red. La interconexión constituye un tipo particular de acceso entre operadores de redes públicas”. Aunque se establece que la interconexión es una de las modalidades de acceso, lo cierto es que tienen finalidades distintas, la

La interconexión es un derecho y un deber de todos los operadores de redes públicas de telecomunicaciones, por lo que es un servicio que deben prestarse mutuamente conforme al artículo 11 de la LGT<sup>444</sup>.

Cada interconexión se instrumentaliza por los operadores mediante un contrato denominado Acuerdo General de Interconexión-AGI entre el operador que solicita la interconexión y el que la ofrece, que puede definirse como “el contrato que vincula a dos operadores de redes públicas de comunicaciones electrónicas y que regula las relaciones de interconexión entre ambos”<sup>445</sup>.

Su naturaleza es la propia de un contrato de arrendamiento, y así es considerado por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, y suele perfeccionarse mediante la aceptación por parte de un operador de la oferta contractual en este sentido de otro operador, denominada Oferta de Interconexión de Referencia-OIR<sup>446</sup>.

La interconexión es materia sometida a una rígida intervención administrativa ejercida por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, que así lo recuerda cuando añade en las Resoluciones de 27 de junio y 30 de julio de 2002 que “hemos de tener en cuenta que la relación contractual que examinamos se regula dentro de un contrato de interconexión cuya naturaleza es la que ha quedado determinada anteriormente y que se encuentra sujeto, no solo a las normas comunes de derecho civil reguladoras de los contratos privados sino también a las normas sectoriales y actos emanados por la Administración...”<sup>447</sup>.

---

interconexión de redes es un medio para que todos los usuarios puedan comunicarse entre sí y el acceso supone fundamentalmente la disponibilidad de uso sobre redes ajenas, cfr. ISABEL SANTAELLA GARCÍA-ROYO en JAVIER CREMADES y JAIME RODRÍGUEZ-ARANA (Dtores). *Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones (Aprobada por Ley 32/2003, de 3 de noviembre)*. Madrid: La Ley-Actualidad, 2004, p. 218. Sobre la diferencia conceptual entre interconexión, acceso abierto, alquiler de circuitos y reventa de capacidad, vid. ANTONIO JESÚS SÁNCHEZ RODRÍGUEZ. Prólogo de Tomás de la Quadra-Salcedo. *Derecho de las Telecomunicaciones. Nuevo Derecho y nuevo mercado*. Madrid: Dykinson 2002, pp. 135-137.

<sup>444</sup> Su desarrollo reglamentario, fundamentalmente previsto en el artículo 22.2 del Reglamento sobre mercados de comunicaciones electrónicas, acceso a las redes y numeración, aprobado por Real Decreto 2296/2004, de 10 de diciembre, BOE 30-12-2004, establece este doble carácter cuando dispone la obligación de las operadoras de comunicaciones electrónicas de negociar la interconexión mutua: “Los operadores de redes públicas de comunicaciones electrónicas tendrán el derecho y, cuando se solicite por otros operadores de redes públicas de comunicaciones electrónicas, la obligación de negociar la interconexión mutua, para prestar servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público, con el objeto de garantizar así la prestación de servicios y su interoperabilidad. Los acuerdos de interconexión se formalizarán en el plazo máximo de cuatro meses, contados desde la fecha de solicitud de iniciación de la negociación. Sin perjuicio de ello, las partes podrán convenir el ampliar dicho plazo”.

<sup>445</sup> GLORIA CALVO DIAZ ofrece esta definición en la obra de EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA y TOMÁS DE LA QUADRA-SALCEDO (Coord.), *Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones, Ley 32/2003 de 3 de noviembre*. Madrid: Thomson-Civitas, 2004, p. 196.

<sup>446</sup> Para la CMT, la Oferta de Interconexión de Referencia-OIR es el listado de elementos y funciones de red con capacidad de ser utilizados para la interconexión y que son ofrecidos por un operador en las condiciones y precios que en esa oferta se indican. *Informe Anual 2005*. Barcelona, 2006, p. 394. Sobre interconexión y OIR, vid. JAVIER CREMADES y ANTONIO GARCÍA MARTÍNEZ. “Algunos aspectos clave de la interconexión entre redes”, en JOSÉ FERNANDO MERINO MERCHÁN y MARÍA PÉREZ-UGENA Y COROMINA (Coord.). *Curso de Derecho de las Telecomunicaciones*. Madrid: Dykinson, 2000, pp. 85-104. Sobre la interconexión de redes y servicios de telecomunicaciones analizada como relación jurídica de derecho privado, OLGA LUCÍA ALFONSO VELÁSQUEZ. *La interconexión de redes de telecomunicaciones*. 1ª edición. Madrid: Reus, 2006, 319 pp.

<sup>447</sup> Resolución 27-06-2002 del Consejo de la CMT, por la que se adoptan medidas en relación con el conflicto de interconexión interpuesto por LINCE TELECOMUNICACIONES, S.A. contra

El trasvase de fondos por llamadas a servicios de tarificación adicional es una prestación más pactada en este gran contrato, de modo que en puridad de términos, no existe un contrato autónomo de recaudación o gestión de cobro entre operadoras interconectadas, sino que este servicio es una prestación más pactada en el correspondiente AGI.

#### 2.2.3.3.- El contenido de la prestación de cobro del operador

En 1992 sólo existía un operador y un mandato de cobro entre éste y el prestador de servicio de tarificación adicional. Actualmente existen diversos operadores de telecomunicaciones que, gracias a la liberalización, han ocupado los diversos nichos funcionales que antes copaba Telefónica, y así, en la actualidad no existe un único mandato de cobro entre prestador y operador, sino una cadena de mandatos, tantos como operadores intervengan en el recorrido que tenga cada llamada a través de las diferentes interconexiones.

La comisión, por tanto, tendrá diferente contenido según el operador de la cadena de quien se trate, aunque en todo caso siempre con el objetivo final de la recaudación material del precio, es decir, tendrá por objeto constante el trasvasar la correspondiente información y flujos monetarios producto de la realización de la llamada entre las diferentes operadoras interconectadas que han participado en la misma.

Es tradicional considerar que las obligaciones del comisionista giran alrededor de dos básicas, cumplir la comisión y rendir cuentas de la misma<sup>448</sup>, lo que pasamos a analizar en relación al operador que más nos interesa, el operador de acceso del consumidor abonado, que tiene la obligación de cobrar o recaudar el precio del servicio que suministró el prestador del servicio de tarificación adicional y posteriormente rendir cuentas.

Por su parte, y en contraprestación, el prestador del servicio de tarificación adicional tiene a su vez la obligación de pagar al operador un precio por los gastos generados por efectuar la recaudación, conforme establecen los artículos 277 y 278 del Código de Comercio.

##### 2.2.3.3.1 Efectuar la recaudación

En la cadena de recaudación o cobro, el primer mandato en este sentido parte del prestador del servicio de tarificación adicional a su operador de red inteligente.

Ocurre que el operador de red inteligente no es el operador de acceso del consumidor abonado, y por tanto, no le puede cobrar, de modo que este mandato no obliga al operador de red inteligente a ser el cobrador material del

---

TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. en relación con la interpretación y aplicación del acuerdo general de interconexión en vigor entre ambas operadoras y Resolución 30-7-2002 del Consejo de la CMT, por la que se adoptan medidas en relación con el conflicto de interconexión interpuesto por COLT TELECOM ESPAÑA, S.A. contra TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. en relación con la interpretación y aplicación del acuerdo general de interconexión en vigor entre ambas operadoras.

<sup>448</sup> Cfr. AURELIO MENÉNDEZ Y ÁNGEL ROJO (Dtores). *Lecciones de Derecho Mercantil*. 8ª edición. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2010, pp. 709-710, donde se añade como tercera la prohibición de hacer de contraparte.

mismo, sino sólo a realizar las correspondientes gestiones ante el operador de interconexión, y éste con sus sucesivos, en orden a conseguir el cobro al final de la cadena.

Y al final de la cadena se encuentra el operador de acceso del consumidor abonado y éste mismo. El operador de acceso no sólo recauda, sino que previamente debe hacer el cálculo y liquidación del precio de todos los servicios de tarificación adicional suministrados al abonado, y posteriormente, debe incluirlos en la facturación periódica del servicio telefónico ordinario, para pasarlos al cobro. Sólo después de realizar todas estas acciones en nombre y por cuenta del prestador del servicio de tarificación adicional, podrá recaudar el precio mediante pagos en ventanilla o domiciliación bancaria.

La existencia de operadores de tránsito<sup>449</sup> para el encaminamiento o tratamiento de llamadas en modo alguno altera los procesos más allá de que la cadena de interconexión, información, pagos o impagos incorpora nuevos eslabones, pero sin relevancia sustantiva alguna. Así ha sido expresamente considerado por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones<sup>450</sup>.

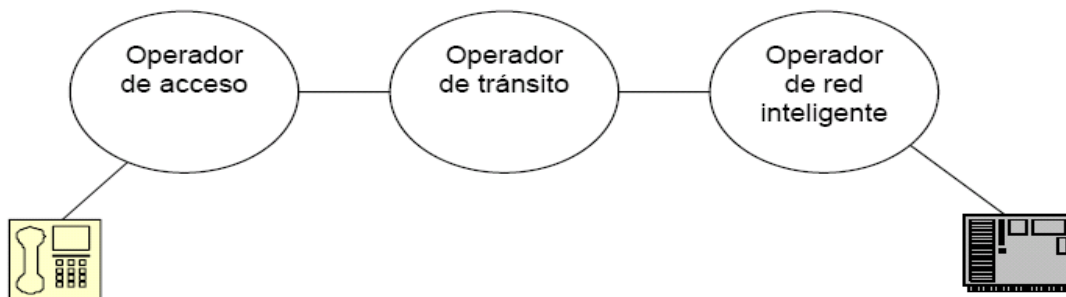


Ilustración tomada de documentación de la CMT

<sup>449</sup> Cuando dos operadores no interconectados de modo directo entre sí recurren a un tercero para que posibilite la interconexión entre las dos redes se denomina servicio de tránsito. El tránsito puede prestarse tanto a redes fijas como móviles. Se distinguen tres servicios diferenciados y cada uno se puede proveer a distintos niveles de red. Por otro lado, cada vez que se produce en las redes el paso de un operador a otro se hace a través del denominado PdI, el punto de interconexión de un operador con otro operador. Cfr. COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES. *Informe Anual 2005*. Barcelona, 2006, pp. 204 y 394.

<sup>450</sup> Declaraba que si bien “la OIR 2001 no fijaba el procedimiento para el traslado de impagos cuando existía un operador intermediario que prestaba el servicio de tránsito (...) el hecho de que estableciera un sistema de pagos en cascada para retribuir los servicios de red inteligente, nos lleva a sostener la conveniencia de un modelo similar para la repercusión de los eventuales impagos. De otro modo, constatado un impago por parte del operador de acceso, para proceder a la repercusión del mismo, el operador de acceso habría de dirigirse directamente al operador de red inteligente con el que, muy probablemente, no mantenga siquiera relaciones de interconexión directa. Esta circunstancia aconseja que sea el operador de tránsito el que actúe de mediador, no sólo en el tránsito de la llamada, sino también en el flujo de pagos e impagos”, Resolución de 8-7-2004 del Consejo de la CMT, que resolvió conflicto entre Telefónica y Euskaltel relativo a las relaciones económicas derivadas de la prestación de los servicios de tránsito con destino a numeración de red inteligente.

Y también ha dejado claro el papel de mero intermediario del operador de tránsito, a todos los niveles, señalando a efectos de responsabilidades que “sólo responderá en los casos en los que no haya actuado con la debida diligencia y en los que, debido a su falta de diligencia, hubiera existido un perjuicio constatable. En ningún caso, el operador de tránsito (...) puede ser considerado, como solicita A, como responsable solidario respecto a las cantidades que hubieran de ser devueltas por el operador de red inteligente”, Resolución de 27-1-2005 del Consejo de la CMT, por la que se pone fin al conflicto de interconexión planteado por Retevisión Móvil SA, contra varias operadoras (ONO) y Telefónica de España S.A.U.

### 2.2.3.3.2 Rendir cuentas

Respecto de la obligación de rendir cuentas, el Código de Comercio centra fundamentalmente su regulación en mercaderías, por lo que sus preceptos son poco aplicables a los intangibles e inmediatos servicios de comunicaciones electrónicas.

Sin embargo, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, resolviendo conflictos entre operadoras, ha tenido oportunidad en numerosas Resoluciones de fijar exactamente las obligaciones en esta materia que corresponden al operador de acceso cuando se producen impagos del abonado al final de la cadena.

La primera vez que de un modo completo se abordó la cuestión fue a raíz de conflictos de Telefónica con Lince y Colt mediante Resoluciones de 27 de junio y 30 de julio de 2002<sup>451</sup>. En ellas dictaminó la Comisión que el operador de acceso debía facilitar al operador de red inteligente una información concreta, por si deseaba proceder a gestionar el cobro del crédito de alguna otra forma<sup>452</sup>.

De todas ellas, debemos destacar la información que acredite que se han agotado todos los medios legales previstos por la normativa sectorial de telecomunicaciones para el cobro de cantidades por el operador de acceso frente a su abonado, de modo que sólo le reste la vía judicial, por ejemplo, y cuando resulten de aplicación, los depósitos de garantía y la suspensión temporal o definitiva del servicio. Según la Comisión, éste es “el momento en el que quedará relevado de continuar con sus obligaciones inherentes a su condición de mandatario”.

También hacía constar la Comisión que “en todo caso, la información que se entregue en prueba del cumplimiento de sus obligaciones como mandatario deberá ser respetuosa con la normativa reguladora de la protección de datos de carácter personal”. Y este extremo dio origen a otro conflicto que

---

<sup>451</sup> Resolución de 27-6-2002 del Consejo de la CMT, por la que se adoptan medidas en relación con el conflicto de interconexión interpuesto por LINCE TELECOMUNICACIONES, S.A. contra TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. en relación con la interpretación y aplicación del Acuerdo General de Interconexión en vigor entre ambas operadoras y Resolución de 30-7-2002 del Consejo de la CMT, por la que se adoptan medidas en relación con el conflicto de interconexión interpuesto por COLT TELECOM ESPAÑA, S.A. contra TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. en relación con la interpretación y aplicación del Acuerdo General de Interconexión en vigor entre ambas operadoras.

<sup>452</sup> Así lo considera también la Sentencia nº 309/2006 de Audiencia Provincial, Baleares, Sección 5ª, 27 de Junio de 2006, VLex 203427427, aplicando los criterios de la CMT, que establece los siguientes datos: 1- Número de la factura. 2- Mes de emisión de la factura y fecha de vencimiento de la misma. 3- Fecha en la que se ha tenido conocimiento del impago. 4- Fecha, hora de comienzo y duración de la llamada. 5- Número llamante completo. 6- Numero llamado. 7- Importe total impagado. 8- Información sobre el estado de la ejecución de las garantías constituidas, en su caso, por el abonado. 9- Estado de la tramitación de la facturación y cobro de la factura impagada. 10- Operador que presta el servicio de inteligencia de red. 11- Acreditación de que se han agotado todos los medios legales previstos por la normativa sectorial de telecomunicaciones para el cobro de cantidades por el operador de acceso frente a su abonado consumidor.

Posteriormente, algunas de estas previsiones determinadas vía conflicto fueron recogidas en la OIR 2003 de Telefónica- aprobada por Resolución de 10-7-2003- junto con otras nuevas obligaciones que fueron aceptadas en el marco del procedimiento de revisión de la Oferta en cuestión, con el objeto de dotar de mayor seguridad a la posible interpretación de las condiciones de prestación del servicio de facturación y cobro. Mediante la Resolución de 27 de enero de 2005, la Comisión hizo extensivos estos requisitos a cualquier operadora que no fuese Telefónica, que son reiterados en la Resolución de 24-4-2008.

acabó concretando aún más las obligaciones del operador de acceso en este sentido, ya que Telefónica consideraba que la remisión de ciertos detalles de facturación y el número completo del llamante afectaba al derecho a la protección de los datos personales de sus abonados y al secreto de las comunicaciones.

La Resolución de 3 de octubre de 2002 de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones<sup>453</sup>, recogiendo el parecer emitido al respecto en Informe de 24 de julio de 2002 de la Agencia de Protección de Datos, consideró que se trataba de un supuesto de “cesión de datos que puede tener lugar sin que previamente se haya prestado el consentimiento por parte del afectado”, ya que respondía “a la libre y legítima aceptación de una relación jurídica cuyo desarrollo, cumplimiento y control implique necesariamente concesión de dicho tratamiento con ficheros de terceros”.

La Agencia de Protección de Datos detecta la dualidad de servicios que presenta la tarificación adicional, concluyendo válida la cesión de datos “precisamente por orientarse el mismo a gestionar el cobro de los servicios de telecomunicación prestados, por una parte, y por otra de los servicios adicionales del prestador de servicios a través del número 906”<sup>454</sup>.

#### 2.2.3.3.3 El plazo para la rendición de cuentas

Igualmente consideró la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones la necesidad de prever un plazo para que el operador de acceso cumpla con su obligación de gestión y rendición de cuentas, que se fijó en un máximo razonable de seis meses contados desde que el operador de acceso tenga conocimiento del primer impago, a no ser que el abonado haya presentado una reclamación y haya consignado fehacientemente el importe adeudado, en cuyo caso el plazo anterior deberá ampliarse hasta que se haya resuelto la reclamación<sup>455</sup>. Sin embargo, en este aspecto los Tribunales de lo contencioso no han secundado el criterio de la Comisión, que ha sido reiteradamente anulado<sup>456</sup>.

Como es obvio, la Comisión también recordó que, si con posterioridad a todo ello, el operador de acceso cobrase alguna de las facturas impagadas en primera instancia, debería pagar lo que corresponda al operador de red

---

<sup>453</sup> Resolución de 3-10-2002 del Consejo de la CMT, por la que se acuerda la Resolución de la consulta planteada por Telefónica de España sobre la forma por la que esta entidad acredita suficientemente el impago producido por un abonado suyo por llamadas a números de red inteligente de otro operador.

<sup>454</sup> Afirmaba también la Agencia que “el usuario que contacta para obtener dichos servicios está asumiendo la relación negocial que implica dicha llamada, con un coste adicional que se destina efectivamente al pago de las prestaciones que recibe, debiendo conocer las consecuencias que pueden derivar del impago de las mismas conforme al ordenamiento jurídico, y así, conforme al artículo 1.124 del Código Civil, la facultad de la otra parte de exigir el cumplimiento. Tal reclamación, y la cesión y tratamiento de los datos que es precisa para la misma, puede considerarse desarrollo necesario de una relación jurídica libre y legítimamente aceptada. Por otro lado, y de no permitirse la misma, se produciría un perjuicio patrimonial a la otra parte, que estaría obligada a pagar los costes al operador de telecomunicaciones, en el sistema establecido por la CMT, a través de los que presta sus servicios”.

<sup>455</sup> Este plazo de 6 meses se recoge también en la Resolución de la CMT de 7-2-2008.

<sup>456</sup> Sentencia de Sección Octava de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional de 31 de Octubre de 2010, V-Lex 231486978, que cita otras en el mismo sentido de de 27 de junio, 10 y 23 de octubre de 2008.

inteligente en la primera factura consolidada que se emita de conformidad con los procedimientos establecidos en el correspondiente AGI.

La Comisión llega incluso a fijar el montante indemnizatorio consecuencia del incumplimiento de la obligación de rendir cuentas, disponiendo que “en el caso de que, sin mediar causa justificada, no se haya cumplido en el citado plazo con la obligación a la que se refiere el párrafo anterior, quedará obligada a indemnizar con una cantidad igual a la factura impagada por el abonado, sin perjuicio del derecho de L-operador de red- de reclamar a T-operador de acceso- los daños y perjuicios que le haya podido ocasionar el incumplimiento”<sup>457</sup>.

#### **2.2.4.- La inexistencia de contrato entre consumidor abonado y operador de red inteligente**

El artículo 1.257 del Código Civil formula el denominado principio de relatividad del contrato<sup>458</sup>.

El consumidor que realiza una llamada de tarificación adicional utiliza dos contratos, el primero de ellos celebrado con anterioridad con su operador de acceso para que le encamine la llamada mediante el necesario servicio soporte, del que la llamada es una mera ejecución, y el segundo es el que se celebra con el prestador que le va a servir lo que desea en ese mismo momento.

Si el prestador necesita de terceros para remitir su servicio al consumidor debe contratar con ellos las correspondientes facilidades, el abonado en modo alguno tiene tal obligación.

---

<sup>457</sup> ¿Hasta qué punto es lícito que la CMT ejerza funciones jurisdiccionales que la Constitución reserva a Jueces y Tribunales del orden correspondiente, integrando el contenido obligacional de contratos mercantiles y fijando importes indemnizatorios mediante procedimientos administrativos sólo recurribles ante el orden Contencioso-Administrativo? Sobre todo cuando la propia Comisión cuenta con la posibilidad legal de dilucidar conflictos privados ejerciendo la función arbitral que tiene legalmente atribuida y dictando los correspondientes laudos, que en su caso serían impugnables por nulidad ante el orden Civil de la correspondiente Audiencia Provincial. Lo cierto es que la propia jurisdicción contencioso-administrativa ya ha advertido tal exceso, vid. st. Audiencia Nacional de 24-2-2010, VLex 218653383, aunque la civil ha llegado incluso a inhibirse de pronunciamientos indemnizatorios en conflictos previamente tratados por la CMT, SAP Valencia 19-11-2007 VLex 37805900.

Por contra, ANTONIO JESÚS SÁNCHEZ RODRÍGUEZ afirma que “no hay que confundir la función arbitral...con la posibilidad de la CMT de adoptar medidas por las que se interpretan unilateralmente las cláusulas y condiciones de los acuerdos a los que hayan llegado los operadores...y que son actuaciones públicas propias de una administración pública...autotutela administrativa vinculante en las relaciones *inter privatos*...no se somete al derecho privado sino al derecho público...el ejercicio de esta potestad sirve tanto para resolver de forma vinculante los conflictos que surjan entre los particulares...como para crear, modificar o extinguir situaciones jurídicas subjetivas”, en *Derecho de las Telecomunicaciones. Nuevo Derecho y nuevo mercado*. Prólogo de Tomás de la Quadra-Salcedo. Madrid: Dykinson 2002, pp. 191-192.

Respecto de la atribución a la CMT de la función arbitral entre operadores es una licencia del lenguaje, ya que carece de capacidad para ser árbitro, puede administrar el arbitraje y nombrar a los árbitros, pero no dictar el laudo, lo que sólo puede hacerse por las personas físicas que integran su órgano rector, el Consejo, cfr. ANA ISABEL MENDOZA LOSANA. “El arbitraje de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones”: *Aranzadi Civil*, nº 2, 2003, pp. 6 y 8 de documento electrónico de Westlaw-es.)

<sup>458</sup> Cfr. RODRIGO BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO (Coord.). *Comentarios al Código Civil*. 3ª edición. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2009, p. 1481.

Por tanto, si el prestador compra a un tercero los derechos de un chiste que quiere ofrecer como servicio o si necesita contratar los servicios de un operador de red inteligente para conseguir que los llamantes se descarguen sus melodías en los móviles o que 15 personas hablen simultáneamente en un Chat, estos contratos vinculan exclusivamente al prestador, nunca al consumidor, en virtud del principio de relatividad del contrato. Y éste es precisamente el objeto fundamental del denominado contrato tipo entre prestador y operador de red inteligente, contratación en la que en modo alguno interviene el consumidor y que ya hemos analizado.

Pero la normativa reglamentaria y las autoridades de telecomunicaciones a veces introducen confusión respecto de estos principios contractuales generales y mantienen que existe vínculo o cierta suerte de relación jurídica entre consumidor y operador de red inteligente, lo que entiendo tan desacertado como asegurar que cuando se compra un aparato de aire acondicionado instalación incluida, el consumidor ha contratado al instalador, quien evidentemente le presta el servicio de instalación, pero en virtud de un contrato acordado con el vendedor del aparato. De modo similar, la inteligencia de red es un elemento técnico necesario para prestar el servicio, como la instalación profesional lo es para que funcione el aire acondicionado, pero ello es responsabilidad única y exclusivamente del prestador del servicio de tarificación adicional.

#### 2.2.4.1.- La errónea apreciación de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones sobre la existencia de este contrato

Cuando nacieron estos servicios y el único operador de red inteligente era la propia Telefónica, que también ofrecía el servicio soporte, el prestador de contenidos o servicios era una figura más relevante. Telefónica le proporcionaba la plataforma tecnológica y éste, con la voz, ofrecía sus servicios, normalmente eróticos o de adivinación.

Cuando la liberalización del mercado de las telecomunicaciones arrebató a Telefónica el monopolio de gestión de redes inteligentes, los nuevos operadores comienzan a ofrecer a sus clientes más y más facilidades tecnológicas y mejores precios para arrebatarlos a la competencia, de modo que llegó un momento en que la implicación de los operadores de red inteligente en el negocio era tal que su relevancia fue mayor que la de los prestadores y se comenzaron a provocar confusiones derivadas de análisis ligeros sobre la realidad económica y jurídica de los nuevos escenarios.

Estas confusiones se manifiestan en primer lugar en dos Resoluciones de junio y julio de 2002 de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones<sup>459</sup> en las que se afirma que, además de la relación con su operador de acceso, evidente, el abonado mantiene también una relación

---

<sup>459</sup> Resolución de 27-6-2002 del Consejo de la CMT, por la que se adoptan medidas en relación con el conflicto de interconexión interpuesto por LINCE TELECOMUNICACIONES, S.A. contra TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. en relación con la interpretación y aplicación del Acuerdo General de Interconexión en vigor entre ambas operadoras. Y Resolución de 30-7-2002 del Consejo de la CMT, por la que se adoptan medidas en relación con el conflicto de interconexión interpuesto por COLT TELECOM ESPAÑA, S.A. contra TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. en relación con la interpretación y aplicación del Acuerdo General de Interconexión en vigor entre ambas operadoras.



jurídica con el operador de red inteligente, “en cuanto al derecho de L/C-*operador de red inteligente* a reclamar directamente de los clientes morosos, no habría, en aplicación de las normas de derecho común, impedimento en que se le reconozca tal derecho siempre que pueda demostrar, por una parte, el impago y, por otra, su derecho a cobrar por ser ella quien presta el servicio y, por ende, la titular del crédito.”

En 2005, un pronunciamiento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones considera que existe una “relación contractual que, en la modalidad de acceso, vincula al usuario llamante con el operador de red inteligente...”, criterio que es ratificado en 2006 y 2008<sup>460</sup>. En 2006 la Comisión afirma que “ante el impago de una llamada de tarificación adicional, sólo deben verse afectados los titulares de los derechos de crédito que hubieran quedado insatisfechos...el prestador de servicios de valor añadido y el operador prestador del servicio soporte de red inteligente. En el modelo de acceso es el operador de red inteligente el titular de un derecho de crédito frente al usuario llamante por la totalidad del coste de la llamada”.

Bien puede afirmar la Comisión que el operador de red inteligente presta un servicio al llamante, pero en modo alguno puede afirmarse que ello sea consecuencia de una relación jurídica contractual entre ambos, ya que con quien contrata el abonado es con su operador de acceso para que le encamine la llamada mediante un servicio soporte y con el prestador que le va a servir lo que desea.

Las relaciones internas entre operadores como consecuencia de las interconexiones necesarias para encaminar las llamadas, o entre prestador y su operador de red inteligente para facilitar el suministro del servicio, no pueden generar obligación contractual alguna entre éstos y el abonado al final de la cadena, quien tan sólo queda obligado ante su operador de acceso, el cual deberá entenderse con los demás, exactamente igual que ocurre con cualquier proceso productivo material<sup>461</sup>.

Creemos que la Comisión, más preocupada por el operador que debe soportar el riesgo de los impagos de los llamantes, utiliza estos argumentos para resolver la cuestión pero concluyendo con excesiva ligereza en relación a los consumidores. El operador de red inteligente nunca podría dirigirse frente al abonado como acreedor, quien nada ha contratado con aquél. Siempre deberá acudir en defensa de su crédito ante el prestador que lo contrató.

---

<sup>460</sup> Resolución de 27-1-2005 del Consejo de la CMT, por la que se pone fin al conflicto de interconexión planteado por Retevisión Móvil SA, contra varias operadoras (ONO) y Telefónica de España S.A.U. Y dos Resoluciones de 25-5-2006 y otra de 7-2-2008.

<sup>461</sup> Por ejemplo, la venta de un coche, que vincula contractualmente a consumidor comprador y vendedor comerciante, sin que fabricantes, intermediarios y demás sujetos de la cadena productiva entren en relación jurídica con el consumidor como consecuencia del contrato de compraventa. Sí podrían generarse otras relaciones jurídicas en este sentido, por ejemplo, las derivadas de daños causados por productos defectuosos en el ámbito extracontractual o las derivadas de la garantía comercial de importador o fabricante.

#### 2.2.4.2.- La errónea apreciación de la norma administrativa sobre la existencia de este contrato

También aparece esta confusión en la Orden PRE/361/2002, de 14 de febrero, tras la reforma operada en 2004.

El apartado 3 del artículo 8 de la misma considera el precio del servicio de red inteligente como parte del precio del servicio soporte (el servicio telefónico), y no como valor que debe quedar integrado dentro del precio del servicio de tarificación adicional, y ello es una forma indirecta de pretender la existencia de una relación jurídica entre abonado y operador de red inteligente que genera un precio, lo que no es así, pues no se puede equiparar la relación jurídica del abonado con su operador de acceso con la relación no jurídica del mismo con el operador de red inteligente<sup>462</sup>.

Esta misma idea late en el apartado 1 del artículo 8, "...si el abonado paga el importe del mismo, excluida la remuneración que corresponda a los prestadores del servicio de tarificación adicional por todos los conceptos relativos a la prestación de los servicios de tarificación adicional (información, comunicación u otros)", y como el servicio de red inteligente no es un servicio sustantivo de "información o comunicación", se podría entender que no está incluido como parte del valor del servicio de tarificación adicional.

En el texto primigenio de la Orden del año 2002 no se producía esta confusión. Su redacción sólo hacía referencia a la sustracción que debía hacerse al precio global de la llamada mediante la expresión "excluidos todos los conceptos relativos a los servicios de tarificación adicional", lo que suponía claramente excluir tanto el servicio en sí como el de red inteligente, mientras que las vigentes expresiones se refieren exclusivamente a sustraer la remuneración que corresponde al prestador, lo que no excluye la remuneración del servicio de red inteligente.

Aún así, no podemos concluir que el espíritu de la Orden de 2002 haya sido radicalmente alterado por la de 2004, ya que el vigente apartado 4 del artículo 8 dispone justamente lo contrario a lo que sugieren los apartados anteriores que acabamos de reseñar. En concreto, establece que "...la componente del servicio de tarificación adicional ... incluye, tanto la parte correspondiente al servicio telefónico disponible al público, que engloba el servicio de red de tarificación adicional de dicha llamada, como la parte relativa a la remuneración de los servicios de tarificación adicional".

Además, el apartado 2 del artículo 8, que también se refiere a esta cuestión, no se pronuncia ni en uno ni en otro sentido<sup>463</sup>.

---

<sup>462</sup> Este precepto afirma al regular el desglose del precio de ambos servicios, soporte y tarificación adicional, que "dicho desglose deberá separar y reflejar fielmente la parte correspondiente al servicio telefónico disponible al público, que incluye el servicio de red de tarificación adicional, cuya prestación corresponde a los operadores, de la parte relativa a la remuneración que corresponde al prestador de servicios de tarificación adicional por el servicio de información o comunicación prestado"

<sup>463</sup> "Para que el abonado no pueda ser suspendido del servicio de tarificación adicional será necesario que presente una reclamación ante las Juntas Arbitrales de Consumo o ante la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información y que, mientras se esté substanciendo dicha reclamación, consigne fehacientemente el importe adeudado, entregando el correspondiente resguardo al operador. Dicho importe comprenderá la parte que corresponda al prestador de servicios de tarificación adicional en concepto de remuneración por el servicio prestado".

En conclusión, consideramos que la Orden, como reglamento administrativo que es, no puede alterar la ley civil contractual, y por tanto, no cabe en la materia más interpretación que la contenida en el vigente artículo 8.4 y en definitiva, el criterio de 2002, que implica un coste menor de la llamada soporte.

## 2.3.- CONCEPTO, NATURALEZA Y CARACTERÍSTICAS DEL CONTRATO DE SERVICIO DE TARIFICACIÓN ADICIONAL

La actividad económica de tarificación adicional se genera mediante la sucesión de diversos contratos, y una vez delimitados los relativos a la cadena de producción celebrados entre los diferentes empresarios que han de concurrir (operadores de telecomunicaciones y prestadores), podemos analizar la naturaleza y características del contrato de servicio de tarificación adicional entre empresario-prestador y consumidor, partiendo de una sencilla definición del mismo como aquél por el que una persona física o jurídica, denominada prestador, se obliga ante otra a facilitar un servicio de tal naturaleza a cambio de un precio.

### **2.3.1.- La naturaleza del contrato como arrendamiento o compraventa**

Respecto a la naturaleza del contrato, aunque la mayoría de supuestos habrán de ser considerados contratos de servicios con una marcada obligación de hacer a cambio de precio, otros deberán calificarse como compraventa, por suponer al mismo cambio una obligación de dar.

Los contratos de servicios son una categoría que poco a poco se va abriendo paso en la doctrina<sup>464</sup> pero que carece de reconocimiento legal alguno, por lo que debemos reconducir el análisis hacia su referente más próximo, el contrato de arrendamiento.

Son tres las modalidades de arrendamientos reconocidas por el artículo 1.542 del Código Civil, de cosas, obras y servicios, consecuencia de una concepción romanista ya superada incluso en el momento de la codificación<sup>465</sup>.

Aunque se han planteado numerosos criterios de distinción, el de más predicamento doctrinal diferencia los dos últimos en función de que contengan obligaciones de resultados o de medios, respectivamente<sup>466</sup>.

Así, nuestro contrato será un contrato arrendamiento de obra cuando el prestador o contratista se comprometa ante su cliente a un resultado, por ejemplo, poder mantener una conversación entre varias personas, el

---

<sup>464</sup> Cfr. CARMEN VILLANUEVA LUPIÓN. *Los contratos de servicios*. 1ª edición. Madrid: La Ley, 2009, pp. 40-43.

<sup>465</sup> Cfr. CARLOS LASARTE. *Principios de Derecho Civil III. Contratos*. 12ª edición. Madrid: Marcial Pons, 2009, p. 214.

<sup>466</sup> Cfr. CARMEN VILLANUEVA LUPIÓN. *Los contratos de servicios*. 1ª edición. Madrid: La Ley, 2009, pp. 79-80.

denominado “Chat”, y será un arrendamiento de servicios cuando la obligación de hacer sea la nota predominante y el resultado irrelevante, por ejemplo, el asesoramiento emocional o la adivinación astrológica.

Pero cuando el resultado de la obra se aproxime a una obligación de dar más que a una obligación de hacer, no existirá arrendamiento, sino compraventa. De hecho, el propio artículo 1.588 del Código Civil admite la existencia del contrato de arrendamiento de obra con suministro de material, lo que en ocasiones provoca que resulte difusa la línea que lo diferencia del contrato de compraventa, como ocurre en el caso de la compra o encargo de unos muebles de cocina<sup>467</sup>. Cuando el servicio de tarificación adicional se limita a facilitar la descarga de una canción en formato mp3, canción que posteriormente podremos trasladar libremente a cualquier otro dispositivo ajeno al teléfono móvil, como por ejemplo, un iPod o el ordenador, entendemos debe considerarse un contrato de compraventa por medios electrónicos, no un arrendamiento.

Y la cuestión no es baladí, ya que existe una diferencia práctica muy relevante entre una y otra figura respecto del plazo de prescripción para el cobro del precio, de tres años en el caso del contrato de compraventa profesional<sup>468</sup>, mientras que el cobro del precio del arrendamiento está sometido al plazo general de prescripción de 15 años establecido en el artículo 1.964 del Código Civil.

En consecuencia, entendemos que sería técnicamente más correcto referirse al “contrato de tarificación adicional”, omitiendo el término “servicio”, que induce a confusión respecto de la verdadera naturaleza de alguna de sus modalidades. Sin embargo, dado lo extendido que está el uso del término “sta” (servicio de tarificación adicional), tampoco prescindiremos del mismo para evitar equívocos.

### **2.3.2.- Características generales del contrato**

El contrato de servicio de tarificación adicional se caracteriza por ser bilateral, consensual, oneroso y de adhesión, ya que no cabe en el mismo más objeto, prestaciones y contenidos que los que el prestador introduce en su oferta comercial<sup>469</sup>.

Además, generalmente es un contrato de ejecución instantánea, transitoria o de tracto único, términos todos ellos que reflejan el mismo concepto de obligación que se agota o realiza en un acto único, sin la continuidad temporal que por contraposición se predica de las obligaciones

---

<sup>467</sup> Cfr. MANUEL ALBALADEJO (Dtor.). *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales. Tomo XX, Vol. 2º. Artículos 1.583 a 1.603 del Código Civil. Comentados por Francisco Lucas Fernández.* Madrid: Edersa, 1986, pp. 181-186. La doctrina ofrece variados criterios para la diferenciación entre arrendamiento de obra con suministro de materiales y compraventa, cfr. JOSÉ CASTÁN TOBEÑAS. *Derecho Civil Español, Común y Foral, Tomo Cuarto. Derecho de Obligaciones. Las particulares relaciones obligatorias.* 15ª Edición revisada y puesta al día por José Ferrandis Vilella. Madrid: Editorial Reus, 1993, pp. 507 a 512.

<sup>468</sup> “...la de abonar...a los mercaderes el precio de los géneros vendidos a otros que no lo sean, o que siéndolo, se dediquen a distinto tráfico”, artículo 1967.4ª del Código Civil.

<sup>469</sup> Sobre los contratos de adhesión, *infra*, apartado relativo a condiciones generales de contratación.

duraderas<sup>470</sup>, lo que LASARTE destaca como característica típica de muchos contratos de consumo que “sin duda, se agotan *uno ictu*, es decir, de manera inmediata, de golpe”<sup>471</sup>. Cada llamada genera un contrato diferente, ya que, aunque las partes puedan ser idénticas, el objeto contractual será nuevo y distinto del de la anterior llamada.

Como excepción a esta regla, los servicios de suscripción de mensajería premium no son contratos de ejecución instantánea, transitoria o de tracto único sino que contienen obligaciones de carácter periódico.

Y es que existen dos modalidades de servicios de mensajería premium, por un lado, los servicios individualizados, que tienen por objeto requerir por una sola vez una única información o contenido, por ejemplo, la instalación de un videojuego, la descarga de una melodía o una foto; y por otro, los servicios de suscripción<sup>472</sup>, que se utilizan para celebrar un contrato de tracto sucesivo por el que el consumidor autoriza al prestador el envío periódico de una información, por ejemplo, los resultados de los partidos de fútbol de cada jornada de liga.

En este segundo supuesto, con un solo acto material por parte del usuario, el envío del mensaje de alta en el servicio, queda legitimado y obligado el prestador a remitir los mensajes pactados, con la periodicidad, contenido y precio unitario que hayan sido acordados o figuren en la publicidad. Sólo se celebra un contrato inicial, siendo mera ejecución del mismo la remisión periódica de los mensajes posteriores.

Por último, es importante resaltar desde este momento que, de modo similar al carácter paradigmático que tiene el contrato de compraventa sobre los demás, la reglamentación de la modalidad telefónica de los servicios de tarificación adicional también es supletoriamente aplicable a la modalidad por Internet y a la modalidad de mensajería premium<sup>473</sup>.

### **2.3.3.- Características específicas del contrato**

El contrato de servicio de tarificación adicional se debe encuadrar también dentro de ciertas categorías de contratación que se caracterizan por gozar de alguna especialidad en su régimen jurídico, como es el caso de la contratación entre ausentes, la contratación a distancia y la contratación electrónica de servicios de la sociedad de la información.

---

<sup>470</sup> Sobre obligaciones transitorias y duraderas, vid. CARLOS LASARTE. *Principios de Derecho Civil II. Derecho de Obligaciones*. 13ª edición. Madrid: Marcial Pons, 2009, pp. 50-51.

<sup>471</sup> CARLOS LASARTE ÁLVAREZ. *Manual sobre protección de consumidores y usuarios*. 3ª edición. Madrid: Dykinson, 2007, p. 107.

<sup>472</sup> La modalidad de suscripción está definida en el artículo 4.4 de la Orden ITC/308/2008, de 31 de enero, de mensajería premium, como “aquéllos que implican el envío de determinados mensajes al abonado por el operador titular del número, bien de forma periódica, bien cuando se produzcan determinados sucesos”.

<sup>473</sup> Artículos 5.4.2 y 5.4.3 del Código de Conducta de 2004 y artículos 2 y 10.1 de la Orden ITC/308/2008, de 31 de enero.

### 2.3.3.1.- Contrato entre ausentes

La tarificación adicional genera contrataciones entre ausentes a las que resulta de aplicación el régimen jurídico asociado a esta figura.

El Código Civil y el de Comercio nunca han regulado expresamente la categoría de la contratación entre ausentes, sino su modalidad más utilizada, la contratación por correspondencia, dedicando a ello respectivamente los artículos 1.262.2 y 54, sin embargo esta regulación se ha aplicado paradigmáticamente a cualquier otra modalidad de contrato entre ausentes.

Hablamos en pasado porque la llegada del comercio electrónico provocó que el legislador se plantease la necesidad de modificarla, y finalmente la LSSICE<sup>474</sup> introdujo una nueva redacción en idéntico sentido para ambos preceptos, introduciendo una nueva y única regulación de esta categoría.

Aunque hay autores que entienden en crisis la categoría que tradicionalmente diferencia los contratos celebrados entre partes presentes de los celebrados entre ausentes<sup>475</sup>, su existencia es una realidad jurídica que parte de una circunstancia que parece poco discutible, y es el hecho de que en todo contrato siempre resulta relevante el momento y lugar en que nace y que ambos resultan sencillos de determinar entre partes presentes, pero no entre ausentes. La contratación entre ausentes se caracteriza por un elevado grado de indeterminación en la fijación de estos elementos.

El momento es básico para fijar el instante desde el que son exigibles los derechos y obligaciones contenidos en el contrato y junto con el lugar de su celebración, ambos son datos relevantes utilizados como presupuesto fáctico por otras normas<sup>476</sup>, por ejemplo, las que fijan plazos temporales de prescripción y las que fijan el fuero jurisdiccional competente por razón del territorio en caso de litigio<sup>477</sup>, las relativas a peculiaridades de las legislaciones autonómicas, los usos locales con arreglo a los que se deben integrar los contratos, las leyes aplicables cuando se trate de negocios internacionales<sup>478</sup>,

---

<sup>474</sup> Antecedentes y Derecho comparado en DANIEL RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA. “Tiempo y lugar de perfección de los contratos electrónicos y demás contratos a distancia”: *Revista de la Contratación Electrónica*, nº 52, 2004.

<sup>475</sup> Cfr. M<sup>a</sup> DEL PILAR PERALES VISCASILLAS. “Formación del contrato” y el resto de doctrina que cita en GEMA ALEJANDRA BOTANA GARCÍA (Coord). *Comercio electrónico y protección de los consumidores*. 1<sup>a</sup> edición. Madrid: La Ley, 2001, pp. 410-412. Y MIGUEL ÁNGEL PENDÓN MELÉNDEZ. *La perfección del contrato en Derecho Privado (Reflexiones sobre su régimen legal a la luz de las nuevas formas de distribución y contratación)*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009, p. 290.

<sup>476</sup> No es necesario destacar todas las razones por las que tiene capital importancia la determinación del momento y lugar. Vid. ALFONSO GONZÁLEZ GOZALO. *La formación del contrato tras la Ley de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico*. Granada: Comares, 2004, pp. 97-102.

<sup>477</sup> El lugar de celebración de un contrato tenía gran importancia con la antigua Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 pues determinaba en caso de pleito el fuero jurisdiccional competente. La nueva Ley de 2001, artículos 50 y siguientes, salvo excepciones, universaliza la regla del domicilio del demandado como fuero principal, descartando el criterio del lugar de perfeccionamiento del contrato como regla general de determinación de fuero territorial. Cfr. DANIEL RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA. “Tiempo y lugar de perfección de los contratos electrónicos y demás contratos a distancia”: *Revista de la Contratación Electrónica*, nº 52, 2004, p. 38.

<sup>478</sup> Cfr. ENCARNACIÓN SERNA MEROÑO, en FRANCISCO JOSÉ ALONSO ESPINOSA (et al, coord.). *Régimen Jurídico General del Comercio Minorista. Comentarios a la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista y a la Ley Orgánica 2/1996, de 15 de enero,*

las que determinan la capacidad de los contratantes o las normas aplicables en supuestos de modificaciones legislativas<sup>479</sup>.

Por ello, lo primero que debe hacer y hace el derecho es fijar parámetros en este sentido para garantizar una mínima seguridad jurídica, lo que a decir de la doctrina se ha realizado siempre mediante presunciones jurídicas *iuris tantum*<sup>480</sup> y de naturaleza dispositiva<sup>481</sup> por aplicación del principio de libertad contractual del artículo 1.255 del Código Civil.

### 2.3.3.1.1 El momento de celebración del contrato en la regulación anterior a 2002

El artículo 1.262.2 del Código Civil establecía una presunción del momento de nacimiento del contrato entre ausentes que siempre ha originado gran debate en doctrina y jurisprudencia<sup>482</sup>.

La doctrina señala hasta cuatro teorías o criterios aplicables al momento de celebración de un contrato<sup>483</sup>:

1- Se puede aplicar la denominada teoría de la declaración o manifestación, para la que el vínculo contractual se perfecciona simplemente cuando se adopta la decisión de aceptar el contrato, criterio con pocos partidarios porque ignora el carácter recepticio que deben tener las declaraciones contractuales.

2- Para la teoría de la expedición o remisión, el contrato se perfecciona cuando el declarante se desprende de su aceptación enviándola al receptor.

3- La teoría de la recepción exige que la aceptación haya llegado a poder del oferente y ha sido siempre el criterio considerado como más adecuado por la mejor doctrina iusprivatista del país<sup>484</sup>.

---

*complementaria de la de Ordenación del Comercio Minorista*. 1ª edición. Madrid: Mc Graw Hill, 1999, p. 491.

<sup>479</sup> Cfr. MARÍA ARIAS POU. *Manual práctico de comercio electrónico*. 1ª edición. Madrid: La Ley, 2006, p. 202.

<sup>480</sup> Cfr. JOSE LUIS ALBÁCAR LÓPEZ (Dtor). *Código Civil, Doctrina y Jurisprudencia. Tomo IV. Artículos. 1.088 a 1.444*. 4ª edición. Madrid: Trivium, 1995, p. 963.

<sup>481</sup> Cfr. LUIS DíEZ-PICAZO. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Volumen I. Introducción. Teoría del contrato*. 6ª edición. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2007, pp. 373-374. Y ENCARNACIÓN SERNA MEROÑO, en FRANCISCO JOSÉ ALONSO ESPINOSA (et al, Coord.). *Régimen Jurídico General del Comercio Minorista. Comentarios a la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista y a la Ley Orgánica 2/1996, de 15 de enero, complementaria de la de Ordenación del Comercio Minorista*. 1ª edición. Madrid: Mc Graw Hill, 1999, p. 491.

Se debe recordar que nuestro ordenamiento jurídico considera cláusulas abusivas en contratación con consumidores la previsión de pactos de sumisión expresa a Juez o Tribunal distinto del que corresponda al domicilio del consumidor o lugar de cumplimiento de la obligación, y la sumisión del contrato a un Derecho extranjero, art. 90.2 TRLGDCU.

<sup>482</sup> Cfr. JUAN FRANCISCO ORTEGA DÍAZ. “Contratos electrónicos: la cuestión de la perfección y del soporte contractual”: *Revista de la Contratación Electrónica*, nº 86, 2007, pp. 61-62.

<sup>483</sup> Cfr. LUIS DíEZ-PICAZO. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Volumen I. Introducción. Teoría del contrato*. 6ª edición. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2007, pp. 369-371. CARLOS CUADRADO PÉREZ. *Oferta, aceptación y conclusión del contrato*. Bolonia: Publicaciones del Real Colegio de España, 2003, pp. 244-252. ANA ISABEL BERROCAL LANZAROT. “Perfección del contrato en la ley 34/2002, de 11 de julio de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico: la unificación de criterios”: *Revista de Contratación Electrónica* nº 100, 2009, pp. 26-30 de documento electrónico de V-Lex.

4- Y por último, la teoría del conocimiento o cognición exige que haya llegado la aceptación a conocimiento del oferente, pues es posible que llegue a su poder, pero no pueda conocer su contenido por cualquier motivo<sup>485</sup>.

El Código Civil adoptaba literalmente esta última postura en el artículo 1262<sup>486</sup>, mientras que el Código de Comercio se decantaba nítidamente por la teoría de la expedición en su artículo 54<sup>487</sup>.

El criterio civil fue en su momento atemperado por doctrina y jurisprudencia<sup>488</sup> en el sentido mayoritario de interpretar el precepto desde el punto de vista de la teoría de la recepción<sup>489</sup>.

#### 2.3.3.1.2 El momento de celebración del contrato en la vigente regulación

La Disposición Adicional Cuarta de la LSSICE<sup>490</sup> modificó en idéntico sentido tanto el artículo 1.262.2 del Código Civil como el artículo 54 del Código de Comercio, estableciendo el criterio de la recepción como general y común en nuestro ordenamiento jurídico<sup>491</sup>, recogiendo el sentir de la mejor doctrina de nuestro país<sup>492</sup> así como el criterio internacionalmente aceptado<sup>493</sup>.

---

<sup>484</sup> CARLOS LASARTE. *Principios de Derecho Civil III. Contratos*. 12ª edición. Madrid: Marcial Pons, 2009, p. 57.

<sup>485</sup> Por ejemplo, una enfermedad que impide leer la carta.

<sup>486</sup> “La aceptación hecha por carta no obliga al que hizo la oferta sino desde que llegó a su conocimiento. El contrato, en tal caso, se presume celebrado en el lugar en que se hizo la oferta”.

<sup>487</sup> CARLOS LASARTE. *Principios de Derecho Civil III. Contratos*. 12ª edición. Madrid: Marcial Pons, 2009, p. 57.

<sup>488</sup> Cfr. ÁNGELA GUIADO MORENO. *Formación y perfección del contrato en Internet*. Madrid: Marcial Pons, 2004, pp. 199 y 202.

<sup>489</sup> Cfr. LUIS DíEZ-PICAZO. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Volumen I. Introducción. Teoría del contrato*. 6ª edición. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2007, p. 371. MIGUEL ÁNGEL PENDÓN MELÉNDEZ. *La perfección del contrato en Derecho Privado (Reflexiones sobre su régimen legal a la luz de las nuevas formas de distribución y contratación)*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009, p. 34.

<sup>490</sup> Antecedentes de este precepto y Derecho comparado en DANIEL RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA. “Tiempo y lugar de perfección de los contratos electrónicos y demás contratos a distancia”: *Revista de la Contratación Electrónica*, nº 52, 2004.

<sup>491</sup> Cfr. CARLOS LASARTE. *Principios de Derecho Civil III. Contratos*. 12ª edición. Madrid: Marcial Pons, 2009, p. 58. LUIS DíEZ-PICAZO. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Volumen I. Introducción. Teoría del contrato*. 6ª edición. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2007, p. 373. JUAN PABLO APARICIO VAQUERO. “Los contratos electrónicos a la luz de la nueva ley de servicios de la sociedad de la información y del e-commerce. *Revista Electrónica de Derecho Informático*”, nº 51, 2002, p. 6 de documento electrónico de V-Lex. ALBERTO ALONSO UREBA y ARÍSTIDES JORGE VIERA GONZÁLEZ. “Formación y perfección de los contratos a distancia celebrados por Internet”. RAFAEL MATEU DE ROS y MÓNICA LÓPEZ-MONÍS GALLEGRO (Coord). *Derecho de Internet. La Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2003, pp. 350-353. JUAN FRANCISCO ORTEGA DÍAZ. “Contratos electrónicos: la cuestión de la perfección y del soporte contractual”: *Revista de la Contratación Electrónica*”, nº 86, 2007, pp. 70-71. MIGUEL RUIZ MUÑOZ. “Tutela de los consumidores en el comercio electrónico”: *Revista de la Contratación Electrónica*, nº 90, 2008, p. 18 de documento electrónico de V-Lex. LUIS MARÍA MIRANDA SERRANO y JAVIER PAGADOR LÓPEZ. “La formación y ejecución del contrato electrónico: aproximación a una realidad negocial emergente”: *Estudios sobre Consumo*, nº 85, 2008, p. 85.

<sup>492</sup> La doctrina mayoritaria, “considerando (con acierto) que semejante conclusión era excesivamente rigurosa, pues en definitiva supondría dejar el momento de perfección del contrato en manos del oferente...consideraba preferible pronunciarse a favor de la teoría de la recepción...”, CARLOS LASARTE. *Principios de Derecho Civil III. Contratos*. 12ª edición. Madrid: Marcial Pons, 2009, p. 57.



Dispone el nuevo artículo 1.262.2 que “hallándose en lugares distintos el que hizo la oferta y el que la aceptó, hay consentimiento desde que el oferente conoce la aceptación o desde que, habiéndosela remitido el aceptante, no pueda ignorarla sin faltar a la buena fe. El contrato, en tal caso, se presume celebrado en el lugar en que se hizo la oferta. En los contratos celebrados mediante dispositivos automáticos hay consentimiento desde que se manifiesta la aceptación”.

Pese a que la nueva regulación es deficiente y confusa<sup>494</sup> y que otros autores consideran que el criterio establecido es el de la cognición<sup>495</sup>, entendemos que el precepto deja claro que el criterio principal en contratación entre ausentes es el que sustenta la teoría de la recepción, y sólo dejará de ser aplicable este criterio general si el oferente puede ignorar la aceptación recibida sin faltar a la buena fe, por ejemplo, una enfermedad que impide al oferente acceder a su ordenador.

Efectivamente el precepto menciona en primer lugar la teoría de la cognición, pero a continuación también consigna la de la recepción, y como temporalmente ésta siempre se produce primero, tal es el criterio principal, y

---

<sup>493</sup> Artículo 18.2 del Convenio de Viena de 11 de abril de 1980, de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, texto en [http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral\\_texts/sale\\_goods/1980CISG.html](http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG.html). Incorporado al Derecho español mediante Instrumento de Adhesión publicado en el BOE de 30-1-1991. Artículo 2.6 de los Principios de UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales de 1995, cfr. ÁNGELA GUIASADO MORENO. Formación y perfección del contrato en Internet. Madrid: Marcial Pons, 2004, p. 203. Artículo 3.3 del Modelo Europeo de Acuerdo de Intercambio Electrónico de Datos-EDI de 1994, contenido en la Recomendación 94/820/CE de la Comisión de 19 de octubre de 1994 relativa a los aspectos jurídicos del intercambio electrónico de datos, DOCE L 338 de 28-12-1994, pp. 98-117, que estipula que un contrato celebrado mediante el EDI se considerará celebrado en el lugar y momento en que el mensaje de EDI que contenga la aceptación de una oferta llegue al sistema informático del oferente. También es el criterio del Proyecto de Marco Común de Referencia (*Draft Common Frame of Reference*, DCFR) publicado en enero de 2008, y que se enmarca en los esfuerzos dirigidos a lograr una unificación del derecho privado europeo, cfr. MARÍA DEL PILAR PERALES VISCASILLAS. “Publicidad y formación del contrato: la formación electrónica del contrato en el “Draft Common Frame of Reference”: *Revista de la Contratación Electrónica*, nº 100, 2009, pp. 103-111.

<sup>494</sup> MIGUEL RUIZ MUÑOZ. *Los contratos mercantiles*. Documento electrónico sin fechar en [www.iustel.com](http://www.iustel.com). Consulta realizada el 24-5-2007. MIGUEL ÁNGEL PENDÓN MELÉNDEZ también critica su oportunidad. *La perfección del contrato en Derecho Privado (Reflexiones sobre su régimen legal a la luz de las nuevas formas de distribución y contratación)*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009, pp. 57-59.

<sup>495</sup> Cfr. JOSÉ MANUEL BUSTO LAGO (Coord), NATALIA ÁLVAREZ LATA y FERNANDO PEÑA LÓPEZ. *Reclamaciones de Consumo. Derecho de consumo desde la perspectiva del consumidor*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2005, p. 295. MIGUEL ÁNGEL PENDÓN MELÉNDEZ. *La perfección del contrato en Derecho Privado (Reflexiones sobre su régimen legal a la luz de las nuevas formas de distribución y contratación)*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009, p. 321. Y JUAN CARLOS MENÉNDEZ MATO. *El contrato vía Internet*. Barcelona: Bosch, 2005, p. 302. Otros autores atemperan el criterio. ALFONSO GONZÁLEZ GOZALO considera establecido una “teoría de la cognición atemperada”, en *La formación del contrato tras la Ley de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico*. Granada: Comares, 2004, p. 150. ANDRÉS ÍÑIGO FUSTER. “La contratación electrónica como contratación a distancia”: *Revista del Derecho de las Telecomunicaciones e Infraestructuras en Red*, nº 17, 2003, p. 14 de documento electrónico de V-Lex. También FERNANDO SÁNCHEZ CALERO y JUAN SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE consideran que se ha establecido el “sistema del conocimiento...pero...se acude a la presunción de que habiendo remitido el oferente al aceptante la oferta, se estima que éste no puede ignorarla sin faltar a la buena fe”. *Instituciones de Derecho Mercantil. Volumen II*. 32ª edición. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2009, p. 186.

sólo cuando pueda ignorarse lo recibido sin faltar a la buena fe, se deberá aplicar en segundo lugar el criterio o teoría del conocimiento.

### 2.3.3.1.3 La contratación telefónica es contratación entre ausentes

Aunque entendemos que la contratación entre ausentes, como su propio nombre indica, se caracteriza exclusivamente por realizarse entre partes que no se encuentran físicamente en el mismo lugar en el momento de nacer el consentimiento contractual, sin embargo, un sector de la doctrina mantiene que la contratación telefónica y otras formas similares no son contratación entre ausentes, dada su inmediatez, incluso se suele considerar que la jurisprudencia del Tribunal Supremo apoyó esta posición en una famosísima sentencia de 1948 que declaró que la voluntad del aceptante se entiende emitida entre presentes cuando la misma se comunica a través del teléfono<sup>496</sup>.

Cuando la técnica de comunicación a distancia es el teléfono, en opinión de SERNA, el Tribunal Supremo<sup>497</sup> ha entendido que pese a que los contratantes no están físicamente presentes, “las cuestiones relativas al momento de la perfección del contrato deben resolverse del mismo modo que si se tratase de un contrato entre presentes, puesto que el intervalo entre la emisión de la aceptación y el conocimiento de la misma por el oferente es jurídicamente irrelevante, por tanto no debe aplicarse lo establecido en el párrafo 2º del artículo 1.262”<sup>498</sup>. Es decir, dado que la comunicación telefónica se produce prácticamente en tiempo real, el momento de celebración del contrato de servicio telefónico de tarificación adicional se dilucida como si entre presentes se hubiere perfeccionado, y esta regla bien puede extenderse a cualquier forma de contratación entre ausentes que no se produzca *ex intervallo temporis*.

Para ORTEGA, esta línea ha sufrido un cambio de criterio. A finales de los años noventa un sector doctrinal y jurisprudencial optó por entender que la contratación telefónica y asimilada no era contratación entre presentes, afirmando que queda avalado el cambio tanto por sentencia del Tribunal

---

<sup>496</sup> Cfr. JUAN FRANCISCO ORTEGA DÍAZ. “Contratos electrónicos: la cuestión de la perfección y del soporte contractual”: *Revista de la Contratación Electrónica*, nº 86, 2007, pp. 64-66. ALBERTO ALONSO UREBA y ARÍSTIDES JORGE VIERA GONZÁLEZ, consideran que “la mayor o menor distancia física entre las partes contratantes no es la determinante para calificar el supuesto como un contrato entre personas ausentes. La necesidad del régimen de la contratación entre ausentes descansa en el lapso temporal que puede mediar entre que el destinatario de una oferta la acepta y el oferente la conoce”, en RAFAEL MATEU DE ROS y MÓNICA LÓPEZ-MONÍS GALLEGO (Coord). *Derecho de Internet. La Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2003, pp. 279. Por su parte, DANIEL RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, apoyándose en doctrina, considera que los contratos entre ausentes requieren tanto distancia física como concertación por medios de comunicación no instantáneos. “Tiempo y lugar de perfección de los contratos electrónicos y demás contratos a distancia”: *Revista de la Contratación Electrónica*, nº 52, 2004, p. 13 de documento electrónico de V-Lex. MIGUEL ÁNGEL PENDÓN MELÉNDEZ. *La perfección del contrato en Derecho Privado (Reflexiones sobre su régimen legal a la luz de las nuevas formas de distribución y contratación)*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009, pp. 297-298.

<sup>497</sup> Desde su sentencia de 3 de enero de 1948, Aranzadi 11/1948.

<sup>498</sup> ENCARNACIÓN SERNA MEROÑO, en FRANCISCO JOSÉ ALONSO ESPINOSA (et al, Coord.). *Régimen Jurídico General del Comercio Minorista. Comentarios a la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista y a la Ley Orgánica 2/1996, de 15 de enero, complementaria de la de Ordenación del Comercio Minorista*. 1ª edición. Madrid: Mc Graw Hill, 1999, p. 487.

Supremo de 30 de julio de 1996<sup>499</sup> como por los criterios que introducen la moderna legislación en materia de contratación a distancia y electrónica<sup>500</sup>.

Abundando en esta línea argumental, consideramos que, aún cuando la contratación entre ausentes se realice en tiempo real, ello no significa que se trate de una contratación entre presentes, ya que la distancia física subsiste y es necesario aplicar las presunciones legales para determinar el lugar<sup>501</sup>. De hecho, la doctrina admite que no se puede vincular de forma automática contrato entre ausentes con formación sucesiva, como ocurría antes de la invención del teléfono, pues también puede darse una formación simultánea<sup>502</sup>.

Es más, el vigente artículo 1262.2 del Código civil comienza diciendo “hallándose en lugares distintos...”, por lo que entendemos es indiscutible que el eje conceptual de la contratación entre ausentes es la distancia física, independientemente del factor temporal<sup>503</sup>.

Lo que ocurre es que la ausencia física de las partes puede originar un lapso temporal entre oferta y aceptación contractual o no<sup>504</sup>. Si no hay tal lapso, la contratación entre ausentes se entiende realizada entre presentes exclusivamente a efectos temporales porque no tiene sentido alguno aplicar la presunción temporal, y de hacerlo, el resultado sería el mismo que si se hubiese considerado como una contratación presencial.

En definitiva, consideramos que todos los contratos de tarificación adicional se celebran entre ausentes y que aun no existiendo lapso temporal entre oferta y aceptación, no son contratos entre presentes, y todo lo más se

---

<sup>499</sup> STS 673/1996, de 30 de julio, RJ/1996/6079: “El medio técnico utilizado, es decir la comunicación por fax, no resulta para nada impeditiva a efectos de llevar a cabo actos de contratación. El Código Civil, atendiendo a la fecha de su publicación, en su artículo 1262 ya es previsor en cuanto autoriza la aceptación hecha por carta, si bien no obliga al que hizo la oferta sino desde que llega a su conocimiento, lo que cabe extender a otros medios de comunicación aportados por los avances de la técnica moderna, así sucede con el telégrafo, telex, telefax y como electrónico en todas sus variedades y sirven para exteriorizar declaraciones de voluntad que, si bien son comunicativas, no son instantáneas y coincidentes en las conjunciones de voluntad de los contratantes interesados.”

<sup>500</sup> Cfr. JUAN FRANCISCO ORTEGA DÍAZ. “Contratos electrónicos: la cuestión de la perfección y del soporte contractual”: *Revista de la Contratación Electrónica*, nº 86, 2007, pp. 64-66.

<sup>501</sup> Cfr. ALFONSO GONZÁLEZ GOZALO. *La formación del contrato tras la Ley de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico*. Granada: Comares, 2004, pp. 103-106. Señala cómo la doctrina ha criticado la utilización de una única clasificación cuando realmente son dos, el espacial y el temporal.

<sup>502</sup> Vid. JUAN MANUEL BADENAS CARPIO y CARMEN BOLDÓ RODA. *Régimen jurídico de la llamada “venta directa”. Las ventas domiciliarias y a distancia*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2003, p. 145.

<sup>503</sup> La doctrina destaca como esencial al concepto la distancia física entre las partes, no la “distancia” temporal, por lo que algunos autores prefieren denominarlo como contratación entre distantes, cfr. ALBERTO ALONSO UREBA y ARÍSTIDES JORGE VIERA GONZÁLEZ. “Formación y perfección de los contratos a distancia celebrados por Internet”, en RAFAEL MATEU DE ROS y MÓNICA LÓPEZ-MONÍS GALLEGU (Coord). *Derecho de Internet. La Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2003, pp. 339-343. No obstante, estos autores consideran que la justificación que subyace en el contrato entre ausentes es el lapso temporal y la que subyace en el contrato a distancia es la separación física entre consumidor y objeto del contrato, op. cit. pp. 282-283.

<sup>504</sup> Muy gráficamente DANIEL RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA denomina “doble distancia” al supuesto en que concurren lapso físico y temporal. “Tiempo y lugar de perfección de los contratos electrónicos y demás contratos a distancia”: *Revista de la Contratación Electrónica*, nº 52, 2004, p. 11 de documento electrónico de V-Lex.

puede afirmar que se celebran entre ausentes que actúan temporalmente como si hubiesen estado presentes<sup>505</sup>.

### 2.3.3.2.- Contrato a distancia

De forma muy gráfica BOTANA, siguiendo a SCANNICCHIO, pone de manifiesto que el contrato a distancia es un “contrato *sin*”, sin establecimiento mercantil, sin vendedores, sin dinero (contante), sin horario, sin documentos y sin fronteras<sup>506</sup>.

El vigente artículo 92 del TRLGDCU los define como “los contratos celebrados con los consumidores y usuarios en el marco de una actividad empresarial, sin la presencia física simultánea de los contratantes, siempre que la oferta y aceptación se realicen de forma exclusiva a través de una técnica cualquiera de comunicación a distancia y dentro de un sistema de contratación a distancia organizado por el empresario”<sup>507</sup>.

Resulta totalmente superfluo el señalar que la contratación se realice a través de una técnica de comunicación a distancia, ya que no es posible que dos ausentes o distantes contraten si no es valiéndose de un medio de tal naturaleza<sup>508</sup>.

El contrato de servicio de tarificación adicional se perfecciona ordinariamente por un consumidor y un empresario físicamente distantes y cumple con el resto de elementos que contiene la definición del artículo 92 del TRLGDCU.

En primer lugar, se celebra utilizando siempre un medio de comunicación a distancia para emitir tanto la oferta (se realiza mediante publicidad en prensa, radio o televisión) como aceptación (la otorga el consumidor telefónica o telemáticamente)<sup>509</sup>. El precepto exige que ambos

---

<sup>505</sup> Cfr. ANA ISABEL BERROCAL LANZAROT. “Perfección del contrato en la ley 34/2002, de 11 de julio de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico: la unificación de criterios”: *Revista de Contratación Electrónica* nº 100, 2009, p. 24 de documento electrónico de V-Lex.

<sup>506</sup> Cfr. GEMA BOTANA GARCÍA (Coord). *Comercio electrónico y protección de los consumidores*. 1ª edición. Madrid: La Ley, 2001, p. 44.

<sup>507</sup> MIGUEL ÁNGEL PENDÓN MELÉNDEZ utiliza el término “operaciones a distancia” para englobar en una misma categoría a las ventas a distancia entre comerciantes de la LOCM, cuya regulación tuitiva considera totalmente inapropiada para relaciones comerciales entre iguales, y la contratación a distancia entre consumidor y empresario. *La perfección del contrato en Derecho Privado (Reflexiones sobre su régimen legal a la luz de las nuevas formas de distribución y contratación)*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009, pp. 118-119 y 156-157.

<sup>508</sup> Cfr. DANIEL RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA. “Tiempo y lugar de perfección de los contratos electrónicos y demás contratos a distancia”: *Revista de la Contratación Electrónica*, nº 52, 2004, p. 10 de documento electrónico de V-Lex. Y AMELIA SÁNCHEZ GÓMEZ, en RODRIGO BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Coord). *Comentarios del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007)*. 1ª edición. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2009, p. 1194. En contra, JUAN CARLOS MENÉNDEZ MATO. *El contrato vía Internet*. Barcelona: Bosch, 2005, pp. 279-284 y pp. 295-297.

<sup>509</sup> El medio de comunicación a utilizar en una contratación a distancia puede ser de cualquier naturaleza, desde el tradicional mecanismo postal a los teléfonos móviles y los ordenadores (*on line* u *off line*), pero incluyendo también las contrataciones mediante subastas o máquinas expendedoras, que no son sino otras modalidades de la comunicación humana a distancia. De no ser así, el artículo 93.1 del Texto Refundido, regulando la inaplicabilidad de la regulación de contratación a distancia, no se habría molestado en excluir ambas modalidades, máquinas y subastas no virtuales, lo que es un reconocimiento implícito de que forman parte de la definición de contratación a distancia, aunque el legislador haya decidido

actos, propuesta y aceptación del contrato, no sólo uno de ellos, se realicen por cualesquiera medios de comunicación, aunque no es necesario que el medio de comunicación a distancia empleado por el consumidor para aceptar la oferta coincida con el utilizado por el comerciante para realizarla<sup>510</sup>.

En segundo lugar, se celebra dentro de un sistema de contratación a distancia organizado por el empresario<sup>511</sup>.

Y en tercer lugar, no figura en la lista que dedica el artículo 93 del TRLGDCU para excluir ciertas contrataciones a distancia del régimen especial que se le otorga en protección de los consumidores<sup>512</sup>.

BADENAS Y BOLTÓ, en relación a la definición legal del antiguo artículo 38 de la LOCM de la que trae causa, destacan que guarda una perfecta similitud con los criterios seguidos por la doctrina tradicional para catalogar un contrato entre ausentes, sin que sea relevante a estos efectos si la ejecución del contrato (normalmente, la entrega del producto) se realiza a distancia<sup>513</sup>.

Sin embargo, LASARTE considera que el ordenamiento actual establece dos categorías, la contratación entre ausentes y la venta (contratación) a distancia, diferenciándose ésta de aquélla en que se desarrolla mediante actos en masa en el entorno de un sistema de contratación a distancia organizado por el vendedor<sup>514</sup>.

---

regularlas con otras normas específicas. De hecho, BÁDENAS y BOLDÓ sugieren que la venta automática mediante máquinas expendedoras es una contratación entre ausentes y se celebra mediante un medio de comunicación a distancia, cfr. JUAN MANUEL BADENAS CARPIO y CARMEN BOLDÓ RODA. *Régimen jurídico de la llamada "venta directa". Las ventas domiciliarias y a distancia*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2003, p. 157. Por su parte, GONZALO F. GÁLLEGO HIGUERAS precisa que el artículo 38.1 de la LOCM no alude a la utilización de la misma técnica de comunicación para oferta y aceptación. "Comercio electrónico y ventas a distancia tras la nueva redacción del artículo 38 de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista": *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 588, 2003, p. 4 de documento electrónico de Westlaw-es.

<sup>510</sup> Tal es la opinión de JUAN JOSÉ MARÍN LÓPEZ, en ARIMANY, MANUBENS Y ASOCIADOS (Coord.). *Ordenación del comercio minorista. Comentarios a la Ley 7/1996 y a la Ley Orgánica 2/1996, ambas de fecha 15 de enero*. 1ª edición. Barcelona: Editorial Praxis, 1996, p. 284.

<sup>511</sup> GONZALO F. GÁLLEGO HIGUERAS considera que el artículo 38.1 LOCM incluye también las transacciones, frecuentes en comercio electrónico, en las que es un tercero quien organiza el sistema de contratación a distancia dentro del cual el vendedor, únicamente inserta su oferta comercial. "Comercio electrónico y ventas a distancia tras la nueva redacción del artículo 38 de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista": *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 588, 2003, p. 5 de documento electrónico de Westlaw-es. En idéntico sentido, MIGUEL ÁNGEL PENDÓN MELÉNDEZ. *La perfección del contrato en Derecho Privado (Reflexiones sobre su régimen legal a la luz de las nuevas formas de distribución y contratación)*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009, pp. 217-219.

<sup>512</sup> Así lo considera igualmente ANA ISABEL MENDOZA LOSANA, quien apunta la aplicación en determinados supuestos del artículo 32.3 de la Ley 7/1996 de Ordenación del comercio Minorista relativo a ventas con obsequios, lo que no parece que se pueda compartir dado que este precepto es de aplicación exclusiva a la venta de productos (por el contrario, el obsequio sí puede ser un servicio), y la tarificación adicional es un servicio, amén de que el supuesto suele encubrir estafas de relevancia penal, es el caso de las llamadas a 906 que prometen empleos. En "Servicios telefónicos de tarificación adicional: motivos para la modificación de la normativa. Respuesta a consulta planteada por la Consejería de Sanidad de la Junta de Comunidades de Castilla La Mancha", en ANGEL CARRASCO PERERA (Coord). *Estudios sobre Telecomunicaciones y Derecho de Consumo*. Navarra: Aranzadi, 2005, pp. 315-316. Y en documento electrónico <<http://www.uclm.es/cesco/investigacion/18.pdf>>, julio de 2004, pp. 8-9. Consulta realizada el 28-3-2007.

<sup>513</sup> JUAN MANUEL BADENAS CARPIO y CARMEN BOLDÓ RODA. *Régimen jurídico de la llamada "venta directa". Las ventas domiciliarias y a distancia*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2003, pp. 144-145.

<sup>514</sup> CARLOS LASARTE. *Principios de Derecho Civil III. Contratos*. 12ª edición. Madrid: Marcial Pons, 2009, pp. 59-60.

Y existen más diferencias entre ambas figuras. En línea con lo señalado por LASARTE, la contratación entre ausentes cabe entre particulares, y sin embargo, la regulación especial de la contratación a distancia no es aplicable entre particulares. Y la contratación a distancia requiere que tanto oferta como aceptación se emitan entre ausentes, mientras que la contratación entre ausentes es tal aunque la oferta contractual se emita entre presentes, siempre que la aceptación se produzca entre ausentes<sup>515</sup>, ya que el artículo 1.262 del Código Civil sólo exige que oferente y aceptante se hallen en lugares distintos en el momento en que nazca el consentimiento, sin que sea relevante que estuviesen presentes o ausentes en el momento de la oferta.

La principal característica de la contratación a distancia estriba en que se reconoce al consumidor la facultad de desistir unilateralmente del contrato durante un plazo de siete días hábiles<sup>516</sup> como fundamental medio de protección del consumidor ante esta técnica de venta<sup>517</sup>, que analizaremos en su momento en relación a los servicios de tarificación adicional.

### 2.3.3.3.- Contrato electrónico

Los servicios de tarificación adicional también utilizan la denominada contratación electrónica, figura regulada en la LSSICE. Como señalamos en su momento, el servicio de la sociedad de la información es un concepto más amplio que el de comercio electrónico<sup>518</sup>, y a su vez, éste es más amplio que el de contrato electrónico, ya que todo contrato electrónico es comercio electrónico, pero no al contrario<sup>519</sup>.

El contrato de servicio de tarificación adicional no es un tipo del denominado contrato informático, de hecho ésta no es una categoría de la que se deriven especialidades de régimen. Simplemente se utiliza esta expresión para designar a los que tienen por objeto programas o bienes informáticos<sup>520</sup>.

---

<sup>515</sup> Cfr. DANIEL RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA. “Tiempo y lugar de perfección de los contratos electrónicos y demás contratos a distancia”: *Revista de la Contratación Electrónica*, nº 52, 2004, p. 9 de documento electrónico de V-Lex.

<sup>516</sup> Como es natural en los denominados derechos potestativos, el plazo es de caducidad, por todos, JUAN MANUEL BADENAS CARPIO y CARMEN BOLDÓ RODA. *Régimen jurídico de la llamada “venta directa”. Las ventas domiciliarias y a distancia*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2003, p. 205.

<sup>517</sup> No obstante, hay mercantilistas que consideran que en ciertas operaciones a distancia, por ejemplo, Internet, no hay motivo de especial protección porque el consumidor puede acceder a cualquier información sobre el bien o servicio, MIGUEL ÁNGEL PENDÓN MELÉNDEZ. *La perfección del contrato en Derecho Privado (Reflexiones sobre su régimen legal a la luz de las nuevas formas de distribución y contratación)*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009, pp. 41 y 199-200.

<sup>518</sup> Sin embargo, MARÍA DOLORES GRAMUNT FOMBUENA sostiene que el concepto material de contratación electrónica es más amplio que el de servicio de la sociedad información. “La protección del consumidor en los contratos electrónicos”. En INMACULADA BARRAL VIÑALS (Coord). *La Regulación del comercio electrónico: totalmente adaptado a la LSSICE y a la modificación de la Ley del comercio minorista*. Madrid: Dykinson, 2003, p. 57.

<sup>519</sup> Cfr. DAVID LÓPEZ JIMÉNEZ. “El derecho de desistimiento en el ámbito de la contratación electrónica”. *Aranzadi Civil*, nº 18, 2010, pp. 16-17.

<sup>520</sup> Cfr. JAVIER PLAZA PENADÉS. “Contratación electrónica y pago electrónico (en el derecho nacional e internacional)”. FRANCISCO JAVIER ORDUÑA MORENO (Dirección). *Contratación y comercio electrónico: (Obra concordada con la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la sociedad de la Información y de Comercio Electrónico)*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003, p. 424. JOSÉ RICARDO PARDO GATO. *Las Páginas Web como Soporte de Condiciones Generales de Contratación*. Cizur Menor, Navarra: Aranzadi, 2003, p. 49.

La mayoría de la doctrina considera que la contratación electrónica es una forma más de contratación a distancia<sup>521</sup> en la que la característica de “contrato sin” que mencionábamos se convierte en una “desmaterialización del contrato”<sup>522</sup>, de modo que podemos igualmente afirmar que todo contrato electrónico es contrato a distancia, aunque no al contrario, ya que ésta es una categoría más amplia. Menos ahora que está específicamente mencionada como tal en el artículo 92.2 del TRLGDCU<sup>523</sup>.

No obstante, la postura contraria ha tenido partidarios, entre ellos, MATEU DE ROS, quien en comentario crítico a la LSSICE, afirma que en las modalidades en que se produce contratación electrónica instantánea no hay verdadera contratación a distancia, y por tanto que a estas modalidades no les resulta aplicable por esta circunstancia el derecho de desistimiento<sup>524</sup>. Incluso en otra obra este autor critica el reconocimiento de este derecho, considerándolo un “dislate”<sup>525</sup>, lo que no puede compartirse, ni siquiera *lege ferenda*, salvo que se considere la situación, y no sería la primera vez, desde una óptica que desconozca por completo los legítimos intereses de los consumidores.

Los contratos electrónicos gozan de un régimen jurídico especial establecido en los artículos 23 a 29 de la LSSICE, estableciendo unas obligaciones informativas precontractuales específicas, otras de confirmación

---

<sup>521</sup> GEMA ALEJANDRA BOTANA GARCÍA (Coord). *Comercio electrónico y protección de los consumidores*. 1ª edición. Madrid: La Ley, 2001, pp. 47-49. JUAN PABLO APARICIO VAQUERO. “Los contratos electrónicos a la luz de la nueva ley de servicios de la sociedad de la información y del e-commerce. *Revista Electrónica de Derecho Informático*, nº 51, 2002, pp. 2 y 5-6 de documento electrónico de V-Lex. ANDRÉS ÍÑIGO FUSTER. “La contratación electrónica como contratación a distancia”: *Redeti. Revista del Derecho de las Telecomunicaciones e Infraestructuras en Red*, nº 17, 2003, pp. 33-87. BADENAS CARPIO. *Régimen jurídico de la llamada “venta directa”...*, 2003, pp. 147-153. BUSTO LAGO. *Reclamaciones...* 2005, p. 308. JOSE ANTONIO VEGA VEGA. *Contratos electrónicos y protección de los consumidores*. 1ª edición. Madrid: Reus, 2005, pp. 69-70. JAVIER PLAZA PENADÉS, “La protección del consumidor en el ámbito de la contratación electrónica”, en JAVIER PLAZA PENADÉS (Coord). *Cuestiones actuales de Derecho y Tecnologías de la Información y la Comunicación (TICs). Monografía asociada a Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías nº 4*. 1ª edición. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi: 2006, p. 211. MARÍA ARIAS POU. *Manual práctico de comercio electrónico*. 1ª edición. Madrid: La Ley, 2006, p. 61. Y FERNANDO HERNÁNDEZ JIMÉNEZ-CASQUET. “El marco jurídico del comercio y la contratación electrónicos”, en PABLO GARCÍA MEXÍA (Dtor). *Principios de Derecho de Internet*. 2ª edición. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2005, p. 440. Muchas otras citas en tal sentido en ALBERTO ALONSO UREBA y ARÍSTIDES JORGE VIERA GONZÁLEZ. “Formación...”, 2003, p. 280, nota 30.

<sup>522</sup> Expresión de ILLESCAS y BOTANA, en GEMA ALEJANDRA BOTANA GARCÍA (Coord). *Comercio electrónico y protección de los consumidores*. 1ª edición. Madrid: La Ley, 2001, p. 50.

<sup>523</sup> Art. 92.2. Entre otras, tienen la consideración de técnicas de comunicación a distancia: los impresos, con o sin destinatario concreto; las cartas normalizadas; la publicidad en prensa con cupón de pedido; el catálogo; el teléfono, con o sin intervención humana, cual es el caso de las llamadas automáticas o el audiotexto; la radio; el teléfono con imagen; el videotexto con teclado o pantalla táctil, ya sea a través de un ordenador o de la pantalla de televisión; el correo electrónico; el fax y la televisión.

<sup>524</sup> RAFAEL MATEU DE ROS, “Interpretación, aplicación y desarrollo reglamentario de la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información”, en JOSE MANUEL VILLAR URÍBARRI. *La nueva regulación de las Telecomunicaciones, la Televisión e Internet*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2003, p. 577 y pp. 582-584, donde también se relacionan numerosos preceptos de diversas leyes que el autor entiende derogados por la LSSICE.

<sup>525</sup> RAFAEL MATEU DE ROS, “Principios de la contratación electrónica en la LSSICE”, en la obra RAFAEL MATEU DE ROS y MÓNICA LÓPEZ-MONÍS GALLEGU. *Derecho de Internet. La Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2003, pp. 102-104.

de la contratación realizada, y por último, una presunción legal establecida respecto del lugar de celebración<sup>526</sup>.

En caso de contradicción entre las regulaciones de ambas modalidades, prevalece la electrónica sobre la regulación de la contratación a distancia por disposición del artículo 94 del TRLGDCU<sup>527</sup>.

Con todo lo apuntado podríamos adelantar que el contrato electrónico es una actividad de comercio electrónico consistente en celebrar un contrato a distancia mediante un medio electrónico, respondiendo así, no a un modelo sustantivo, sino a la modalidad, vía o medio a través del que se celebra, que como sostiene la mayoría de la doctrina, es la vía electrónica<sup>528</sup>.

No obstante, el apartado h) del mismo Anexo de definiciones establece que se entenderá por “contrato celebrado por vía electrónica o «contrato electrónico» todo contrato en el que la oferta y la aceptación se transmiten por medio de equipos electrónicos de tratamiento y almacenamiento de datos, conectados a una red de telecomunicaciones”<sup>529</sup>, de modo que la definición legal, además del medio utilizado, exige que los equipos con los que utilizar el medio de telecomunicación tengan la capacidad de tratar y almacenar datos.

Sin embargo, resultan irrelevantes a efectos de calificar un contrato como electrónico tanto la forma de realización de las negociaciones o tratos previos como la forma de ejecución del contrato, ya se hagan de manera electrónica o presencial<sup>530</sup>.

El Anexo de definiciones de la LSSICE, en la segunda parte de su apartado a), excluye de su ámbito de aplicación a la telefonía vocal, en concreto “no tendrán la consideración de servicios de la sociedad de la información los...servicios prestados por medio de telefonía vocal, fax o télex...”, por lo que podemos concluir que las tres modalidades de servicios de tarificación adicional reguladas, la telefónica o de voz, la de Internet y la de

---

<sup>526</sup> ALBERTO ALONSO UREBA y ARÍSTIDES JORGE VIERA GONZÁLEZ consideran que la inclusión de un contrato en la categoría electrónica apenas tiene consecuencias en el ámbito jurídico, dado su carácter meramente ordenador y sistemático. “Formación y perfección de los contratos a distancia celebrados por Internet”. RAFAEL MATEU DE ROS y MÓNICA LÓPEZ-MONÍS GALLEGU (Coord). *Derecho de Internet. La Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2003, pp. 276-277.

<sup>527</sup> Artículo 94 TRLGDCU, “cuando lo dispuesto en este título entre en contradicción con el contenido de la normativa específica sobre servicios de la sociedad de la información y comercio electrónico, ésta será de aplicación preferente”. El artículo 38.5 LOCM establece la exención de la obligatoria inscripción de las empresas de venta a distancia en el Registro Administrativo especial a las actividades de prestación de servicios de la sociedad de la información y comercio electrónico.

<sup>528</sup> Cfr. DAVID LÓPEZ JIMÉNEZ. “El derecho de desistimiento en el ámbito de la contratación electrónica”. *Aranzadi Civil*, nº 18, 2010, pp. 16-17 y MATEU DE ROS, “Principios de la contratación electrónica en la LSSICE”, en RAFAEL MATEU DE ROS y MÓNICA LÓPEZ-MONÍS GALLEGU (Coord). *Derecho de Internet. La Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2003, pp. 71-75.

<sup>529</sup> ÁNGELA GUIASADO MORENO define el contrato electrónico como la modalidad de contratación de bienes y servicios realizada a distancia...a través de los soportes electrónicos proporcionados por las nuevas tecnologías de la información y la comunicación, *Formación y perfección del contrato en Internet*. Madrid: Marcial Pons, 2004, p. 116 y pp. 119-120. Otras definiciones de diversos autores en JOSE ANTONIO VEGA VEGA. *Contratos electrónicos y protección de los consumidores*. 1ª edición. Madrid: Reus, 2005, pp. 66-67.

<sup>530</sup> Cfr. JAVIER PLAZA PENADÉS. “Contratación electrónica y pago electrónico (en el derecho nacional e internacional)”. FRANCISCO JAVIER ORDUÑA MORENO (Dirección). *Contratación y comercio electrónico: (Obra concordada con la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la sociedad de la Información y de Comercio Electrónico)*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003, pp. 421-422.



mensajería premium, se prestan mediante contratación a distancia, pero sólo pueden calificarse como electrónicos los contratos que se generen en las dos últimas modalidades, en las que se usan equipos que tratan y almacenan la correspondiente información, los ordenadores y los teléfonos móviles que gestionan la mensajería premium.

#### 2.3.3.4.- Contrato automatizado, no automático

La nueva redacción de la contratación entre ausentes ha introducido un apartado tercero en el artículo 1.262 del Código Civil que dispone que “en los contratos celebrados mediante dispositivos automáticos hay consentimiento desde que se manifiesta la aceptación”.

Nos planteamos si el precepto está haciendo referencia a una nueva categoría, la contratación automática, de la que serían igualmente tributarios los servicios de tarificación adicional y si es o no diferente de la contratación electrónica.

Las contrataciones de este tipo son una figura bien conocida en el ámbito de Internet. El consumidor expresa normalmente su consentimiento a las diversas fases contractuales mediante el “clickeo” con el ratón. En la mayoría de casos se instrumentaliza mediante ventas en línea u *on line* con agentes electrónicos inteligentes<sup>531</sup>, los denominados contratos *click-wrap*<sup>532</sup> que se llevan a cabo con programas de ordenador o dispositivos utilizados para realizar ciertas actuaciones de modo automático cuando el aceptante cumpla las condiciones que el oferente establece, actuaciones que bien pueden ser el pedido de producto o, como en nuestro caso, el visionado de un video a pagar mediante tarificación adicional.

Como señala GONZÁLEZ GOZALO, esta técnica está expresamente prevista por la *Uniform Electronic Transactions Act* estadounidense de 1999<sup>533</sup>, y aunque algunos autores en el pasado consideraron que sólo esta modalidad *click-wrap* es “contrato electrónico”, hoy en día es generalizada la opinión de que el concepto incluye igualmente a los celebrados por otros medios electrónicos<sup>534</sup>, por ejemplo, los mensajes por móviles.

---

<sup>531</sup> ÁNGELA GUIASADO MORENO define el agente electrónico o inteligente como un sistema de información programado para que opere automáticamente con la pertinente relevancia jurídica. *Formación y perfección del contrato en Internet*. Madrid: Marcial Pons, 2004, p. 165.

<sup>532</sup> Vid. MARÍA ARIAS POU. *Manual práctico de comercio electrónico*. 1ª edición. Madrid: La Ley, 2006, p. 206. ALBERTO ALONSO UREBA y ARÍSTIDES JORGE VIERA GONZÁLEZ. “Formación y perfección de los contratos a distancia celebrados por Internet”, en RAFAEL MATEU DE ROS y MÓNICA LÓPEZ-MONÍS GALLEGU (Coord). *Derecho de Internet. La Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2003, pp. 353-357. Estos autores consideran que estos contratos se celebran entre presentes por ser instantáneos (pese a que páginas antes afirman con rotundidad que la nota esencial de la contratación entre ausentes es su lejanía física, no la temporal entre oferta y aceptación). DANIEL RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA. “Tiempo y lugar de perfección de los contratos electrónicos y demás contratos a distancia”: *Revista de la Contratación Electrónica*, nº 52, 2004, p. 14 de documento electrónico de V-Lex.

<sup>533</sup> Cfr. ALFONSO GONZÁLEZ GOZALO. *La formación del contrato tras la Ley de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico*. Granada: Comares, 2004, pp. 12-13.

<sup>534</sup> Cfr. JUAN FRANCISCO ORTEGA DÍAZ. “Contratos electrónicos: la cuestión de la perfección y del soporte contractual”: *Revista de la Contratación Electrónica*, nº 86, 2007, pp. 53-54, citando a CARLOS VATTIER FUENZALIDA. “En torno a los contratos electrónicos”. *RGLJ-Revista general de legislación y jurisprudencia* nº 1, 1999, p.79.

Antes de las reformas operadas en este ámbito por la LSSICE, la doctrina se decantó mayoritariamente por aplicar al comercio electrónico la regla o criterio de la recepción<sup>535</sup>, pero la nueva redacción que introdujo esta Ley en el artículo 1.262 *in fine*, según parte de la doctrina, implanta en contratación electrónica el criterio tradicional de la emisión o expedición del Código de Comercio<sup>536</sup>, aunque algún autor considera que literalmente se refiere al criterio de la manifestación, aún más extremo<sup>537</sup>, y en todo caso, en contra de la regla general de la recepción que establece este mismo precepto para la contratación entre ausentes.

GONZÁLEZ GOZALO nos descubre el origen de este precepto como una solución salomónica adoptada por sugerencia del Consejo de Estado en su Dictamen 3534/2001 de 17 de enero de 2002 ante divergentes opiniones en la materia entre el Ministerio de Justicia, partidario de mantener el criterio tradicional para los contratos electrónicos y el de Ciencia y Tecnología, partidario de establecer en la materia el tradicional criterio mercantil de la emisión, criterio que, además de favorecer el tráfico comercial, entendía incluso favorable a los intereses de los consumidores, que tendrían la certeza de que el contrato se ha perfeccionado desde la emisión, a la vez que cerraba el paso a maniobras fraudulentas del oferente para alterar la fecha de entrada de la aceptación en su servidor<sup>538</sup>.

Sin embargo, la tesis de la recepción resulta más ajustada a una legislación basada en el principio de protección del consumidor. En contratación electrónica siempre es preferible que el consumidor no asuma obligación contractual de pago del producto o servicio hasta tener la certeza de que su pedido o aceptación ha sido correctamente recibido por el prestador oferente. La incertidumbre del consumidor respecto de si un pedido ha sido o no recibido es en este sentido, determinante. Si no se ha recibido, es preferible

---

<sup>535</sup> Cfr. ALFONSO GONZÁLEZ GOZALO. *La formación del contrato tras la Ley de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico*. Granada: Comares, 2004, pp. 232-235.

<sup>536</sup> Cfr. JUAN PABLO APARICIO VAQUERO, aún señalando que la solución adoptada es extraña en Derecho comparado, no la entiende desacertada, en “Los contratos electrónicos a la luz de la nueva ley de servicios de la sociedad de la información y del e-commerce”. *Revista Electrónica de Derecho Informático*, nº 51, 2002, p. 2 de documento electrónico de V-Lex. JOSÉ MANUEL BUSTO LAGO (Coord), NATALIA ÁLVAREZ LATA y FERNANDO PEÑA LÓPEZ. *Reclamaciones de Consumo. Derecho de consumo desde la perspectiva del consumidor*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2005, p. 295. MATEU entiende que la Ley “ha escogido la regla de la expedición justificada de la aceptación”, “Principios de la contratación electrónica en la LSSICE”. RAFAEL MATEU DE ROS y MÓNICA LÓPEZ-MONÍS GALLEGRO (Coord). *Derecho de Internet. La Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2003, p. 148. JUAN FRANCISCO ORTEGA DÍAZ. “Contratos electrónicos: la cuestión de la perfección y del soporte contractual”: *Revista de la Contratación Electrónica*, nº 86, 2007, pp. 72-73. ANA ISABEL BERROCAL LANZAROT. “Perfección del contrato en la ley 34/2002, de 11 de julio de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico: la unificación de criterios”: *Revista de Contratación Electrónica* nº 100, 2009, pp. 35-36 de documento electrónico de V-Lex.

<sup>537</sup> MIGUEL RUIZ MUÑOZ. *Los contratos mercantiles*. Documento electrónico sin fechar en [www.iustel.com](http://www.iustel.com). Consulta realizada el 24-5-2007.

<sup>538</sup> Cfr. ALFONSO GONZÁLEZ GOZALO. *La formación del contrato tras la Ley de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico*. Granada: Comares, 2004, pp. 237-239. Y ANA ISABEL BERROCAL LANZAROT. “Perfección del contrato en la ley 34/2002, de 11 de julio de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico: la unificación de criterios”: *Revista de la Contratación Electrónica* nº 100, 2009, pp. 31 de documento electrónico de V-Lex.

que no exista contrato y que el consumidor, si lo desea, realice otro pedido, con la misma u otra empresa<sup>539</sup>.

Evidentemente existen casos en que ocurre lo contrario, por ejemplo, cuando se obtiene el último de los billetes de avión de un vuelo de bajo coste, en los que puede interesar al comprador que, aún con error en la transmisión electrónica, el contrato se haya celebrado desde que manifestó su consentimiento, pero siempre serán supuestos excepcionales que no justifican que la regla jurídica se fije en su beneficio y no en el de la generalidad de los casos, si es la protección del consumidor la finalidad de la misma.

Este esquema típico del comercio electrónico en tres fases, oferta del empresario+aceptación del consumidor+acuse de recibo del empresario, como indica el autor citado, figuraba de modo aún más exigente como regla de perfección contractual en la Propuesta inicial de Directiva de Comercio Electrónico que aprobó la Comisión Europea el 18 de noviembre de 1998, que optaba por el que denomina “sistema bifásico” porque junto a la tradicional concurrencia de oferta y aceptación exigía la posterior concurrencia de acuse de recibo por parte del oferente y confirmación de su recepción por el aceptante para entender válidamente celebrado el contrato<sup>540</sup>.

Un fallo técnico puede cortar la comunicación y no ser recibida la aceptación del consumidor por el suministrador al otro lado de la línea, ¿tendría sentido práctico obligar a cumplir un contrato celebrado desde la emisión de la aceptación a quien desconoce que lo ha celebrado porque no ha recibido la comunicación? ¿No sería más sencillo entender que no hay contrato y simplemente plantear la necesidad en tales casos de repetir el pedido? Si a este criterio objetamos que el consumidor podría correr el riesgo de acabar ordenando dos veces el mismo pedido, recordemos que el artículo 28 de la LSSICE ha previsto imponer al oferente una obligación administrativa que lo paliaría, la de confirmar la recepción de la aceptación al que la hizo, lo que se conoce como “acuse de recibo”<sup>541</sup>, trámite que debe realizarse mediante un

---

<sup>539</sup> ALFONSO GONZÁLEZ GOZALO considera que si el sistema de transmisión de la aceptación falla, es lógico que sea el prestador quien corra con el riesgo, y por tanto que se aplique el criterio de la emisión, pero lo que tal criterio realmente provoca es una “condena” al consumidor a quedar atado a un contrato que ya le está ocasionando problemas. *La formación del contrato tras la Ley de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico*. Granada: Comares, 2004, p. 239. Cfr. también en M<sup>a</sup> DEL PILAR PERALES VISCASILLAS. “Formación del contrato”. GEMA ALEJANDRA BOTANA GARCÍA (Coord). *Comercio electrónico y protección de los consumidores*. 1ª edición. Madrid: La Ley, 2001, pp. 450-452.

<sup>540</sup> Cfr. ALFONSO GONZÁLEZ GOZALO. *La formación del contrato tras la Ley de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico*. Granada: Comares, 2004, pp. 245-247..

<sup>541</sup> Art. 28 LSSICE: “1. El oferente está obligado a confirmar la recepción de la aceptación al que la hizo por alguno de los siguientes medios: a) El envío de un acuse de recibo por correo electrónico u otro medio de comunicación electrónica equivalente a la dirección que el aceptante haya señalado, en el plazo de las veinticuatro horas siguientes a la recepción de la aceptación, o b) La confirmación, por un medio equivalente al utilizado en el procedimiento de contratación, de la aceptación recibida, tan pronto como el aceptante haya completado dicho procedimiento, siempre que la confirmación pueda ser archivada por su destinatario. En los casos en que la obligación de confirmación corresponda a un destinatario de servicios, el prestador facilitará el cumplimiento de dicha obligación, poniendo a disposición del destinatario alguno de los medios indicados en este apartado. Esta obligación será exigible tanto si la confirmación debiera dirigirse al propio prestador o a otro destinatario.

2. Se entenderá que se ha recibido la aceptación y su confirmación cuando las partes a que se dirijan puedan tener constancia de ello. En el caso de que la recepción de la aceptación se confirme mediante acuse de recibo, se presumirá que su destinatario puede tener la referida constancia desde que aquél haya

medio igualmente electrónico y almacenable y que se entiende efectuado conforme al criterio de la recepción<sup>542</sup>, de modo que en ausencia de acuse de recibo, el consumidor puede repetir el pedido en la certeza de que no existe ningún primer contrato.

Por tanto, no entiendo que sea el de la emisión un criterio que favorezca sino exclusivamente a la fluidez del tráfico mercantil, y por ello fue el criterio tradicionalmente adoptado en este ámbito. En definitiva, parece que el artículo 1262 *in fine* del Código Civil nos ofrece una excepción al régimen general poco acorde con la protección de los consumidores y con el carácter recepticio que se señala característico de las manifestaciones contractuales y por el que durante tanto tiempo abogó la mejor doctrina en contra de la literalidad del Código Civil.

Un sector de la doctrina ha puesto de manifiesto estas contradicciones. FLORES considera que la opción española es la del criterio de la emisión, pero que con ello se separa de la orientación predominante comparada y dispensa una menor protección al aceptante<sup>543</sup>. RUIZ MUÑOZ afirma que esta regla resulta de aplicación a toda forma de contratación electrónica, que inexplicablemente se denomina “automática”, y que establece un no menos inexplicable criterio de la “manifestación”<sup>544</sup>. MENÉNDEZ asegura no entender muy bien su razón de ser y pone de manifiesto su conexión con la contratación automática<sup>545</sup>. Incluso MATEU sostiene, en sentido totalmente opuesto, que los contratos electrónicos no son contratos automáticos o celebrados mediante dispositivos automáticos<sup>546</sup>.

La doctrina parece agruparse en torno a dos tendencias, una parte significativa de la misma entiende que el dispositivo automático no alude a toda forma de contratación electrónica, sino sólo al caso de la página web sin diálogo entre las partes contratantes y con formulario interactivo de solicitud del

---

sido almacenado en el servidor en que esté dada de alta su cuenta de correo electrónico, o en el dispositivo utilizado para la recepción de comunicaciones.

3. No será necesario confirmar la recepción de la aceptación de una oferta cuando: a) Ambos contratantes así lo acuerden y ninguno de ellos tenga la consideración de consumidor, o b) El contrato se haya celebrado exclusivamente mediante intercambio de correo electrónico u otro tipo de comunicación electrónica equivalente, cuando estos medios no sean empleados con el exclusivo propósito de eludir el cumplimiento de tal obligación.”.

Los artículos 38.3.f) y 38.4.f) de la LSSICE tipifican como infracción administrativa grave o leve competencia de las autoridades de ciencia y tecnología el incumplimiento coyuntural o generalizado de estas obligaciones.

<sup>542</sup> Cfr. JOSÉ MANUEL BUSTO LAGO (Coord), NATALIA ÁLVAREZ LATA y FERNANDO PEÑA LÓPEZ. *Reclamaciones de Consumo. Derecho de consumo desde la perspectiva del consumidor*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2005, pp. 316-317. Y MANUEL CARLOS LOBO COELLO en JAVIER CREMADES y JOSÉ LUIS GONZÁLEZ MONTES (Coord). *La Nueva Ley de Internet (Comentarios a la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico)*. Madrid-Las Rozas: La Ley-Actualidad, 2003, pp. 643-644.

<sup>543</sup> Cfr. MARÍA DE LA SIERRA FLORES DOÑA. *Impacto del comercio electrónico en el Derecho de la contratación*. Madrid, Edersa, 2002, pp. 127-131.

<sup>544</sup> MIGUEL RUIZ MUÑOZ. *Los contratos mercantiles*. Documento electrónico sin fechar en [www.iustel.com](http://www.iustel.com). Consulta realizada el 24-5-2007.

<sup>545</sup> JUAN CARLOS MENÉNDEZ MATO. *El contrato vía Internet*. Barcelona: Bosch, 2005, pp. 304-305.

<sup>546</sup> Cfr. MATEU DE ROS, “Principios de la contratación electrónica en la LSSICE”. RAFAEL MATEU DE ROS y MÓNICA LÓPEZ-MONÍS GALLEGU (Coord). *Derecho de Internet. La Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2003, pp. 149-152.

bien o servicio que se oferta en ella, los que denominamos en su momento contratos *click-wrap*. Así se pronuncian PENDÓN<sup>547</sup>, MIRANDA y PAGADOR<sup>548</sup>, CAVANILLAS, quien siguiendo el criterio expuesto en el dictamen citado del Consejo de Estado, considera que sólo pueden incluirse los contratos electrónicos celebrados en línea<sup>549</sup>, y CUADRADO, quien entiende de modo similar que sólo es aplicable este criterio excepcional a los contratos electrónicos gestionados mediante agentes inteligentes<sup>550</sup>.

Por el contrario, otra parte de la doctrina estima que dispositivo automático, y por tanto la regla que comentamos, corresponde a todos los contratos electrónicos sin distinción, ya se realicen en línea o fuera de línea (mediante correo electrónico, por ejemplo), como GARCÍA-GRANERO<sup>551</sup>, BERCOVITZ<sup>552</sup> y RUIZ MUÑOZ, quien llega más lejos y considera que, a pesar de que habla incomprensiblemente de la manifestación de la aceptación, el criterio para la perfección de los contratos por vía electrónica debe ser el de la recepción<sup>553</sup>.

Incluso hay quien entiende que el concepto de dispositivo automático ha de aplicarse también a contrataciones automáticas no electrónicas, por ejemplo, máquinas expendedoras<sup>554</sup>. En este sentido, BÁDENAS y BOLDÓ sugieren que la venta automática mediante máquinas expendedoras es una contratación entre ausentes y se celebra mediante un medio de comunicación a distancia<sup>555</sup>.

#### 2.3.3.4.1 La contratación automática es una categoría diferente a la contratación electrónica

Sea como fuere, parece que la doctrina se mueve en torno a consideraciones exclusivamente de orden técnico, es decir, según como actúe el mecanismo operativo del dispositivo, se califica éste como automático o no, y

---

<sup>547</sup> MIGUEL ÁNGEL PENDÓN MELÉNDEZ. *La perfección del contrato en Derecho Privado (Reflexiones sobre su régimen legal a la luz de las nuevas formas de distribución y contratación)*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009, p. 354.

<sup>548</sup> LUIS MARÍA MIRANDA SERRANO y JAVIER PAGADOR LÓPEZ: “La formación y ejecución del contrato electrónico: aproximación a una realidad comercial emergente”: *Estudios sobre Consumo*, nº 85, 2008, p. 85.

<sup>549</sup> SANTIAGO CAVANILLAS MÚGICA. “La conclusión del contrato en Internet”: MARIO E. CLEMENTE MEORO y SANTIAGO CAVANILLAS MÚGICA (Coord.). *Responsabilidad civil y contratos en Internet: su regulación en la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio electrónico*. Granada: Comares, 2003, p. 195.

<sup>550</sup> CARLOS CUADRADO PÉREZ. *Oferta, aceptación y conclusión del contrato*. Bolonia: Publicaciones del Real Colegio de España, 2003, p. 340.

<sup>551</sup> ANA VICTORIA GARCÍA-GRANERO COLOMER. “La perfección de los contratos”. JUAN FRANCISCO DELGADO DE MIGUEL (Coord.). *Instituciones de Derecho Privado. Tomo III. Obligaciones y contratos. Vol 1º*. 1ª edición. Madrid: Civitas, 2002, p. 447.

<sup>552</sup> RODRIGO BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO. “Formación del contrato”: RODRIGO BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO (Coord). *Manual de Derecho Civil. Contratos*. Madrid: Bercal, 2003, p. 45.

<sup>553</sup> Cfr. MIGUEL RUIZ MUÑOZ. “Tutela de los consumidores en el comercio electrónico”: *Revista de la Contratación Electrónica*, nº 90, 2008, p. 19 de documento electrónico de V-Lex.

<sup>554</sup> Cfr. ALFONSO GONZÁLEZ GOZALO. *La formación del contrato tras la Ley de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico*. Granada: Comares, 2004, pp. 236-237.

<sup>555</sup> Cfr. JUAN MANUEL BADENAS CARPIO y CARMEN BOLDÓ RODA. *Régimen jurídico de la llamada “venta directa”. Las ventas domiciliarias y a distancia*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2003, p. 157.

este camino introduce enormes dosis de inseguridad jurídica, dado que la inventiva técnica permite la constante aparición de nuevas y variadas formas de comunicación electrónica.

Intentando aportar algo de claridad en la materia, comencemos por definir qué es un “dispositivo automático”, ya que el Código Civil sólo asocia el criterio consensual excepcional de la expedición a la aceptación realizada mediante tal dispositivo.

El diccionario de la RAE define “dispositivo” como “mecanismo o artificio dispuesto para producir una acción prevista” y el término “automático” como “dicho de un mecanismo, que funciona en todo o en parte por sí”. Por tanto, lo importante es que el mecanismo sea capaz de funcionar por sí mismo. Existen máquinas que no tienen esta capacidad y que requieren para todas sus acciones de la fuerza o regulación humana, como unas tijeras o una polea. Los mecanismos o dispositivos capaces de actuar por sí mismos una vez recibido el correspondiente impulso humano son, por ejemplo, los ordenadores o los teléfonos móviles, pero también las máquinas expendedoras, todos ellos contratan y funcionan automáticamente.

Así pues, la contratación por medios o dispositivos automáticos abarca tanto a la contratación electrónica, que en su momento definimos, como a la realizada a través de otros mecanismos automáticos que no se puedan calificar de contratación electrónica, aunque funcionen eléctricamente, que no es lo mismo.

En conclusión, entendemos que el precepto que analizamos establece el criterio jurídico presuntivo del momento de perfección contractual de toda contratación automática, no sólo de la electrónica.

Ocurre que nuestro ordenamiento jurídico ya definió en 1996 y con exactitud el concepto de contratación automática, al menos así lo entendemos, en el artículo 49.1 de la LOCM. Aunque en la época en que este precepto nació no existía aún el comercio electrónico en el ámbito doméstico, responde tanto a la típica máquina expendedora de producto en la vía pública como a la venta inmediata de un servicio por Internet. Dispone el mismo que “es venta automática la forma de distribución detallista, en la cual se pone a disposición del consumidor el producto o servicio para que éste lo adquiera mediante el accionamiento de cualquier tipo de mecanismo y previo pago de su importe”.

La doctrina que ha analizado los elementos que integran la figura coincide siempre en los cuatro siguientes:

1- En primer lugar, se requiere la automaticidad de la modalidad de venta, ya que aunque el precepto omite que el mecanismo haya de ser automático, ello se desprende del propio sentido del precepto, ya que sin tal automaticidad resulta imposible que la máquina suministre el producto o servicio<sup>556</sup>.

---

<sup>556</sup> Se trata de “contratos que se concluyen mediante la utilización de una máquina automática por parte del consumidor”, en JOSÉ MANUEL BUSTO LAGO (Coord), NATALIA ÁLVAREZ LATA y FERNANDO PEÑA LÓPEZ. *Reclamaciones de Consumo. Derecho de consumo desde la perspectiva del consumidor*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2005, p. 320. Igualmente, BEATRIZ ALONSO SÁNCHEZ en la obra de RODRIGO BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO y JESÚS LEGUINA VILLA (Coord). *Comentarios a las Leyes de Ordenación del Comercio Minorista. Ley Orgánica 2/1996, de 15 de enero, complementaria de la de Ordenación del Comercio Minorista, y Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista*. Madrid: Tecnos, 1997, pp. 746-747.

2- En segundo lugar, como reza la norma, que se haya producido un previo pago del importe<sup>557</sup>, reputándose igualmente válido el realizado mediante moneda o billetes de curso legal, mediante tarjeta bancaria o mediante cualquier otro tipo de modalidad<sup>558</sup>.

3- En tercer lugar, y en justa correspondencia con el previo pago del precio, el objeto del contrato ha de ser puesto a inmediata disposición del consumidor. Una entrega diferida del objeto eximiría a la forma de venta de ser calificada como venta automática<sup>559</sup>.

4- Por último, y en contra del sentido general de la LOCM, el concepto de la venta automática abarca tanto a la compraventa de productos como a la prestación de servicios, por lo que entendemos que realmente se está regulando la contratación automática y no sólo una forma especial de venta comercial<sup>560</sup>.

Así pues, consideramos que para nuestro ordenamiento jurídico, la contratación automática sólo se produce si concurren los requisitos citados, que se pueden agrupar en un primer grupo de orden técnico, el elemento natural derivado de que la máquina o dispositivo o mecanismo utilizado sea automático, y el segundo grupo, de orden jurídico, consistente en que el consumidor haya pagado previamente el precio y que inmediatamente se le haya servido el producto o servicio solicitado.

Podría oponerse a esta argumentación el hecho de que la regulación de la venta automática de los artículos 49 a 52 de la LOCM, sólo se refiere a máquinas expendedoras, no a ordenadores ni teléfonos móviles ni otros dispositivos. Y es que la normativa asocia a este tipo de venta la existencia de responsabilidades civiles solidarias de terceros, que las máquinas deban estar homologadas, que su instalación pueda requerir autorización administrativa y que figure en la misma información sobre el producto, precio, monedas

---

<sup>557</sup> FERNANDO GÓMEZ considera que no parece que el aspecto temporal que indica el previo pago tenga excesiva importancia a la hora de delimitar el ámbito de aplicación de las reglas sobre venta automática, en JOSE LUIS PIÑAR MAÑAS y EMILIO BELTRÁN SÁNCHEZ (Dtores.). *Comentarios a la Ley de Ordenación del Comercio Minorista y a la Ley Orgánica complementaria*. 1ª edición. Madrid: Civitas, 1997, p. 374. En la obra de JOSÉ MANUEL BUSTO LAGO (Coord), NATALIA ÁLVAREZ LATA y FERNANDO PEÑA LÓPEZ. *Reclamaciones de Consumo. Derecho de consumo desde la perspectiva del consumidor*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2005, se considera que la regla del previo pago debe entenderse del modo más amplio posible, para que también resulte aplicable a otros supuestos como el de los parkings, pp. 321-322. En contra de este criterio, JOSE ANTONIO COBACHO GÓMEZ, "Venta automática", en FRANCISCO JOSÉ ALONSO ESPINOSA, (et al, Coord). *Régimen Jurídico General del Comercio Minorista. Comentarios a la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista y a la Ley Orgánica 2/1996, de 15 de enero, complementaria de la de Ordenación del Comercio Minorista*. Madrid: McGraw Hill, 1999, p. 621.

<sup>558</sup> Cfr. BEATRIZ ALONSO SÁNCHEZ en la obra de RODRIGO BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO y JESÚS LEGUINA VILLA (Coord). *Comentarios a las Leyes de Ordenación del Comercio Minorista. Ley Orgánica 2/1996, de 15 de enero, complementaria de la de Ordenación del Comercio Minorista, y Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista*. Madrid: Tecnos, 1997, pp. 748-750.

<sup>559</sup> Cfr. FRANCISCO URÍA FERNÁNDEZ, en ARIMANY, MANUBENS Y ASOCIADOS (Coord). *Ordenación del comercio minorista. Comentarios a la Ley 7/1996 y a la Ley Orgánica 2/1996, ambas de fecha 15 de enero*. 1ª edición. Barcelona: Editorial Praxis, 1996, p. 363.

<sup>560</sup> Sobre el debate doctrinal en relación a si la venta automática es una ficción de contrato o un contrato auténtico, vid. BEATRIZ ALONSO SÁNCHEZ en la obra de RODRIGO BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO y JESÚS LEGUINA VILLA (Coord). *Comentarios a las Leyes de Ordenación del Comercio Minorista. Ley Orgánica 2/1996, de 15 de enero, complementaria de la de Ordenación del Comercio Minorista, y Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista*. Madrid: Tecnos, 1997, pp. 750-753.

utilizables e identificación del responsable, exigencias todas ellas que se pueden predicar de las primeras, pero no de los segundos.

Considerando estas razones, FERNANDO GÓMEZ, pese a reconocer que la literalidad del artículo 49.1 permite “reconducir bajo éste una serie de fenómenos, algunos próximos, pero otros alejados de los que constituyen la referencia central”, considera preocupante la posible subsunción de las operaciones por ordenador, concluyendo finalmente que deben entenderse excluidas<sup>561</sup>.

No obstante, no creo necesario forzar la literalidad de la ley para llegar a una interpretación coherente con tales intenciones, cargadas de razón, ya que los preceptos reguladores de la venta automática utilizan el término “máquina”, mientras que se prescinde de él en la propia definición de la venta automática del artículo 49.1, utilizando uno mucho más amplio, el de “mecanismo”, por lo que bien podemos entender que la ley ha venido a definir en primer término y en general, la contratación automática sea cual sea el mecanismo utilizado, electrónico o no, y a continuación, ha considerado necesario regular sólo las obligaciones administrativas y la responsabilidad civil solidaria que se derivan de la utilización de los mecanismos del tipo “máquinas expendedoras”, que no son sino una modalidad o subespecie de la contratación automática.

#### 2.3.3.4.2 Contratación automatizada. Propuesta de una nueva categoría

En definitiva, sostenemos que el artículo 1.262 *in fine* del Código Civil regula exclusivamente el supuesto del consentimiento ante la contratación automática, la que requiere de dispositivo automático para la celebración del contrato, y que a falta de una definición de contratación automática, debemos aplicar la existente en el ámbito comercial, que exige también que se produzca un previo pago del precio antes del accionamiento del dispositivo, sea cual sea, para la inmediata entrega del producto o servicio a continuación.

La aplicación de este criterio permite circunscribir la teoría de la emisión exclusivamente al consentimiento prestado en contratación automática cuando se haya producido un previo pago del precio y se deba suministrar el producto o servicio sin solución de continuidad, lo que tiene la evidente lógica de permitir al consumidor la legítima reclamación del reintegro del importe introducido cuando no se suministre el producto mediante el ejercicio de una acción resolutoria nítida y clara, la derivada del incumplimiento del suministrador. El calificativo “automático” así entendido sugiere también esta idea, obtención del resultado apetecido de forma automática e instantánea al pago del precio.

Por el contrario, cuando la utilización del dispositivo no requiera la previa introducción del precio o no permita la subsiguiente obtención del producto o

---

<sup>561</sup> Cfr. JOSE LUIS PIÑAR MAÑAS y EMILIO BELTRÁN SÁNCHEZ (Dtores.). *Comentarios a la Ley de Ordenación del Comercio Minorista y a la Ley Orgánica complementaria*. 1ª edición. Madrid: Civitas, 1997, pp. 370-375. JOSE ANTONIO COBACHO GÓMEZ no parece considerar otra posibilidad de venta automática que la realizada mediante máquina, como hacen la mayoría de definiciones de venta automática de las Leyes autonómicas de ordenación del comercio, sin consideración a otros dispositivos. En FRANCISCO JOSÉ ALONSO ESPINOSA, (et al, Coord). *Régimen Jurídico General del Comercio Minorista. Comentarios a la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista y a la Ley Orgánica 2/1996, de 15 de enero, complementaria de la de Ordenación del Comercio Minorista*. Madrid: McGraw Hill, 1999, pp. 618-622.



servicio, a la que proponemos denominar “contratación automatizada”, nos encontraremos ante una modalidad ordinaria de contratación entre ausentes a la que se deberá aplicar el criterio general de la recepción para fijar el momento de perfección del contrato, de modo que sólo se entenderá celebrado cuando la aceptación haya llegado a poder del oferente y no cabrá exigencia de cumplimiento contractual alguno al suministrador por parte del consumidor si se produce un fallo en la transmisión de la aceptación<sup>562</sup>.

Entendemos que el calificativo “automatizado” sugiere igualmente la idea de máquina que interviene sin instantaneidad entre obtención del servicio y pago<sup>563</sup>.

Además, la propia dicción del nuevo artículo 1.262 apoyaría esta interpretación, pues utiliza el término “automáticos”, no el término “automatizados”.

Cuando se produzca una contratación electrónica con pago de precio a la posterior entrega del producto (contra reembolso), no estaremos ante una contratación automática, sino automatizada. Igualmente cuando se produzca contratación electrónica con previo pago de precio con tarjeta pero entrega diferida del producto. En ambos casos el consumidor quedará más protegido porque resultará de aplicación el criterio consensual de la recepción y no el de la emisión.

Sí será de aplicación cuando pago y entrega se produzcan sin solución de continuidad, por ejemplo en el caso de visionado de video por Internet previo pago con tarjeta, o la compra de un programa antivirus que se descarga inmediatamente ha sido pagado, en cuyo caso el criterio consensual será el de la emisión, que permite en este caso proteger mejor los derechos del consumidor en caso de que no obtenga el servicio adquirido<sup>564</sup>.

En el caso concreto de los servicios de tarificación adicional, el pago del servicio casi siempre se realiza de forma diferida en la factura telefónica, por lo que los correspondientes contratos podrán calificarse como automatizados, no automáticos, y se regirán por el criterio consensual de la recepción.

No obstante, existen un supuesto en el que la tarificación adicional deriva de un contrato automático, la mensajería premium que se obtiene mediante teléfonos móviles con tarjetas prepago, en los que el pago se produce en el mismo momento de solicitar el envío del producto o servicio mediante reducción automática del saldo de la tarjeta en el importe que proceda, y por tanto, un instante antes de que se reciba el objeto del contrato, que debe suministrarse a continuación y sin solución de continuidad.

---

<sup>562</sup> Recordemos que el artículo 28 de la LSSICE impone al oferente la obligación de confirmar la recepción de la aceptación al que la hizo.

<sup>563</sup> El diccionario de la RAE de la Lengua Española, 22ª edición, define “automatizar” como “convertir ciertos movimientos corporales en movimientos automáticos o indeliberados”, por tanto, totalmente en línea con la acepción de “automático”.

<sup>564</sup> Por el contrario, ÁNGELA GUIASADO MORENO entiende que desde la perspectiva legal existe una disociación entre contratación electrónica y contratación por medios automáticos. *Formación y perfección del contrato en Internet*. Madrid: Marcial Pons, 2004, pp. 204.205. A favor de que los contratos electrónicos sean una forma de contratos automáticos, CARMEN MARTÍNEZ MATESANZ y MIGUEL RUIZ MUÑOZ. “Algunos aspectos jurídico-privados del Proyecto de LSSI de 8 de febrero de 2002”: *Revista de la Contratación Electrónica-RCE* n° 27, 2002, pp. 50-51.

En estos supuestos, el criterio consensual será el de la emisión, y por tanto, el contrato se entenderá celebrado desde el envío de la orden por el consumidor.

## **CAPÍTULO 3.- LA FORMACIÓN DEL CONTRATO DE SERVICIO DE TARIFICACIÓN ADICIONAL**

Es habitual en nuestra doctrina distinguir tres fases en la vida del contrato, los tratos preliminares, la perfección del mismo y su ejecución<sup>565</sup>.

La fase preliminar de la contratación de productos y servicios dirigidos a consumidores se diferencia de la común por tres hechos, la existencia de una publicidad previa que les informa, incita o excita a contratar<sup>566</sup>, la existencia de una obligación legal de comercialización incorporando un etiquetado informativo reglado con el objetivo, entre otros, de asegurar una correcta formación del consentimiento del consumidor, y la existencia de condiciones generales de contratación que puedan incorporarse al futuro contrato, cuya relevancia posterior como elementos integrantes del mismo, como veremos, no puede hoy en día ser puesta en duda.

### **3.1.- LA PUBLICIDAD DE LOS SERVICIOS DE TARIFICACIÓN ADICIONAL**

No es necesario resaltar la gran relevancia que tiene el análisis de la publicidad en cualquier estudio que tome como marco de referencia el denominado Derecho de Consumo. Entendemos que se debe destacar por encima de cualesquiera otros aspectos el hecho de que su contenido se integra en el del contrato, lo que por sí sólo justificaría que tratásemos

---

<sup>565</sup> Cfr. MARIA DEL CARMEN GÓMEZ LAPLAZA, en MANUEL ALBALADEJO y SILVIA DIAZ ALABART (Dtores.). *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales. Tomo XVII, Vol. 1-B. Artículos 1.261 a 1.280 del Código Civil*. Madrid: Edersa, 1993, pp. 57-58. DAVID LÓPEZ JIMÉNEZ y FRANCISCO JOSÉ MARTÍNEZ LÓPEZ afirman respecto de la fase preliminar que la doctrina mayoritaria distingue tratos preliminares o acuerdos de principio o cartas de intención, ofertas contractuales e invitaciones a contratar. “La formación del contrato electrónico”: *Revista de la Contratación Electrónica*, nº 105, 2009, p. 14 de documento electrónico de V-Lex. ANA VICTORIA GARCÍA-GRANERO COLOMER. “La perfección de los contratos”. JUAN FRANCISCO DELGADO DE MIGUEL (Coord.). *Instituciones de Derecho Privado. Tomo III. Obligaciones y contratos. Vol 1º*. 1ª edición. Madrid: Civitas, 2002, p. 327.

<sup>566</sup> JUAN IGNACIO FONT GALÁN señala que hoy la publicidad ha sustituido a los tratos previos de los que se ocupa el Derecho civil clásico, en “La protección de los consumidores en el Derecho Privado: del viejo Derecho de los comerciantes al nuevo Derecho de los consumidores”. JUAN IGNACIO FONT GALÁN y FRANCISCO LÓPEZ MENUÑO, (Coord). *Curso sobre el Nuevo Derecho del Consumidor*. 1ª edición. Madrid: Instituto Nacional del Consumo, 1990, p. 31.

sistemáticamente esta materia como uno más de sus elementos. Pero la publicidad es un elemento presente en el proceso de formación del contrato<sup>567</sup>, aunque no siempre acaba formando parte de su contenido una vez celebrado, razón por la cual hemos entendido más oportuno encuadrarlo en este apartado.

La regulación fundamental de la publicidad de los servicios de tarificación adicional se encuentra recogida en los Códigos de Conducta<sup>568</sup>, y la consecuencia jurídica prevista ante el incumplimiento de cualquiera de sus preceptos, incluidos los relativos a publicidad, es siempre la misma, la retirada de la numeración al prestador<sup>569</sup>.

### **3.1.1.- Concepto de publicidad y de comunicación comercial**

La publicidad está definida legalmente como “toda forma de comunicación realizada por una persona física o jurídica, pública o privada, en el ejercicio de una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional, con el fin de promover de forma directa o indirecta la contratación de bienes muebles o inmuebles, servicios, derechos y obligaciones”<sup>570</sup>, convirtiendo en eje de la definición el ánimo de lucro comercial o profesional, que es el elemento que diferencia una forma de comunicación publicitaria de la comunicación no publicitaria.

Aunque la denominación “publicidad” está ciertamente asentada en la tradición jurídica española y de la Unión Europea<sup>571</sup>, parece que comienza a abrirse paso una nueva denominación, la de “comunicación comercial”,

---

<sup>567</sup> Cfr. VILMA SÁNCHEZ DEL CASTILLO. *La Publicidad en Internet. Régimen Jurídico de las comunicaciones comerciales*. 1ª edición. Madrid: La Ley, 2007, p. 46.

<sup>568</sup> El artículo 18.5 de la Orden PRE/361/2002, de 14 de febrero, y el artículo 10.6º.1 de la Orden ITC/308/2008, de 31 de enero, sólo establecen en esta materia dos previsiones, que los prestadores y los operadores de red inteligente para mensajería premium deberán elaborar un plan de publicidad para garantizar una adecuada y suficiente información al público sobre el funcionamiento de estos servicios, y que toda publicidad deberá contener información del precio máximo por minuto de llamada, por lo que velará la Comisión de Supervisión de los Servicios de Tarificación Adicional “sin perjuicio de lo que dispone la legislación de defensa de consumidores y usuarios”.

Los artículos 3.1.1 y 3.3.1 del Código de Conducta de 2004 y los artículos 5.1.1 y 5.3.1 del Código de mensajería premium de 2009, disponen que serán de aplicación “...a toda forma de publicidad, comunicación comercial, soporte, o medio que se destine a promocionar números y/o servicios de tarificación adicional”, y al “contenido de todo soporte publicitario por medio del cual se ofrezca la prestación de servicios de tarificación adicional”, y el artículo 2.1.8 del Código de Conducta de 2004 y el 3.7 del Código de mensajería premium de 2009 disponen que “las palabras «publicidad» o «anuncio» utilizadas en el Código cubrirán todas las formas de promoción y comunicación”.

<sup>569</sup> Nos remitimos al apartado correspondiente, *infra*, capítulo dedicado a protección administrativa del consumidor.

<sup>570</sup> Art. 2 de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de publicidad, BOE 15-11-1988. También resultan de aplicación las leyes y normas aprobadas en la materia por las Comunidades Autónomas, que gozan de competencias en esta materia, sin perjuicio de las dictadas por el Estado para sectores y medios específicos. P.e., Ley balear 5/1997 de 8-7 de regulación de la publicidad dinámica, BOIB 15-7 y BOE 12-8; y Ley catalana 9/2000 de 7-7 de regulación de la publicidad dinámica, DOGC 24-7 y BOE 24-8.

<sup>571</sup> En esta materia resulta básica la Directiva 1984/450/CEE del Consejo, de 10-9, sobre publicidad engañosa, DOCE L 250 de 19-9, página 17, modificada por la Directiva 1997/55/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, en el sentido de legitimar la utilización de la publicidad comparativa, DOCE L 290 de 23-10, página 18.

introducida fundamentalmente por la Directiva 2000/31/CE, de 8 de junio, de servicios de la sociedad de la información y comercio electrónico<sup>572</sup>.

Esta nueva denominación se abre paso en España. Efectivamente, la LSSICE que transpone la citada Directiva en muy pocas ocasiones utiliza el término "publicidad" y sin embargo utiliza de ordinario la expresión "comunicaciones comerciales", definiéndola en la letra f) de su anexo de modo similar, como "toda forma de comunicación dirigida a la promoción, directa o indirecta, de la imagen o de los bienes o servicios de una empresa, organización o persona que realice una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional".

El propio TRLGDCU utiliza esta expresión en varios preceptos, precisamente en sede de contratación a distancia, y llega a definirla en el artículo 27.c) aunque sólo a efectos de la que pudieren realizar las asociaciones de consumidores como "todo acto, conducta o manifestación, incluida la publicidad, no meramente informativa, que se relacione directamente con la promoción o venta de bienes y servicios".

FERNANDO MAGARZO considera que el citado término se utiliza como sinónimo de "publicidad" y no considera muy justificado que la Directiva haya otorgado carta naturaleza a otro distinto cuyo contenido no parece diferir en lo esencial del anterior<sup>573</sup>, aunque SIERRA sí acierta a ver ciertas diferencias entre una y otra<sup>574</sup>.

SÁNCHEZ DEL CASTILLO ha analizado exhaustivamente la cuestión y aunque reseña opiniones que consideran a la comunicación comercial como un concepto más amplio que la publicidad, parece considerar que son o deberán tender a ser conceptos idénticos, dejando con su estudio constancia de que es un tema que doctrinalmente aún está por aclarar<sup>575</sup>.

### **3.1.2.-La publicidad veraz de la legislación de protección de los consumidores**

Conforme a la legislación de protección de consumidores y usuarios, la publicidad de los servicios de tarificación adicional, como de cualquier otro producto o servicio, debe respetar el principio de veracidad.

Como señala NAVARRO, el Derecho no puede imponer una exigencia de objetividad e imparcialidad en la publicidad, ya que debe respetar que cada cual ponga el acento publicitario en el elemento que considere más conveniente, pero sí puede exigir la veracidad de la misma, y tal es el sentido último del tenor del antiguo artículo 8 de la LGDCU y el muy similar artículo 61

---

<sup>572</sup> Directiva 2000/31/CE, de 8 de junio, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a determinados aspectos de los servicios de la sociedad de la información, en particular, el comercio electrónico en el mercado interior, DOCE L 178 de 17-7-2000.

<sup>573</sup> M<sup>a</sup> DEL ROSARIO FERNANDO MAGARZO. "Concepto de publicidad y publicidad engañosa en Internet": *Revista de la Contratación Electrónica*, nº 21, 2001, p. 14 de documento electrónico de V-Lex.

<sup>574</sup> MARÍA DE LA SIERRA FLORES DOÑA diferencia conceptualmente la publicidad y la comunicación comercial, la primera puede ser tanto abierta como cerrada, mientras que la segunda sólo es cerrada, es decir, dirigida a ciertos domicilios. *Impacto del comercio electrónico en el Derecho de la contratación*. Madrid, Edersa, 2002, p. 103.

<sup>575</sup> Cfr. VILMA SÁNCHEZ DEL CASTILLO. *La Publicidad en Internet. Régimen Jurídico de las comunicaciones comerciales*. 1ª edición. Madrid: La Ley, 2007, pp. 159-160 y 192 y ss.

del TRLGDCU, que dispone en su apartado 1 que “la oferta, promoción y publicidad de los bienes o servicios, se ajustarán a su naturaleza, características, utilidad o finalidad y a las condiciones jurídicas o económicas de la contratación”<sup>576</sup>.

En caso de engaño publicitario, cabe tanto la reacción administrativa, dado que constituye infracción tipificada en el artículo 49.1.f del TRLGDCU, como el ejercicio de las acciones civiles que correspondan, en particular la contractual de exigir su cumplimiento conforme dispone el apartado 2 del citado artículo 61, aunque en numerosas ocasiones la jurisprudencia acepta la sustitución del ejercicio de esta acción por la de indemnización de daños y perjuicios<sup>577</sup>.

Y es que junto a la exigencia de veracidad, el artículo 61.2 establece el denominado principio de integración de la publicidad en el contenido del contrato, conforme disponía el artículo 8.1 de la LGDCU, cuyo alcance en tales términos ya es unánimemente reconocido por la doctrina<sup>578</sup>.

Como nos recuerda FONT GALÁN, el precepto recoge en esencia la doctrina legal que fijó el Tribunal Supremo en dos antológicas sentencias de 14-6-1976 y 27-1-1977<sup>579</sup> invirtiendo la hasta entonces *communis opinio* relativa a la irrelevancia negocial de la publicidad falaz como simple supuesto típico de *dolus bonus*<sup>580</sup>, aunque PÉREZ GARCÍA también encuentra un precedente en una sentencia de 1917<sup>581</sup>.

A nuestros efectos, el principio viene expresamente recogido en el artículo 2.2.6 del Código de Conducta de 2004 cuando dispone que “el prestador de servicios será responsable de prestar los servicios en los términos indicados en la publicidad de los mismos. Además, será responsable de que el contenido del servicio se ajuste a lo realmente ofrecido en su publicidad”.

---

<sup>576</sup> Cfr. en relación a la derogada LGDCU, ANDRÉS NAVARRO MUNUERA, “Comentario al art.8.3 LGDCU”, en RODRIGO BERCOVITZ y JAVIER SALAS (Coord.). *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*. Madrid: Civitas, 1992, p. 181.

<sup>577</sup> Vid. ANGEL CUESTA GARCÍA DE LEONARDO. “El art. 8 LCU en la Jurisprudencia”. *Aranzadi Civil*, nº 2, 1996, pp. 129-130. Este mismo autor constata que la jurisprudencia considera esta acción como de tipo contractual, no extracontractual, equiparando la publicidad a una oferta de contrato vinculante o argumentando tal como postulado del principio de la buena fe contractual, en “La publicidad engañosa en la doctrina de los Tribunales”, *Aranzadi Civil*, nº 3, 1996, pp. 139 y ss.

<sup>578</sup> Cfr. CARLOS LASARTE ÁLVAREZ. *Manual sobre protección de consumidores y usuarios*. 3ª edición. Madrid: Dykinson, 2007, pp. 129 y 130.

<sup>579</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de junio de 1976, RJ 1976/2753 y sentencia del Tribunal Supremo de 27 de enero de 1977, RJ 1977/121.

<sup>580</sup> Vid. JUAN IGNACIO FONT GALÁN. “El tratamiento jurídico de la publicidad en la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios”. JUAN IGNACIO FONT GALÁN y FRANCISCO LÓPEZ MENUDO (Coord.). *Curso sobre el Nuevo Derecho del Consumidor*. 1ª edición. Madrid: Instituto Nacional del Consumo, 1990, pp. 63-68. Una sucinta trayectoria de la jurisprudencia del Tribunal Supremo desde 1977 hasta 2004, LOURDES TEJEDOR MUÑOZ. “La incidencia de la publicidad en la adquisición de la vivienda”. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 698, 2006, pp. 2533-2535.

<sup>581</sup> Vid. PEDRO ANTONIO PÉREZ GARCÍA. *La información en la contratación privada (En torno al deber de informar en la ley general para la defensa de los consumidores y usuarios)*. 1ª edición. Madrid: Instituto Nacional del Consumo, 1990, pp. 209-213, donde se analizan casi una decena de sentencias del TS hasta 1988.

### **3.1.3.- La publicidad ilícita de la Ley General de Publicidad de 1988 y su reforma de 2009**

La Ley General de Publicidad de 1988 parte de una concepción distinta, ya que no establece requisitos de validez en positivo como hace el TRLGDCU, sino que enumera en negativo los supuestos específicos en que la publicidad se considera ilícita.

Además, no tipifica infracciones administrativas asociadas a las mismas, sino exclusivamente mecanismos de reacción de orden judicial.

Recientemente ha sufrido una profunda modificación introducida por la Ley 29/2009, de 30 de diciembre<sup>582</sup>, reenviando esta regulación de la publicidad al ámbito del derecho mercantil, y en consecuencia, además de veraz, la publicidad de los servicios de tarificación adicional también deberá ser lícita y leal.

Efectivamente, la mercantilización de la regulación de la publicidad ilícita se produce porque se han derogado expresamente las tradicionales acciones de cesación y rectificación para ser sustituidas por las que correspondan conforme a los nuevos artículos 6 y 32 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, también modificada en este sentido<sup>583</sup>; y porque el artículo 18 de ésta dispone que la publicidad considerada ilícita por la Ley General de Publicidad, se reputará desleal, de modo que la ilicitud publicitaria no lleva asociada ninguna consecuencia jurídica propia, sólo supone aplicar las consecuencias jurídicas asociadas a la deslealtad mercantil<sup>584</sup>.

Con esta reforma, el legislador toma partido respecto de las diversas posturas doctrinales que habían analizado las relaciones entre publicidad ilícita y competencia desleal y el doble control de legalidad que sus respectivas leyes provocaba<sup>585</sup> y en el sentido que la doctrina más autorizada sugería, trasponiendo la Directiva no mediante una Ley especial, sino reformando las existentes<sup>586</sup>.

Las vigentes figuras de publicidad ilícita según el artículo 3.e) son las siguientes<sup>587</sup>: publicidad atentatoria frente a valores constitucionales (y en particular, la relacionada con mujeres y menores); publicidad subliminal<sup>588</sup>;

---

<sup>582</sup> Ley 29/2009, de 30 de diciembre, por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios, BOE 31-12-2009.

<sup>583</sup> Se trata de la acción declarativa de deslealtad; la acción de cesación de la conducta desleal; la acción de prohibición si la conducta todavía no se ha puesto en práctica o de su reiteración futura; la acción de remoción de los efectos producidos por la conducta desleal; la acción de rectificación de las informaciones engañosas, incorrectas o falsas; la acción de resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados por la conducta desleal; y la acción de enriquecimiento injusto.

<sup>584</sup> Cfr. AURELIO MENÉNDEZ Y ÁNGEL ROJO (Dtores). *Lecciones de Derecho Mercantil*. 8ª edición. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2010, pp. 327-329.

<sup>585</sup> Cfr. VILMA SÁNCHEZ DEL CASTILLO. *La Publicidad en Internet. Régimen Jurídico de las comunicaciones comerciales*. 1ª edición. Madrid: La Ley, 2007, pp. 222 y ss.

<sup>586</sup> M<sup>a</sup> PAZ GARCÍA ABURUZA. “Prácticas comerciales desleales: ¿una sólida protección al consumidor?”. *Revista Aranzadi Doctrinal* nº 6, 2009, pp. 152-153.

<sup>587</sup> Sobre los anteriores tipos de publicidad ilícita, cfr. MANUEL PINO ABAD. “Derecho de la publicidad y protección de los consumidores”, en GEMA BOTANA GARCÍA y MIGUEL RUIZ MUÑOZ (Coord.). *Curso sobre protección jurídica de los consumidores*. 1ª edición. Madrid: Mc Graw Hill, 1999, p. 84.

<sup>588</sup> El artículo 4 respeta la antigua definición de publicidad subliminal como las “técnicas de producción de estímulos de intensidades fronterizas con los umbrales de los sentidos o análogas, pueda actuar sobre

publicidad engañosa, publicidad desleal y publicidad agresiva; y la que infrinja normativa específica de determinados bienes o servicios<sup>589</sup>.

A nuestros efectos, la más relevante es la engañosa y la gran novedad es la aparición de una nueva categoría, la publicidad agresiva.

Como antecedentes de la agresiva, el artículo 6 de la Ley General de Publicidad de 1988 consideraba en su redacción primigenia como desleal la publicidad denigratoria de terceros, la publicidad "adhesiva o parasitaria" que indujese a confusión con los competidores, y la publicidad comparativa no objetiva. Esta última modalidad de publicidad desleal acabó siendo aún más restringida en 2002<sup>590</sup> mediante la inclusión de un artículo 6bis que estableció nuevos requisitos para posibilitar un mayor ejercicio de la publicidad comparativa<sup>591</sup>. La reforma también ha derogado el contenido del artículo 6 citado, cuyo contenido encontramos ahora en la legislación de competencia desleal, como veremos, pero no el artículo 6bis, que continúa vigente y en sus mismos términos<sup>592</sup>.

Los Códigos de Conducta de servicios de tarificación adicional prohíben la publicidad ilícita en similares términos a los que se recogen en la Ley General de Publicidad de 1988<sup>593</sup>.

---

el público destinatario sin ser conscientemente percibida", aprovechándose por tanto del subconsciente humano.

<sup>589</sup> También respeta la reforma en su artículo 5 la existencia de normas administrativas de control de publicidad de bienes o servicios especiales cuando sean susceptibles de generar riesgos a la salud, seguridad o patrimonio de los ciudadanos, manteniendo como antaño que estas circunstancias concurren en todo caso en los productos sanitarios, los sometidos a reglamentaciones técnico-sanitarias y los juegos de suerte, envite o azar. La Ley igualmente establece los contenidos mínimos que estos reglamentos administrativos deben contener.

<sup>590</sup> Modificación realizada por Ley 39/2002 de 28 de octubre, de transposición al ordenamiento jurídico español de diversas directivas comunitarias en materia de protección de los intereses de los consumidores y usuarios, BOE 28-10-2002, en concreto, en materia de publicidad comparativa, de la Directiva 97/55/CE, de 6 de octubre de 1997 que modifica la Directiva 84/450/CEE. Actualmente, la Directiva 2006/114/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa, codifica todas las modificaciones de la Directiva 84/450/CE.

<sup>591</sup> Sobre los requisitos, vid. LOURDES TEJEDOR MUÑOZ. "Notas sobre la publicidad comparativa". *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 695, 2006, pp. 1228-1229.

<sup>592</sup> A este respecto, el artículo 10 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, también define los denominados "actos de comparación":

La comparación pública, incluida la publicidad comparativa, mediante una alusión explícita o implícita a un competidor estará permitida si cumple los siguientes requisitos:

- a) Los bienes o servicios comparados habrán de tener la misma finalidad o satisfacer las mismas necesidades.
- b) La comparación se realizará de modo objetivo entre una o más características esenciales, pertinentes, verificables y representativas de los bienes o servicios, entre las cuales podrá incluirse el precio.
- c) En el supuesto de productos amparados por una denominación de origen o indicación geográfica, denominación específica o especialidad tradicional garantizada, la comparación sólo podrá efectuarse con otros productos de la misma denominación.
- d) No podrán presentarse bienes o servicios como imitaciones o réplicas de otros a los que se aplique una marca o nombre comercial protegido.
- e) La comparación no podrá contravenir lo establecido por los artículos 5, 7, 9, 12 y 20 en materia de actos de engaño, denigración y explotación de la reputación ajena.

<sup>593</sup> El artículo 3.3.2 del Código de Conducta de 2004 establece que "el contenido de la publicidad no deberá causar o difundir ofensa individual o colectiva, producir o inducir a engaño alguno" en referencia a la atentatoria y la engañosa, y el artículo 5.3.2 del Código de Conducta de 2009 de mensajería premium utiliza idénticos términos, excepto en lo siguiente: "...producir o ser capaz de inducir a engaño alguno".



### 3.1.3.1.- Publicidad engañosa

Como adelantábamos, la regulación de la publicidad engañosa está ahora residenciada en la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, aunque no se ha utilizado esta expresión para establecer el concepto.

Conforme a su nuevo artículo 5, se denominan “actos de engaño”, y por tanto es desleal por engañosa, “cualquier conducta que contenga información falsa o información que, aun siendo veraz, por su contenido o presentación induzca o pueda inducir a error a los destinatarios, siendo susceptible de alterar su comportamiento económico” siempre que incida sobre alguno de los aspectos que cita el precepto<sup>594</sup>.

Por tanto, se mantiene el eje conceptual de la antigua definición de publicidad engañosa, que la publicidad o conducta induzca o pueda inducir a error y afecte al comportamiento económico del destinatario<sup>595</sup>.

Efectivamente, la Ley de 1988 definía en sus artículos 4 y 5 la publicidad engañosa como la “que de cualquier manera, incluida su presentación, induce o pueda inducir a error a sus destinatarios, pudiendo afectar a su comportamiento económico, o perjudicar o ser capaz de perjudicar a un competidor”.

Siguiendo a PASQUAU, el elemento fundamental en la publicidad engañosa estriba en el error que pueda ocasionar, siempre que este error sea provocado por una distorsión de la realidad del producto y no por la insistencia publicitaria, la habilidad comunicativa, la originalidad o la belleza. La persuasión y distorsión es inherente al fenómeno publicitario<sup>596</sup>.

---

<sup>594</sup> a) La existencia o la naturaleza del bien o servicio.

b) Las características principales del bien o servicio, tales como su disponibilidad, sus beneficios, sus riesgos, su ejecución, su composición, sus accesorios, el procedimiento y la fecha de su fabricación o suministro, su entrega, su carácter apropiado, su utilización, su cantidad, sus especificaciones, su origen geográfico o comercial o los resultados que pueden esperarse de su utilización, o los resultados y características esenciales de las pruebas o controles efectuados al bien o servicio.

c) La asistencia posventa al cliente y el tratamiento de las reclamaciones.

d) El alcance de los compromisos del empresario o profesional, los motivos de la conducta comercial y la naturaleza de la operación comercial o el contrato, así como cualquier afirmación o símbolo que indique que el empresario o profesional o el bien o servicio son objeto de un patrocinio o una aprobación directa o indirecta.

e) El precio o su modo de fijación, o la existencia de una ventaja específica con respecto al precio.

f) La necesidad de un servicio o de una pieza, sustitución o reparación, y la modificación del precio inicialmente informado, salvo que exista un pacto posterior entre las partes aceptando tal modificación.

g) La naturaleza, las características y los derechos del empresario o profesional o su agente, tales como su identidad y su solvencia, sus cualificaciones, su situación, su aprobación, su afiliación o sus conexiones y sus derechos de propiedad industrial, comercial o intelectual, o los premios y distinciones que haya recibido.

h) Los derechos legales o convencionales del consumidor o los riesgos que éste pueda correr.

<sup>595</sup> Cfr. AURELIO MENÉNDEZ Y ÁNGEL ROJO (Dtores). *Lecciones de Derecho Mercantil*. 8ª edición. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2010, p. 317.

<sup>596</sup> MIGUEL PASQUAU LIAÑO llega a afirmar que o hay un margen de “engaño” permitido, o se estaría prohibiendo toda forma de publicidad. Por ejemplo, el mero hecho de que “sueñe” una marca genera una confianza irracional en el consumidor no basada en dato objetivo alguno, en RODRIGO BERCOVITZ y JAVIER SALAS (Coord.). *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*. Madrid: Civitas, 1992, p. 146. La publicidad superlativa, exagerada o extravagante es lícita, cfr. AURELIO MENÉNDEZ Y ÁNGEL ROJO (Dtores). *Lecciones de Derecho Mercantil*. 8ª edición. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2010, p. 317.

Por otro lado, como señala TEJEDOR, el error puede ser tanto real como potencial, por lo que cabe engaño sin que se haya producido error alguno, siempre que la publicidad sea susceptible de provocarlo<sup>597</sup>.

Y en este mismo sentido, ni el concepto anterior ni el actual exigen que se produzca un daño para que exista publicidad engañosa, basta con que pueda afectar potencialmente al comportamiento económico del destinatario, de modo que las acciones de reacción ante la publicidad engañosa puedan tener carácter preventivo, razón por la que antes de la reforma se consideraba igualmente ilícita la publicidad engañosa por omisión<sup>598</sup>.

Efectivamente, la anterior regulación reconocía la ilicitud de las actitudes o conductas omisivas, calificando así a la publicidad cuando “silencie datos fundamentales de los bienes, actividades o servicios cuando dicha omisión induzca a error de los destinatarios”. En este supuesto, por tanto, sí se exigía error, y no bastaba que potencialmente pudiese producirse, como ocurre con las conductas positivas.

El vigente artículo 7 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, entendemos no ha alterado los requisitos básicos que la anterior legislación exigía a la publicidad engañosa por omisión, es necesario el error o engaño mediante la ocultación de información y que éste pueda potencialmente afectar al comportamiento económico del destinatario. Así, se define la denominada “omisión engañosa” como la “ocultación de la información necesaria para que el destinatario adopte o pueda adoptar una decisión relativa a su comportamiento económico con el debido conocimiento de causa. Es también desleal si la información que se ofrece es poco clara, ininteligible, ambigua, no se ofrece en el momento adecuado, o no se da a conocer el propósito comercial de esa práctica, cuando no resulte evidente por el contexto”<sup>599</sup>.

Por último, la Ley no se conforma con la definición general, y en cumplimiento literal de las Directivas que en este sentido transpone<sup>600</sup>, detalla una serie de conductas engañosas en relación directa con los destinatarios que ostenten la cualificación específica de consumidores<sup>601</sup>.

---

<sup>597</sup> Cfr. LOURDES TEJEDOR MUÑOZ. “La incidencia de la publicidad en la adquisición de la vivienda”. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 698, 2006, p. 2530.

<sup>598</sup> Cfr. MANUEL PINO ABAD. “Derecho de la publicidad y protección de los consumidores”, en GEMA BOTANA GARCÍA y MIGUEL RUIZ MUÑOZ (Coord.). *Curso sobre protección jurídica de los consumidores*. 1ª edición. Madrid: Mc Graw Hill, 1999, pp. 86-87.

<sup>599</sup> Para la determinación de su carácter engañoso la Ley exige también que se atienda “al contexto fáctico en que se producen, teniendo en cuenta todas sus características y circunstancias y las limitaciones del medio de comunicación utilizado. Cuando el medio de comunicación utilizado imponga limitaciones de espacio o de tiempo, para valorar la existencia de una omisión de información se tendrán en cuenta estas limitaciones y todas las medidas adoptadas por el empresario o profesional para transmitir la información necesaria por otros medios”. Cfr. AURELIO MENÉNDEZ Y ÁNGEL ROJO (Dtores). *Lecciones de Derecho Mercantil*. 8ª edición. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2010, pp. 317-318.

<sup>600</sup> Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, que modifica la Directiva 84/450/CEE del Consejo, las Directivas 97/7/CE, 98/27/CE y 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y el Reglamento (CE) n.º 2006/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, conocida como Directiva sobre las prácticas comerciales desleales.

<sup>601</sup> Se trata de prácticas desleales *per se*, no precisan de análisis para determinar la concurrencia de los elementos de deslealtad y engaño, AURELIO MENÉNDEZ Y ÁNGEL ROJO (Dtores). *Lecciones de Derecho Mercantil*. 8ª edición. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2010, pp. 330 y ss.

Es el caso de las prácticas engañosas “por confusión” del artículo 20, cuyo eje en tales términos no parece diferente del concepto de “error” que tradicionalmente se utiliza en la publicidad engañosa y que nos recuerda a la derogada figura de la publicidad adhesiva o parasitaria<sup>602</sup>.

También es el caso de las prácticas engañosas sobre códigos de conducta u otros distintivos de calidad del artículo 21 cuando falsamente se alegue pertenencia al mismo o algún otro extremo relacionado con ello.

Y es el caso de las denominadas prácticas señuelo del artículo 22, de las prácticas engañosas sobre la naturaleza y propiedades de los bienes del artículo 23, de las prácticas engañosas de nuevo por confusión del artículo 25, de las prácticas comerciales encubiertas del artículo 26 y de las demás prácticas engañosas contenidas en el artículo 27, todas ellas una simple lista de acciones u omisiones concretas en las que el engaño es el eje conceptual que, como todas las demás, también son límites legales para la publicidad de los servicios de tarificación adicional.

### 3.1.3.2.- Publicidad agresiva

Sólo nos queda por reseñar el nuevo concepto de publicidad agresiva que introduce la reforma, figura que también se califica como desleal en el artículo 8 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal. Este precepto define las “prácticas agresivas” como “todo comportamiento que teniendo en cuenta sus características y circunstancias, sea susceptible de mermar de manera significativa, mediante acoso, coacción, incluido el uso de la fuerza, o influencia indebida, la libertad de elección o conducta del destinatario en relación al bien o servicio y, por consiguiente, afecte o pueda afectar a su comportamiento económico. A estos efectos, se considera influencia indebida la utilización de una posición de poder en relación con el destinatario de la práctica para ejercer presión, incluso sin usar fuerza física ni amenazar con su uso”<sup>603</sup>.

Posteriormente, y de modo similar a las concreciones que se efectúan en materia de publicidad engañosa, la Ley delimita en su artículo 28 las

---

<sup>602</sup> Cfr. VILMA SÁNCHEZ DEL CASTILLO. *La Publicidad en Internet. Régimen Jurídico de las comunicaciones comerciales*. 1ª edición. Madrid: La Ley, 2007, p. 256.

Artículo 20. “En las relaciones con consumidores y usuarios, se reputan desleales aquellas prácticas comerciales, incluida la publicidad comparativa, que, en su contexto fáctico y teniendo en cuenta todas sus características y circunstancias, creen confusión, incluido el riesgo de asociación, con cualesquiera bienes o servicios, marcas registradas, nombres comerciales u otras marcas distintivas de un competidor, siempre que sean susceptibles de afectar al comportamiento económico de los consumidores y usuarios”.

<sup>603</sup> La Ley también dispone que para determinar si una conducta hace uso del acoso, la coacción o la influencia indebida se tendrán en cuenta:

- a) El momento y el lugar en que se produce, su naturaleza o su persistencia.
- b) El empleo de un lenguaje o un comportamiento amenazador o insultante.
- c) La explotación por parte del empresario o profesional de cualquier infortunio o circunstancia específicos lo suficientemente graves como para mermar la capacidad de discernimiento del destinatario, de los que aquél tenga conocimiento, para influir en su decisión con respecto al bien o servicio.
- d) Cualesquiera obstáculos no contractuales onerosos o desproporcionados impuestos por el empresario o profesional cuando la otra parte desee ejercitar derechos legales o contractuales, incluida cualquier forma de poner fin al contrato o de cambiar de bien o servicio o de suministrador.
- e) La comunicación de que se va a realizar cualquier acción que, legalmente, no pueda ejercerse.”

denominadas prácticas agresivas por coacción que hagan creer al consumidor o usuario que no puede abandonar el establecimiento hasta haber contratado; las prácticas agresivas por acoso cuando haya visitas a domicilio o reiteración excesiva de propuestas comerciales en el artículo 29; las prácticas agresivas en relación con los menores del artículo 30, consistentes en la exhortación directa a los niños para que adquieran bienes o usen servicios o convenzan a sus padres u otros adultos de que contraten los bienes o servicios anunciados, muy relacionadas con los servicios de tarificación adicional, y finalmente su artículo 31, describiendo otras prácticas agresivas.

Encontramos en el artículo 3.1.3 del Código de Conducta de 2004 un supuesto de este tipo cuando se prohíbe la publicidad consistente en el “envío, por cualquier medio, de comunicaciones publicitarias o promociones masivas no solicitadas expresamente por el usuario, que incite a realizar llamadas a números de tarificación adicional, por parte del prestador del servicio”.

Pero es el Código de Conducta de 2009 en relación a la mensajería premium el que describe más supuestos de publicidad agresiva.

En primer lugar, el artículo 5.1.3 establece una más amplia que la anterior, ya que simplemente prohíbe el “envío, por cualquier medio electrónico, de comunicaciones publicitarias o promocionales no solicitadas expresamente por el usuario”, sin exigir que sean masivas ni que su objeto sea incitar a realizar llamadas de este tipo, para evitar entrar en colisión con lo dispuesto por el artículo 21.1 de la LSSICE, que dispone similar prohibición sin exigir ninguno de estos dos últimos requisitos<sup>604</sup>.

En segundo lugar, entendemos que también es publicidad agresiva la figura del artículo 5.1.5 del Código de 2009 que prohíbe que cuando el usuario haya accedido al servicio, el operador realice publicidad de otras modalidades de servicios de tarificación adicional y el reenvío a números de tarificación adicional de modalidades distintas a la del número inicialmente utilizado por el usuario, salvo que el operador titular cuente con el consentimiento expreso de éste<sup>605</sup>.

---

<sup>604</sup> Art. 21.1 LSSICE, “queda prohibido el envío de comunicaciones publicitarias o promocionales por correo electrónico u otro medio de comunicación electrónica equivalente que previamente no hubieran sido solicitadas o expresamente autorizadas por los destinatarios de las mismas”. La reforma de los artículos 21 y 22 de esta Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y el Comercio Electrónico de 2002 introducida por la Disposición Final Primera de la propia LGT ha suavizado el alcance original de la regulación. La prohibición se levanta “cuando exista una relación contractual previa, siempre que el prestador hubiera obtenido de forma lícita los datos de contacto del destinatario y los empleara para el envío de comunicaciones comerciales referentes a productos o servicios de su propia empresa que sean similares a los que inicialmente fueron objeto de contratación con el cliente”, como ocurre en el caso de la mensajería premium de suscripción. En todo caso, “el prestador deberá ofrecer al destinatario la posibilidad de oponerse al tratamiento de sus datos con fines promocionales mediante un procedimiento sencillo y gratuito, tanto en el momento de recogida de los datos como en cada una de las comunicaciones comerciales que le dirija”. Una vez prestado el consentimiento expreso a la recepción de comunicaciones comerciales electrónicas, el artículo 22 dispone que “el destinatario podrá revocar en cualquier momento el consentimiento prestado a la recepción de comunicaciones comerciales con la simple notificación de su voluntad al remitente. A tal efecto, los prestadores de servicios deberán habilitar procedimientos sencillos y gratuitos para que los destinatarios de servicios puedan revocar el consentimiento que hubieran prestado. Asimismo, deberán facilitar información accesible por medios electrónicos sobre dichos procedimientos”.

<sup>605</sup> No obstante, la citada reforma de 2010 del Código de Conducta de 2009 sobre mensajería premium (BOE 23.7.2010) ha permitido que se puedan publicitar sta de otras modalidades si se cumplen, en todo caso, las dos siguientes condiciones, a) que el reenvío se produzca desde un servicio de suscripción a otro

Y finalmente, el artículo 5.3.4, cuando establece que la publicidad o promoción no deberá contener una exhortación directa a los menores para que adquieran los servicios o convencen a los padres o adultos para tal adquisición.

### **3.1.4.-La publicidad en la Ley de servicios de la sociedad de la información y del comercio electrónico de 2002**

La publicidad de los servicios de tarificación adicional por Internet y la mensajería premium debe cumplir tanto los requisitos hasta ahora expuestos, como los propios en materia de comercio electrónico, regulados por el artículo 20 de la LSSICE, cuyo tenor ha sido flexibilizado por Ley 56/2007, de 28 de diciembre, de Medidas de Impulso de la Sociedad de la Información.

En primer lugar, debe ser claramente identificable como tal, lo que no es poco tratándose de un entorno el de Internet tan desconocido para la mayoría de los usuarios y que ofrece tan variadas formas que a menudo pueden confundir respecto de su verdadera naturaleza<sup>606</sup>.

En segundo lugar, se ha atemperado el antiguo requisito que exigía que se indicase expresamente la persona física o jurídica en nombre de la cual se realizaba la publicidad, para sustituirla por la obligación de que sea claramente identificable, lo que permite que la identificación exacta figure en entorno diferente al de la publicidad inmediata, por ejemplo, en una página Web.

En tercer lugar, en el caso de que tengan lugar a través de correo electrónico u otro medio equivalente (p.e., sms por teléfono móvil) no podrán remitirse salvo que exista consentimiento previo o una relación contractual previa con el destinatario<sup>607</sup> y siempre incluirán al comienzo del mensaje la palabra «publicidad» o la abreviatura «publi».

Por último, “en los supuestos de ofertas promocionales, como las que incluyan descuentos, premios y regalos, y de concursos o juegos promocionales, previa la correspondiente autorización”, se deberá asegurar “que queden claramente identificados como tales y que las condiciones de acceso y, en su caso, de participación sean fácilmente accesibles y se expresen de forma clara e inequívoca”.

El incumplimiento de estas previsiones está tipificado como infracción administrativa<sup>608</sup>, pero en caso de poder calificarse igualmente de engañoso o agresivo serían de aplicación las acciones mercantiles que señalamos anteriormente.

---

que no tiene esa naturaleza, o desde un rango de mayor precio a uno menor y b) que el reenvío se produzca entre dos números afectos al mismo evento o promoción.

<sup>606</sup> Por citar algunas, los Pop Ups, Botones, Interstitiales, Mini-sites y Formatos autodesplazantes: MARÍA ARIAS POU. *Manual práctico de comercio electrónico*. 1ª edición. Madrid: La Ley, 2006, pp. 279-283.

<sup>607</sup> Se critica la ambigüedad de estas excepciones previstas por el artículo 21 de la Ley, MARÍA ARIAS POU. *Manual práctico de comercio electrónico*. 1ª edición. Madrid: La Ley, 2006, pp. 252-254.

<sup>608</sup> Infracción leve tipificada en el artículo 38.4.d de la LSSICE e infracción grave tipificada en el artículo 38.3.c en los casos de envío masivo de comunicaciones comerciales por correo electrónico u otro medio de comunicación electrónica equivalente o el envío, en el plazo de un año, de más de tres comunicaciones comerciales por los medios aludidos a un mismo destinatario.

### **3.1.5.- Requisitos específicos de la publicidad de servicios de tarificación adicional establecidos por los Códigos de Conducta**

Sin olvidar el nulo valor jurídico que les atribuimos, analizaremos a continuación los preceptos publicitarios de los Códigos de Conducta, que se encuentran desperdigados por aquí y allá, de forma asistemática y con diferente carácter y naturaleza y que evidentemente son utilizados por las autoridades de telecomunicaciones para controlar esta actividad.

Junto a los que recogen los requisitos generales de veracidad y licitud, encontramos otros que establecen ciertos contenidos y requisitos formales en la materia, en particular, exigen que la publicidad contenga información sobre precios e identidad del prestador del servicio de tarificación adicional y que se ajuste a ciertos formatos que garanticen la accesibilidad de la información.

#### **3.1.5.1.- El precio del servicio como contenido obligatorio de la publicidad**

La característica más relevante de la publicidad de los servicios de tarificación adicional estriba en la exigencia de que indique precio e identificación del prestador del servicio de tarificación adicional<sup>609</sup>.

Aunque esta información obligatoria suele ser habitual en fase precontractual y en el etiquetado informativo que acompaña a productos o servicios destinados a consumidores, es ciertamente excepcional que se exija igualmente en la publicidad<sup>610</sup>.

El artículo 3.2 del Código de Conducta de 2004, considerando la multitud de operadores existentes, no exige la indicación del precio exacto del servicio publicitado, sino el precio máximo por minuto que cobre el operador más significativo del mercado o dominante, diferenciando las llamadas desde fijo y desde móvil<sup>611</sup>.

Aunque el precio máximo es también la regla general en el caso de la mensajería premium<sup>612</sup>, existen dos supuestos en los que se exige una

---

<sup>609</sup> Artículo 3.1.5 del Código de Conducta de 2004.

<sup>610</sup> El único precepto con rango legal que en tal sentido conocemos era el citado artículo 20 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico, que señalaba que las comunicaciones comerciales por vía electrónica deberían indicar la persona física o jurídica en nombre de la cual se realizan, y hablamos en pasado porque como ya hemos comentado ha sido modificado por Ley 56/2007, de 28 de diciembre, de Medidas de Impulso de la Sociedad de la Información, que ahora sólo exige que el empresario sea "identificable".

<sup>611</sup> artículo 3.2.1 del Código: "El prestador de servicios, en todo soporte publicitario en el que incluya un número de tarificación adicional, deberá informar al usuario del precio máximo por minuto, cuando se facture por tiempo, o del precio total de la llamada, en los demás casos, con independencia del día y de la franja horaria en la que se realice dicha llamada. El referido precio máximo por minuto o por llamada, se deberá indicar reflejando el importe del servicio, tanto desde teléfonos de la red fija como desde la red móvil. Habida cuenta de la diversidad de operadores de red fija y de red móvil, y al objeto de simplificar y unificar el mensaje a los usuarios, se considerará a efectos de este Código de Conducta, que el precio máximo a publicitar y comunicar será el más alto que tengan fijados los operadores con poder significativo en el mercado o dominante de la red fija y de la red móvil". Se completa con el artículo 3.2.2: "Con el fin de que el consumidor pueda apreciar el coste real del servicio, la información relativa a precios deberá presentarse exhibiendo el precio por minuto o por llamada, impuestos incluidos, de modo que no requiera mayor indagación."

<sup>612</sup> El artículo 10.6º.2 de la Orden ITC/308/2008, de 31 de enero, de mensajería premium, establece que "se deberá informar acerca de su precio máximo por mensaje, tanto desde redes fijas como móviles, en

información exacta del precio, cuando el anunciante sea el operador de red inteligente<sup>613</sup> y en los servicios de suscripción<sup>614</sup>.

En esta línea informativa sobre costes, el artículo 5.2.3 del Código de Conducta de 2009 exige igualmente indicar en la publicidad la circunstancia de que la utilización de la mensajería premium requiera previa utilización de “servicios asociados a los de tarificación adicional, navegación WAP o similares”, en cuyo caso “deberá hacerse constar, tanto en la publicidad como en los mensajes informativos, a continuación del precio del servicio, con una expresión del tipo «Precio del mensaje, x,xx € + precio de navegación WAP, consulte con su operador».

### 3.1.5.2.- La identificación del prestador como contenido obligatorio de la publicidad

Respecto de la identificación del prestador, el artículo 3.1.2 del Código de Conducta de 2004 exige expresamente la indicación de los siguientes datos: Titular (nombre y apellidos completos o denominación social) y domicilio postal a efectos de notificación.

El artículo 5.1.2 del Código de Conducta de 2009 de mensajería premium es más exigente, ya que amplía los datos identificativos (exige señalar el número de teléfono del servicio de atención al cliente y una dirección electrónica)<sup>615</sup>. La cuestión es que se refiere al operador de red inteligente, no al prestador, por lo que si prestador y operador no son la misma persona, se deberían incluir en la publicidad los datos de ambos sujetos.

Estas normas, acordes con la legislación de comercio electrónico en su momento vigente, deben entenderse derogadas respecto de servicios telemáticos por la reforma de 2007 de la LSSICE, que como señalamos sólo considera necesario que en la publicidad de un servicio sea claramente identificable el suministrador.

Por tanto, a estos efectos, la publicidad de los servicios de tarificación adicional tiene dos regímenes diferentes. Respecto de los servicios de naturaleza telefónica que no se rijan por la LSSICE, la publicidad deberá contener todos los datos identificativos del prestador señalados. Pero en el caso de los servicios de naturaleza electrónica a los que resulte de aplicación la LSSICE (mensajería premium e Internet) entendemos suficiente indicar en la publicidad una página Web en la que se pueda acceder a los datos de identificación.

---

todos los anuncios publicitarios en prensa, radio, televisión o en cualquier otro soporte, relativos a cualquier número utilizado para su prestación”.

<sup>613</sup> El artículo 5.2.1 del Código de Conducta de 2009 impone en este caso una información exacta del “precio final y completo, impuestos incluidos, del servicio a recibir... tanto desde teléfonos de la red móvil, como desde la red fija en su caso”.

<sup>614</sup> El artículo 5.2.2 del Código de Conducta de 2009 establece que “en los servicios de suscripción deberá indicarse el precio final completo, impuestos incluidos, por cada mensaje recibido, o en su caso, el de las cuotas periódicas a que diese lugar dicha suscripción Cuando se facture por cada mensaje recibido, a continuación del importe en euros, deberá incluirse la expresión “por sms recibido”.

<sup>615</sup> El precepto también añade otra obligación colateral, que se incluya la dirección postal en su página de inicio de Internet.

### 3.1.5.3.- Características esenciales del servicio

Junto a precio e identidad del prestador, dos contenidos de gran relevancia, los Códigos de Conducta exigen que la publicidad señale las características esenciales del servicio en cuestión.

Aunque sólo lo dispone expresamente el artículo 5.1.6 del Código de Conducta de 2009 para mensajería premium, debe entenderse implícito a todas las modalidades, ya que la dinámica de los servicios de tarificación adicional no permite conocer el producto o servicio si no es a través de la publicidad.

Y así debe interpretarse por cuanto los Códigos descienden a exigir numerosa información relativa al contenido del servicio, sin duda la más relevante la exigida respecto edades recomendadas.

En los servicios reservados a adultos se debe indicar que son exclusivos para mayores de 18 años<sup>616</sup>, lo que sólo tiene sentido si previamente se ha indicado el contenido esencial del servicio.

Similar conclusión cabe ante la previsión para servicios de ocio y entretenimiento de que la publicidad debe indicar al menos la edad recomendada<sup>617</sup>.

Para los servicios profesionales no existe obligación de contener recomendación alguna en este sentido.

El Código de Conducta de 2009, también contiene dos previsiones para asegurar que el contrato no resulte de contenido imposible, y por tanto, nulo. Ante la posibilidad de que algunos teléfonos móviles sean técnicamente incapaces de reproducir o instalar el servicio suministrado, el artículo 4.1.2.3 establece que se “deberá poner a disposición de los usuarios, con carácter previo a la contratación, información acerca de la disponibilidad del servicio ofertado para su terminal móvil”<sup>618</sup>. Y el artículo 6.3.5.4, en relación a programas en diferido que contengan concursos o similares de mensajería premium, exige que se anuncie tal si las circunstancias hacen de la participación algo imposible<sup>619</sup>.

---

<sup>616</sup> Para los servicios 803 prestados mediante la voz, el Código de Conducta de 2004 dispone en su artículo 5.3.1.2 que todo soporte publicitario deberá contener la frase, de forma completa, «mayores de 18 años». El artículo 6.3.1.2 del Código de Conducta de 2009 para mensajería Premium establece que en la modalidad de servicios bajo los códigos 99, reservados para prestar servicios exclusivos para adultos, “...todo soporte publicitario deberá contener la frase, de forma completa, «+ 18 años».”

<sup>617</sup> El artículo 5.3.2.1 del Código de conducta de 2004 indica que todo soporte publicitario de servicios 806 de voz debe contener una recomendación relativa a la edad de los destinatarios, y el artículo 5.3.2.2 dispone que si este servicio se destina a personas mayores de 18 años, de nuevo deberá indicarse de forma expresa dicha circunstancia en el menú de inicio con la frase, de forma completa, «mayores de 18 años» y atender a los criterios publicitarios indicados para los servicios exclusivos para adultos.

<sup>618</sup> El tenor del precepto permite que se pueda realizar en un momento posterior, por ejemplo, en los mensajes de invitación a confirmar el servicio, incluso entendemos permite igualmente que el prestador se remita a la información que al respecto figure en su página Web, siempre que ésta sí se indique. Vid *infra*, apartado dedicado a información precontractual de mensajería premium.

<sup>619</sup> Artículo 6.3.5.4 del Código de Conducta de 2009: “Aquellos espacios de radio y televisión que propicien la participación del público mediante SMS Premium y se emitan o reemitan en diferido, deberán indicar esta circunstancia de modo destacado, mediante rótulo en pantalla o locución, mientras se anuncie el número SMS Premium, siempre que, por tal circunstancia, no resulte posible la participación”.



Y por último, los Códigos de Conducta exigen que la publicidad señale tanto el tiempo de duración de las promociones comerciales<sup>620</sup>, obligación procedente de la filosofía incorporada en nuestro ordenamiento por el artículo 19.1 de la LOCM, que así lo dispone para las actividades de promoción de ventas de productos como son las rebajas y saldos, como el aviso de que la destinada a infancia y juventud advierta de que la utilización del teléfono o el ordenador para acceder a los mismos requiere de consentimiento de padres o tutores, como medida disuasoria<sup>621</sup>.

#### 3.1.5.4.- Requisitos formales de la publicidad en los Códigos de Conducta

Tanto el Código de 2004 como el de 2009 regulan la forma en que se debe presentar la publicidad, fundamentalmente el tamaño y las abreviaturas que se pueden usar, sentando el principio general de perceptibilidad<sup>622</sup>, mediante caracteres de tamaño y colores apropiados que permitan una perfecta visualización o percepción para el consumidor, debiéndose situarse de forma estática y en paralelo al sentido de lectura del número publicitado.

No obstante, es bastante habitual encontrar publicidad escrita en letra tan pequeña que apenas se perciba su contenido, lo que RIBÓN achaca a la subjetividad con que queda caracterizado por la normativa el tema del tamaño de la letra. Este autor destaca que las denuncias ante la Comisión de Supervisión por este motivo son harto frecuentes y cómo se perdió una oportunidad de oro al rechazar una propuesta del Consejo de Consumidores y Usuarios inspirada en el Código de IARN que exige que el precio se presente en caracteres nunca inferiores a la mitad del tamaño utilizado para indicar el número anunciado.<sup>623</sup>

Los Códigos también permiten la utilización de abreviaturas “siempre que sean las comúnmente aceptadas”. En concreto se exige que “cada palabra o vocablo abreviado contará al menos con tres signos alfanuméricos excluido el punto ortográfico indicativo de la abreviatura” y establece un listado específico

---

<sup>620</sup> El artículo 3.3.3 del Código de Conducta de 2004 y el artículo 5.3.3 del Código de Conducta de 2009 establecen que “cualquier forma de publicidad por medio de la cual se ofrezcan promociones, ofertas, descuentos, regalos o similares, deberá indicar el tiempo de duración de la promoción, las condiciones de participación o acceso, así como las ventajas para el consumidor, sin perjuicio del cumplimiento de las restantes normas y obligaciones que pudieran serle de aplicación de conformidad con la legislación aplicable/vigente”.

<sup>621</sup> El artículo 5.5.2.2 del Código de Conducta de 2004 y el artículo 6.4.2.1 del Código de Conducta de 2009 para mensajería premium establecen que “deberá indicarse y advertirse que se precisa el consentimiento de los padres o tutores y/o titular del teléfono para el uso del servicio, en la publicación o medio en el que se promocionen”. Vid *infra*, apartado dedicado al análisis de la anulabilidad del contrato por falta de capacidad de obrar del menor contratante.

<sup>622</sup> El artículo 3.1.4 del Código de Conducta de 2004 y el artículo 5.1.4 del Código de 2009 establecen el principio general de que “la publicidad... deberá confeccionarse de tal forma que sea fácilmente perceptible por los consumidores, sin realización de ningún esfuerzo para su apreciación o interpretación” y a continuación enumeran una serie de requisitos concretos de forma muy pormenorizada.

<sup>623</sup> Cfr. EUGENIO RIBÓN SEISDEDOS. *Los Cuadernos de CEACCU N° 3. Los servicios de tarificación adicional*. Madrid: Confederación Española de Organizaciones de Amas de Casa, Consumidores y Usuarios., 2004, p. 17.

de informaciones que, de pretender abreviarse, deberá hacerse en tales términos y no otros<sup>624</sup>.

Se regulan de forma específica los anuncios difundidos por televisión en los que se comunique de forma oral el número telefónico, exigiéndose que también se informe del precio de la llamada de forma oral, aunque en el caso de mensajería premium no es necesaria la información oral del número, ya que sólo se exige que se presente la información simultáneamente de forma estática y en caracteres adecuados para su perfecta visualización<sup>625</sup>.

Por último, también es un aspecto formal las prohibiciones previstas respecto de medios o soportes a utilizar. La publicidad de servicios destinados a adultos sólo podrá realizarse en aquellos medios o soportes que no tengan como posibles destinatarios el colectivo de la infancia y juventud. Incluso se establecen prohibiciones horarias específicas en televisión y radio<sup>626</sup>.

---

<sup>624</sup> Artículo 3.3.4 del Código de Conducta de 2004 y artículo 5.3.5 del Código de 2009. Se trata de las siguientes:

- Recomendación de edad: «Mayores de 18 años» (para mensajería premium, «Adultos» o «+ 18 años»).
- Precio red móvil: Red Móv.
- Precio red fija: Red Fija.
- Indicación del precio euros por minuto: €/min.; eur./min.
- Indicación del precio euros por llamada: €/llam.; eur./llam.
- Indicación del precio euros para mensajería premium, «€» o «Eur.».
- Código Postal: CP.
- Apartado de correos: Apdo. correos (para mensajería premium, «Apdo»).
- Impuestos incluidos: IVA incluido.
- Precio máximo: Precio máx.
- Página web: Denominación completa de la dirección de la página.
- Identificación del número de tarificación adicional: 80X YYY YYY
- Denominación de la provincia: Completa.
- Denominación del domicilio: Se pueden utilizar abreviaturas como c/, avda. /, Polig. Industrial, etc. con el nombre completo de la calle, avenida, etc.
- Identificación del número de Atención al Cliente: n.º atn clte.
- Publicidad: Publi (sólo en mensajería premium).

<sup>625</sup> Artículo 3.1.4.2 del Código de Conducta de 2004 y artículo 5.1.4.2.3 del Código de Conducta de 2009.

<sup>626</sup> El artículo 5.3.1.3 del Código de Conducta de 2004 y el artículo 6.3.1.3 del Código de Conducta de 2009 de mensajería premium establecen que la publicidad de los servicios 803 de voz o códigos 99, servicios exclusivos de adultos, deberá realizarse en aquellos medios o soportes que no tengan como posibles destinatarios el colectivo de la infancia y juventud.

Los artículos 5.3.1.4 y 6.3.1.4, respectivamente, establecen que la publicidad únicamente se podrá incluir en los siguientes medios publicitarios y tramos horarios:

- a. Televisión y radio, entre las 24 horas y las 7 horas del día siguiente (22 a 6 en mensajería premium).
- b. Revistas o publicaciones que tengan como destinatarios a los adultos.
- c. Servicios de anuncios clasificados o por palabras de los periódicos (en servicios de voz se añade que sean de ámbito nacional o local).

d. En los demás medios y soportes, siempre y cuando, no tengan como posibles destinatario, atendiendo a su difusión y contenido, la juventud o la infancia

Por último, el artículo 6.1.1.12 del Código de Conducta de 2009 para mensajería premium, introducido por su reforma de 2010, también establece que “las limitaciones horarias de emisión de contenidos audiovisuales establecidas en la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual serán de aplicación, en todo caso, a los servicios SMS Premium incluidos en dichas emisiones”. Las limitaciones horarias principales de esta Ley están en su artículo 7 y son, en resumen, las siguientes: Aquellos contenidos que puedan resultar perjudiciales para el desarrollo físico, mental o moral de los menores solo podrán emitirse entre las 22 y las 6 horas, debiendo ir siempre precedidos por un aviso acústico y visual, que habrá de mantenerse. Se establecen tres franjas horarias consideradas de protección reforzada tomando como referencia el horario peninsular: entre las 8 y las 9 horas y entre las 17 y las 20 horas en el caso de los días laborables y entre las 9 y las 12 horas sábados, domingos y fiestas de ámbito

Para los servicios de ocio y entretenimiento y profesionales no hay limitaciones a los soportes publicitarios a utilizar.

### **3.1.6.-La publicidad de servicios de tarificación adicional es oferta contractual**

Aunque publicidad y oferta contractual son dos institutos jurídicos bien diferentes, a veces resulta complejo diferenciarlos cuando el contenido de la publicidad comercial se aproxima al de una verdadera oferta de contrato<sup>627</sup>, de hecho, SANTOS considera que bien puede la primera contener los elementos constitutivos de la segunda<sup>628</sup>.

PASQUAU LIAÑO señala que “el límite entre la publicidad y la oferta contractual está hoy día precisamente constituido por el dato objetivo de si contiene o no los elementos esenciales del contrato a que induce la actividad publicitaria”<sup>629</sup>.

SÁNCHEZ DEL CASTILLO ha analizado exhaustivamente la cuestión, y tras constatar la existencia de posturas de diverso signo situadas entre quienes aceptan que la publicidad pueda ser oferta contractual y quienes no, concluye que debe abordarse cada caso concreto pero aceptando que si aparecen tanto los elementos del contrato como la nota persuasiva, el analista deberá calificarla como comunicación comercial que contiene oferta de contrato<sup>630</sup>.

Los canales de comercialización de los servicios de tarificación adicional están principalmente constituidos por los propios medios publicitarios. No hay tiendas de venta ni vendedores a domicilio. La publicidad da a conocer a los consumidores la existencia de los servicios, pero a la par, ofrece todos los elementos necesarios para que se puedan adquirir a continuación, fundamentalmente identificando la naturaleza o características esenciales del servicio del servicio, su precio y la identidad del prestador.

La mensajería premium es el ejemplo más claro. Oímos en la televisión el politono y vemos en pantalla su precio, el nombre del suministrador y el número al que mandar el MMS que nos facilitará su descarga e instalación.

Así pues, la publicidad de los servicios de tarificación adicional es por regla general, y simultáneamente, oferta contractual.

---

estatal. Los contenidos calificados como recomendados para mayores de 13 años deberán emitirse fuera de esas franjas horarias, manteniendo el indicativo visual de su calificación por edades. Será de aplicación la franja de protección horaria de sábados y domingos a los siguientes días: 1 y 6 de enero, Viernes Santo, 1 de mayo, 12 de octubre, 1 de noviembre y 6, 8 y 25 de diciembre. Los programas dedicados a juegos de azar y apuestas, sólo pueden emitirse entre la una y las cinco de la mañana. Aquellos con contenido relacionado con el esoterismo y las paraciencias, sólo podrán emitirse entre las 22 y las 7 de la mañana.

<sup>627</sup> Cfr. DAVID LÓPEZ JIMÉNEZ y FRANCISCO JOSÉ MARTÍNEZ LÓPEZ. “La formación del contrato electrónico”: *Revista de la Contratación Electrónica*, nº 105, 2009, p. 15 de documento electrónico de V-Lex.

<sup>628</sup> Cfr. MARIA JOSÉ SANTOS MORÓN. “Información precontractual, forma y prueba del contrato”, en GEMA BOTANA GARCÍA y MIGUEL RUIZ MUÑOZ (Coord.). *Curso sobre protección jurídica de los consumidores*. 1ª edición. Madrid: Mc Graw Hill, 1999, pp. 139-140.

<sup>629</sup> MIGUEL PASQUAU LIAÑO, en JOSE LUIS PIÑAR MAÑAS y EMILIO BELTRÁN SÁNCHEZ, (Dtores). *Comentarios a la Ley de Ordenación del Comercio Minorista y a la Ley Orgánica complementaria*. 1ª edición. Madrid: Civitas, 1997, p. 309.

<sup>630</sup> Cfr. VILMA SÁNCHEZ DEL CASTILLO. *La Publicidad en Internet. Régimen Jurídico de las comunicaciones comerciales*. 1ª edición. Madrid: La Ley, 2007, p. 99.

Y efectivamente, constatamos que la publicidad contiene todos los elementos que deben estar presentes en toda oferta contractual.

Se suele definir la oferta contractual, que no es sino una propuesta de contrato<sup>631</sup>, con el clásico axioma que propuso MORENO QUESADA en 1956, “declaración unilateral de voluntad que se dirige a otro para la celebración de un contrato y que contiene los elementos esenciales del mismo”<sup>632</sup>.

La mayoría de la doctrina considera que la oferta es un acto jurídico unilateral, negándole naturaleza negocial, lo que se reserva para el contrato resultante<sup>633</sup>.

Se diferencia de los tratos preliminares o precontractuales en que éstos están precisamente encaminados a la formación de la oferta<sup>634</sup>.

Según la doctrina, sus tres requisitos esenciales son la completitud, la vinculación y su carácter recepticio<sup>635</sup>. La oferta debe ser completa y contener todos los elementos esenciales del futuro contrato; debe realizarse con intención de vincularse si es aceptada sin más; y debe ser una declaración de voluntad dirigida al destinatario, determinado o indeterminado<sup>636</sup> y reconocible como tal por éste.

Salvo que se exprese lo contrario la oferta tiene carácter revocable, ya que también cabe su emisión de modo irrevocable<sup>637</sup>.

En el caso de los servicios de tarificación adicional, la publicidad contiene la descripción básica del servicio a recibir, su precio e incluso la identificación del prestador. Es una declaración de voluntad del prestador de carácter comercial que se realiza con una evidente intención de vincularse si es aceptada por los consumidores indeterminados a los que se dirige, y es reconocible por éstos como tal, no sólo como publicidad, sino también como

---

<sup>631</sup> Cfr. MANUEL ALBALADEJO. *Derecho Civil II. Derecho de Obligaciones*. 13ª edición. Madrid: Edisofer, 2008, p. 380.

<sup>632</sup> BERNARDO MORENO QUESADA. “La oferta de contrato”: *Revista de Derecho Notarial*, 13 y 14. Madrid, 1956, p. 146. Del mismo autor, cfr. “La oferta de contrato cuarenta años después”, en JUAN LUIS IGLESIAS PRADA (coord.). *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*. Tomo IV. *Derecho Civil y Derecho Público*. 1ª edición. Madrid: Civitas, 1996, pp. 4979-4994.

<sup>633</sup> Cfr. ANA VICTORIA GARCÍA-GRANERO COLOMER. “La perfección de los contratos”. JUAN FRANCISCO DELGADO DE MIGUEL (Coord.). *Instituciones de Derecho Privado. Tomo III. Obligaciones y contratos. Vol 1º*. 1ª edición. Madrid: Civitas, 2002, p. 387.

<sup>634</sup> MARIA DEL CARMEN GÓMEZ LAPLAZA, en MANUEL ALBALADEJO y SILVIA DIAZ ALABART (Dtores.). *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales. Tomo XVII, Vol. 1-B. Artículos 1.261 a 1.280 del Código Civil*. Madrid: Edersa, 1993, p. 66.

<sup>635</sup> Cfr. JOSE LUIS PIÑAR MAÑAS y EMILIO BELTRÁN SÁNCHEZ (Dtores.). *Comentarios a la Ley de Ordenación del Comercio Minorista y a la Ley Orgánica complementaria*. Madrid: Civitas, 1997, p. 91. MARIA DEL CARMEN GÓMEZ LAPLAZA, en MANUEL ALBALADEJO y SILVIA DIAZ ALABART (Dtores.). *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales. Tomo XVII, Vol. 1-B. Artículos 1.261 a 1.280 del Código Civil*. Madrid: Edersa, 1993, pp. 59-67. ANA VICTORIA GARCÍA-GRANERO COLOMER añade otros requisitos complementarios, como que la oferta sea precisa, definitiva e inequívoca. “La perfección de los contratos”. JUAN FRANCISCO DELGADO DE MIGUEL (Coord.). *Instituciones de Derecho Privado. Tomo III. Obligaciones y contratos. Vol 1º*. 1ª edición. Madrid: Civitas, 2002, pp. 389-392.

<sup>636</sup> Así lo entiende la doctrina, por citar un autor reciente, ALFONSO GONZÁLEZ GOZALO. *La formación del contrato tras la Ley de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico*. Granada: Comares, 2004, pp. 18-19.

<sup>637</sup> Vid. CARLOS LASARTE ÁLVAREZ. *Manual sobre protección de consumidores y usuarios*. 3ª edición. Madrid: Dykinson, 2007, p. 95. ALFONSO GONZÁLEZ GOZALO analiza la diferencia doctrinal entre revocación y retirada de la oferta, en *La formación del contrato tras la Ley de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico*. Granada: Comares, 2004, pp. 26-45.

una propuesta de contrato. Es más, la normativa específica en la materia exige, y por tanto garantiza, que la publicidad contenga tales contenidos.

### **3.1.7.- Propuesta de una nueva categoría para la publicidad que es oferta: la oferta comercial**

La publicidad que es simultáneamente oferta contractual no es una figura ajena a la doctrina ni al ordenamiento jurídico.

La doctrina se ha planteado tanto la posibilidad de su existencia<sup>638</sup> como la aceptación de sus efectos como tal<sup>639</sup> y el propio artículo 96 del TRLGDCU se refiere a la publicidad con finalidad comercial inmediata, es decir, a la publicidad cuyo objeto inmediato es la contratación, cuando dispone que “en todas las comunicaciones comerciales deberá constar inequívocamente su carácter comercial...en el caso de comunicaciones telefónicas, deberá precisarse explícita y claramente, al principio de cualquier conversación con el consumidor y usuario, la identidad del empresario y la finalidad comercial de la llamada”.

En puridad de términos, y como señala PASQUAU LIAÑO en relación al artículo 39.1 LOCM del que trae causa el citado artículo 96, con este precepto “lo que se persigue no es tanto que por expresarlo así haya de considerarse como oferta su comunicación comercial, sino que por ser oferta -objetivamente, con independencia de la voluntad del comerciante-, debe informarse de ello al consumidor”<sup>640</sup>.

Pero el precepto que con más claridad admite la existencia de publicidad que sea a la par oferta contractual es el artículo 20 del TRLGDCU en la nueva redacción que le da la Ley 29/2009, de 30 de diciembre.

El precepto establece que las “prácticas comerciales” que posibiliten que el consumidor tome una decisión sobre la contratación deberán contener una información mínima, consistente en señalar las características esenciales del objeto, la identificación del suministrador y el precio<sup>641</sup>, lo que no son sino los elementos esenciales del futuro contrato.

---

<sup>638</sup> ANA VICTORIA GARCÍA-GRANERO COLOMER afirma que si “en virtud de esa oferta publicitaria se celebra un contrato, habría que estudiar la posibilidad de concesión de ciertos efectos negociales a la oferta publicitaria”. “La perfección de los contratos”. JUAN FRANCISCO DELGADO DE MIGUEL (Coord.). *Instituciones de Derecho Privado. Tomo III. Obligaciones y contratos. Vol 1º*. 1ª edición. Madrid: Civitas, 2002, pp. 399-400.

<sup>639</sup> JUAN CARLOS MENÉNDEZ MATO. *La oferta contractual*. Pamplona: Aranzadi, 1998, p. 185.

<sup>640</sup> MIGUEL PASQUAU LIAÑO, en JOSE LUIS PIÑAR MAÑAS y EMILIO BELTRÁN SÁNCHEZ, (Dtores). *Comentarios a la Ley de Ordenación del Comercio Minorista y a la Ley Orgánica complementaria*. 1ª edición. Madrid: Civitas, 1997, p. 309.

<sup>641</sup> Artículo 20 TRLGDCU. Información necesaria en la oferta comercial de bienes y servicios.

1. Las prácticas comerciales que, de un modo adecuado al medio de comunicación utilizado, incluyan información sobre las características del bien o servicio y su precio, posibilitando que el consumidor o usuario tome una decisión sobre la contratación, deberán contener, si no se desprende ya claramente del contexto, al menos la siguiente información:

- a) Nombre, razón social y domicilio completo del empresario responsable de la oferta comercial y, en su caso, nombre, razón social y dirección completa del empresario por cuya cuenta actúa.
- b) Las características esenciales del bien o servicio de una forma adecuada a su naturaleza y al medio de comunicación utilizado.

El artículo 19 del TRLGDCU, igualmente reformado por la Ley 29/2009, de 30 de diciembre, introduce este nuevo concepto de “prácticas comerciales” de los empresarios con los consumidores y usuarios<sup>642</sup>, concepto derivado de las Directivas Comunitarias de las que trae causa esta reforma, y que entendemos incluye, entre otras prácticas relativas a la fase de ejecución del contrato, a las tradicionales figuras precontractuales de la publicidad y la oferta contractual, evidentemente previas a la celebración o existencia de relación contractual alguna.

Consideramos que resulta imprescindible hoy en día denominar con nitidez y propiedad jurídica la figura que resulte ser simultáneamente oferta contractual y publicidad, dada la frecuencia con la que se presenta, y porque, en tales casos, el contenido de la publicidad, más que integrarse en el contrato, constituye la oferta contractual misma del empresario, cuya aceptación por el consumidor mediante los mecanismos de manifestación del consentimiento que analizaremos más adelante, provoca la perfección contractual.

Y que precisamente el citado artículo 20 recoge esta figura, que es denominada en su título como “oferta comercial”, ya que el ámbito de aplicación de este precepto está referido a las prácticas comerciales que utilizan un medio de comunicación y posibilitan que el consumidor tome una decisión sobre la contratación, por lo que están presentes ambos conceptos, el de la publicidad, primero, y el de la oferta contractual, después.

De modo que cuando un empresario realice una práctica comercial publicitaria que además sea oferta contractual, estaremos ante una oferta comercial, que deberá contener tres tipos de elementos, por un lado los que la doctrina considera como constitutivos de una oferta de contrato; por otro, los citados en el artículo 20; y por último, el resto de contenidos que cualquier norma especial exija imperativamente a la publicidad, en particular los relacionados con su veracidad y licitud<sup>643</sup>.

---

c) El precio final completo, incluidos los impuestos, desglosando, en su caso, el importe de los incrementos o descuentos que sean de aplicación a la oferta y los gastos adicionales que se repercutan al consumidor o usuario.

En el resto de los casos en que, debido a la naturaleza del bien o servicio, no pueda fijarse con exactitud el precio en la oferta comercial, deberá informarse sobre la base de cálculo que permita al consumidor o usuario comprobar el precio. Igualmente, cuando los gastos adicionales que se repercutan al consumidor o usuario no puedan ser calculados de antemano por razones objetivas, debe informarse del hecho de que existen dichos gastos adicionales y, si se conoce, su importe estimado.

d) Los procedimientos de pago, plazos de entrega y ejecución del contrato y el sistema de tratamiento de las reclamaciones, cuando se aparten de las exigencias de la diligencia profesional, entendiéndose por tal la definida en el artículo 4.1 de la Ley de Competencia Desleal.

e) En su caso, existencia del derecho de desistimiento.

2. El incumplimiento de lo dispuesto en el apartado anterior o en las disposiciones a que se refiere el artículo 19.4 será considerado en todo caso práctica desleal por engañosa, en iguales términos a lo dispuesto en el artículo 21.2 de la Ley de Competencia Desleal.

<sup>642</sup> Se consideran como tal “todo acto, omisión, conducta, manifestación o comunicación comercial, incluida la publicidad y la comercialización, directamente relacionada con la promoción, la venta o el suministro de un bien o servicio a los consumidores y usuarios, con independencia de que sea realizada antes, durante o después de una operación comercial. No tienen la consideración de prácticas comerciales las relaciones de naturaleza contractual”.

<sup>643</sup> La oferta comercial también deberá contener el sistema extrajudicial de resolución de conflictos al que esté adherido el prestador de servicios conforme establece el nuevo artículo 21.4 TRLGDCU, tipificada su omisión como infracción administrativa por el artículo 60.2.h, introducidos por el artículo 4 de la Ley

Algunos de estos elementos estarán presentes en más de uno de estos grupos, como ocurre con las características esenciales del bien o servicio, que es contenido esencial de la oferta contractual y también se exige en el artículo 20.

Y la omisión de cada uno de ellos sólo tendrá la consecuencia jurídica que en cada caso esté asociada, sin que pueda entenderse viciado civilmente el contrato más que ante omisión de los primeros.

En ausencia de algún elemento del artículo 20, la oferta se reputará mercantilmente desleal por expresa disposición del apartado 2 del precepto, pero el contrato podrá celebrarse si contiene los elementos mínimos que caracterizan a una oferta contractual.

Por el contrario, si falta alguno de los elementos esenciales de la oferta contractual, aunque todos los del artículo 20 estuviesen presentes, no podría celebrarse ningún contrato, aunque la oferta fuese “leal”.

Un simple cotejo de todo el contenido obligatorio de la publicidad de los servicios de tarificación adicional hasta ahora expuesto nos lleva a la conclusión de que, del mismo modo que contiene todos los extremos propios de una oferta contractual, también contienen los citados en la información a que hace referencia el artículo 20.

Por ello, entendemos que la publicidad de los servicios de tarificación adicional está planteada reglamentariamente para que constituya simultáneamente oferta contractual, y por tanto, se puede calificar como “oferta comercial”.

### 3.2.- LA INFORMACIÓN PRECONTRACTUAL

El denominado Derecho de Consumo se caracteriza, entre otros aspectos, por instaurar una explícita juridificación de la fase precontractual imponiendo al empresario que contrata con consumidores el cumplimiento de detalladas y minuciosas obligaciones informativas para garantizar una correcta formación del consentimiento del consumidor<sup>644</sup>.

Estas obligaciones fueron establecidas en su día por la LGDCU como parte del derecho básico de información de los consumidores, recogido hoy en día en los artículos 8.d, 17, 18 y 60 del TRLGDCU.

Precisamente una de las grandes novedades del TRLGDCU son dos nuevos capítulos dedicados a “contratos con consumidores”, cuyo contenido tiene una fuerte interacción con el derecho común de obligaciones y contratos y en opinión de BOTANA ha contribuido a revivir el derecho de obligaciones<sup>645</sup>, y en los que está contenido el artículo 60 citado, sobre información precontractual.

---

25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, BOE 23-12-2009.

<sup>644</sup> Esta juridificación de la fase precontractual fue puesta de manifiesto por RAMÓN CASAS VALLES, “Defensa de los consumidores y Derecho Civil”, en *Revista Jurídica de Cataluña*, 1992-1, p. 99.

<sup>645</sup> GEMA ALEJANDRA BOTANA GARCÍA. “Contratos con consumidores y usuarios”. *Diario La Ley*, nº 6990 de 16 de julio de 2008, p. 4.

Algunos autores han planteado el carácter constitucional de este derecho y otros lo consideran principio general del derecho o subprincipio, si bien parece que la doctrina más autorizada no comparte estos criterios<sup>646</sup>.

Lo que parece indiscutible es el carácter jurídico-administrativo de la obligatoriedad precontractual de informar al consumidor, como forma de preservar el interés general que supone que tal información siempre quede incorporada a todos los bienes y servicios que se comercialicen, ya que su incumplimiento se asocia a la comisión de una infracción que conlleva la imposición de la correspondiente sanción, conforme a los artículos 49.1, letras f) y k) y 49.2.b) del TRLGDCU<sup>647</sup>.

Desde el punto de vista civil, aunque antes de 1984 la doctrina ya se había preguntado por la existencia en nuestro ordenamiento jurídico de una cierta obligación de información en la fase de formación del contrato impuesta por el principio de la buena fe<sup>648</sup>, resulta insuficiente para fundamentar un deber general en tal sentido por su carácter impreciso y más ético que jurídico<sup>649</sup>.

Como señala BASÜZABAL, el Código Civil carece de una regla general que imponga deberes precontractuales de información, aunque no carece de preceptos que solucionan conflictos en los que se encuentran involucrados tales deberes<sup>650</sup>. De hecho, como certeramente apunta este autor, la regla general en ordenamientos basados en el principio de autonomía de la voluntad como el español, sólo puede ser la carga de autoinformarse<sup>651</sup>.

Pese a ello, tanto doctrina como jurisprudencia han puesto de manifiesto durante estos años que existe un cierto grado de influencia de la información precontractual prevista en la legislación de protección de consumidores sobre

---

<sup>646</sup> Cfr. ANTONIO ORTÍ VALLEJO, “Comentario al art. 13.1 LGDCU”, en RODRIGO BERCOVITZ y JAVIER SALAS (Coord.). *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*. Madrid: Civitas, 1992, pp. 399-400.

<sup>647</sup> MANUEL JESÚS MARÍN LÓPEZ y PASCUAL MARTÍNEZ ESPÍN. *Instrumentos para la protección jurídica del consumidor*. Toledo: Centro de Estudios de Consumo (UCLM), 2006, p. 27, se señala que también podría ser calificada como un acto de competencia desleal, en comentario al art. 34.6 y 11 LGDCU.

<sup>648</sup> Cfr. ANTONIO MANUEL MORALES MORENO, “Comentario a los artículos 1.265 a 1270 del Código Civil”, en MANUEL ALBALADEJO y SILVIA DIAZ ALABART (Dtores.). *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales. Tomo XVII, Vol. 1-B. Artículos 1.261 a 1.280 del Código Civil*. Madrid: Edersa, 1993, p. 307, y ALICIA DE LEÓN ARCE, CARMEN MORENO-LUQUE, y M<sup>a</sup> JESÚS AZA CONEJO. *Derecho de Consumo*. Oviedo: Forum, 1995, pp. 111-112, citando a QUIÑONERO CERVANTES, 1979.

<sup>649</sup> PEDRO ANTONIO PÉREZ GARCÍA. *La información en la contratación privada (En torno al deber de informar en la ley general para la defensa de los consumidores y usuarios)*. 1<sup>a</sup> edición. Madrid: Instituto Nacional del Consumo, 1990, pp. 18-22.

<sup>650</sup> Cfr. XABIER BASÜZABAL ARRUE. “En torno a las obligaciones precontractuales de información”: *Anuario de Derecho Civil*, n<sup>o</sup> LXII-2, 2009, p. 655, “cuando el codificador permite anular el contrato al contratante que yerra sobre las cualidades del objeto, cuando ofrece la estimatoria y la redhibitoria al comprador que descubre vicios ocultos en el objeto comprado, o cuando ofrece un conjunto de remedios por incumplimiento al producirse un desajuste entre la prestación esperada y la recibida, está resolviendo conflictos que pueden ser, total o parcialmente, informativos”.

<sup>651</sup> XABIER BASÜZABAL ARRUE. “En torno a las obligaciones precontractuales de información”: *Anuario de Derecho Civil*, n<sup>o</sup> LXII-2, 2009, p. 650. Cfr. ANA VICTORIA GARCÍA-GRANERO COLOMER. “La perfección de los contratos”. JUAN FRANCISCO DELGADO DE MIGUEL (Coord.). *Instituciones de Derecho Privado. Tomo III. Obligaciones y contratos. Vol 1<sup>o</sup>*. 1<sup>a</sup> edición. Madrid: Civitas, 2002, p. 335-336.



la dinámica del contrato<sup>652</sup>, en particular cuando su omisión pueda calificarse como constitutiva de un vicio del consentimiento en el sentido señalado por el artículo 1.266 del Código Civil<sup>653</sup>, aunque el debate es mucho más general, ya que la doctrina se plantea el grado de influencia de las normas administrativas sobre la validez del contrato<sup>654</sup>.

La incorporación de valores de protección del consumidor en la dinámica contractual es una clara tendencia jurídica y social que el legislador también ha secundado y se ha ido fraguando poco a poco, primero en leyes específicas<sup>655</sup> y recientemente de forma general en la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios, que introdujo por primera vez en nuestro ordenamiento una consecuencia jurídica genérica y directa de orden contractual en esta materia, a saber, la integración judicial de los contratos con consumidores ante supuestos de omisión de información precontractual relevante<sup>656</sup>, presente actualmente en el vigente artículo 65 del TRLGDCU<sup>657</sup>, precepto que debe ponerse en conexión con el artículo 60.2, que califica como contenido relevante cierta información precontractual básica que enumera, a nuestros efectos y como ocurría en la publicidad de los servicios de tarificación adicional, la identificación del prestador y el precio del servicio.

No obstante, y debemos insistir en ello, en modo alguno se puede afirmar que todo contenido exigible conforme a las normas de información

---

<sup>652</sup> Cfr. CARLOS LASARTE ÁLVAREZ. *Manual sobre protección de consumidores y usuarios*. 3ª edición. Madrid: Dykinson, 2007, p. 114. MARIA JOSÉ REYES LÓPEZ. *Manual de Derecho Privado de Consumo*. 1ª edición. Madrid: La Ley, 2009, p. 164. JOSÉ MANUEL BUSTO LAGO (Coord), NATALIA ÁLVAREZ LATA y FERNANDO PEÑA LÓPEZ. *Reclamaciones de Consumo. Derecho de consumo desde la perspectiva del consumidor*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2005, pp. 186-191. Y ANDRÉS ÍÑIGO FUSTER afirma que "...la información que propiamente debe reunir la oferta, al objeto de entenderla válidamente formulada en aras a la perfección del contrato...consideramos directamente aplicables los artículos 39 y 40 LOCM, en tanto que su contenido es necesario para entender adecuadamente configurada la oferta del prestador". En "La contratación electrónica como contratación a distancia": *Revista del Derecho de las Telecomunicaciones e Infraestructuras en Red*, nº 17, 2003, pp. 7 y ss. de documento electrónico de V-Lex.

<sup>653</sup> Art. 1266 Cc: "Para que el error invalide el consentimiento, deberá recaer sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato, o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo. El error sobre la persona sólo invalidará el contrato cuando la consideración a ella hubiere sido la causa principal del mismo. El simple error de cuenta sólo dará lugar a su corrección."

<sup>654</sup> La doctrina más autorizada admite que la norma administrativa pueda afectar a la validez del contrato, señalando que deberá estudiarse caso por caso y según la *ratio* de la ilicitud, cfr. EDUARDO VÁZQUEZ DE CASTRO. *Ilicitud Contractual. Supuestos y efectos*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2003, pp. 229-235.

<sup>655</sup> Por ejemplo, el artículo 10.2 de Ley 42/1998, de 15 diciembre, sobre derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico y normas tributarias, arts. 6 y 7 de la Ley 7/1995, de 23 de marzo, de Crédito al Consumo y contratos celebrados fuera de establecimientos mercantiles, arts. 107 y ss. TRLGDCU.

<sup>656</sup> Cfr. XABIER BASÚZABAL ARRUE. "En torno a las obligaciones precontractuales de información": *Anuario de Derecho Civil*, nº LXII-2, 2009, p. 666.

<sup>657</sup> Art. 65 TRLGDCU- "Los contratos con los consumidores se integrarán, en beneficio del consumidor, conforme al principio de buena fe objetiva, también en los supuestos de omisión de información precontractual relevante". El tenor de este precepto sugiere a BASÚZABAL que pueda ser ésta la única consecuencia jurídica de orden general que pretenda el legislador ante la omisión, el artículo 65 "parece promover que los supuestos de falta de información relevantes sólo puedan resolverse mediante la revisión judicial de la parte del contrato afectada por la información omitida o incorrecta, obligando al juez a valorarla conforme a los criterios objetivos que le suministre el mercado. Se trata, sin duda, de una apuesta arriesgada, que exige una elaboración muy meditada de las sentencias en las que vaya a hacerse uso de esta potestad". "En torno a las obligaciones precontractuales de información": *Anuario de Derecho Civil*, nº LXII-2, 2009, p. 711.

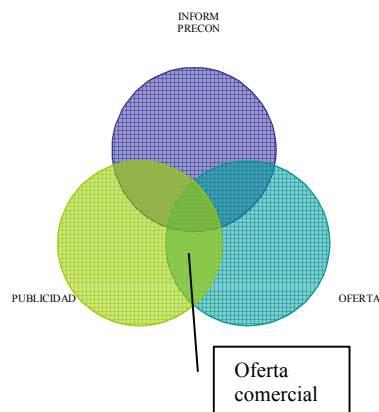
precontractual sea necesario para considerar completa una oferta contractual<sup>658</sup>, o dicho de otra forma, no puede afirmarse que cualquier oferta emitida o contrato celebrado queden contractualmente viciados si no hay un previo cumplimiento de todas las obligaciones informativas correspondientes<sup>659</sup>.

Y de hecho, como analizaremos en su momento, el incumplimiento de los deberes informativos precontractuales en el caso de los servicios de tarificación adicional apenas tiene incidencia respecto de la dinámica contractual<sup>660</sup>.

### **3.2.1.-Diferencias entre información precontractual, publicidad y oferta contractual**

Publicidad, información precontractual y oferta contractual son institutos jurídicos diferentes, pero en ocasiones se pueden presentar en unidad de acto. Acabamos de constatar que publicidad y oferta se unen en la figura de la oferta comercial, y como veremos algo más adelante, en los servicios de televoto y mensajería premium de bajo coste, se unen los tres institutos.

El siguiente diagrama de Venn ilustra gráficamente estas circunstancias.



Ya hemos señalado las diferencias entre publicidad y oferta. Por su parte, las existentes entre información precontractual obligatoria y oferta contractual<sup>661</sup> se aprecian claramente mediante un simple ejemplo, los carteles informativos en los talleres de reparación en modo alguno pueden identificarse con el contenido de un presupuesto en este sentido.

Y es que la información precontractual es una obligación jurídica impuesta fundamentalmente con carácter administrativo e independiente de cualquier oferta civil de contrato, de modo que su presentación no necesita acompañarse simultáneamente de ésta, y es por ello que, como acabamos de

---

<sup>658</sup> Cfr. M<sup>a</sup> DEL PILAR PERALES VISCASILLAS. “Formación del contrato”. GEMA ALEJANDRA BOTANA GARCÍA (Coord). *Comercio electrónico y protección de los consumidores*. 1<sup>a</sup> edición. Madrid: La Ley, 2001, p. 425-427.

<sup>659</sup> Cfr. JUAN ALBERTO DIEZ BALLESTEROS. “Obligaciones precontractuales de información en la contratación electrónica y protección de los consumidores”: *Estudios sobre Consumo*, n<sup>o</sup> 85, 2008, p. 67.

<sup>660</sup> Vid. *infra*, capítulo dedicado a las responsabilidades contractuales de los prestadores.

<sup>661</sup> ANDRÉS ÍÑIGO FUSTER. “La contratación electrónica como contratación a distancia”: *Revista del Derecho de las Telecomunicaciones e Infraestructuras en Red*, n<sup>o</sup> 17, 2003, p. 7 de documento electrónico de V-Lex.

señalar, no existe una relación directa entre una y otra, ya que los contenidos exigibles conforme a las normas de información precontractual no son necesarios para considerar completa una oferta contractual, que tiene sus propios elementos.

Por último, siguiendo a ORTÍ VALLEJO, entre información precontractual y publicidad existen fundamentalmente cinco diferencias.

En cuanto a su naturaleza jurídica, la publicidad es una facultad del suministrador, mientras que la información precontractual es una obligación legal.

En cuanto a su finalidad, la publicidad persigue promover la contratación, atraer, no informar, y por ello será siempre menos completa, aunque nunca podrá dejar de ser veraz, lo que nos lleva al tercer elemento al que hace referencia ORTÍ, la objetividad: mientras que la publicidad podrá informar sólo sobre la parte que más le interese resaltar al suministrador, la objetividad es requisito fundamental de la información precontractual.

En cuarto lugar, señala la diferencia de destinatario, el público en general frente a los interesados en adquirir el producto o servicio.

Y en quinto lugar, entiende que las normas de publicidad tutelan tanto al consumidor como al empresario, por ejemplo, cuando la publicidad de un competidor incumple alguno de los requisitos establecidos<sup>662</sup>.

Pues bien, del mismo modo que no ha mucho hemos advertido que se establece normativamente la fusión en unidad de acto de publicidad y oferta contractual en los servicios de tarificación adicional, por el contrario, la normativa no pretende que información precontractual y publicidad se presenten en unidad de acto, más bien al contrario, ya que se establecen unos mecanismos específicos para ofrecer la información precontractual obligatoria totalmente diferenciados de la publicidad, y éstos son una “locución informativa” en la modalidad telefónica, un denominado “menú de inicio” en pantalla en la modalidad por Internet y mensajes informativos en la mensajería premium, todos ellos inmediatamente previos al suministro del servicio.

### **3.2.2.- El contenido de la información precontractual**

El apartado 1 del artículo 13 de la derogada LGDCU establecía que los bienes, productos y, en su caso, los servicios debían incorporar, llevar consigo o permitir de forma cierta y objetiva una información veraz, eficaz y suficiente sobre sus características esenciales, considerando como tales al menos unos contenidos que se enumeraban en una lista de siete grupos<sup>663</sup>, mientras que su

---

<sup>662</sup> ANTONIO ORTÍ VALLEJO, “Comentario al art. 13.1 LGDCU”, en RODRIGO BERCOVITZ y JAVIER SALAS (Coord.). *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*. Madrid: Civitas, 1992, pp. 409-410.

<sup>663</sup> a-Origen, naturaleza, composición y finalidad.

b-Aditivos autorizados que, en su caso, lleven incorporados.

c-Calidad, cantidad, categoría o denominación usual o comercial si la tienen.

d-Las condiciones esenciales del contrato, en particular sobre sus condiciones jurídicas y económicas y la información sobre el precio completo, incluidos los impuestos, o presupuesto, en su caso. En toda información al consumidor sobre el precio de los bienes o servicios, incluida la publicidad, se informará del precio final completo, desglosando, en su caso, el importe de los incrementos o descuentos que sean

apartado 2 disponía que las exigencias concretas en esta materia se determinarían en los Reglamentos<sup>664</sup>.

La doctrina mantenía que se trataba de una lista abierta de informaciones precontractuales y contractuales, de modo que la necesidad de informar sobre las características esenciales incluía cualquier tipo de información de tal cariz aunque no estuviese específicamente enumerada por el precepto<sup>665</sup>.

Parte de la doctrina también entendía que este precepto correspondía a información propia de la fase de ejecución del contrato, puesto que se transmitía a través de la entrega de la cosa, considerando sólo como precontractual la relativa a la oferta, promoción y publicidad regulada en el artículo 8, aunque se impuso como más autorizada la opinión que mantiene que se trata fundamentalmente de información precontractual, ya que, aunque se mencionan informaciones propias de la fase de ejecución contractual (por ejemplo, las instrucciones de uso) la mayoría de las informaciones son de carácter precontractual<sup>666</sup> y en todo caso es en tal momento cuando se exige su cumplimiento, aunque su efectividad quede diferida a otro posterior<sup>667</sup>.

Aún podemos añadir algún argumento más. Y es que la posibilidad de consultar las instrucciones de uso e informaciones similares antes de adquirir el bien o servicio es un aspecto precontractual porque puede determinar en un momento dado el acto de compra. Esta información, en contra de lo que afirman algunos autores, puede tener tanta relevancia en la fase previa a la celebración del contrato como con posterioridad<sup>668</sup>. Que una prenda no se pueda lavar con agua y sólo admita lavado en seco o que un alimento necesite unas específicas condiciones de conservación también son datos precontractuales que condicionan el acto de la compra. Así pues, entiendo que nos encontramos en todos los casos ante información precontractual, bien que parte de la misma tenga también utilidad una vez celebrado el contrato, no

---

de aplicación, de los gastos que se repercutan al consumidor y usuario y de los gastos adicionales por servicios accesorios, financiación u otras condiciones de pago similares.

e-Fecha de producción o suministro, plazo recomendado para el uso o consumo o fecha de caducidad.

f-Instrucciones o indicaciones para su correcto uso o consumo, advertencias y riesgos previsibles.

g-Procedimiento de que dispone el consumidor para poner fin al contrato.

<sup>664</sup> ANA ISABEL LOIS CABALLÉ destaca que la Federal Trade Commission norteamericana exige que la información sea útil, utilizable (accesible al consumidor medio) y usada (debe garantizarse su emisión y recepción). *Introducción al Derecho del Consumo*. 1ª edición. Valencia: Generalitat Valenciana, 1991, p. 148.

<sup>665</sup> Cfr. ALICIA DE LEÓN ARCE, CARMEN MORENO-LUQUE, y M<sup>a</sup> JESÚS AZA CONEJO. *Derecho de Consumo*. Oviedo: Forum, 1995, p. 116. Y ANTONIO ORTÍ VALLEJO, "Comentario al art. 13.1 LGDCU", en RODRIGO BERCOVITZ y JAVIER SALAS (Coord.). *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*. Madrid: Civitas, 1992, p. 413.

<sup>666</sup> Cfr. ALICIA DE LEÓN ARCE, CARMEN MORENO-LUQUE, y M<sup>a</sup> JESÚS AZA CONEJO. *Derecho de Consumo*. Oviedo: Forum, 1995, p. 111 y ANTONIO ORTÍ VALLEJO, "Comentario al art. 13.1 LGDCU", en RODRIGO BERCOVITZ y JAVIER SALAS (Coord.). *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*. Madrid: Civitas, 1992, pp. 405-407 y 416.

<sup>667</sup> Cfr. JUAN GÓMEZ CALERO. *Los Derechos de los Consumidores y Usuarios*. Madrid: Dykinson, 1994, p. 140.

<sup>668</sup> Cfr. CARMEN MORENO-LUQUE en la obra ALICIA DE LEÓN ARCE (Directora). *Derechos de los consumidores y usuarios. (Doctrina, normativa, jurisprudencia, formularios)*. 2ª edición. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2007, pp. 201-202. ANTONIO ORTÍ VALLEJO, "Comentario al art. 13.1 LGDCU", en RODRIGO BERCOVITZ y JAVIER SALAS (Coord.). *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*. Madrid: Civitas, 1992, p. 405 y p. 416.

teniendo ningún sentido diferenciar en el precepto la información precontractual de la postcontractual.

Actualmente, el TRLGDCU ha repartido el contenido de este precepto básicamente en dos, el artículo 18, dedicado al etiquetado de bienes y servicios, y el artículo 60.

Conceptualmente se ha separado así la información genérica exigible a cualquier bien o servicio que se ponga a disposición de los consumidores en el mercado, aún cuando no se adquiera, de la propiamente precontractual relativa a las condiciones del contrato<sup>669</sup>, si bien consideramos que la primera también debe reputarse precontractual, ya que en caso de que finalmente se adquiera el bien o servicio, se integra en el contrato, y tiene una relevancia indiscutible, ya que está referida al objeto del contrato y sus características esenciales.

Así pues, el etiquetado recogido en el artículo 18 refleja información precontractual referida al propio objeto o servicio (características, naturaleza, identidad, finalidad, cualidades, composición, cantidad, duración, origen, productor, instrucciones...), mientras que el artículo 60 recoge el contenido de la misma ajeno al objeto del contrato, como son identidad del suministrador, precio, condiciones, etc<sup>670</sup>.

La formulación de ambos preceptos se realiza mediante la técnica de listas abiertas.

El apartado 2 del artículo 18 establece que, sin perjuicio de las exigencias concretas que se establezcan reglamentariamente, todos los bienes y servicios puestos a disposición de los consumidores y usuarios deberán incorporar información sobre sus características esenciales, lo que supone de nuevo instaurar una lista abierta de contenidos, aunque en todo caso se exigen cinco<sup>671</sup>.

Y el artículo 60 exige que antes de contratar, el empresario deberá poner a disposición del consumidor y usuario información relevante, veraz y suficiente sobre las características esenciales del contrato, y aunque de nuevo enumera una serie de condiciones jurídicas y económicas, no deja de ser también una lista abierta de contenidos<sup>672</sup>. Hasta tal punto es exhaustiva la lista que

---

<sup>669</sup> NATALIA ÁLVAREZ LATA considera que lo que se diferencia es la información como garantía del consumidor en el mercado de la información precontractual, Cfr. RODRIGO BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Coord). *Comentarios del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007)*. 1ª edición. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2009, p. 228.

<sup>670</sup> Cfr. MARIA JOSÉ REYES LÓPEZ. *Manual de Derecho Privado de Consumo*. 1ª edición. Madrid: La Ley, 2009, p. 148 y p. 161.

<sup>671</sup> a) Nombre y dirección completa del productor.

b) Naturaleza, composición y finalidad.

c) Calidad, cantidad, categoría o denominación usual o comercial, si la tienen.

d) Fecha de producción o suministro y lote, cuando sea exigible reglamentariamente, plazo recomendado para el uso o consumo o fecha de caducidad.

e) Instrucciones o indicaciones para su correcto uso o consumo, advertencias y riesgos previsibles.

<sup>672</sup> Artículo 60.2 TRLGDCU- "A tales efectos serán relevantes las obligaciones de información sobre los bienes o servicios establecidas en esta norma y normas que resulten de aplicación y, además:

a) Nombre, razón social y domicilio completo del responsable de la oferta contractual y, en su caso, el nombre, razón social y la dirección completa del comerciante por cuya cuenta actúa.

b) Precio completo, incluidos los impuestos, o presupuesto, en su caso. En toda información al consumidor sobre el precio de los bienes o servicios, incluida la publicidad, se informará del precio final completo, desglosando, en su caso, el importe de los incrementos o descuentos que sean de aplicación, de

BOTANA llega a afirmar que nos encontramos ante una verdadera oferta contractual, a pesar de que no se utilice esta expresión<sup>673</sup>.

La regulación que ofrece el TRLGDCU sobre contratación a distancia también incluye un precepto sobre información precontractual obligatoria, el artículo 97. Se trata de una información que se añade a la dispuesta por el artículo 60 del TRLGDCU, no la sustituye<sup>674</sup>.

El citado artículo 97 trae causa del artículo 40 de la LOCM<sup>675</sup>. La doctrina considera que este precepto no incide en el ámbito jurídico civil relativo a la formación del contrato, como en los años ochenta se afirmaba del artículo 13 de la LGDCU, aunque puede que con el tiempo se le acabe reconociendo como a éste cierto grado de relevancia en las relaciones contractuales, más ahora que está expresamente incorporado a la legislación de protección de los consumidores<sup>676</sup>.

---

los gastos que se repercutan al consumidor y usuario y de los gastos adicionales por servicios accesorios, financiación u otras condiciones de pago similares.

c) Fecha de entrega, ejecución del contrato y duración.

d) Procedimiento de que dispone el consumidor para poner fin al contrato.

e) Garantías ofrecidas.

f) Lengua o lenguas en las que podrá formalizarse el contrato, cuando ésta no sea la lengua en la que se le ha ofrecido la información previa a la contratación.

g) Existencia del derecho de desistimiento del contrato que pueda corresponder al consumidor y usuario, el plazo y la forma de ejercitarlo.

h) La dirección completa en la que el consumidor o usuario puede presentar sus quejas y reclamaciones, así como, en su caso, la información sobre el sistema extrajudicial de resolución de conflictos prevista en el artículo 21.4.

<sup>673</sup> Vid. GEMA ALEJANDRA BOTANA GARCÍA. “Contratos con consumidores y usuarios”. *Diario La Ley*, nº 6990 de 16 de julio de 2008, p. 4, motivo por el que afirma más adelante que hubiese sido conveniente establecer un plazo mínimo de validez de la información, porque le da valor de oferta contractual.

<sup>674</sup> Artículo 97. *Información precontractual*. 1. Antes de iniciar el procedimiento de contratación y con la antelación necesaria, el empresario deberá suministrar al consumidor y usuario, de forma veraz y suficiente, la información prevista en el artículo 60 y además: a) El coste de la utilización de la técnica de comunicación a distancia cuando se calcule sobre una base distinta de la tarifa básica. b) Las características esenciales del bien o servicio. c) Los gastos de entrega y transporte, en su caso. d) El plazo de vigencia de la oferta y del precio y, en su caso, la ausencia del derecho de desistimiento en los supuestos previstos en el artículo 102. e) La duración mínima del contrato, si procede, cuando se trate de contratos de suministro de bienes o servicios destinados a su ejecución permanente o repetida. f) Las circunstancias y condiciones en que el empresario puede suministrar un bien o servicio de calidad y precio equivalentes, en sustitución del solicitado por el consumidor y usuario, cuando se quiera prever esta posibilidad. g) La forma de pago y modalidades de entrega o de ejecución. h) En su caso, indicación de si el empresario dispone o está adherido a algún procedimiento extrajudicial de solución de conflictos.

<sup>675</sup> El texto original del artículo 40 LOCM en su redacción de 1996, del que trae causa este artículo 97, se refería a las características “especiales” del producto. La vigente redacción se refiere a las características “esenciales”, atendiendo a las críticas de la doctrina a este respecto, por todos, ALBERTO ALONSO UREBA y ARÍSTIDES JORGE VIERA GONZÁLEZ. “Formación y perfección de los contratos a distancia celebrados por Internet”, en la obra de RAFAEL MATEU DE ROS y MÓNICA LÓPEZ-MONÍS GALLEGU (Coord). *Derecho de Internet. La Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2003, pp. 305-306.

<sup>676</sup> Cfr. RODRIGO BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO y JESÚS LEGUINA VILLA (Coord). *Comentarios a las Leyes de Ordenación del Comercio Minorista. Ley Orgánica 2/1996, de 15 de enero, complementaria de la de Ordenación del Comercio Minorista, y Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista*. Madrid: Tecnos, 1997, p. 682. En este sentido, señala BERCOVITZ que si la propuesta de contrato reúne todos los requisitos del artículo 40 sería muy difícil no admitir la existencia de una oferta contractual inequívoca.

A nuestros efectos, lo importante es apuntar que todos estos preceptos son de aplicación a los servicios de tarificación adicional, recogidos y concretados por la Orden PRE/361/23002, de 14 de febrero, y los Códigos de Conducta, que no son sino los correspondientes Reglamentos de desarrollo en la materia, bien que estos últimos de dudosa legalidad. Analizaremos en particular si las previsiones de estos Reglamentos se adecuan a lo previsto al respecto por las citadas normas legales, adelantando que, en líneas generales, y salvo cuestiones puntuales, la respuesta ha de ser positiva.

### **3.2.3.- La forma de la información precontractual**

La doctrina también ha analizado la forma en la que el artículo 13 de la LGDCU exigía que se proporcionase la información utilizando cinco adjetivos, información cierta, objetiva, veraz, eficaz y suficiente. Fue unánime al considerar que la ley resultaba reiterativa en algunos de ellos (cierta y veraz) y omisiva en otros aspectos fundamentales, como la necesidad de que la información sea comprensible, pero nunca llegó a formular un criterio bien definido al respecto; para unos hubiese bastado exigir certidumbre y objetividad<sup>677</sup> y otros añaden a éstos el requisito de la eficacia<sup>678</sup>. Y recientemente se incorporó al listado de adjetivos otro requisito formal, la gratuidad, dispuesto por reforma introducida en la LGDCU por la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios, evitando así que pueda repercutirse de modo directo el coste de estas obligaciones sobre el consumidor<sup>679</sup>.

Actualmente, encontramos la regulación al respecto en los citados artículos 18, 60 y 97 del TRLGDCU.

El artículo 18 del TRLGDCU ha incorporado las aportaciones doctrinales que sugerían la conveniencia de evitar reiteraciones e incluir como requisito formal el de la claridad y comprensión de la información, señalando en sus tres apartados un total de cinco requisitos formales de la información precontractual que deberá incorporar o acompañar a los bienes y servicios puestos a disposición de los consumidores, a saber, claridad (“forma clara y

---

ALONSO y VIERA, tras la reforma en 2002 de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista de 1996, consideran que el artículo 40 tiene también naturaleza e incidencia civil y mercantil, siendo una manifestación del deber de buena fe que debe presidir el proceso de formación de los contratos. Cfr. ALBERTO ALONSO UREBA y ARÍSTIDES JORGE VIERA GONZÁLEZ. “Formación y perfección de los contratos a distancia celebrados por Internet”. RAFAEL MATEU DE ROS y MÓNICA LÓPEZ-MONÍS GALLEGU (Coord). *Derecho de Internet. La Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2003, pp. 291-298.

<sup>677</sup> ANTONIO ORTÍ VALLEJO, “Comentario al art. 13.1 LGDCU”, en RODRIGO BERCOVITZ y JAVIER SALAS (Coord.). *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*. Madrid: Civitas, 1992, p. 412.

<sup>678</sup> CARMEN MORENO-LUQUE en la obra ALICIA DE LEÓN ARCE (Directora). *Derechos de los consumidores y usuarios. (Doctrina, normativa, jurisprudencia, formularios)*. 2ª edición. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2007, p. 199-200.

<sup>679</sup> JOSÉ RAMÓN GARCÍA VICENTE considera que no es imprescindible establecerla, ya que es regla que el deudor de toda obligación deba financiar en exclusiva los deberes que pesan sobre él, cfr. RODRIGO BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Coord). *Comentarios del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007)*. 1ª edición. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2009, p. 767.

comprensible”), veracidad<sup>680</sup>, eficacia, suficiencia, y que figure, al menos, en castellano, lengua española oficial del Estado.

Por su parte, el artículo 60, relativo a las condiciones contractuales, exige en el apartado 3 que la información precontractual se facilite al consumidor de forma gratuita, y en su apartado 1 que se ponga a disposición de forma clara, comprensible y adaptada a las circunstancias, la información relevante, veraz y suficiente sobre las características esenciales del contrato, en particular sobre sus condiciones jurídicas y económicas. El hecho de que no utilice los mismos adjetivos que el artículo 18 nos lleva a preguntarnos si con ello pretende introducir alguna diferencia de régimen, y entendemos que no.

Observamos en primer lugar que se utiliza de nuevo el concepto de información clara y comprensible como forma de presentación, para añadir a continuación que esté adaptada a las circunstancias, lo que entiendo es requisito intrínseco a cualquier contenido que pretenda ser comprensible y claro.

En segundo lugar, se omite el requisito de eficacia, aunque entiendo que ello no puede interpretarse en el sentido de que se suprima este requisito general.

Y en tercer lugar, se añade a los contenidos la obligación de que siempre se ofrezca la información “relevante”, lo que no es sino reiterar la obligación de informar sobre las características “esenciales” del servicio y del contrato.

Por último, y en materia de contratación a distancia, el artículo 97 reitera los mismos requisitos formales, por un lado, información veraz y suficiente, y por otro, información clara e inequívoca y mediante cualquier técnica adecuada al medio de comunicación a distancia utilizado, de modo que su finalidad comercial sea indudable<sup>681</sup>.

Para GARCÍA VICENTE, precisamente estos dos parámetros encierran el eje conceptual en la materia, la información ha de ser comprensible como mensaje que es, y veraz como conforme con la realidad a la que se refiere<sup>682</sup>, lo que compartimos, añadiendo que la suficiencia, relevancia o eficacia de la misma parece una cuestión más de contenido que de forma.

Como adelantamos, la normativa reguladora de los servicios de tarificación adicional establece tres formas de ofrecer la información precontractual, una locución telefónica clara, precisa y de una sola vez para la modalidad de voz (artículo 4.1.2 del Código de Conducta de 2004), un menú de inicio de forma estática, sin ventanas móviles ni *pop ups* para los servicios por

---

<sup>680</sup> El apartado 1 del artículo 18 define el tradicional requisito de veracidad, disponiendo que el etiquetado y presentación de los bienes y servicios y las modalidades de realizarlo deberán ser de tal naturaleza que no induzca a error al consumidor y usuario, y especialmente que no debe inducir a error sobre las características del bien o servicio y, en particular, sobre su naturaleza, identidad, cualidades, composición, cantidad, duración, origen o procedencia y modo de fabricación o de obtención; y que tampoco deben atribuir al bien o servicio efectos o propiedades que no posea o sugerir que posee características particulares cuando todos los bienes o servicios similares posean estas mismas características.

<sup>681</sup> También establece el precepto que deberá respetar, en particular, el principio de buena fe en las transacciones comerciales y los principios de protección de quienes sean incapaces de contratar, lo que en materia de servicios de tarificación adicional es algo más que un simple *desideratum*.

<sup>682</sup> Cfr. RODRIGO BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Coord). *Comentarios del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007)*. 1ª edición. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2009, pp. 778-780.



Internet (artículo 4.2.2.7 del Código de Conducta de 2004) y mensajes previos para mensajería premium.

Todos ellos se emiten justo en el momento en que se establece comunicación y van seguidos de un periodo de guarda, espera o reflexión, lo cual resulta acorde con los requisitos establecidos por la legislación citada, es una forma en principio adecuada, clara, comprensible, eficaz y suficiente de ofrecer la obligada información precontractual, y como veremos más adelante, también gratuita.

### **3.2.4.- La locución informativa como medio específico de proporcionar información precontractual en servicios de voz**

La Orden PRE/361/2002, de 14 de febrero, y el Código de Conducta de 2004 imponen una locución informativa previa de 15 segundos como forma de ofrecer la información precontractual obligatoria en los servicios telefónicos de tarificación adicional. Junto al artículo 18.bis.1 de la primera, es el extenso artículo 4.1 del segundo el que concreta el contenido exacto de la locución, que en todo caso debe plegarse a lo dispuesto en la legislación específica de protección de consumidores y usuarios.

El contenido de esta información, conforme a los artículos 18, 60 y 97 del TRLGDCU, se puede clasificar en tres bloques, cuyo grado de cumplimiento por la normativa administrativa analizaremos a continuación:

- a) Características esenciales del servicio.
- b) Precio completo, incluidos los impuestos.
- c) E identidad del empresario.

El resto de contenidos de los preceptos legales no generan obligación específica alguna en el contrato de servicio de tarificación adicional por su propia naturaleza, unas veces por estar destinados sólo a productos o bienes materiales, no a servicios<sup>683</sup>, y otras por su obviedad<sup>684</sup>.

#### **3.2.4.1.- Información sobre las características esenciales del servicio**

Este contenido informativo está reglamentariamente recogido en similares términos en el artículo 4.1.1.4 del Código de Conducta de 2004, siendo de similar naturaleza otras previsiones como la indicación de si se dirige

---

<sup>683</sup> Es el caso de la información sobre lote, fecha de caducidad, instrucciones de consumo, fecha y modalidades de entrega, gastos de entrega y transporte ...

<sup>684</sup> Se trata de la ejecución y duración del contrato, incluyendo información del procedimiento de que dispone el consumidor para poner fin al contrato, lo que en nuestro caso es evidente, la duración depende del llamante y hasta que decide colgar el teléfono o cortar la comunicación; la forma de pago, en nuestro caso, mediante la factura telefónica; la lengua o lenguas en las que podrá formalizarse el contrato; el coste de la utilización de la técnica de comunicación a distancia cuando se calcule sobre una base distinta de la tarifa básica...

El artículo 97 exige también información sobre la ausencia o imposibilidad de ejercer el derecho de desistimiento en los supuesto en que la Ley lo establezca, resultando el presente uno de tales casos, como vimos *supra*, capítulo dedicado a legislación de aplicación en materia de protección de los consumidores y contratación a distancia, en particular. Entendemos que es otro supuesto de información omitible por obvia, es evidente que no se puede desistir de algo que se va a recibir inmediatamente y no se puede devolver.

a mayores de 18 años del artículo 4.1.1.5<sup>685</sup> y la obligación de informar de la identidad del profesional que atenderá en el caso de servicios 807<sup>686</sup>.

En el caso de concursos, sorteos o similares, se deben considerar como parte del contenido esencial del servicio las reglas más relevantes<sup>687</sup>, y por tanto, deben integrarse en la locución aunque reglamentariamente sólo esté previsto para los servicios por Internet, como veremos.

Sin embargo, no podemos considerar característica esencial del servicio la exigencia de advertir precontractualmente que se precisa el consentimiento de los padres o tutores y/o titular del teléfono para el uso del servicio<sup>688</sup>; o la advertencia de que la facturación será remitida al abonado, lo que permite que el menor que acceda sea consciente de ello y actúe como mecanismo disuasorio<sup>689</sup>. Esta información debe considerarse como un *plus* reglamentario en desarrollo de las correspondientes normas de protección de los consumidores con rango de ley.

#### 3.2.4.2.- Información sobre el precio

El artículo 60.1.b) del TRLGDCU establece el derecho de los consumidores a que todos los servicios incorporen información sobre su precio completo impuestos incluidos<sup>690</sup>.

Por su parte, el artículo 18.bis.1 de la Orden PRE/361/2002, de 14 de febrero, establece que la locución previa de los servicios de tarificación adicional a que se vaya a acceder indicará el precio máximo por minuto de cada llamada, tanto desde redes fijas como móviles. Y el Código de Conducta de 2004 distingue dos casos, tarificación por tiempo de llamada y tarificación por unidad de llamada.

En el primero, cuando se tarifica por tiempo de llamada, y dado que los precios pueden variar según el operador de acceso del consumidor, se exige que la locución informativa utilice la siguiente fórmula: «El precio máximo por minuto de esta llamada es de X € o fracción de € si llama desde un teléfono fijo y de Y € o fracción de € si llama desde un teléfono móvil, impuestos incluidos».

Esta previsión reglamentaria exige menos información que la que dispone la ley vigente. Permite que se indique un precio orientativo, no el precio

---

<sup>685</sup> Artículo 5.3.1.2 del Código de Conducta de 2004: En la modalidad de los servicios de voz mediante 803 se indicará de forma específica su total prohibición a menores de 18 años en la locución del menú de inicio.

<sup>686</sup> El artículo 5.3.3.1 del Código de Conducta de 2004 dispone que los servicios que se presten bajo los códigos de acceso telefónico 807, reservados para prestar servicios profesionales, deberán facilitar la siguiente información: la fuente, experto o persona cualificada, la identificación del prestador del servicio y sus datos registrales. Aquellos servicios proporcionados por profesionales o expertos que para el ejercicio de su actividad vienen obligados a pertenecer a un Colegio Profesional, deberán informar del título académico oficial o profesional con el que cuenten, y dejar constancia del número de colegiación del profesional responsable.

<sup>687</sup> Por ejemplo, que un determinado concurso es exclusivamente para mujeres.

<sup>688</sup> Artículo 5.5.2.2 del Código de Conducta de 2004: Deberá indicarse y advertirse que se precisa el consentimiento de los padres o tutores y/o titular del teléfono para el uso del servicio, aunque a continuación el artículo 5.5.2.3 exceptuación de ello a los que duren menos de un minuto.

<sup>689</sup> Artículo 5.5.4 del Código de Conducta de 2004.

<sup>690</sup> El derecho tiene su efectividad asegurada porque el artículo 49.1.e) y el artículo 49.2.b) TRLGDCU tipifican su incumplimiento como infracción administrativa en materia de consumo.

real del servicio, de modo que el precio cuya indicación se impone no es el que se cobraría, sino uno parecido, bien que sea el máximo posible.

Pero además, el precio a indicar es el precio global de la llamada, que es la suma entre tarifa de servicio soporte y precio parcial por el servicio de tarificación adicional, por lo que, en puridad de términos, con este sistema reglamentario el precio concreto de éste sigue ocultándose al consumidor.

En el segundo supuesto, la tarificación del servicio se realiza por unidad de llamada, no por tiempo de duración, y se indicará el coste total de la llamada, tanto desde la red fija como desde la red móvil, «impuestos incluidos». En este caso se trata del precio exacto, no del precio máximo, pero de toda la llamada, por lo que continúa ocultándose al consumidor el precio parcial del servicio de tarificación adicional.

La locución debería señalar exclusivamente el precio parcial del servicio y, como mucho, remitir al consumidor a su contrato con su operador de acceso para conocer el precio del soporte, quedando así claramente identificado el primero.

#### 3.2.4.3.- Información sobre la identidad del prestador

La obligación de identificación general del empresario en la información precontractual queda establecida en el artículo 60.2.a) y h) del TRLGDCU, que exige nombre, razón social y domicilio completo, así como la dirección completa en la que el consumidor o usuario pueda presentar sus quejas y reclamaciones, y en el artículo 96.2 del mismo respecto de contratación a distancia, “en el caso de comunicaciones telefónicas, deberá precisarse explícita y claramente, al principio de cualquier conversación con el consumidor y usuario, la identidad del empresario...”.

El artículo 4.1.1.1 del Código de Conducta de 2004 exige en el mismo sentido que se indique nombre y apellidos o denominación social del titular del número telefónico llamado y domicilio a efectos de notificación.

#### 3.2.4.4.- La insuficiente duración de la locución informativa

La duración reglamentaria prevista para la locución informativa en la Orden PRE/361/2002, de 14 de febrero, es de 15 segundos, ni más ni menos, en un pretendido equilibrio entre pérdidas innecesarias de tiempo y una dicción excesivamente rápida que de hecho impida el acceso a la información.

Sin embargo, el artículo 4.1.3 del Código establece la duración de la locución en 15 segundos “como máximo”.

El hecho de que se trate de un máximo, no de una duración mínima, resulta ciertamente perturbador. De existir más interés por una correcta información que por un rápido inicio del servicio se habría calificado tal lapso temporal como “mínimo”.

Analizados los numerosos elementos que debe contener la locución, no podemos sino concluir que su duración máxima resulta claramente insuficiente para ofrecer toda la información precontractual prevista, de forma que su cumplimiento sólo resultará posible si se omiten contenidos o se ofrecen con tanta rapidez que se incumpliría el requisito general de presentación formal de la información precontractual de modo claro y comprensible.

La duración de la información obligatoria no puede ser un elemento que se anteponga al contenido. La duración deberá ser la que en cada caso corresponda para que todo el contenido de la información se pueda ofrecer de forma clara y comprensible, conforme establece la legislación de protección de consumidores. En su caso, de establecerse un plazo, debería ser con carácter mínimo y muy por encima de los 15 segundos actuales.

Aún más grave es el caso en que la normativa habilita a la autoridad administrativa a acortarlo o ampliarlo en supuestos especiales, lo que se ha hecho en 2009 para reducir a 8 segundos la de los servicios del tipo 905<sup>691</sup>.

#### 3.2.4.5.- Periodo de guarda y gratuidad de la información

El artículo 18.bis.1 de la Orden PRE/361/2002, de 14 de febrero, finaliza señalando que la componente del precio que retribuya al prestador no podrá aplicarse tras la locución hasta “transcurrido un periodo de 5 segundos desde que ésta finalice”, que serán 3 en caso de servicios derivados del código 905.

El artículo 4.1.3 del Código de Conducta de 2004, párrafo 2, dispone más específicamente que a la locución seguirá otro periodo de 5 segundos, que denomina “periodo de guarda”, durante el que tampoco se podrá encaminar aún la llamada hacia el servicio del prestador.

Este tiempo permite al consumidor reflexionar y decidir si colgar o continuar una vez recibida la información precontractual. En caso de colgar “únicamente se facturará al usuario llamante la tarifa soporte de la comunicación durante la locución y en el periodo de guarda de 5 segundos desde que esta finalice”, pero si decide continuar se aplicará “a partir de este instante, además, la componente del precio que retribuye al prestador de servicios de tarificación adicional”.

Es decir, en caso de que el consumidor cuelgue antes de los 20 segundos que en general transcurren desde el establecimiento de llamada hasta la finalización de locución y periodo de guarda, deberá abonar la tarifa que corresponda por haber realizado la llamada, la que corresponda al servicio soporte de comunicación electrónica, pero en modo alguno tiene que abonar el sobreprecio que supone la utilización de un servicio de tarificación adicional porque el correspondiente contrato no se ha llegado a celebrar.

Ello significa que la recepción de la locución por el consumidor llamante es totalmente gratuita, tal y como exige la legislación de protección de los consumidores, ya que el coste de la utilización del medio de comunicación es imputable exclusivamente al llamante.

---

<sup>691</sup> Artículo 18.bis.1 de la Orden PRE/361/2002, de 14 de febrero, utilizado para acortar aún más su duración en los servicios de voz 905 de entretenimiento y servicios profesionales, fijándola en 8 segundos, reduciendo también el tiempo de guarda o espera a 3 segundos, Resolución de 28 de septiembre de 2009, de la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información, por la que se establece la duración de la locución informativa de los servicios de tarificación adicional prestados a través del código 905, BOE 16-10-2009.

### **3.2.5.-El “menú de inicio” como medio específico de proporcionar información precontractual en servicios por Internet**

La información precontractual obligatoria que deberá aparecer en la pantalla del ordenador antes de acceder a un servicio de tarificación adicional por Internet, denominada “menú de inicio”, está regulada en el artículo 18.bis.2.b de la Orden PRE/361/2002, de 14 de febrero y el artículo 4.2 del Código de Conducta de 2004. Como señalamos, también les resulta de aplicación la regulación de los servicios de voz en lo no especificado en estos preceptos.

Esta información puede ofrecerse en pantalla de dos modos:

a) Antes de la conexión o efectivo establecimiento de llamada con el número del prestador, es decir, antes de descargar el *dialer*, lo que permitiría que el consumidor reflexione cuanto tiempo necesite antes de acceder al servicio.

b) Que la información se presente con posterioridad a la descarga del *dialer*. Y precisamente éste es el supuesto regulado por la normativa, con una duración que se fija, no de modo máximo, sino mediante un mínimo, en concreto, en tanto tiempo como sea necesario “hasta que al abonado llamante le haya sido suministrada la información a la que se refiere la letra b) de este punto dos”, y en todo caso un plazo mínimo de 15 segundos de duración y 5 segundos de espera, por lo que esta modalidad disfruta de un régimen más beneficioso para los consumidores que la telefónica, y supera la crítica que vertíamos al respecto.

Analizamos a continuación el artículo 4.2 del Código de Conducta de 2004, que contiene los elementos informativos que debe incorporar el menú de inicio de esta modalidad, que se unen o sustituyen a los exigidos en el servicio de voz, que no es necesario reiterar. En líneas generales, esta regulación se limita a reproducir ciertos aspectos previstos por la LSSICE.

#### **3.2.5.1.- Información sobre servicio, precio y prestador**

El Código de Conducta de 2004 exige información de las “condiciones generales o particulares que regulen la relación entre el prestador del servicio y el usuario, en su caso”; o como con más precisión dispone el artículo 27.4 de la LSSICE, “con carácter previo al inicio del procedimiento de contratación, el prestador de servicios deberá poner a disposición del destinatario las condiciones generales a que, en su caso, deba sujetarse el contrato, de manera que éstas puedan ser almacenadas y reproducidas por el destinatario”. En particular, así lo dispone el artículo 5.4.4 del Código de Conducta de 2004 respecto de las Bases de los concursos<sup>692</sup>.

También se establece que el prestador informará de otros “Códigos de Conducta a los que, en su caso, esté adherido y la manera de consultarlos

---

<sup>692</sup> “En cualquier caso, el acceso por el usuario a las bases de los concursos y sorteos se realizará con carácter previo a la conexión a los números de tarificación adicional, y formarán parte del menú de inicio al servicio. El prestador de servicios permitirá al usuario la posibilidad de almacenar o imprimir electrónicamente las bases que regulan los concursos y/o sorteos, desde la propia pantalla de presentación, sin necesidad de utilización de otros programas.”

electrónicamente”, en aplicación del artículo 18.3 de la LSSICE, que exige que tales códigos deberán ser accesibles por vía electrónica.

Respecto del precio del servicio, el artículo 4.2.1.1 del Código de Conducta de 2004 simplemente establece que se deberá indicar el precio máximo por minuto del servicio<sup>693</sup>, por lo que nos remitimos a los comentarios para el servicio de voz que ya analizamos.

Sin embargo, en materia de identificación del prestador, la regulación de esta modalidad es ciertamente exhaustiva, aplicando la filosofía propia de la LSSICE, que introduce un alto nivel de datos identificativos del prestador en contratación electrónica<sup>694</sup>, elevando la cota de protección general de los consumidores en estos supuestos<sup>695</sup>.

---

<sup>693</sup> El artículo 10.1 de la LSSICE, modificado por Ley 56/2007, de 28 de diciembre, señala en su apartado f) que cuando el servicio haga referencia a precios, se deberá proporcionar información clara y exacta sobre el precio del producto o servicio, indicando si incluye o no los impuestos aplicables y, en su caso, sobre los gastos de envío, lo que no supone introducir más variación respecto de los requisitos en materia de contratación con consumidores que la relativa a la indicación de impuestos, que en este caso siempre deben incluirse.

<sup>694</sup> Los datos están recogidos en el artículo 10.1 LSSICE y son los siguientes: “a) Su nombre o denominación social; su residencia o domicilio o, en su defecto, la dirección de uno de sus establecimientos permanentes en España; su dirección de correo electrónico y cualquier otro dato que permita establecer con él una comunicación directa y efectiva. b) Los datos de su inscripción en el Registro Mercantil en el que, en su caso, se encuentren inscritos o de aquel otro registro público en el que lo estuvieran para la adquisición de personalidad jurídica o a los solos efectos de publicidad. c) En el caso de que su actividad estuviese sujeta a un régimen de autorización administrativa previa, los datos relativos a dicha autorización y los identificativos del órgano competente encargado de su supervisión. d) Si ejerce una profesión regulada deberá indicar: 1. Los datos del Colegio profesional al que, en su caso, pertenezca y número de colegiado. 2. El título académico oficial o profesional con el que cuente. 3. El Estado de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo en el que se expidió dicho título y, en su caso, la correspondiente homologación o reconocimiento. 4. Las normas profesionales aplicables al ejercicio de su profesión y los medios a través de los cuales se puedan conocer, incluidos los electrónicos. e) El número de identificación fiscal que le corresponda”.

La primigenia redacción del artículo 9 de la LSSICE, derogado por la Ley 56/2007, de 28 de diciembre, disponía que los suministradores virtuales establecidos en España debían comunicar al Registro Mercantil en el que se encuentren inscritos, o a aquel otro registro público en el que lo estuvieran para la adquisición de personalidad jurídica o a los solos efectos de publicidad, al menos, un nombre de dominio o dirección que, en su caso, utilicen para su identificación en Internet, norma que tenía un pequeño vacío, ya que los prestadores que no deban figurar inscritos en Registro alguno, por ejemplo, empresarios individuales o comunidades de bienes, quedaban exentos de comunicar el nombre de dominio. Actualmente se ha suprimido esta obligación, que ha sido sustituida por esta indicación del Registro en la información de identificación citada. La obligación de comunicar abarcaba tanto el acto de alta inicial como las sustituciones o cancelaciones posteriores, cfr. MARÍA ARIAS POU. Manual práctico de comercio electrónico. 1ª edición. Madrid: La Ley, 2006, pp. 91-93, citando el criterio en este sentido del Ministerio del ramo. Aunque el precepto se ha suprimido, VILLAR llegó a afirmar que el propio interés de las empresas aconseja la obligatoriedad de comunicar todos y cada uno de los nombres de dominio que posea una empresa, sugiriendo finalmente la conveniencia de designar reglamentariamente los registros públicos para facilitar a los usuarios una hipotética búsqueda de datos identificativos de un prestador concreto, JOSE MANUEL VILLAR URÍBARRI. “El régimen jurídico de los prestadores de servicios de la sociedad de la información”, en la obra de la que es Director, La nueva regulación de las Telecomunicaciones, la Televisión e Internet. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2003, p. 523.

<sup>695</sup> Cfr. JUAN ALBERTO DIEZ BALLESTEROS. “Obligaciones precontractuales de información en la contratación electrónica y protección de los consumidores”: *Estudios sobre Consumo*, nº 85, 2008, p. 69.

Una vez cotejados los datos concretos que exige la LSSICE con el contenido identificativo previsto por los Códigos de Conducta, constatamos que es prácticamente idéntico<sup>696</sup>.

Además, el artículo 4.2.2.2 del Código de Conducta de 2004 también exige que se ofrezca la denominación del operador del servicio de red de tarificación adicional que presta el servicio soporte, lo que es un dato de elevado interés que no se exige en el caso de los servicios de tarificación adicional mediante voz o telefónicos.

### 3.2.5.2.- Información sobre trámites

Por último, los servicios de tarificación adicional por Internet deben igualmente cumplir los preceptos de la LSSICE destinados a regular la obligación legal de informar de ciertos aspectos instrumentales que permitan al consumidor manejarse con seguridad en este entorno.

Por un lado, el artículo 27 exige que se ofrezca la siguiente información precontractual<sup>697</sup>:

- a) Los distintos trámites que deben seguirse para celebrar el contrato.
- b) Si el prestador va a archivar el documento electrónico en que se formalice el contrato y si éste va a ser accesible.
- c) Los medios técnicos que pone a su disposición para identificar y corregir errores en la introducción de los datos, y
- d) La lengua o lenguas en que podrá formalizarse el contrato.

Y por otro lado, el apartado 3 del artículo 10 de la LSSICE<sup>698</sup>, exige otras dos informaciones obligatorias de enorme trascendencia, ya que como veremos en su momento, pueden tener relevancia consensual<sup>699</sup>, a saber:

---

<sup>696</sup> Artículos 4.2.1.4 y 4.2.2: 1- Nombre y número de identificación fiscal o, en su caso, denominación social y código de identificación fiscal del prestador del servicio de tarificación adicional; domicilio social; dirección de correo electrónico del servicio de atención al cliente y cualquier otro dato que permita al usuario establecer con el prestador de servicios una comunicación directa y efectiva; datos de su inscripción en el Registro Mercantil en el que se encuentren inscritos; o Registro Público en el que estuvieran obligados a inscribirse para la adquisición de personalidad jurídica, o a los solos efectos de publicidad. 2- En el caso de que la actividad estuviese sujeta a un régimen de autorización administrativa previa, los datos relativos a dicha autorización y los identificativos del órgano competente encargado de su supervisión. 3- Si ejerce una profesión regulada deberá indicar los datos del Colegio Profesional al que, en su caso pertenezca y número del colegiado titular del servicio; título académico oficial o profesional con el que cuente; Estado de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo en el que se expidió dicho título y, en su caso, la correspondiente homologación o reconocimiento; normas aplicables a su profesión o forma y lugar dónde obtenerlas.

<sup>697</sup> Esta información no será obligatoria cuando el contrato se haya celebrado exclusivamente mediante intercambio de correo electrónico u otro tipo de comunicación electrónica equivalente.

<sup>698</sup> Añadido por la Disposición adicional octava de la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

<sup>699</sup> Art. 10.3 LSSICE: “Cuando se haya atribuido un rango de numeración telefónica a servicios de tarificación adicional en el que se permita el acceso a servicios de la sociedad de la información y se requiera su utilización por parte del prestador de servicios, esta utilización y la descarga de programas informáticos que efectúen funciones de marcación, deberán realizarse con el consentimiento previo, informado y expreso del usuario. A tal efecto, el prestador del servicio deberá proporcionar al menos la siguiente información:

- a) Las características del servicio que se va a proporcionar.
- b) Las funciones que efectuarán los programas informáticos que se descarguen, incluyendo el número telefónico que se marcará.

- a) El número telefónico concreto con el que se establecerá la conexión.
- b) Y las funciones que efectuarán los programas informáticos que se descarguen, señalando explícitamente el procedimiento para dar fin a la conexión de tarificación adicional, incluyendo una explicación del momento concreto en que se producirá dicho fin, y, en caso de que no sea automático, el procedimiento necesario para restablecer el número de conexión previo a la conexión de tarificación adicional.

En este sentido, el artículo 4.2.1.5 del Código de Conducta de 2004 reitera esta obligación de proporcionar “información sobre el procedimiento para dar fin a la comunicación con el servicio de tarificación adicional y para, en su caso, restablecer el acceso a Internet a través del número de conexión inicial del usuario llamante”, pero el artículo 4.2.1.6 del Código de Conducta va más allá, puesto que exige al prestador de servicios de tarificación adicional que señale una “página Web desde donde el usuario llamante podrá descargarse gratuitamente un programa informático que avise y, si aquel lo requiere, impida la instalación de programas marcadores no solicitados”, es decir, un programa que avise de la entrada de un *dialer* y pregunte si se desea o no que se instale, o que directamente le impida la instalación.

### 3.2.5.3.- La forma de la información de los servicios por Internet

El artículo 10.1 de la LSSICE señala que la información precontractual se deberá proporcionar “de forma permanente, fácil, directa y gratuita”.

El artículo 10.3, en relación a la información específica en materia de servicios de tarificación adicional por Internet, señala que la información “deberá estar disponible de manera claramente visible e identificable”.

Y el artículo 27 exige que la información sea “clara, comprensible e inequívoca” y se proporcione “mediante técnicas adecuadas al medio de comunicación utilizado, de forma permanente, fácil y gratuita”.

No creemos que tan abundantes adjetivos añadan nada nuevo a la presentación de la información precontractual obligatoria que establece la legislación de protección de los consumidores, aunque sí concretan precisiones para este entorno, dado que se realiza en la pantalla del ordenador y puede adoptar muy diversas formas.

En este sentido, el artículo 4.2.2.7 del Código de Conducta es si cabe más concreto, y exige que la información deberá ofrecerse de forma estática, sin ventanas móviles, ni «*pop ups*» y que se muestre gráficamente en color y

---

c) El procedimiento para dar fin a la conexión de tarificación adicional, incluyendo una explicación del momento concreto en que se producirá dicho fin, y

d) El procedimiento necesario para restablecer el número de conexión previo a la conexión de tarificación adicional.

La información anterior deberá estar disponible de manera claramente visible e identificable.

Lo dispuesto en este apartado se entiende sin perjuicio de lo establecido en la normativa de telecomunicaciones, en especial, en relación con los requisitos aplicables para el acceso por parte de los usuarios a los rangos de numeración telefónica, en su caso, atribuidos a los servicios de tarificación adicional.”

Los artículos 38.3, apartados b) y h), y 38.4, apartados b) e) e i) tipifican como infracción administrativa grave o leve el incumplimiento coyuntural o generalizado de las obligaciones tipificadas en esta materia.



caracteres adecuados en la pantalla para ser reconocida fácilmente por el usuario<sup>700</sup>.

Tanto el artículo 10 como el 27 de la LSSICE establecen que la obligación de facilitar la información se dará por cumplida igualmente si el prestador la incluye en su página o sitio de Internet en las condiciones señaladas, es decir, que no es necesario que la información se muestre en la misma página en la que se vaya a formalizar la contratación. No obstante, ARIAS entiende que la propia Ley sugiere que lo ordinario es que figure en la propia página Web de la contratación, en un apartado inicial y accesible fácilmente durante toda la navegación. Cualquier forma de ocultarla chocaría con los requisitos de presentación legales<sup>701</sup>.

En el caso de los servicios de tarificación adicional se prevén aún más garantías, ya que el artículo 4.2.1 del Código de Conducta de 2004 exige expresamente que los contenidos se presenten en el menú de inicio antes de acceder al suministro del servicio, y por tanto, no sólo en la página de contratación, sino inmediatamente antes de acceder al servicio.

Para garantizar la corrección de forma y contenido, el artículo 18.bis.2.c de la Orden PRE/361/2002, de 14 de febrero, y el artículo 2.2.8 del Código de Conducta de 2004 exigen que los operadores del servicio de red de tarificación adicional, no los prestadores, deben comunicar a la Administración los formatos de presentación en pantalla de la información (ya que suelen ser los agentes que controlan materialmente tal aspecto) con el objeto de proteger el interés de los usuarios, la infancia y la juventud.

La Administración podrá instar la modificación de tales formatos, o proponer modelos de utilización de formatos armonizados para todos los operadores y prestadores de servicios<sup>702</sup>.

De hecho, para facilitar el cumplimiento de la normativa, el Código de Conducta de 2004 incorpora un anexo 2 con un formato modelo al objeto de armonizar la información básica a presentar en la pantalla de inicio del acceso a los servicios de datos, cuyo valor entendemos meramente indicativo.

### **3.2.6.- La información precontractual en mensajería premium**

Mientras que en servicios de voz e Internet se prevé una locución o un menú de inicio netamente precontractuales, y por tanto, inmediatamente previos al suministro del servicio, en mensajería premium sólo se establece un mecanismo informativo precontractual en los servicios que podemos calificar “de riesgo” (mensajes de suscripción, de servicios exclusivos para adultos y mensajes de más de 1,2 euros), modalidad cuyo acceso desde 2009 es más complejo que antaño, cuando bastaba mandar un primer y único mensaje por el consumidor al prestador.

---

<sup>700</sup> Además la información deberá poder ser objeto de impresión y almacenamiento electrónico por parte del usuario llamante, desde la propia pantalla de presentación sin necesidad de utilización de otros programas.

<sup>701</sup> Cfr. MARÍA ARIAS POU. *Manual práctico de comercio electrónico*. 1ª edición. Madrid: La Ley, 2006, p. 100.

<sup>702</sup> En estos casos, la Comisión de Supervisión de los Servicios de Tarificación Adicional emitirá un informe-propuesta para ulterior resolución competencia del Secretario de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información.

En la mensajería de riesgo existe un primer mensaje del consumidor que se denomina de “invocación”, al que debe contestar el prestador con un segundo mensaje remitiendo la correspondiente información precontractual. Sólo cuando el consumidor manda un tercer mensaje de confirmación, se celebra el contrato y queda habilitado el prestador a suministrar el producto o servicio mediante un cuarto mensaje.

La regulación reglamentaria impone los siguientes contenidos al segundo mensaje informativo<sup>703</sup>:

a) Nombre o denominación social y el número telefónico de contacto del centro de atención al cliente<sup>704</sup>.

b) La naturaleza del servicio a proporcionar. En el caso de tratarse de un servicio de suscripción, se indicará asimismo la forma de darse de baja.

c) Precio total del servicio a recibir, incluyendo impuestos. En el caso de tratarse de un servicio de suscripción, se indicará el precio de los mensajes a recibir por el usuario o, en su caso, las cuotas que se deberán abonar periódicamente. En el primer caso, deberá figurar, a continuación del importe en euros, la expresión “por sms recibido” o la abreviatura “por sms recib”.

d) Invitación a confirmar el servicio. Sólo si se confirma el mensaje se celebrará el contrato.

e) En previsión de que algunos teléfonos móviles sean técnicamente incapaces de reproducir o instalar el servicio suministrado, se “deberá poner a disposición de los usuarios, con carácter previo a la contratación, información acerca de la disponibilidad del servicio ofertado para su terminal móvil”<sup>705</sup>.

La regulación reglamentaria de la mensajería premium de riesgo resulta acorde con las exigencias legales en materia de información precontractual. Además, el artículo 6.1.2 del Código de Conducta de 2009, garantiza la gratuidad de esta información al establecer que no se podrá “cargar cantidad adicional alguna en concepto de remuneración por los mensajes de invocación o confirmación correspondientes, de forma que el usuario únicamente deba pagar, como máximo, el precio del servicio general de mensajes entre usuarios finales”.

No obstante, las exhaustivas obligaciones informativas establecidas para la contratación electrónica son ciertamente complejas de implementar en el entorno de la mensajería móvil, dado el tamaño reducido de la pantalla de los terminales móviles, por lo que el artículo 27.1 de la LSSICE, modificado en este sentido por la Ley 56/2007, de 28 de diciembre, de Medidas de Impulso de la Sociedad de la Información, ha considerado que “cuando el prestador diseñe específicamente sus servicios de contratación electrónica para ser accedidos mediante dispositivos que cuenten con pantallas de formato reducido, se entenderá cumplida la obligación establecida en este apartado cuando facilite de manera permanente, fácil, directa y exacta la dirección de Internet en que dicha información es puesta a disposición del destinatario”<sup>706</sup>.

---

<sup>703</sup> Artículos 6.3.3 y 6.3.4 del Código de Conducta de 2009.

<sup>704</sup> El artículo 6.3.3.1 del Código de Conducta de 2009 añade a este requisito el de una dirección electrónica.

<sup>705</sup> Artículo 4.1.2.3 del Código de Conducta de 2009.

<sup>706</sup> El artículo 27 excepciona al contrato que se haya celebrado exclusivamente mediante intercambio de correo electrónico u otro tipo de comunicación electrónica equivalente. Aunque la mensajería móvil tradicional puede considerarse una especie similar al correo electrónico pues permite escribir libremente a las personas que se comunican, la prestación de servicios de tarificación adicional por este conducto

Entendemos que este precepto ha modificado la citada regulación reglamentaria y nos ofrece un parámetro válido de presentación para la información precontractual de mensajería premium y de cualquier otro servicio con formato reducido, por lo que podemos concluir que los prestadores de servicios de mensajería premium sólo están obligados a informar al consumidor de una dirección de Internet donde obtener los datos y contenidos precontractuales específicos de esta modalidad, lo que podrá facilitarse mediante la propia mensajería o a través de la publicidad<sup>707</sup>.

El resto de mensajería, la de bajo coste, funciona del modo tradicional, mediante solicitud con un primer mensaje y suministro inmediato con un segundo mensaje, sin mensajes de información previa.

No existe ningún motivo por el que esta modalidad no pudiese beneficiarse del mismo esquema que la anterior, ni siquiera el económico por el ahorro de un mensaje, ya que la regulación reglamentaria sí exige la remisión gratuita de idéntico contenido informativo con carácter postcontractual, inmediatamente después de que el consumidor haya recibido la prestación solicitada, y alguna más en ciertos casos especiales, como votaciones y campañas benéficas<sup>708</sup>.

Por tanto, el cumplimiento de la ley exige de los prestadores y operadores de red inteligente implementar en mensajería premium de bajo coste el mismo modelo del que goza la modalidad de riesgo, de modo que se permita en todo caso que cualquier consumidor reciba la correspondiente información precontractual obligatoria, aunque no lo marque la reglamentación.

---

mediante SMS ó MMS se realiza con un elevadísimo grado de automaticidad, no es posible escribir frases libremente, tan sólo se puede escribir el correspondiente mensaje de invocación del servicio, y por tanto, este soporte no puede entenderse “equivalente”. Cfr. ANDRÉS ÍÑIGO FUSTER. “La contratación electrónica como contratación a distancia”: *Revista del Derecho de las Telecomunicaciones e Infraestructuras en Red*, nº 17, 2003, pp. 6-7 de documento electrónico de V-Lex.

<sup>707</sup> Cfr. RAFAEL MATEU DE ROS y MÓNICA LÓPEZ-MONÍS GALLEGU. *Derecho de Internet. La Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2003, pp. 93-94 y nota 39. También en este sentido, CARLOS VATTIER FUENZALIDA opina que “el desafortunado Real Decreto 1906/1999...preveía...la inmediata constancia por escrito u otro medio duradero del clausulado...por lo que respecta a los contratos electrónicos...lo cierto es que el...requisito quedó tácitamente derogado por la Ley de comercio electrónico de 2002...”. En Recensión de la obra de CLAVERÍA GOSÁLBEZ, LUIS HUMBERTO: *Condiciones generales y cláusulas contractuales impuestas*, ed. Bosch, Colección Notariado Hoy, Barcelona, 2008, 77 pp. *Anuario de Derecho Civil*, Tomo LXI, fasc. II, 2007, p. 863. Como señalan DAVID LÓPEZ JIMÉNEZ y FRANCISCO JOSÉ MARTÍNEZ LÓPEZ, los requisitos de incorporación de las CGC en comercio electrónico sustituyen el tradicional deber de entrega por la mera puesta a disposición. “La formación del contrato electrónico”: *Revista de la Contratación Electrónica*, nº 105, 2009, p. 8 de documento electrónico de V-Lex..

El artículo 5.1.2 del Código de Conducta de 2009 para mensajería premium establece que el operador de red inteligente “deberá asimismo incluir en su página de Internet, de modo destacado, su dirección postal”.

<sup>708</sup> Si se trata de votaciones o acciones similares que no sea el suministro de un contenido en respuesta al mensaje de invocación, el artículo 6.3.5 del Código de Conducta de 2009 exige que el mensaje informativo postcontractual incluya confirmación o resultado. Si el mensaje de votación o participación se recibiera fuera del horario establecido para ello, está prohibida la facturación de la componente de tarificación adicional. Caso de tratarse de mensajes de participación en campañas de tipo benéfico o solidario, el mensaje informativo gratuito a que refiere el párrafo anterior deberá especificar la cantidad con la que el usuario ha contribuido a la correspondiente campaña. Se puede unificar con el mensaje de confirmación.

Por último, como en los servicios por Internet, el artículo 7.2.5 del Código de Conducta de 2009 sobre mensajería premium establece la posibilidad de intervención de la Administración, aunque en menor grado, ya que sólo se establece una mera recomendación en relación a los formatos de mensajes de inicio, final y confirmación<sup>709</sup>.

### **3.2.7.- La información precontractual en servicios de televoto**

Los servicios de televoto son una modalidad de llamadas masivas mediante el código 905 que está definida por el artículo 1.1.3 de la Resolución de 4 de diciembre de 2008 como “los servicios de cómputo automatizado de llamadas recibidas, sin que se produzca interlocución entre la persona llamante y el destino llamado, en los que el cómputo de la opción elegida por el usuario se produzca en el mismo momento del establecimiento de la llamada”<sup>710</sup>.

La retribución que supone la tarificación adicional es la contraprestación debida por una prestación consistente en participar en un sorteo o similar.

En estos servicios no hay ni locución informativa previa ni periodo de guarda o espera. El suministro del servicio es inmediato y automático al establecimiento de llamada, tras lo cual se establece una obligación de información postcontractual<sup>711</sup>.

Su similitud con los servicios de mensajería de bajo coste nos obliga a concluir del mismo modo la no conformidad a derecho de esta regulación.

### **3.2.8.- La locución informativa en el servicio de directorio 118AB**

Como señalamos, el servicio de directorio o de consulta sobre números de abonado, es una modalidad de tarificación adicional con una regulación administrativa propia y excluida de la general de servicios de tarificación adicional.

El artículo 9.4 de la Orden CTE/711/2002, de 26 de marzo, reformado en su momento por la Orden de Presidencia 2410/2004, de 20 de julio, especifica a nivel reglamentario el contenido y forma exacta en que debe ofrecerse la preceptiva información precontractual para los servicios de directorio 118AB, cuyo contenido es ciertamente menos variopinto que el que pueden presentar los demás servicios de tarificación adicional.

---

<sup>709</sup> Mientras que en los servicios por Internet la propia reglamentación incluía unos modelos orientativos, en mensajería premium es la Comisión Permanente de la CSSTA el órgano administrativo facultado para aprobar modelos potestativos, criterio que entendemos más operativo por permitir mayor flexibilidad en caso de adaptación a nuevas circunstancias.

<sup>710</sup> No son servicios de voz o telefónicos, aunque sólo se pueden considerar servicios electrónicos a efectos de aplicación de la LSSICE, cuando los equipos que se intercomunican sean capaces de tratar y almacenar datos, como en su momento vimos, lo que no ocurrirá habitualmente en llamadas desde teléfonos fijos, y sí ocurrirá si se llama desde teléfonos móviles.

<sup>711</sup> Artículo 3.5 de la Resolución de 4 de diciembre de 2008 y artículo 4.3 del Código de Conducta de 2004, reformado en este sentido en 2009, que sólo exigen remitir información del nombre o denominación social del prestador, precio total del servicio recibido, incluyendo impuestos, y confirmación de que el voto ha sido contabilizado, en su caso, todo ello una vez recibido el servicio.

Los proveedores han de proporcionar una locución telefónica previa que informe del precio del servicio y de su nombre completo o denominación social. No es necesario informar sobre las características esenciales del servicio, que son obvias.

La información identificativa no es tan completa como la prevista para el servicio telefónico de tarificación adicional, que exige también se informe del domicilio, aunque es un aspecto menor, dado el reducido número de operadores de directorio existentes y el hecho de que todos son localizables a través de los Registros del Ministerio.

El precio del servicio no podrá aplicarse al usuario llamante hasta que le sea suministrada la citada locución, cuya duración será de 8 segundos, y transcurrido un período de espera o reflexión de 3 segundos desde que ésta finalice<sup>712</sup>.

### **3.2.9.- El propio número como medio de información**

La normativa administrativa establece la numeración de los servicios de tarificación adicional en función de los precios y contenidos a que puedan asociarse. Los prestadores y operadores no pueden utilizar libremente el número que deseen, sino que deberán adaptarse a esta estructura. Si van a cobrar precios altos por sus servicios deberán elegir unas numeraciones y si van a cobrar precios bajos, otras. Si van a suministrar servicios eróticos deberán elegir numeraciones diferentes que si suministrasen servicios profesionales.

Como indirecto resultado de ello, la propia numeración ofrece cierto grado de información al usuario sobre el precio y contenido de los servicios de tarificación adicional.

Todos los números telefónicos tienen una estructura NXYABMCDU de 9 dígitos. Los tres primeros corresponden al código. El tercer dígito que corresponde al lugar "Y" es el que contiene información de contenidos, mientras que el cuarto dígito que corresponde al lugar "A", se ha utilizado para fijar un indicio informativo del grado de coste de cada servicio de tarificación adicional.

Así, respecto de servicios de voz, cuyo código de acceso NXY puede ser 803 (eróticos), 806 (general) u 807 (profesionales), el tercer dígito informa sobre el tipo de contenido y el cuarto dígito de los nueve, el que corresponde al lugar A del número, contiene información de precios, ya que, por ejemplo, una llamada a un 8031 será mucho más barata que otra a un 8039.

En el caso de los servicios de voz se establecen seis grupos:

*1- Los números que empiezan por 80Y0 y 80Y1 (donde Y es 3, 6 ó 7, es decir, 803, 806, 807) son los más baratos, menos o igual de 0,35 euros por minuto desde fijos y 0,65 euros desde móviles.*

---

<sup>712</sup> Sin perjuicio de ello, la SETSI podrá modificar mediante Resolución la duración de dicha locución así como la del período de guarda establecido cuando por las características del servicio sean aconsejables duraciones distintas. Esta obligación de información precontractual fue impuesta un año antes por la CMT por Resolución de 23 de octubre de 2003 del Consejo de la CMT, por la que se modifican los títulos de asignación de numeración del rango 118AB incluyendo la obligación de informar sobre la identidad de los prestadores y los precios de los servicios, modificada por Resolución de 5 de febrero de 2004 resolviendo varios recursos de reposición interpuestos frente a la anterior.

2- A continuación, los 80Y2 y 80Y3, más de 0,35 hasta 0,75 euros inclusive desde fijo y más de 0,65 hasta 1,05 euros inclusive desde móviles.

3- Después los 80Y4 y 80Y5, más de 0,75 hasta 1,00 euros inclusive por minuto de coste desde fijos y más de 1,05 hasta 1,30 euros inclusive desde móviles.

4- Luego los 80Y6 y 80Y7, más de 1,00 hasta 1,65 euros inclusive desde fijos y más de 1,30 hasta 1,95 euros inclusive desde móviles.

5- Los 80Y8, cuyo precio global de llamada para el usuario deberá estar por encima de 1,65 hasta 3,15 euros inclusive desde fijos y 1,95 a 3,45 euros inclusive desde móviles.

6- Y por último, los 80Y9, los más caros, con un coste de más de 3,15 euros por minuto desde fijos y 3,45 euros desde móviles.

NXY	803	806	807
A	Acceso desde redes fijas		Acceso desde redes móviles
0, 1	$P \leq 0,35 \text{ €}$		$P \leq 0,65 \text{ €}$
2, 3	$0,35 \text{ €} < P \leq 0,75 \text{ €}$		$0,65 \text{ €} < P \leq 1,05 \text{ €}$
4, 5	$0,75 \text{ €} < P \leq 1 \text{ €}$		$1,05 \text{ €} < P \leq 1,30 \text{ €}$
6, 7	$1 \text{ €} < P \leq 1,65 \text{ €}$		$1,30 \text{ €} < P \leq 1,95 \text{ €}$

NXY	803	806	807
A	Acceso desde redes fijas		Acceso desde redes móviles
8	$1,65 \text{ €} < P \leq 3,15 \text{ €}$		$1,95 \text{ €} < P \leq 3,45 \text{ €}$
9	$P > 3,15 \text{ €}$		$P > 3,45 \text{ €}$

En servicios por Internet 907A se han establecido cinco bandas divididas en dos subgrupos según la tipología del servicio donde A puede ser un dígito del 0 al 9. El primer subgrupo son los servicios profesionales, de entretenimiento y ocio, que tienen asignación de códigos 9070 a 9074. El segundo subgrupo, los servicios de adultos, utilizan códigos del 9075 al 9079. El 9075 tiene asignada la misma banda de precios que el 9070, el 9076 tiene asignada la misma banda de precios que el 9071, el 9077 la misma que el 9072, el 9078 la del 9073 y el 9079 tiene asignada la misma banda de precios que el 9074.

		907	
		Acceso desde redes fijas	Acceso desde redes móviles
PROFESIONALES, ENTRETENIMIENTO Y OCIO	0	$P \leq 0,35 \text{ €}$	$P \leq 0,65 \text{ €}$
	1	$0,35 \text{ €} < P \leq 0,75 \text{ €}$	$0,65 \text{ €} < P \leq 1,05 \text{ €}$
	2	$0,75 \text{ €} < P \leq 1 \text{ €}$	$1,05 \text{ €} < P \leq 1,30 \text{ €}$
	3	$1 \text{ €} < P \leq 1,65$	$1,30 \text{ €} < P \leq 1,95$
	4	$P > 1,65 \text{ €}$	$P > 1,95 \text{ €}$
ADULTOS	5	$P \leq 0,35 \text{ €}$	$P \leq 0,65 \text{ €}$
	6	$0,35 \text{ €} < P \leq 0,75 \text{ €}$	$0,65 \text{ €} < P \leq 1,05 \text{ €}$
	7	$0,75 \text{ €} < P \leq 1 \text{ €}$	$1,05 \text{ €} < P \leq 1,30 \text{ €}$
	8	$1 \text{ €} < P \leq 1,65$	$1,30 \text{ €} < P \leq 1,95$
	9	$P > 1,65 \text{ €}$	$P > 1,95 \text{ €}$

P = Precio aplicado al usuario llamante en euros / minuto

El precio global se indica en euros por minuto, sin contar el establecimiento de llamada, que se factura aparte del consumo, y el precio será el referido al tramo horario en los que los precios del servicio soporte tenga su tarifa más elevada, es decir, el precio máximo<sup>713</sup>.

Respecto de mensajería premium, el artículo 4 de la Orden ITC/308/2008, de 31 de enero, impone una numeración con dos formatos, el formato NXYAB de cinco cifras, comenzando por el dígito 2 ó el dígito 3, y el formato NXYABM de seis cifras, comenzando en este caso las numeraciones por los dígitos 79 (servicios de suscripción) ó 99 (servicios exclusivos para adultos), con posibilidad de expandirse respectivamente a 6 cifras y 7 cifras (formato NXYABMC).

Pues bien, la numeración de la mensajería premium es mucho menos intuitiva que la prevista en los demás servicios de tarificación adicional, y entiendo que difícilmente llegará a ser asimilado de forma generalizada por los usuarios, en particular en cuestión de precios, pues aunque no se utiliza el cuarto dígito para incluir tal información, sino el primero, resulta que los mensajes baratos de 1,2 euros o menos comienzan por 2 ó 79, y los más caros, que pueden llegar a costar hasta 6 euros, comienzan por 3 ó 99, sin más diferenciación.

Formato de los números	Valores de las cifras	Longitud de los números	Modalidades de servicio
2 5YAB	Y, A, B = de 0 a 9	5 cifras	a) Precio ≤ 1,2 € [El subrango 280AB se utilizará para campañas de tipo benéfico o solidario]
2 7YAB			
2 80AB			
2 9YABM	Reservado expansión a 6 cifras		
3 5YAB	Y, A, B = de 0 a 9	5 cifras	b) 1,2 € < Precio ≤ 6 €
3 7YAB			
3 9YABM			
79 5ABM	A, B, M = de 0 a 9	6 cifras	c) Servicios de suscripción con precio por mensaje recibido ≤ 1,2 €
79 7ABM			
79 9ABMC			
99 5ABM	A, B, M = de 0 a 9	6 cifras	d) Servicios exclusivos para adultos de precio ≤ 6 €
99 7ABM			
99 9ABMC			

Y por último, señalamos los parámetros de contenidos y precios que se han fijado para las distintas numeraciones asociadas a los servicios de tarificación adicional consistentes en llamadas masivas tipo 905, que se caracterizan por tener un precio único por cada llamada realizada:

<sup>713</sup> Nada dice la norma sobre si estos precios incluyen o no impuestos. El artículo 5.4º.c) de la Orden ITC/308/2008, de 31 de enero, por la que se regula la mensajería premium, establece que los precios de su correspondiente tabla son netos, por lo que entiendo que tal será también el criterio a aplicar en el presente caso. Sin perjuicio de ello, la indicación de precios propiamente dicha que el prestador debe ofrecer al consumidor es de cantidades que incluyan impuestos (fundamentalmente el IVA), como es regla general para toda la normativa de protección del consumidor.

Cifra A	Modalidades del servicio	Forma de tarificar	Precio máximo al llamante
0	Reservado.		
1	Entretenimiento, usos profesionales y televoto.	Por llamada.	0,30 € (redes fijas). 0,75 € (redes móviles).
2	Entretenimiento y usos profesionales.		0,60 € (redes fijas). 1,05 € (redes móviles).
3	Reservado.		
4	Entretenimiento y usos profesionales.	Por llamada.	1,20 € (redes fijas). 1,65 € (redes móviles).
5			
6	Reservado.		
7	Televoto.	Por llamada.	0,60 € (redes fijas). 1,05 € (redes móviles).
8	Televoto.		1,20 € (redes fijas). 1,65 € (redes móviles).
9	Reservado.		

Consideramos que la información contenida en la propia numeración es fácilmente identificable en los servicios de tarificación adicional de modalidad telefónica, bastante menos en los servicios a través de Internet, y prácticamente imposible de identificar por un consumidor medio en mensajería premium y servicios de llamadas masivas 905, por lo que entendemos que deberían modificarse, utilizando criterios sencillos e idénticos para todos los tipos de numeraciones.

### **3.2.10.- Nueva información precontractual en la Ley 17/2009 de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio**

La Ley 17/2009, de 23 de noviembre, ha introducido numerosas medidas de liberalización en sectores muy diversos, estableciendo como contrapeso una serie de obligaciones legales de información precontractual a todo tipo de prestadores, contraten o no con consumidores<sup>714</sup>. De hecho, el artículo 22 las establece sin “perjuicio de las obligaciones de información establecidas en la legislación de protección de los consumidores y usuarios”<sup>715</sup>.

El objeto de esta Ley, primer paso de la transposición a derecho interno de la ambiciosa y conocida como “Directiva Bolkestein”<sup>716</sup>, es suprimir en la actividad económica cuantas restricciones administrativas sea posible,

<sup>714</sup> Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, BOE 24-11-2009. Se complementa principalmente con la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, BOE 23-12-2009 y la Ley 29/2009, de 30 de diciembre, por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios, BOE 31-12-2009, además de numerosa legislación autonómica y local.

<sup>715</sup> Su Disposición adicional quinta sólo tipifica su incumplimiento como infracción administrativa cuando los destinatarios de la información sean consumidores y usuarios, con lo que su eficacia jurídica queda ciertamente disminuida.

<sup>716</sup> Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, DOUE L/376/36-68 de 27-12-2006.



fundamentalmente las autorizaciones previas que no resulten justificadas o proporcionadas, facilitando la libertad de establecimiento de los prestadores y la libre prestación de servicios, simplificando los procedimientos y fomentando, al mismo tiempo, un nivel elevado de calidad en los servicios.

En línea con la tendencia liberalizadora de la que esta Ley es un exponente más, una de sus líneas maestras, prevista en el artículo 22, es sustituir el antiguo control administrativo previo de las actividades señaladas por una serie de obligaciones informativas de los prestadores antes de la prestación del servicio. No establece obligaciones de información precontractual propiamente dichas, ni obligaciones en materia de publicidad, ni obligaciones en fase de ejecución contractual, sino una obligación genérica que el prestador puede implementar temporalmente a su voluntad, siempre que se haga con anterioridad a la prestación efectiva del servicio<sup>717</sup>.

La información debe ponerse a disposición de cualesquiera destinatarios, sean o no consumidores, y siempre de forma fácilmente accesible, clara e inequívoca<sup>718</sup>. Creemos que se generalizará como medio universal la puesta a disposición a través de la página Web del prestador.

El contenido concreto de la información que exige la nueva norma está listado en su exhaustivo artículo 22.2<sup>719</sup>, información que claramente toma como punto de referencia la información precontractual prevista por la LSSICE.

También establece su artículo 23 que se pondrán a disposición de los destinatarios, sin imponer límite temporal alguno en este caso, los datos identificativos que permitan al destinatario del servicio dirigir reclamaciones o solicitudes de información, en particular se exige poner a disposición un número de teléfono, una dirección postal, número de fax o dirección de correo electrónico y su dirección legal si no coincide con su dirección habitual para la

---

<sup>717</sup> En 1998 ya se suprimió la autorización administrativa previa al funcionamiento de los servicios de tarificación adicional, por lo que este aspecto de la nueva Ley no modificará el régimen jurídico de la actividad económica que analizamos.

<sup>718</sup> El propio precepto establece en su apartado 4 qué formas se consideran “accesibles”, por lo que no parece que quepa al prestador utilizar otras, aunque resulta difícil concebir alguna más, a saber, el folleto o documento informativo, la página Web, cartelería o similar en el lugar de prestación del servicio o de celebración del contrato o pidiéndola por vía electrónica a través de una dirección facilitada por el prestador, por ejemplo, por correo electrónico o mensajería móvil.

<sup>719</sup> a) Los datos de identidad, forma y régimen jurídico, número de identificación fiscal del prestador, dirección donde tiene su establecimiento, y los datos que permitan ponerse rápidamente en contacto con él y en su caso, por vía electrónica. b) Datos registrales del prestador del servicio. c) Los datos de la autoridad que, en su caso, haya otorgado la autorización. d) En las profesiones reguladas, la cualificación profesional y el Estado miembro en el que fue otorgada, así como, en su caso, el colegio profesional, la asociación profesional u organismo análogo en el que esté inscrito el prestador. e) Las condiciones y cláusulas generales, y las relativas a la legislación y jurisdicción aplicable al contrato. f) Garantías posventa adicionales a las exigidas por ley, en su caso. g) El precio completo del servicio, incluidos los impuestos, cuando el prestador fije previamente un precio para un determinado tipo de servicio. h) Las principales características del servicio o servicios que ofrezca. i) En su caso, el seguro o garantías exigidas, y en particular, los datos del asegurador y de la cobertura geográfica del seguro. j) En caso de que el prestador ejerza una actividad sujeta al IVA, el número de identificación fiscal. k) Lengua o lenguas en las que podrá formalizarse el contrato, cuando ésta no sea la lengua en la que se le ha ofrecido la información previa a la contratación. l) Existencia del derecho de desistimiento del contrato que pueda corresponder al consumidor, el plazo y la forma de ejercitarlo.

correspondencia. Esta previsión ha sido igualmente introducida en el artículo 21.3 del TRLGDCU<sup>720</sup>.

Y por último, el artículo 22.3 establece que, si lo pide el destinatario, y sólo en esta circunstancia, los prestadores pondrán a disposición otra información complementaria<sup>721</sup>.

El artículo 2 de la Ley que analizamos dispone un amplísimo ámbito de aplicación a cualquier actividad económica, con unas pocas excepciones, entre las que nos interesa resaltar la relativa a “los servicios y redes de comunicaciones electrónicas”, por lo que la Ley no es de aplicación a los servicios soporte de los servicios de tarificación adicional, pero sí a éstos, que no son servicios de comunicaciones electrónicas<sup>722</sup>.

Así pues, en el caso de los servicios de tarificación adicional, el prestador deberá igualmente cumplir con todas estas obligaciones descritas, aunque tras analizarlas, consideramos que todas ellas se encuentran ya recogidas en la regulación vigente que hemos analizado.

---

<sup>720</sup> Tipificada su omisión como infracción administrativa por el artículo 60.2.h TRLGDCU, ambos introducidos por el artículo 4 de la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, BOE 23-12-2009.

<sup>721</sup> En concreto, se trata de la siguiente: a) Cuando el precio no lo fije previamente el prestador, el precio del servicio o, si no se puede indicar aquél, el método para calcularlo; o un presupuesto suficientemente detallado. b) Fecha de entrega, ejecución del contrato y duración. c) En el caso de las profesiones reguladas: referencia a las normas de acceso a la profesión en el Estado miembro de establecimiento y los medios para acceder a dichas normas. d) La información relativa a sus actividades multidisciplinarias, posibles conflictos de interés y las medidas adoptadas para evitarlos. Esta información deberá figurar en todo documento informativo de los prestadores en el que se presenten de forma detallada sus servicios. e) Los posibles códigos de conducta a que, en su caso, esté sometido el prestador, así como la dirección en que dichos códigos se pueden consultar por vía electrónica y en qué idiomas están disponibles. f) Información detallada sobre las características y condiciones para hacer uso de los medios extrajudiciales de resolución de conflictos cuando estén sujetos a un código de conducta o sean miembros de alguna organización profesional en los que se prevean estos mecanismos.

<sup>722</sup> La Ley que analizamos excluye igualmente de su ámbito de aplicación los “recursos y servicios asociados en lo que se refiere a las materias que se rigen por la legislación sobre comunicaciones electrónicas”. La LGT, en su Anexo de definiciones, considera en la nº 24 como “recursos asociados” aquellos sistemas, dispositivos u otros recursos asociados con una red de comunicaciones electrónicas o con un servicio de comunicaciones electrónicas que permitan o apoyen la prestación de servicios a través de dicha red o servicio; incluyen los sistemas de acceso condicional y las guías electrónicas de programas”. En la Exposición de Motivos de esta Ley también se habla del dominio público, las frecuencias o la numeración como recursos asociados. Aunque el acceso a los servicios de tarificación adicional es condicional, lo cierto es que la definición nº 31 de la citada Ley sólo considera “sistema de acceso condicional” a toda medida técnica que condicione el acceso a un servicio protegido de radiodifusión sonora o televisiva mediante el pago de una cuota u otra forma de autorización individual previa. Así pues, consideramos que esta Ley resulta de aplicación a los servicios de tarificación adicional, ya que ni son servicios de comunicaciones electrónicas ni servicios asociados a éstos.

### 3.3.- CONDICIONES GENERALES DE CONTRATACIÓN

El contrato de servicio de tarificación adicional, como otros muchos de consumo, se caracteriza por ser un contrato de adhesión<sup>723</sup>, ya que no hay negociación alguna entre las partes, el consumidor se limita a aceptar o no el producto o servicio y en las condiciones que el prestador establece a través de su oferta comercial<sup>724</sup>, por lo que habrá de tenerse muy en cuenta la legislación relativa a condiciones generales de contratación, en particular en los servicios consistentes en concursos o asimilados que se rijan por unas Bases concretas.

Como nos recuerda RUIZ MUÑOZ, los regímenes que establecen regulaciones de este tipo se caracterizan por el establecimiento de dos tipos de controles, un control de contenido para evitar la existencia de cláusulas abusivas y otro control de inclusión o incorporación para evitar la falta de transparencia<sup>725</sup>.

Sin embargo, el artículo 80.1 del TRLGDCU establece tres controles<sup>726</sup>, recogiendo una visión muy extendida en nuestra doctrina, fuertemente influenciada por la alemana, el de incorporación, el de interpretación y el de contenido<sup>727</sup>.

a) Comenzando por el último, el TRLGDCU exige buena fe y justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, lo que en todo caso excluye la utilización de cláusulas abusivas, incorporadas las vigentes a la legislación de protección de consumidores y usuarios por la LCGC.

Sobre el control de los elementos esenciales de un contrato mediante la LCGC, tanto doctrina como jurisprudencia exhiben disparidad de opiniones, fruto de una polémica que surgió ante la transposición del artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, precepto que expresamente excluye el control de contenido respecto de las cláusulas referidas al objeto principal y la adecuación entre precio y retribución del contrato. Su transposición fue intencionadamente omitida en 10 países de la UE en mayor protección de sus

---

<sup>723</sup> Cfr. XAVIER O'CALLAGHAN. *Compendio de Derecho Civil. Tomo II. Derecho de Obligaciones*. 6ª edición. Madrid: Dijusa, 2009, pp. 224-227.

<sup>724</sup> Cfr. RAQUEL GUILLÉN CATALÁN. *El régimen jurídico de la oferta contractual dirigida a consumidores*. Madrid: Fundación Registral, 2010, p. 60, quien indica que es plenamente admisible la oferta bajo condiciones generales de contratación.

<sup>725</sup> MIGUEL RUIZ MUÑOZ. "Tutela de los consumidores en el comercio electrónico": *Revista de la Contratación Electrónica*, nº 90, 2008, p. 33 de documento electrónico de V-Lex.

<sup>726</sup> RAQUEL GUILLÉN CATALÁN señala que tales requisitos ya fueron introducidos en el ordenamiento jurídico español por la Disposición Adicional 1ª.2 de la LCGC que dio nueva redacción al artículo 10 LGDCU. *El régimen jurídico de la oferta contractual dirigida a consumidores*. Madrid: Fundación Registral, 2010, p. 59.

<sup>727</sup> Cfr. GONZÁLEZ PACANOWSKA, en la obra RODRIGO BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Coord). *Comentarios del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007)*. 1ª edición. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2009, p. 915. GEMA ALEJANDRA BOTANA GARCÍA entiende que el TRLGDCU sólo exige tres de los cuatro elementos que exige la LCGC, contractualidad, predisposición e imposición, omitiendo la generalidad, ya que caben cláusulas abusivas en contratos de adhesión particulares. "Contratos con consumidores y usuarios". *Diario La Ley*, nº 6990 de 16 de julio de 2008, p. 6.

consumidores, entre ellos España, aunque la mayoría de la doctrina patria califica la omisión de la transposición como un error en el proceso legislativo<sup>728</sup>.

b) Respecto del segundo control, se requiere concreción, claridad y sencillez en la redacción de las cláusulas, con posibilidad de comprensión directa.

c) Finalmente, respecto del control de incorporación de las cláusulas, el que más incidencia tiene en servicios de tarificación adicional, el TRLGDCU exige accesibilidad y legibilidad, de forma que se permita al consumidor y usuario el conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido y sin reenvíos a textos o documentos que no se faciliten previa o simultáneamente a la conclusión del contrato, y a los que, en todo caso, deberá hacerse referencia expresa en el documento contractual<sup>729</sup>.

En los casos de contratación telefónica o electrónica con condiciones generales, lo que incluye a todos los servicios de tarificación adicional, tanto este precepto<sup>730</sup> como el artículo 5.4 de la Ley 7/1998 de 13 de abril, de condiciones generales de la contratación<sup>731</sup>, se remiten a unas especialidades de incorporación a determinar reglamentariamente<sup>732</sup>.

Los términos reglamentarios de los dos textos legales citados están establecidos en el Real Decreto 1906/1999, de 17 de diciembre<sup>733</sup>, que ha sido

---

<sup>728</sup> Vid. SERGIO CÁMARA LAPUENTE. *El control de las cláusulas «abusivas» sobre elementos esenciales del contrato. ¿Incorrecta transposición, opción legal legítima o mentis jurisprudencial*. Cizur Menor, Navarra: Thomson-Aranzadi, 2006, 205 pp. FRANCISCO PERTÍÑEZ VÍLCHEZ. *Las cláusulas abusivas por un defecto de transparencia*. Cizur Menor, Navarra: Thomson-Aranzadi, 2004, 262 pp. Y FRANCISCO PERTÍÑEZ VÍLCHEZ. “Los elementos esenciales del contrato y el control de las condiciones generales”. *Aranzadi Civil*, nº 3, 2003, pp. 2171-2183. ANDREA MACÍA MORILLO afirma que en nuestro país “existe ya una corriente doctrinal mayoritaria conforme con la idea de que no cabe un control de contenido sobre los elementos esenciales del contrato”, en recensión a la obra de Cámara citada en Anuario de Derecho Civil, Tomo LX, fasc. I, 2007, p. 314. De esta opinión es igualmente MIGUEL RUIZ MUÑOZ. “Tutela de los consumidores en el comercio electrónico”: *Revista de la Contratación Electrónica*, nº 90, 2008, p. 34 de documento electrónico de V-Lex.

<sup>729</sup> CAVANILLAS considera que el origen de este nuevo requisito formal que introduce el TRLGDCU podría estar en el artículo 5 de la Ley de Condiciones Generales de Contratación de 1998, al que no parece añadir nada nuevo. SANTIAGO CAVANILLAS MÚGICA. “El Real Decreto Legislativo 1/2007 por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias: *Aranzadi Civil*, nº 1, 2008, p. 20 de documento electrónico de Westlaw-es.

<sup>730</sup> Art. 80.1.b.2 TRLGDCU: “En los casos de contratación telefónica o electrónica con condiciones generales será necesario que conste, en los términos que reglamentariamente se establezcan, la aceptación de todas y cada una de las cláusulas del contrato, sin necesidad de firma convencional. En este supuesto, se enviará inmediatamente al consumidor y usuario justificación de la contratación efectuada por escrito o, salvo oposición expresa del consumidor y usuario, en cualquier soporte de naturaleza duradera adecuado a la técnica de comunicación a distancia utilizada, donde constarán todos los términos de la misma. La carga de la prueba del cumplimiento de esta obligación corresponde al predisponente.

<sup>731</sup> Art. 5.4 LCGC: “...en los casos de contratación telefónica o electrónica será necesario que conste, en los términos que reglamentariamente se establezcan, la aceptación de todas y cada una de las cláusulas del contrato, sin necesidad de firma convencional. En este supuesto, se enviará inmediatamente al consumidor justificación escrita de la contratación efectuada, donde constarán todos los términos de la misma”. JOSÉ RICARDO PARDO GATO entiende que la referencia al “consumidor” es un error y que debe entenderse aplicable a cualquier adherente. *Las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión (Análisis legislativo y jurisprudencial)*. 1ª edición. Madrid: Dijusa, 2004, p. 414.

<sup>732</sup> Cfr. JOSÉ RICARDO PARDO GATO. *Las Páginas Web como Soporte de Condiciones Generales de Contratación*. Cizur Menor, Navarra: Aranzadi, 2003, pp. 79-80.

<sup>733</sup> RD. 1906/1999 de 17-12 por el que se regula la contratación telefónica o electrónica con condiciones generales en desarrollo del art.5.3 de la Ley 7/1998 de 13-4 de condiciones generales de contratación,

muy criticado por la doctrina como consecuencia de las graves contradicciones que introduce en el ordenamiento<sup>734</sup>.

El Real Decreto concreta en su artículo 3.1 la obligación de la parte predisponente cuando contrate telefónica o electrónicamente de realizar un envío material a la parte adherente conteniendo justificación por escrito de la contratación efectuada donde deberán constar todos los términos de la misma en su propio idioma o en el utilizado por el predisponente para hacer la oferta.

El predisponente también podrá utilizar para el envío otro soporte diferente al escrito, siempre que sea duradero y adecuado al medio de comunicación empleado, para lo que deberá indicar en la información precontractual a que se refiere el artículo 2 del Real Decreto los distintos tipos de soportes que ofrezca al adherente para que éste elija entre ellos<sup>735</sup>, aunque en aplicación de la específica legislación de comercio electrónico (artículo 27.4 de la LSSICE<sup>736</sup>), se mantiene que en estos casos basta la mera puesta a disposición en la Web<sup>737</sup>.

El envío del justificante de la contratación ha de ser inmediato tras la celebración del contrato o, a más tardar, en el momento de la entrega de la cosa o comienzo de la ejecución del contrato.

---

BOE 31-12-1999. JOSÉ ANTONIO VEGA VEGA considera que el desarrollo reglamentario a que también hace referencia el TRLGDCU, mientras no se apruebe otra cosa, es igualmente este RD 1906/1999, de 17-12. En “Las condiciones generales en la contratación electrónica”: *Revista de la Contratación Electrónica*, nº 101, 2009, p. 15 de documento electrónico de V-Lex.

<sup>734</sup> RAFAEL MATEU DE ROS señala cómo la doctrina ha sido unánime a la hora de calificar como desafortunado e ilegal el contenido del RD 1906/1999, “Interpretación, aplicación y desarrollo reglamentario de la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información”, en JOSE MANUEL VILLAR URIBARRI. *La nueva regulación de las Telecomunicaciones, la Televisión e Internet*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2003, pp. 587-588, nota 22. También JOSÉ RICARDO PARDO GATO. *Las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión (Análisis legislativo y jurisprudencial)*. 1ª edición. Madrid: Dijusa, 2004, pp. 415-417. ISABEL GONZÁLEZ PACANOWSKA. “Artículo 5. Requisitos de incorporación”. RODRIGO BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Coord.). *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*. Elcano (Navarra): Aranzadi, 1999, pp. 169-172. Y GEMA ALEJANDRA BOTANA GARCÍA (Coord.). *Comercio electrónico y protección de los consumidores*. 1ª edición. Madrid: La Ley, 2001, pp. 46-47.

La Dirección General de Registros y del Notariado ha dictado varias Resoluciones intentando solventar las contradicciones, vid. LUCÍA ARRANZ ALONSO. “Los contratos del comercio electrónico”. RAFAEL MATEU DE ROS y MÓNICA LÓPEZ-MONÍS GALLEGU (Coord.). *Derecho de Internet. La Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2003, pp. 223-228. También M.E. CLEMENTE MEORO, “La protección del consumidor en los contratos electrónicos”. FRANCISCO JAVIER ORDUÑA MORENO (Dirección). *Contratación y comercio electrónico: (Obra concordada con la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la sociedad de la Información y de Comercio Electrónico)*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003, pp. 378-379.

<sup>735</sup> Art. 2 RD. 1906/1999. “Previamente a la celebración del contrato y con la antelación necesaria, como mínimo en los tres días naturales anteriores a aquélla, el predisponente deberá facilitar al adherente, de modo veraz, eficaz y completo, información sobre todas y cada una de las cláusulas del contrato y remitirle, por cualquier medio adecuado a la técnica de comunicación a distancia utilizada, el texto completo de las condiciones generales”.

<sup>736</sup> El artículo 27.4 dispone que con carácter previo al inicio del procedimiento de contratación, el prestador de servicios deberá poner a disposición del destinatario las condiciones generales a que, en su caso, deba sujetarse el contrato, de manera que éstas puedan ser almacenadas y reproducidas por el destinatario. El artículo 38.3.e) de la citada Ley tipifica como infracción administrativa grave no poner a disposición del destinatario del servicio las condiciones generales a que, en su caso, se sujete el contrato, en la forma prevista en el artículo 27.

<sup>737</sup> Cfr. JUAN ALBERTO DIEZ BALLESTEROS. “Obligaciones precontractuales de información en la contratación electrónica y protección de los consumidores”: *Estudios sobre Consumo*, nº 85, 2008, p. 73.

FIDALGO sostiene la total inaplicabilidad de este Real Decreto a los servicios de tarificación adicional, "...al encontrarse la contratación de los servicios de tarificación adicional regulada por el Código de Conducta, debemos entender que se excluyen del ámbito de aplicación del Real Decreto 1906/1999, puesto que el contenido del contrato se encuentra condicionado por una disposición normativa"<sup>738</sup>.

Aunque nosotros consideramos que no existen razones jurídicas para evitar la aplicación de este Real Decreto en favor de los Códigos de Conducta, que no pueden en modo alguno calificarse de norma jurídica, lo cierto es que su propio ámbito de aplicación deja fuera a la inmensa mayoría de servicios de tarificación adicional.

Por un lado, el artículo 1.3 del Real Decreto 1906/1999, de 17 de diciembre, excluye a los contratos realizados mediante máquinas automáticas, por lo que no cabrá su aplicación a los servicios de tarificación adicional en los que concurra esta circunstancia.

Y por otro lado, el propio artículo 3.2 del Real Decreto 1906/1999 también exime de la concreta obligación de remitir la justificación de la contratación realizada "a los contratos relativos a servicios de tracto único que se ejecutan mediante el empleo de técnicas de comunicación a distancia y cuya facturación sea efectuada por un operador de tales técnicas de comunicación..."

Por tanto, sólo resultará exigible el envío de justificante de la contratación realizada a los pocos contratos relativos a servicios prestados sin dispositivos automáticos que no sean de tracto único, y sólo se nos ocurre el peregrino ejemplo de un servicio de suscripción de mensajería móvil que se verificase manualmente y no utilizase ninguna máquina para remitir periódicamente al abonado la información acordada.

Parece que el Reglamento pretende hacer menos gravosa la exclusión cuando al menos mantiene la exigencia de "...informar en todo caso al adherente de la dirección del establecimiento del proveedor donde pueda presentar sus reclamaciones y del coste específico y separado de la comunicación y del servicio", informaciones que, como hemos visto y veremos, también quedan garantizadas en el supuesto que analizamos por otras normas.

En todo caso, a todos los servicios de tarificación adicional, utilicen o no dispositivos automáticos, siempre les será de aplicación el artículo 5.3 de la Ley 7/1998 de 13 de abril, de condiciones generales de la contratación, precepto que regula las condiciones generales de contratación respecto de contratos que no deban formalizarse por escrito<sup>739</sup>.

---

<sup>738</sup> ANA FIDALGO LÓPEZ. "La problemática de la protección de los consumidores en la prestación de los servicios de tarificación adicional". *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*. 2005, nº 1991, p. 7.

<sup>739</sup> ISABEL GONZÁLEZ PACANOWSKA considera en general que hace referencia a los contratos "en los que la buena fe no exige tal documentación del contrato, según una interpretación adecuada (art. 3.1 Cc) de los artículos 1279 y 1280 Cc, sin perjuicio, como luego se verá, de que pueda ser necesaria una constancia por escrito de las propias CGC, así como la entrega de resguardo justificativo de la contraprestación recibida", en RODRIGO BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Coord.). *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*. Elcano (Navarra): Aranzadi, 1999, p. 153.

Se trata de un supuesto legal que no requiere de la firma del adherente para entender que se acepta la incorporación de las condiciones<sup>740</sup>, como se produce, en general, en los supuestos de contratación verbal<sup>741</sup>.

La Ley considera suficiente la entrega por el predisponente de un resguardo justificativo de la contraprestación recibida (en el caso de los servicios de tarificación adicional, la factura telefónica) y que anuncie las condiciones generales en un lugar visible dentro del lugar en el que se celebra el negocio, que las inserte en la documentación del contrato que acompaña su celebración, o que, de cualquier otra forma, garantice al adherente una posibilidad efectiva de conocer su existencia y contenido en el momento de la celebración.

Pues bien, en aplicación de este precepto, entendemos que las condiciones generales que se pretendan incorporar a cualesquiera servicios de tarificación adicional, sean o no de tracto único, deberán figurar en la propia publicidad, que es a la vez la oferta contractual, en la locución informativa precontractual o en la Web que en estos soportes se indique.

Las condiciones generales de contratación más usuales en servicios de tarificación adicional son las aplicables a concursos, sorteos o similares. Los Códigos de Conducta exigen en estos casos que existan unas Bases concretas depositadas ante Notario o ante la propia Comisión de Supervisión, pero sólo en el caso de los servicios por Internet se exige en el artículo 5.4.4 del Código de Conducta de 2004 que el acceso por el usuario a las bases de los concursos y sorteos, se realice con carácter previo a la conexión a los números de tarificación adicional, forme parte del menú de inicio al servicio y pueda almacenarse o imprimirse desde la propia pantalla de presentación, sin necesidad de utilización de otros programas (lo que no es sino aplicación del citado artículo 27.4 de la LSSICE).

En el caso de servicios de voz o mensajería premium, la normativa no impone nada en este sentido, probablemente por las dificultades que implica una implementación similar a la de Internet, lo que no significa que no sea igualmente exigible.

Así pues, el consumidor podrá colgar el teléfono sin recibir el servicio tras ser informado por la locución de la Web en la que acceder a las Bases, o podrá consultarlas en la Web indicada en el anuncio publicitario antes de llamar.

---

<sup>740</sup> Cfr. ISABEL GONZÁLEZ PACANOWSKA. “Artículo 5. Requisitos de incorporación”. RODRIGO BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Coord.). *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*. Elcano (Navarra): Aranzadi, 1999, p. 164.

<sup>741</sup> Cfr. ADELA SERRA RODRÍGUEZ. *Cláusulas abusivas en la contratación. En especial, las cláusulas limitativas de responsabilidad*. 2ª edición. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2002, 249 p. 59.

En el supuesto de incumplimiento de los requisitos formales de incorporación del artículo 80.1 TRLGDCU, debe aplicarse el artículo 7.a) LCGC, el régimen general de la nulidad contractual<sup>742</sup>.

---

<sup>742</sup> Cfr. ISABEL GONZÁLEZ PACANOWSKA, en RODRIGO BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Coord). *Comentarios del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007)*. 1ª edición. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2009, p. 926.



## **CAPÍTULO 4.- LOS ELEMENTOS DEL CONTRATO DE SERVICIO DE TARIFICACIÓN ADICIONAL**

La doctrina contemporánea utiliza de forma constante términos relativos a la sistemática de la teoría del contrato sin significado unívoco para todos los autores, como son los “elementos”, el “objeto”, “presupuestos”, “requisitos”, “contenido”, “prestaciones”, etc.<sup>743</sup>. No pretendemos entrar en las disquisiciones doctrinales en relación a este tema, sino simplemente adoptar un esquema suficientemente válido para sustentar nuestro análisis.

La doctrina tradicional suele distinguir tres tipos de elementos dentro del contrato, esenciales, naturales y accidentales, clasificación escolástica que a decir de DÍEZ PICAZO es arbitraria y se forma implicando ideas heterogéneas<sup>744</sup>.

Para este autor, los elementos del contrato son simplemente sus ingredientes y, por consiguiente, una realidad exterior y anterior al mismo constituida por los sujetos, el objeto y la actividad desplegada<sup>745</sup>.

La doctrina también suele considerar como elemento contractual al consentimiento y a la forma del contrato<sup>746</sup> y el propio Código Civil señala a su causa como elemento del contrato, aunque éste es un tema general del negocio jurídico sobre el que existen divergentes pronunciamientos y que en el terreno práctico suele manifestarse de modo muy excepcional, menos aún en servicios de tarificación adicional<sup>747</sup>.

En consecuencia, utilizaremos el esquema expositivo tradicional de elementos subjetivos, objetivos y formales, y trataremos posteriormente los temas relativos a ineficacia y responsabilidades.

Integraremos en este análisis tanto los contenidos derivados de la legislación especial de protección de los consumidores y telecomunicaciones como los propios de la dogmática tradicional de obligaciones y contratos,

---

<sup>743</sup> ALFONSO CAVALLÉ CRUZ. “Contenido e interpretación de los contratos”. JUAN FRANCISCO DELGADO DE MIGUEL (Coord.). *Instituciones de Derecho Privado. Tomo III. Obligaciones y contratos. Vol 2º*. 1ª edición. Madrid: Civitas, 2005, pp. 34-38.

<sup>744</sup> Cfr. LUIS DÍEZ-PICAZO. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Volumen I. Introducción. Teoría del contrato*. 6ª edición. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2007, pp. 229 y ss. y 421 y ss.

<sup>745</sup> LUIS DÍEZ-PICAZO. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Volumen I. Introducción. Teoría del contrato*. 6ª edición. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2007, p. 422.

<sup>746</sup> Cfr. XAVIER O’CALLAGHAN. *Compendio de Derecho Civil. Tomo II. Derecho de Obligaciones*. 6ª edición. Madrid: Dijusa, 2009, pp. 238-239.

<sup>747</sup> XAVIER O’CALLAGHAN señala que el Código Civil sigue la concepción objetiva, separada de los móviles subjetivos, y por tanto este elemento puede identificarse como su fin objetivo o inmediato. *Compendio de Derecho Civil. Tomo II. Derecho de Obligaciones*. 6ª edición. Madrid: Dijusa, 2009, pp. 258-259.

intentando así superar una servidumbre típica de las obras de Derecho de Consumo que muchas veces impone el exceso de información y que ha puesto de manifiesto BUSTO, quien echa en falta en tales obras un tratamiento global y unitario de la materia en el que se sistematice el estudio de conformidad con la dogmática propia del Derecho de obligaciones y contratos y no de manera fragmentaria, estudiando ley a ley, disposición normativa a disposición normativa<sup>748</sup>.

Por último, recordar que la naturaleza jurídica del contrato de servicio de tarificación adicional no es unívoca, hay supuestos de contratos de arrendamiento, unas veces de obra y otras de servicios, e incluso existen modalidades que son susceptibles de calificarse como contrato de compraventa. En el análisis, deberemos siempre tener en cuenta este hecho.

#### 4.1.- LOS SUJETOS DEL CONTRATO

Prestador y consumidor son los sujetos del contrato de servicio de tarificación adicional, quienes tendrán unas veces la cualidad de arrendador y arrendatario y otras las de vendedor y comprador.

Conforme al artículo 1.546 del Código Civil, el prestador del servicio de tarificación adicional adoptará el papel de arrendador por ser quien se obliga a prestar el servicio, y adoptará el papel de arrendatario el que adquiere el derecho al servicio, es decir, el consumidor<sup>749</sup>. Y en el caso de que exista una compraventa, el prestador adoptará el papel de vendedor y el consumidor el de comprador.

Es evidente que un prestador puede suministrar su servicio de tarificación adicional a otro empresario, por ejemplo, una empresa de paseos en barco que se informa del estado de la mar a través de un servicio telefónico de tarificación adicional dedicado a la información meteorológica. Se trataría de un contrato de naturaleza mercantil que quedaría fuera del ámbito del presente estudio, que hemos centrado desde un principio en un destinatario investido de la cualidad de consumidor.

Además, la normativa reglamentaria de servicios de tarificación adicional sólo resulta de aplicación a los dirigidos exclusivamente a consumidores, ya que la Administración únicamente ostenta potestad para regular la publicidad, información precontractual y contenido obligatorio de los contratos en los supuestos en que sea necesario desplegar una específica protección de los consumidores, nunca respecto de relaciones de carácter mercantil<sup>750</sup>. La prestación de estos servicios entre empresas no podría beneficiarse ni de las leyes dictadas en protección de los consumidores ni de los Reglamentos administrativos dictados para regular los servicios de tarificación adicional.

---

<sup>748</sup> JOSÉ MANUEL BUSTO LAGO (Coord), NATALIA ÁLVAREZ LATA y FERNANDO PEÑA LÓPEZ. *Reclamaciones de Consumo. Derecho de consumo desde la perspectiva del consumidor*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2005, p. 45.

<sup>749</sup> La finalidad del art. 1546 Cc es la de clarificar las denominaciones de las partes que en el Derecho antiguo no eran usadas con excesivo rigor técnico, cfr. RODRIGO BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO (Coord.). *Comentarios al Código Civil*. 3ª edición. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2009, p.1809.

<sup>750</sup> Vid. *supra*, epígrafe relativo a los Códigos de Conducta como Reglamentos de Consumo.

#### **4.1.1.- El consumidor llamante como parte adquirente del contrato**

En su momento, al analizar el contrato de comunicación electrónica, cuya modalidad más habitual es el contrato telefónico, señalábamos que la contraparte del operador de acceso es el abonado.

Entendemos que debemos diferenciar al abonado del llamante, que es la persona física que realiza una llamada o una comunicación electrónica, independientemente del terminal, aparato o instrumento desde el que la realice, y que debemos centrar nuestro análisis en el llamante que tenga la cualidad de consumidor. A ello dedicaremos los siguientes epígrafes.

##### **4.1.1.1.- El concepto de consumidor en la legislación general de protección de los consumidores**

Nuestro ordenamiento no contiene una única definición de consumidor. En la legislación de protección de los consumidores encontramos varias definiciones relacionadas con los distintos ámbitos en los que se desarrolla el consumo, también la legislación de telecomunicaciones contiene la suya propia, si bien de todas ellas sólo resulta de aplicación a nuestro contexto la prevista en el vigente TRLGDCU.

La LGDCU, cuya deficiente técnica legislativa ha sido criticada por la doctrina desde su promulgación<sup>751</sup>, partía de una noción concreta y otra abstracta de consumidor puestas de manifiesto por BERCOVITZ, “una noción concreta, centrada fundamentalmente en quienes adquieren bienes o servicios para un uso privado. Y una noción abstracta, que incluye a todos los ciudadanos en cuanto personas que aspiran a tener una adecuada calidad de vida”<sup>752</sup>.

La noción abstracta, definiendo al destinatario de las actuaciones públicas en protección de los consumidores, es una acepción que coincide con la de “ciudadano”, y la concreta, el consumidor final, es utilizada para la atribución de específicos derechos subjetivos ante cada relación jurídica concreta<sup>753</sup>.

Prácticamente todos los autores que se acercan al análisis del denominado Derecho de Consumo hacen lo propio con el concepto de

---

<sup>751</sup> Por ejemplo, MARIA JOSÉ REYES LÓPEZ, “Antecedentes, principios y rasgos básicos de la LGDCU”, en la obra de la que es coordinadora, *Nociones básicas de derecho de consumo*. Valencia: Editorial Práctica de Derecho, 1996, pp. 36-37.

<sup>752</sup> ALBERTO BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO. “Ámbito de aplicación y derechos de los consumidores en la LGDCU”. ALBERTO BERCOVITZ y RODRIGO BERCOVITZ. *Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores*. Madrid: Tecnos, 1987, p. 107.

<sup>753</sup> De los numerosos preceptos que contienen la acepción abstracta, destacamos el artículo 2.1.a), que establece como derecho básico de todos los consumidores-ciudadanos la protección contra los riesgos que puedan afectar a la salud o seguridad. El precepto que contiene la acepción concreta es el artículo 1.2, “a los efectos de esta Ley, son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales, bienes muebles o inmuebles, productos, servicios, actividades o funciones, cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva de quienes los producen, facilitan, suministran o expiden”. JUAN GÓMEZ CALERO analiza la naturaleza jurídica de los derechos de los consumidores y afirma que son derechos subjetivos, opinión que no es unánimemente compartida. *Los Derechos de los Consumidores y Usuarios*. Madrid: Dykinson, 1994, pp. 44-50.

consumidor final, cuyos contornos son unánimemente considerados como muy difusos. Como ha puesto de manifiesto la doctrina, la formulación de una definición general de consumidor no significa que se instaure una noción legal única del término, ya que, como hemos expresado anteriormente, existen otras definiciones recogidas en leyes especiales y autonómicas<sup>754</sup>. No obstante, ni ello es un fenómeno exclusivo de nuestro país<sup>755</sup>, ni tampoco significa que no exista ninguna relación subyacente y común a todas, muy al contrario<sup>756</sup>.

Precisamente éste ha sido uno de los aspectos en los que el nuevo TRLGDCU ha introducido mayor grado de innovación legislativa con la decidida intención de aproximar el derecho nacional al comunitario, aunque no todos los autores están de acuerdo en su grado<sup>757</sup>.

El nuevo artículo 3 ha adoptado el criterio troncal propio de las Directivas europeas<sup>758</sup> y considera consumidor a quien actúa en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional, por tanto, alejándonos del clásico y ya derogado concepto genérico de consumidor final o destinatario final de bienes o servicios de la primigenia formulación de la LGDCU de 1984, aunque ha mantenido la tradicional peculiaridad española que permite a las personas jurídicas ser consumidores, frente al criterio europeo que sólo admite como tales a las personas físicas<sup>759</sup>.

No obstante, esta nueva definición no debería suponer un cambio sustancial respecto de la anterior, ambas deberían conducir al mismo

---

<sup>754</sup> NATALIA ÁLVAREZ LATA intenta encontrar un nexo de unión entre todas ellas importando de la doctrina alemana la diferencia entre concepto y tipo, el tipo es abierto, flexible, más amplio, puede ser puesto en correspondencia y une a los diferentes conceptos de consumidor. *Invalidez e Ineficacia en el Derecho Contractual de Consumo Español. Análisis de los Supuestos Típicos de Ineficacia en los Contratos con Consumidores*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2004, pp. 36-37.

<sup>755</sup> THIERRY BOURGOIGNIE (Traductora, GABISER). *Elementos para una teoría del Derecho de Consumo*. Vitoria: Gobierno Vasco, 1994, p. 5.

<sup>756</sup> ALBERTO BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO. “Ámbito de aplicación y derechos de los consumidores en la LGDCU”. ALBERTO BERCOVITZ y RODRIGO BERCOVITZ. *Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores*. Madrid: Tecnos, 1987, pp. 109-110.

<sup>757</sup> MIGUEL RUIZ MUÑOZ considera que no existe diferencia relevante entre el texto de 1984 y el de 2007. “Tutela de los consumidores en el comercio electrónico”: *Revista de la Contratación Electrónica*, nº 90, 2008, pp. 9-10 de documento electrónico de V-Lex. Por el contrario, SANTIAGO CAVANILLAS MÚGICA afirma que la nueva definición mejora con creces la anterior. “El Real Decreto Legislativo 1/2007 por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias: *Aranzadi Civil*, nº 1, 2008, p. 5 de documento electrónico de Westlaw-es.

<sup>758</sup> Vid. LUIS GONZÁLEZ VAQUÉ. “La noción de consumidor en el Derecho Comunitario de Consumo”, en *Revista Estudios sobre Consumo* nº 75, 2005, pp. 25-41. Y SANTIAGO CAVANILLAS MÚGICA. “El Real Decreto Legislativo 1/2007 por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias: *Aranzadi Civil*, nº 1, 2008, p. 5 de documento electrónico de Westlaw-es.

<sup>759</sup> Cfr. MARIA JOSÉ REYES LÓPEZ. *Manual de Derecho Privado de Consumo*. 1ª edición. Madrid: La Ley, 2009, pp. 105-108. JOSÉ ANTONIO VEGA VEGA. “Las condiciones generales en la contratación electrónica”: *Revista de la Contratación Electrónica*, nº 101, 2009, pp. 4-5 de documento electrónico de V-Lex. Recientemente MIGUEL RUIZ MUÑOZ ha sostenido que, pese a chocar frontalmente con el mandato legal, las personas jurídicas no pueden ser consumidores, aunque ello no debe impedir que bajo determinadas circunstancias la calificación de consumidor del miembro o socio persona física se extienda a la persona jurídica. “Tutela de los consumidores en el comercio electrónico”: *Revista de la Contratación Electrónica*, nº 90, 2008, pp. 13-17 de documento electrónico de V-Lex.

resultado, so pena de incurrir en un supuesto de *ultra vires* con respecto a la delegación legislativa concedida<sup>760</sup>.

No es objeto del presente trabajo profundizar en tan analizada materia, y que en el futuro próximo aún lo será más, por lo que resulta suficiente destacar los aspectos en los que la doctrina parece estar de acuerdo y que permiten aprehender sin vacilaciones dogmáticas la inmensa mayoría de los actos de consumo del tráfico ordinario. Y es que no existe acto de consumo en las relaciones jurídicas entre particulares ni en las celebradas entre empresas o profesionales<sup>761</sup>, y que el concepto abarca tanto al consumidor jurídico adquirente como al consumidor material que utiliza o disfruta el bien o servicio.

Además, para la legislación general de protección de los consumidores, no existe diferencia jurídica entre “consumidor” y “usuario”, expresiones que se utilizan casi siempre unidas.

De hecho, se está imponiendo en la doctrina y práctica la utilización exclusiva del término “consumidor” para denominarlos de un modo genérico<sup>762</sup>.

No obstante, a veces se suele mantener que la expresión “consumidor” hace referencia al que adquiere o utiliza productos para reservar la de “usuario” a quien adquiere o utiliza servicios<sup>763</sup>.

Incluso se ha considerado una tercera interpretación, que el consumidor es quien contrata el bien o servicio y el usuario el que lo utiliza, ofreciendo así estas expresiones una denominación propia para la diferenciación existente entre el consumidor jurídico y el consumidor material, pero parece la menos acogida por la doctrina<sup>764</sup>.

Lo cierto es que ambos términos se usan muy a menudo indistintamente, sin que se aprecie ningún estatus jurídico diferente por denominarse de uno u otro modo. De hecho, tanto la LGDCU como el actual TRLGDCU utilizan sobre todo la expresión “consumidor y usuario”, en singular, plural o disyuntiva, y ocasionalmente utilizan sólo uno de ambos, y en estos casos, resulta más utilizado el término “consumidor” que el término “usuario”. En este sentido, CAVANILLAS lamenta que no se haya aprovechado la refundición para acabar con este bimembre concepto legal<sup>765</sup>.

---

<sup>760</sup> Cfr. RODRIGO BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Coord). *Comentarios del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007)*. 1ª edición. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2009, pp. 90-91.

<sup>761</sup> Por todos, CARLOS LASARTE ÁLVAREZ. *Manual sobre protección de consumidores y usuarios*. 3ª edición. Madrid: Dykinson, 2007, pp. 67 y 69.

<sup>762</sup> Cfr. JUAN GÓMEZ CALERO. *Los Derechos de los Consumidores y Usuarios*. Madrid: Dykinson, 1994, p. 42.

<sup>763</sup> Cfr. ALBERTO BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO. “Ámbito de aplicación y derechos de los consumidores en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios”, en ALBERTO BERCOVITZ y RODRIGO BERCOVITZ. *Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores*. Madrid: Tecnos, 1987, pp. 106-107. Y J.A. GARCÍA- GONZÁLEZ, “Contratación bancaria y consumo”: *Revista de Derecho Bancario y Bursátil* nº 30, 1988, p 263.

<sup>764</sup> Cfr. RODRIGO BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Coord). *Comentarios del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007)*. 1ª edición. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2009, pp. 96-98.

<sup>765</sup> Cfr. SANTIAGO CAVANILLAS MÚGICA. “El Real Decreto Legislativo 1/2007 por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias: *Aranzadi Civil*, nº 1, 2008, p. 5 de documento electrónico de Westlaw-es.

#### 4.1.1.2.- El concepto de consumidor en la legislación de telecomunicaciones

El Anexo II de definiciones legales de la LGT diferencia la figura del usuario, por un lado, y la del consumidor por otro.

La categoría más amplia es la de “usuario”, denominación que se reserva para la persona que contrate, utilice o pretenda utilizar un servicio de comunicación electrónica. Cubre por tanto todas las situaciones, contractuales, precontractuales y extracontractuales y ante todo tipo de personas físicas o jurídicas, incluidas empresas de telecomunicación que contraten o utilicen servicios de comunicaciones electrónicas prestados por otra<sup>766</sup>.

A continuación, considera “abonado” a cualquier persona física o jurídica con quien el operador celebra un contrato, y por tanto, usuario puede serlo un abonado o un no abonado.

En tercer lugar, cuando el “usuario” es ajeno al negocio de las comunicaciones electrónicas, se considera un “usuario final”, lo que supone que también lo puede ser una empresa, siempre que sea ajena a este mercado<sup>767</sup>.

Y por último, cuando el usuario final actúa respecto de las comunicaciones electrónicas al margen de su profesión, entonces es un “consumidor”<sup>768</sup>.

Así las cosas, entendemos que la definición de consumidor de la legislación de telecomunicaciones resulta equivalente a la actualmente vigente en el ordenamiento general de protección de los consumidores.

#### 4.1.1.3.- El llamante consumidor

Llamante es la persona física que realiza una llamada o una comunicación electrónica, independientemente del terminal, aparato o instrumento desde el que la realice, por lo que puede ser distinta al abonado. Llamante consumidor será el que realice la llamada en ámbito ajeno a actividad empresarial o profesional.

Lo habitual en un hogar es que el contratante abonado sea un progenitor, mientras que los hijos, familiares o amigos que utilizan el servicio son llamantes.

Utilizando la acepción del concepto de consumidor que acabamos de poner de manifiesto, podemos afirmar que los consumidores jurídicos son los abonados al servicio, o consumidores propiamente dichos, y que los llamantes son los consumidores materiales o usuarios del servicio.

El consumidor jurídico abonado, por tanto, sería parte del contrato de servicio telefónico o asimilado junto al operador, mientras que los usuarios

---

<sup>766</sup> Definición nº 34 del Anexo II de la LGT. Usuario: una persona física o jurídica que utiliza o solicita un servicio de comunicaciones electrónicas disponible para el público.

<sup>767</sup> Definición nº 35 del Anexo II de la LGT. Usuario final: el usuario que no explota redes públicas de comunicaciones ni presta servicios de comunicaciones electrónicas disponibles para el público ni tampoco los revende.

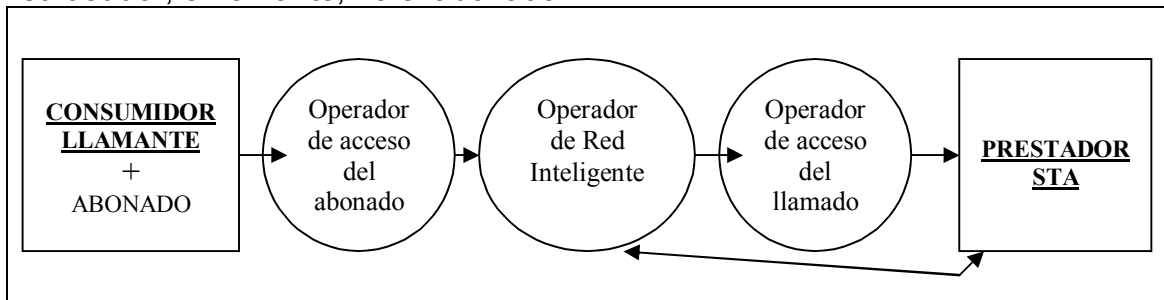
<sup>768</sup> Definición nº 4 del Anexo II de la LGT. Consumidor: cualquier persona física o jurídica que utilice o solicite un servicio de comunicaciones electrónicas disponible para el público para fines no profesionales.

llamantes que usen este servicio sin más, los consumidores materiales, nunca serían parte contratante, del mismo modo que ocurre, por ejemplo, cuando diferenciamos a un comprador de un coche como consumidor jurídico, de todos sus usuarios, que son las personas que se montan en él.

Esta diferencia resulta fundamental en materia de servicios de tarificación adicional, porque se trata de un contrato diferente del contrato telefónico o de comunicación electrónica. El suministrador del servicio de tarificación adicional no es un operador de telecomunicaciones, sino el prestador del mismo, y la persona que se obliga frente a éste, no es el abonado, sino el llamante.

Por tanto, el llamante, que muy a menudo coincidirá con el abonado, es el primer sujeto del contrato que analizamos y a quien también denominaremos simplemente consumidor, para simplificar y poner el acento en esta cualidad. De hecho, la reglamentación administrativa utiliza como principal eje regulatorio el hecho de que abonado y llamante sean la misma persona.

La principal consecuencia jurídica de esta aparentemente oculta realidad es que el operador de acceso del abonado no tiene acción contractual frente al llamante ni el abonado en reclamación de pago del precio parcial del servicio, ya que no es parte del contrato, aunque sí puede reclamar del abonado la tarifa por utilización del servicio soporte que encaminó la llamada<sup>769</sup>. El titular del correspondiente crédito es exclusivamente el prestador, y exclusivamente ante su deudor, el llamante, no el abonado.



Imaginemos que Sempronio se encuentra de visita en la casa de su amigo Cayo, y el primero ha olvidado traer los dulces para el postre y decide encargarlos telefónicamente al tendero de la esquina a través del terminal fijo que su amigo Cayo tiene en casa. El comprador no es Cayo, abonado desde cuyo teléfono se realiza la llamada, sino Sempronio, el llamante, la persona concreta que realiza la llamada y que en consecuencia se obliga.

Es más, si el teléfono de la tienda estuviese roto, bien podría realizarse el encargo llamando al móvil del hermano del tendero que sabemos que suele acompañarle a tal hora, de modo que los contratantes, en circunstancias normales, son llamante y llamado, no los abonados a cada lado de la línea, que se convierte así en un mero soporte utilizado para la celebración de otro contrato.

Supongamos ahora que Sempronio decide zanjar una discusión con Cayo apelando a un oráculo, corre sin más hacia el teléfono y marca el número de un servicio desde donde atiende el oráculo a un módico precio que cobra

<sup>769</sup> Vid *Infra*, capítulo dedicado a incumplimientos contractuales, el impago del consumidor y el criterio de la ausencia de legitimación desarrollado por la JAC de la Región de Murcia.

mediante tarjeta, hace una consulta, recibe una respuesta, da el número de su tarjeta para que le hagan el cargo y vuelve a la mesa a compartirla con Cayo.

Cayo no es responsable contractual del compromiso que asume Sempronio con el oráculo de pagar sus servicios, quien contrata con el oráculo es el llamante, no el abonado, resultando el medio de pago, en este caso la tarjeta, un elemento accesorio. Cayo será responsable del pago de la llamada, como en el caso de que hubiese llamado su hija o su esposa, ya que su contrato con el operador le obliga bimestralmente a ello, pero no del pago al oráculo.

Algo similar ocurre en los servicios de tarificación adicional. Si Sempronio decide zanjar la discusión con Cayo apelando al oráculo a través de un servicio de tarificación adicional, la única diferencia contractual con el supuesto anterior es que el medio de pago de los servicios es otro.

Cayo no puede ser responsable contractual del compromiso que asume Sempronio con el oráculo, porque quien lo contrata es el llamante, no el abonado. El abonado es responsable contractual de pagar el coste básico de la llamada, pero no el coste adicional que está asociado al servicio del oráculo.

En puridad de términos, es el consumidor llamante el que contrata con el prestador el correspondiente servicio, la persona que realiza materialmente la llamada. No podemos responsabilizar contractualmente a un abonado que nunca prestó su consentimiento frente al prestador del servicio de tarificación adicional. Ello quebraría el principio básico consensual en el que se basa nuestro derecho de obligaciones y contratos. La especial forma o mecanismo de pago del precio a través de la facturación telefónica del abonado no puede enturbiar el sinalagma contractual.

Ahora bien, debemos preguntarnos qué ocurre cuando esté acreditado que la llamada la ha realizado un hijo menor sin conocimiento del padre o madre, un incapaz a cargo, o simplemente, un tercero que no ha pactado nada en este sentido con el abonado titular de la línea, pero que ha tenido acceso a la misma, ya que la acción principal del prestador en defensa de su crédito sólo podrá ejercerse frente a este tercero y nunca frente al abonado.

#### 4.1.1.3.1 El llamante menor de edad

Aunque las primeras interpretaciones literales de los Códigos Civiles español y francés le negaban a los menores toda capacidad de obrar, desde Federico de Castro, quien enlazó los preceptos de nuestro Código con el Derecho Histórico Español, se viene afirmando por la doctrina que el menor no está privado de capacidad de obrar, aunque ésta sea limitada<sup>770</sup>.

La adquisición de la capacidad de obrar es gradual y paulatina, una persona no es totalmente incapaz en todo momento antes de la mayoría de edad, ya que el ordenamiento reconoce a los menores una cierta capacidad en función de su grado de madurez y el tipo de acto de que se trate, aunque “no llega, sin embargo a permitirle con carácter general la válida celebración de contratos”.

---

<sup>770</sup> Cfr. JOSÉ ENRIQUE GOMÁ SALCEDO. *Instituciones de Derecho Civil Común y Foral. Tomo I. Parte General y Derechos Reales*. 2ª edición. Barcelona: Bosch, 2010, pp. 203-204.



La razón de esta carencia, según LASARTE, a quien citamos, es fácilmente comprensible, “el ordenamiento jurídico trata de proteger al menor declarando inválidos los contratos...ante una eventualidad (nada rara en la realidad) de que la contraparte abuse o se prevalega en la inexperiencia o ingenuidad del menor...por ello el contrato celebrado por el menor no es radicalmente nulo, sino sólo anulable...”<sup>771</sup>.

En aplicación de esta doctrina, no puede considerarse incapaz a un niño de 12 años para comprar con su paga un sobre de cromos, una revista infantil o un videojuego infantil, ya que la edad es acorde con la capacidad contractual requerida para cada uno de estos “actos menudos de la vida cotidiana”, como los denomina LÓPEZ SAN LUIS<sup>772</sup>.

Del mismo modo, concluimos que un menor tiene en general capacidad para contratar servicios de tarificación adicional específicamente destinados a la infancia o juventud, y por tanto, la tendrá para contratar los servicios así clasificados, aunque nunca para contratar otros, como los eróticos. Otros servicios como los profesionales o de adivinación no permiten pronunciamientos generales, ya que dependerá de contenidos y edades para considerar si existe o no capacidad de obrar en el menor, quedando la exacta calificación a labor del intérprete en cada caso concreto.

De hecho, tal es el planteamiento general de los Códigos de Conducta, que sólo mencionan el preceptivo consentimiento paterno para servicios destinados a mayores de 18 años<sup>773</sup>. El artículo 5.3.1.3 del Código de Conducta de 2004, además, exige que el prestador al otro lado de la línea vigile mediante sistemas de autocontrol que los demandantes no sean menores, siempre que sea posible.

En aparente contradicción con lo expuesto, también los Códigos de Conducta establecen la obligación de los prestadores de indicar y advertir en la publicación o medio en el que se promocionen los servicios destinados a infancia y juventud “que se precisa el consentimiento de los padres o tutores y/o titular del teléfono para el uso del servicio”<sup>774</sup>, por lo que parece que la norma reglamentaria considera en este caso que sí es necesario

---

<sup>771</sup> Máxime desde que el artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, establece que las limitaciones a la capacidad de obrar del menor se interpretarán de forma restrictiva. Cfr. CARLOS LASARTE. *Principios de Derecho Civil III. Contratos*. 12ª edición. Madrid: Marcial Pons, 2009, pp. 17-18 y 136. XAVIER O'CALLAGHAN. *Compendio de Derecho Civil. Tomo II. Derecho de Obligaciones*. 6ª edición. Madrid: Dijusa, 2009, p. 237. ROCIO LOPEZ SAN LUIS. *La capacidad contractual del menor*. Madrid: Dykinson, 2001, pp. 5-6 de capítulo “La minoría de edad” y p. 4 de capítulo “Conceptos generales sobre la ineficacia de los contratos: Nulidad, anulabilidad y rescisión” de documento electrónico de V-Lex generado el 18.3.2010. Y MARÍA PAZ POUS DE LA FLOR, ROSA ADELA LEONSEGUI GUILLOT Y FÁTIMA YÁÑEZ VIVERO (coords.); presentación Carlos Lasarte Álvarez. *La capacidad de obrar del menor: nuevas perspectivas jurídicas*. Madrid: Ex Libris, 2009, pp. 10-11. Vid. *infra*, apartado relativo a nulidad contractual.

<sup>772</sup> ROCIO LOPEZ SAN LUIS. *La capacidad contractual del menor*. Madrid: Dykinson, 2001, p. 7 del capítulo “La minoría de edad” de documento electrónico de V-Lex generado el 18.3.2010. Sobre los diversos actos de mayor trascendencia que puede realizar el menor no emancipado, pp. 14 y ss. del capítulo “La capacidad contractual del menor” y JUANA MARÍA DEL VAS GONZÁLEZ. *Instituciones Jurídicas de Protección del Menor en el Derecho Civil Español*. Madrid: Fundación Registral, 2009, pp. 63 y ss.

<sup>773</sup> Artículo 5.5.2.2 del Código de Conducta de 2004 y artículo 6.4.2.1 del Código de Conducta de 2009.

<sup>774</sup> Artículo 5.5.2.2 del Código de Conducta de 2004 y artículo 6.4.2.1 del Código de Conducta de 2009.

consentimiento paterno para contratar un servicio de tarificación adicional destinado exclusivamente a tal público.

Sin embargo, consideramos que la última palabra del precepto transcrito, “servicio”, se refiere al servicio telefónico o al servicio de conexión a Internet, no al servicio de tarificación adicional, y que se trata de una mera advertencia de que el uso del teléfono o el ordenador sólo pueda realizarse con permiso paterno, no que la contratación del servicio de tarificación adicional no pueda realizarse sin permiso paterno. En definitiva, se refiere al “uso” por los menores de los electrodomésticos de la casa, que deben ser utilizados conforme a las reglas que en tal sentido hayan dictado los padres o tutores, no a la “contratación” de un servicio destinado a menores para el que, en principio, sí se encontrarían jurídicamente capacitados.

#### 4.1.1.3.2 El llamante incapaz

En el caso de incapaces de emitir un consentimiento contractual válido, por ejemplo, llamadas realizadas por un enajenado mental<sup>775</sup>, su ausencia absoluta de capacidad viciaría el contrato celebrado en mayor grado que si se tratase de un menor incapaz. Ocurriría algo similar en el caso de un menor de edad cuyas condiciones físicas o escasa edad no le permitan emitir un verdadero consentimiento.

En estos supuestos se produce un vicio contractual que permitiría al abonado anular el contrato celebrado entre el prestador y el incapaz, y que analizaremos más a fondo cuando se trate esta cuestión en próximo capítulo.

#### 4.1.1.3.3 El llamante ajeno al abonado

El último caso es el del tercero con plena capacidad de obrar que, con o sin permiso, decide utilizar el terminal de un abonado para adquirir una prestación de tarificación adicional.

Si lo hace con aquiescencia del abonado, éste se presentará ante el operador como si hubiese sido el contratante del servicio con el prestador, y por tanto será responsable del pago del precio parcial de la tarificación adicional como mandatario que obra en su propio nombre en aplicación del artículo 1.717 del Código Civil<sup>776</sup>.

---

<sup>775</sup> Es parecido al caso de la sentencia de 15-7-2002 de la Sección 14 de la Audiencia Provincial de Barcelona, AC 2002\2040: el hijo de la demandada padece una minusvalía psíquica congénita, trastorno epiléptico con tratamiento de retraso mental intenso acompañado de un cuadro de crisis generalizadas tóxico-clónicas desde 1991 agravado en noviembre de 1992 pues está afectado por un quiste aracnoideo supraselar. El hijo realizó llamadas a Hong Kong de contenido erótico. El Tribunal considera que “el problema que aquí se discute no es tanto la efectividad de las llamadas sino la imputación del riesgo generado para que aquéllas pudieran producirse. ...es indudable que los padres son responsables de los actos de sus hijos menores o incapaces sometidos a la patria potestad... por lo tanto la conclusión a que cabe llegar es tan dura como controvertida: la señora D. no ejerció suficientemente el deber de control sobre su hijo...” El argumento es correcto porque no se trataba de llamadas sta, sino de llamadas internacionales.

<sup>776</sup> Art. 1.717 Cc: “Cuando el mandatario obra en su propio nombre, el mandante no tiene acción contra las personas con quienes el mandatario ha contratado, ni éstas tampoco contra el mandante. En este caso el mandatario es el obligado directamente en favor de la persona con quien ha contratado, como si el

Pero si el llamante actúa sin conocimiento del abonado, en coherencia con lo expuesto, mantenemos la imposibilidad de ejercer la acción contractual frente al abonado por parte del prestador (en ningún caso cabe que la ejercite el operador) y la imposibilidad de aplicar el artículo 1.717 del Código Civil por no existir representación alguna entre ambos.

No obstante, la forma natural de este contrato es la del abonado que es a la vez llamante o la del llamante autorizado por el abonado, por lo que entendemos recae sobre el abonado la carga de probar lo contrario, es decir, la existencia real de un tercero al que no autorizó a usar su teléfono o terminal, no sobre el prestador, en aplicación del criterio de la facilidad probatoria recogido en el artículo 217 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil.

En tal caso, el prestador podrá dirigirse frente al tercero, su verdadero deudor.

#### **4.1.2.- El prestador del servicio de tarificación adicional**

La normativa administrativa casi siempre ha utilizado la denominación “prestador de servicios” de valor añadido o de tarificación adicional para señalar al interlocutor de la llamada que realiza el consumidor, aunque también ha utilizado el término “proveedor”<sup>777</sup>.

##### **4.1.2.1.- El prestador en la legislación de protección de los consumidores**

Tanto el término “prestador” como el término “proveedor” están en consonancia con las nuevas definiciones de empresario, productor, proveedor, y prestador que incorpora al ordenamiento el nuevo TRLGDCU.

Su artículo 4 considera empresario a toda persona física o jurídica que actúa en el marco de su actividad empresarial o profesional, ya sea pública o privada, por lo que se utiliza para el concepto justo el sentido contrario al utilizado para definir al consumidor, quien mediante una formulación en negativo, es la persona física o jurídica que actúa en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional, artículo 3.

Conforme al artículo 5, el empresario puede ser un productor de bienes muebles<sup>778</sup> o un productor de servicios. El primero es denominado específicamente como “fabricante” y el productor de servicios es denominado específicamente “prestador”.

Por el contrario, los comerciantes minoristas y demás intermediarios en la comercialización de bienes muebles, siempre que no figuren en etiquetado, no son productores. Para ellos, el artículo 7 reserva el concepto de proveedor,

---

asunto fuera personal suyo. Exceptuase el caso en que se trate de cosas propias del mandante. Lo dispuesto en este artículo se entiende sin perjuicio de las acciones entre mandante y mandatario”.

<sup>777</sup> Por ejemplo, en la medida 7ª de la Resolución de enero de 1993 que establecía que se aprobase “por la Dirección General de Telecomunicaciones un contrato-tipo que regule las relaciones entre Telefónica y los proveedores de servicios de valor añadido...” o el artículo 2.10.3 del Código de Conducta de 1994 o la estipulación cuarta del contrato-tipo de 1994.

<sup>778</sup> Conforme al artículo 6 del Texto Refundido de consumidores de 2007, y sin perjuicio de lo establecido en el artículo 136, es producto todo bien mueble conforme a lo previsto en el artículo 335 del Código Civil.

que es el “empresario que suministra o distribuye productos en el mercado, cualquiera que sea el título o contrato en virtud del cual realice dicha distribución”.

Dado que la naturaleza del contrato es de arrendamiento o compraventa, según el caso concreto, lo correcto sería designar a la contraparte del consumidor en consonancia, como prestador o proveedor, respectivamente, pero dado que ello es imposible en un tratamiento genérico de la materia como el que hacemos, utilizaremos la expresión más difundida para denominar como “prestador” al empresario que suministra al consumidor servicios de tarificación adicional.

#### 4.1.2.2.- El prestador en la regulación administrativa de los servicios de tarificación adicional

La reglamentación administrativa nos ofrece dos definiciones de prestador de servicios de tarificación adicional, la primera construida con mimbres contractuales y la segunda con mimbres administrativos.

La primera se encuentra en el artículo 4.1 de la Orden PRE/361/2002, de 14 de febrero, que dispone que el “abonado llamado beneficiario de la remuneración...se denomina prestador de servicios de tarificación adicional”.

Esta definición pone el acento en el hecho contractual de que el prestador es el acreedor del precio del contrato por el suministro del servicio y que no es ningún operador de telecomunicaciones, sino un tercero que está abonado a su vez a alguno de ellos, del mismo modo que lo está el consumidor abonado a su operador de acceso.

En segundo lugar, el Código de Conducta de 2004 define en su artículo 2.1.4 al «abonado llamado» o «prestador de servicios de tarificación adicional» como “la persona física o jurídica, pública o privada beneficiaria de la numeración que suministre servicios de información, comunicación u otros por medio de códigos de acceso telefónico de tarificación adicional, y que haya celebrado el contrato-tipo para la prestación de los servicios de tarificación adicional, aprobado por el Órgano Administrativo competente, con un operador del servicio de red de tarificación adicional”.

En este caso, esta definición pone el acento en una circunstancia colateral y de carácter administrativo, el hecho de que el prestador es el titular de la numeración en calidad de beneficiario, y que esta asignación de numeración se realiza mediante la firma de otro contrato, mercantil y ajeno al de prestación del servicio de tarificación adicional, cuyo texto debe ajustarse al contrato-tipo correspondiente y que se suscribe entre prestador y operador de red inteligente.

En definitiva, y en el sentido que nos interesa, el prestador es la contraparte del consumidor llamante en el contrato de servicio de tarificación adicional, y por tanto quien asume la obligación de suministrarlo a cambio de un precio.

#### 4.1.2.3.- Supuestos en que prestador y operador son la misma persona

Nada impide que un operador de telecomunicaciones decida dedicarse también al suministro de servicios de tarificación adicional, en cuyo caso, al

otro lado de la línea, el consumidor llamante se encontraría con una misma persona que sumaría ambas cualidades, prestador y operador.

De hecho así ocurre por imposición reglamentaria en los servicios de directorio tipo 118AB, la normativa de telecomunicaciones sólo permite que suministren este servicio los operadores, de modo que los dos contratantes principales son el consumidor llamante y el operador de directorio llamado. Este operador realiza las funciones de red inteligente que sean necesarias y también actúa como prestador del correspondiente servicio de información telefónica sobre números de abonados. Sin embargo, no será responsable de la facturación, que siempre la realiza otro operador, el operador de acceso del abonado desde el que se realiza la llamada<sup>779</sup>.

Muy llamativo es el caso de la Orden ITC/308/2008, de 31 de enero, que regula la mensajería premium, ya que omite toda referencia a los prestadores. La Orden establece su ámbito subjetivo de aplicación en relación casi siempre al “titular de la numeración”, aunque en ocasiones también utiliza las expresiones “operador” u “operadores titulares de números” o la expresión “operadores que proporcionen servicios de comunicaciones electrónicas de almacenamiento y reenvío de mensajes”, lo que no son sino variadas denominaciones para el rol del “operador de red inteligente”.

La tarificación adicional por mensajería de 2008 ha optado por un escenario bien diferente al hasta ahora utilizado en las regulaciones de las modalidades de voz e Internet, un escenario en el que desaparece el carácter autónomo del rol de prestador del servicio de tarificación adicional, que pasa a ser directamente asumido por uno de los operadores de telecomunicaciones intervinientes y utilizando como parámetro general de regulación la existencia de una única contraparte para el consumidor, el prestador que es a la vez operador de red inteligente.

Esta circunstancia es así reconocida desde la propia Exposición de Motivos de la Orden, que tras constatar el elevadísimo grado de desarrollo de la mensajería móvil y la mensajería premium, define éste como “un nuevo tipo de servicios de tarificación adicional, consistentes en el envío de un mensaje, normalmente de texto, por el que los operadores cobran a sus abonados una retribución a cambio de un servicio...”.

La Orden comete el error de considerar que sólo existe este servicio entre operador y sus abonados, cuando los abonados a otros operadores evidentemente también pueden acceder a estos servicios, los preste quien los preste. Lo sintomático no es este error, que no va más allá de ser tal, sino el hecho de que no considere la posibilidad de que el prestador del servicio pueda ser un tercero ajeno al operador, lo que posteriormente se confirma en el texto positivo de la Orden.

Con este esquema, no es necesario que exista ningún contrato-tipo ni que las numeraciones de tarificación adicional sean reasignadas por el

---

<sup>779</sup> Para evitar que los operadores se nieguen a prestar el correspondiente servicio de cobro, como en interconexión, se establece que los operadores dominantes deberán incluir en las ofertas de acceso especial a sus redes, dirigidas a los proveedores del servicio de directorio, un servicio de facturación y cobro de los precios que éstos hayan establecido para sus usuarios y que el servicio de facturación y cobro dará derecho a una contraprestación económica, artículo 9.3 Orden CTE/711/2002, de 26 de marzo, por la que se establecen las condiciones de prestación del servicio de consulta telefónica sobre números de abonado, BOE 4-4-2002, modificada por la Orden PRE/2410/2004, de 20-7.

operador a un tercero, ya que el propio operador que las tiene asignadas por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones se encarga directamente de utilizarlas<sup>780</sup>. Tampoco es trascendente el hecho de que la tarificación adicional no sea un servicio de telecomunicaciones, porque sí lo son su soporte, prestados ambos por la misma persona.

Ahora bien, ello no exime a los operadores de mensajería premium del cumplimiento de las obligaciones generales que deben cumplir los prestadores de servicios de tarificación adicional, en particular las derivadas de la legislación general de protección de los consumidores y de comercio electrónico, que les serán igualmente aplicables, ya que además de actuar como operadores, actúan como prestadores<sup>781</sup>.

Los operadores no son sujetos a los que sólo cabe aplicar la legislación de telecomunicaciones en cualquier circunstancia, están muy lejos de poseer un derecho estatutario como el que ostentaban en el medievo los comerciantes. Se les aplica en cada caso la legislación de la actividad que realicen, y esto es importante recalcarlo, para evitar que volvamos a repetir los errores del pasado. Si se generaliza la desaparición de los prestadores de servicios de tarificación adicional independientes de los operadores, de nuevo podría surgir la tentación de considerar que el servicio procede exclusivamente de un operador de telecomunicaciones como tal, como ocurrió allá por 1992, lo que podría acabar alterando de nuevo la correcta aplicación de los esquemas contractuales. Podríamos correr el riesgo, por ejemplo, de volver a asociar el servicio telefónico soporte con el servicio adicional, o de repetir los muchos errores que supusieron en su momento graves perjuicios para los derechos de los consumidores españoles.

#### **4.1.3.- La identificación de las partes**

La identidad es el “conjunto de rasgos propios de un individuo o de una colectividad que los caracterizan frente a los demás” mientras que la identificación es la acción de identificar, consistente ésta en “reconocer si una persona o cosa es la misma que se supone o se busca” o en sentido opuesto, “dar los datos personales necesarios para ser reconocido”<sup>782</sup>. Por tanto, identificar no es sino el acto por el que se pone de manifiesto la identidad de otro o pretende dar la suya a conocer.

La identidad de las partes es un dato, en principio, irrelevante para la celebración de contratos en el ordenamiento privado, su omisión no vicia en modo alguno al contrato, aunque hay excepciones<sup>783</sup>. Su constatación o constancia, la identificación, es materia reservada a la autonomía privada.

---

<sup>780</sup> No descartamos que este esquema acabe siendo adoptado con el tiempo también en la regulación administrativa general de los servicios de voz e Internet, igualmente afectados en la actualidad por similares circunstancias.

<sup>781</sup> Personalmente comprobé el 6 de mayo de 2010 que en la publicidad emitida en TV de ocho servicios de tarificación adicional, en cinco de ellos se identificaba como prestador a un operador de telecomunicaciones registrado como tal en el Registro Público de operadores de la CMT. Se trataba de Premium Numbers S.L, Telelinea S.L, Trade Bump S.L, Buongiorno MyAlert S.A, y Canal Local Veo TV.

<sup>782</sup> Definiciones del Diccionario de la RAE de la Lengua Española, 22ª edición.

<sup>783</sup> Por ejemplo, los contrato *intuitu personae*.

La omisión de una identificación exigida por una norma puede constituir un ilícito administrativo, pero ni ésta ni la omisión relativa a las cualidades de una persona vician el consentimiento contractual<sup>784</sup>, ni siquiera lo hace el simple error en esta materia, como muy claramente establece el artículo 1.266.2 del Código Civil cuando dispone que "...el error sobre la persona sólo invalidará el contrato cuando la consideración a ella hubiese sido la causa principal del mismo"<sup>785</sup>.

Por contra, el Derecho de Consumo se basa en un principio general de garantía pública de identificación de la contraparte del consumidor, a lo que tanto leyes como reglamentos en su desarrollo contribuyen activamente fundamentalmente a través del etiquetado y la información precontractual.

#### 4.1.3.1.- La identificación del prestador

No es ajena a esta tendencia la normativa reglamentaria de los servicios de tarificación adicional, de las más exigentes en esta materia, ya que impone la identificación del prestador en tres ámbitos, en la publicidad, en la información precontractual y en instrumentos postcontractuales.

De hecho este aspecto suscitó durante muchos años uno de los principales motivos de conflicto en esta materia, hasta el punto de que REVUELTA llegó a afirmar que sería conveniente "establecer la obligación de los operadores telefónicos de transmitir información a las diversas Administraciones Públicas implicadas sobre los sujetos que, a través de ellos, prestan servicios de tarificación adicional..."<sup>786</sup>

En anteriores apartados hemos analizado esta cuestión en relación a los dos primeros ámbitos, publicidad e información precontractual. Una vez suministrado el servicio, el artículo 8.3 de la Orden PRE/361/2002, de 14 de febrero, establece la obligación postcontractual de que en la factura que el operador de acceso presente al cobro al abonado "deberá figurar la identificación de la persona física o jurídica titular del número telefónico llamado, así como su número o código de identificación fiscal, según proceda".

Cuando el operador de red inteligente no traslada la correspondiente información identificadora del prestador por cuya cuenta actúa, el artículo 8.3

---

<sup>784</sup> La doctrina suele diferenciar el error sobre la identidad de la persona del relacionado con sus cualidades, aunque parece lo más acertado entender que el artículo 1266.2 del Código Civil comprende ambas manifestaciones, cfr. ANTONIO MANUEL MORALES MORENO, "Comentario a los artículos 1.265 a 1.270 del Código Civil", en MANUEL ALBALADEJO y SILVIA DIAZ ALABART (Dtores.). *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales. Tomo XVII, Vol. 1-B. Artículos 1.261 a 1.280 del Código Civil*. Madrid: Edersa, 1993, p. 272.

<sup>785</sup> Considera Lasarte que, aunque "tradicionalmente se ha entendido que el error sobre la persona limitaba su campo de acción a los contratos denominados *intuitu personae*... dicha conclusión resulta discutible: el error sobre la persona puede tener eficacia invalidante en relación con todo tipo de contratos (compraventa incluida), siempre que la consideración de la otra parte contratante haya sido erróneamente valorada de forma excusable y esencial", aunque reconoce que "tiene en la práctica un campo de aplicación limitadísimo fuera de los contratos *intuitu personae* (en los que tampoco se caracteriza por su frecuencia efectiva)", CARLOS LASARTE. *Principios de Derecho Civil III. Contratos*. 12ª edición. Madrid: Marcial Pons, 2009, pp. 23-24.

<sup>786</sup> INMACULADA REVUELTA PÉREZ. "La protección de los consumidores frente a los nuevos servicios de telecomunicaciones". *Civitas. Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 116, 2002, p. 549.

de la Orden PRE/361/2002, de 14 de febrero, inexplicablemente traslada la carga de obtener la información al propio consumidor llamante, “cuando el operador de acceso desconozca la identidad del prestador del servicio de tarificación adicional, deberá informar en la factura sobre la identidad del operador de red de tarificación adicional, con el objeto de que el usuario pueda dirigirse a éste y solicitar la identificación del prestador del servicio de tarificación adicional en nombre y por cuenta del cual se le ha facturado, debiendo el operador proporcionarle tal información”, lo que en la práctica resulta ciertamente complejo de conseguir<sup>787</sup>.

En los casos en que el prestador sea titular de la numeración, deberá identificarse a éste, pero cuando el titular y el prestador sean la misma persona, se tratará del propio operador de red inteligente, y será a éste a quien se identifique.

Así ocurre de ordinario en mensajería premium, por lo que el artículo 10.5º.6 de la Orden ITC/308/2008, de 31 de enero, exige “la identificación del operador ... así como su número o código de identificación fiscal, según proceda”, y el artículo 5.3 de la misma en relación a la mensajería de bajo coste, añade que se proporcionará, además, el número telefónico de contacto del centro de atención al cliente mediante uno o más mensajes inmediatamente después de que éste haya recibido la prestación solicitada.

Respecto del servicio de tarificación adicional de directorio, el apartado 3 del artículo 9 de la Orden CTE/711/2002, de 26 de marzo, establece que las facturas generadas indicarán el nombre y número telefónico del proveedor.

#### 4.1.3.2.- Publicidad registral específica de la identidad del prestador

Existe finalmente otro medio de identificación de los prestadores de servicios de tarificación adicional. El vigente artículo 38.2 de la LOCM establece que “las empresas de ventas a distancia que difundan sus ofertas por medios que abarquen el territorio de más de una Comunidad Autónoma se inscribirán en el Registro especial que a tal efecto funcione en el Ministerio de Economía”<sup>788</sup>.

---

<sup>787</sup> Como prueba de ello, JESÚS PUNZÓN MORALEDA. *Llamadas a números de tarificación adicional*. Toledo: Centro de Estudios de Consumo, Universidad de Castilla-La Mancha. Octubre 2003. En Internet, en <<http://www.uclm.es/cesco/investigacion/11.pdf>>. Consulta realizada el 4-4-2007. Se trata de un breve informe que se emite ante una consulta del Servicio de Consumo de Ciudad Real relativa a la forma de obtener los datos del prestador de servicios de tarificación adicional, “dado que ni Telefónica, ni la Secretaría de la Comisión de Supervisión de los servicios de tarificación adicional nos la facilita”.

<sup>788</sup> La redacción originaria de la LOCM rezaba: “La autorización de las ventas a distancia, así como la inscripción de las respectivas empresas en el correspondiente Registro y expedición de credenciales corresponderán al Ministerio de Comercio y Turismo, cuando las propuestas se difundan por medios que abarquen el territorio de más de una Comunidad Autónoma. El Ministerio de Comercio y Turismo informará a las Comunidades Autónomas de las empresas de venta a distancia registradas”.

Entonces se encontraba en vigor el artículo 37 de la Ley, que disponía que “los comerciantes que ejerzan cualquiera de las actividades objeto del presente Título deberán ser autorizados por la respectiva Comunidad Autónoma y figurar inscritos en el Registro que, a estos efectos, puedan establecer las mismas”. Este artículo no resultaba de aplicación a las ventas a distancia relativas a servicios, ya que la disposición adicional primera de la Ley, en su redacción de 1996, sólo permitía la aplicabilidad de los artículos 38 a 48 a los contratos negociados a distancia referentes a prestación de servicios, no la del artículo 37, lo que generaba la incertidumbre jurídica de si la inscripción en el Registro Nacional resultaba o no obligatoria para las empresas que prestaran servicios a distancia, entre las que se



En el supuesto de que un prestador de servicios de tarificación adicional, que recordemos actúan en el mercado mediante contratos de servicios a distancia, figure en tal Registro, resultará extremadamente sencilla su identificación y localización, ya que se trata de un Registro público<sup>789</sup>.

La historia de este Registro ha sido ciertamente peculiar. La primera regulación se aprobó por Real Decreto en 1997<sup>790</sup> y en apenas un año fue modificada, como explicaba la Exposición de Motivos de la nueva norma, porque se aceptó un requerimiento de incompetencia interpuesto por la Generalitat de Cataluña, fundamentado en que la gestión del Registro es una actividad encuadrable en el ámbito de las competencias ejecutivas de las Comunidades Autónomas en materia de comercio interior<sup>791</sup>.

La reforma de 2002 de la LOCM introdujo la actual redacción del artículo 38.2 y mantuvo la misma filosofía del Real Decreto regulador de 1998, a saber, que cualquier comerciante de venta a distancia debe poseer una autorización administrativa previa al ejercicio de su actividad económica que expedirá la respectiva autoridad competente de cada Comunidad Autónoma conforme artículo 37 de la ley estatal y que cada Comunidad Autónoma mantiene la potestad de crear o no su Registro autonómico, de modo que el Registro estatal tendría mero valor informativo<sup>792</sup>.

En 2003 el Tribunal Constitucional declaró inconstitucional y nulo el artículo 37 por invasión estatal de competencias autonómicas en materia de protección del consumidor<sup>793</sup>, por lo que finalmente hubo de aprobarse en 2006 una nueva norma reguladora del Registro estatal de ventas a distancia

---

encuentran los prestadores de servicios de tarificación adicional, ya que el artículo 38.2 citado sí resultaba de aplicación.

<sup>789</sup> Cfr. EUGENIO RIBÓN SEISDEDOS. *La Protección del Usuario de Servicios prestados a través de la Red Telefónica*. Colección Cuadernos de CEACCU. Madrid: CEACCU-Confederación Española de Organizaciones de Amas de Casa, Consumidores y Usuarios, 2007, p. 49, manteniendo la necesidad de la existencia de un Registro de prestadores sta.

<sup>790</sup> Real Decreto 1133/1997, de 11-7, por el que se regula la autorización de las ventas a distancia e inscripción en el Registro de empresas de ventas a distancia, BOE 25-7-1997.

<sup>791</sup> Real Decreto 1976/1998 de 18-9, BOE 6-10-1998.

<sup>792</sup> Sus asientos se formarían exclusivamente a partir de los datos relativos a las empresas de ventas a distancia que aporten las Comunidades Autónomas, salvo las empresas no establecidas en España que practiquen ventas a distancia en territorio español, las cuales tienen la obligación de inscribirse directamente en el Registro del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio a efectos informativos.

El artículo 38.5 de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista indica que “el apartado 2 anterior y el artículo 37 no se aplicarán a las actividades de prestación de servicios de la sociedad de la información y comercio electrónico” y el artículo 38.6 que “cuando la contratación a distancia de bienes o servicios se lleve a cabo a través de medios electrónicos, se aplicará preferentemente la normativa específica sobre servicios de la sociedad de la información y comercio electrónico”.

<sup>793</sup> STC 124/2003, de 19 de junio. El TC concluyó que “la exigencia de autorización y de su eventual inscripción registral, por parte de la comunidad autónoma, para ejercer las ventas a distancia, ambulantes, automáticas o en pública subasta no puede considerarse un criterio global de ordenación de este sector comercial, ni una medida singular de ordenación económica para alcanzar una determinada finalidad, en este caso, el control de esas actividades comerciales, sino una medida de política administrativa correspondiente a la disciplina de mercado y dirigida a la protección del consumidor, y por ello no puede reputarse como norma básica al amparo del título competencial que corresponde al Estado *ex* artículo 149.1.13.ª CE. En consecuencia, el artículo 37 de la ley impugnada debe ser declarado inconstitucional”. Cfr. JOSÉ MANUEL BUSTO LAGO (Coord), NATALIA ÁLVAREZ LATA y FERNANDO PEÑA LÓPEZ. *Reclamaciones de Consumo. Derecho de consumo desde la perspectiva del consumidor*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2005, p. 285.

derogando los Reales Decretos de 1997 y 1998<sup>794</sup>, adecuándolos a la doctrina constitucional.

Como mantiene MENDOZA, autorización y Registro pueden ser elementos de utilidad a efectos de controlar la actividad de los prestadores<sup>795</sup>, aunque para ello será necesario que exista el suficiente nivel de acuerdo y coordinación política entre las Comunidades Autónomas para que al menos el ámbito de aplicación de la normativa resulte idéntico en todas ellas.

Así pues, abogamos porque la futura regulación en la materia recoja la obligación de que los prestadores de servicios de tarificación adicional figuren en todos los Registros autonómicos de ventas a distancia y, por tanto, en el nacional.

En tal caso, y como establece el artículo 3 de la nueva norma reguladora del Registro estatal de ventas a distancia de 2006, los datos que figurarían en el mismo serían los “relativos a la identificación de la empresa, productos o servicios que configuran su oferta comercial, ámbito comercial, y el lugar donde los consumidores puedan dirigir sus quejas y reclamaciones”<sup>796</sup>.

#### 4.1.3.3.- Identificación del consumidor

Por contra, no existe ninguna norma de protección del consumidor cuyo objeto sea garantizar la identidad del consumidor a efecto de facilitar el cobro de potenciales impagos de deudas.

Sin embargo, existen algunas previsiones en relación a la identificación del consumidor de servicios de tarificación adicional, ya que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, mediante Resoluciones de 27 de junio y 30 de julio de 2002, obligó a los operadores de acceso de los abonados a facilitar a los demás operadores de la cadena una información concreta para proceder a gestionar el cobro del crédito impagado.

El operador de acceso del consumidor abonado conoce todos sus datos identificativos, y puede y debe trasladar esta información a aquel acreedor que la necesite, práctica que, como analizamos, resulta totalmente ajustada a derecho y ha sido avalada por la citada Comisión<sup>797</sup>.

---

<sup>794</sup> Real Decreto 225/2006 de 24-2, por el que se regulan determinados aspectos de las ventas a distancia y la inscripción en el registro de empresas de ventas a distancia, BOE 25-3-2006, modificado por Real Decreto 103/2008, de 1 de febrero, BOE 22-2-2008.

<sup>795</sup> ANA ISABEL MENDOZA LOSANA. “Servicios telefónicos de tarificación adicional: motivos para la modificación de la normativa. Respuesta a consulta planteada por la Consejería de Sanidad de la Junta de Comunidades de Castilla La Mancha”, en ANGEL CARRASCO PERERA (Coord). *Estudios sobre Telecomunicaciones y Derecho de Consumo*. Navarra: Aranzadi, 2005, p. 341. Y en documento electrónico en URL <<http://www.uclm.es/cesco/investigacion/18.pdf>>, julio de 2004, pp. 33-34. Consulta realizada el 28-3-2007.

<sup>796</sup> En cuanto a los datos que las comunidades autónomas habrán de facilitar al Registro de empresas del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, deberán de figurar, además de los citados, los siguientes: datos del Registro autonómico cuando éste existiere, fecha de la autorización de la actividad de ventas a distancia por parte de la comunidad autónoma, en su caso, así como del órgano autorizante y supervisor. Además cuando la venta a distancia de productos se realice a través de las técnicas que contempla la LSSICE, y se efectúe además vía Internet, con carácter voluntario podrá aportarse constancia registral del nombre de dominio y su sustitución.

<sup>797</sup> Aunque la información a la que alude la Comisión sólo se refiere al señalamiento del número llamante completo, nada se dice expresamente respecto del nombre, DNI y dirección postal del abonado, probablemente por no ser materia que las operadoras sometieran a la Comisión como objeto del conflicto.

En este sentido, se debe recordar también que, tal y como mantenemos, y aunque en numerosas ocasiones el llamante será el propio abonado, la contraparte del prestador no es éste, sino el consumidor que efectivamente realizara la llamada.

## 4.2.- EL CONSENTIMIENTO CONTRACTUAL

El consentimiento, junto con el objeto cierto y la causa, son los tres elementos esenciales de cualquier contrato según dispone el artículo 1.261 del Código Civil. Siguiendo la línea voluntarista de los Códigos del siglo XIX y de ilustres juristas como DOMAT y POTHIER, el artículo 1.254 del Código Civil establece que todo contrato entre partes se perfecciona o existe desde que una o varias personas consienten en obligarse, respecto de otra u otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio, es decir, desde que existe consentimiento, que no es sino un concurso de voluntades, un acuerdo o convenio sobre la cosa y causa contractual<sup>798</sup>.

Por lo tanto, desde que las partes consientan, se generan derechos y obligaciones para ambas sin necesidad de que se hayan entregado cosa y precio<sup>799</sup>, y no sólo los expresamente pactados, sino también todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley<sup>800</sup>.

El artículo 1.262 del Código Civil descende a precisar el paradigma clásico de génesis contractual disponiendo que el consentimiento se manifiesta por el concurso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato.

Ya señalamos al analizar la publicidad de los servicios de tarificación adicional que la oferta contractual no es sino una propuesta de contrato.

Por otro lado, la aceptación es la declaración de voluntad del destinatario de la oferta comunicando su conformidad con la misma al oferente. Una supuesta aceptación que pretenda introducir modificaciones sobre la oferta no sería tal, sino una contraoferta<sup>801</sup>.

Las notas que destaca la doctrina respecto de esta figura son tres<sup>802</sup>; su carácter recepticio, esto es, que la aceptación debe ser dirigida precisamente al

---

Entendemos que nada impide que tal información se acompañe junto con el número telefónico en caso de impagos. Vid. *supra*, epígrafe relativo a las gestiones de cobro entre prestador y operadores.

<sup>798</sup> Cfr. MARIA DEL CARMEN GÓMEZ LAPLAZA, en MANUEL ALBALADEJO y SILVIA DIAZ ALABART (Dtores.). *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales. Tomo XVII, Vol. 1-B. Artículos 1.261 a 1.280 del Código Civil*. Madrid: Edersa, 1993, pp. 51-55.

<sup>799</sup> Entre otros, el artículo 1.450 del Código Civil en relación al contrato de compraventa.

<sup>800</sup> Artículo 1.258 del Código Civil.

<sup>801</sup> MANUEL ALBALADEJO. *Derecho Civil II. Derecho de Obligaciones*. 13ª edición. Madrid: Edisofer, 2008, p. 381 y CARLOS LASARTE. *Principios de Derecho Civil III. Contratos*. 12ª edición. Madrid: Marcial Pons, 2009, p. 55.

<sup>802</sup> ALFONSO GONZÁLEZ GOZALO señala cuatro requisitos, carácter definitivo, propósito serio e inequívoco de quedar obligado, conformidad con la oferta y anterior a la caducidad de la oferta. *La formación del contrato tras la Ley de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico*. Granada: Comares, 2004, pp.69-92.

oferente; su plena concordancia con la oferta<sup>803</sup>, también denominada muy gráficamente por la doctrina “regla del espejo”<sup>804</sup>; y su carácter tempestivo, es decir, que debe ser hecha mientras la oferta continúe vigente<sup>805</sup>.

Este esquema de formación del contrato se ha visto profundamente alterado en nuestros días por el intervencionismo estatal que sobre la autonomía privada se realiza en ejercicio de políticas de protección de los consumidores y que se manifiesta principalmente en las obligaciones informativas precontractuales que se imponen legalmente al suministrador<sup>806</sup>.

#### **4.2.1.- Oferente y aceptante en contratación con consumidores**

Oferente y aceptante lo son en función del momento y modo en que realicen sus correspondientes manifestaciones de voluntad, no por la posición de parte que les corresponda en cada contrato; por ejemplo, aunque normalmente, el vendedor es el oferente y el comprador es el aceptante, bien puede ocurrir al revés, si ante una contraoferta de precio del comprador, se celebra el contrato mediante la aceptación del vendedor.

En las relaciones entre consumidores y comerciantes así ocurre. Normalmente el comerciante es oferente y el consumidor es aceptante<sup>807</sup>.

Además, la vieja polémica relativa a si la exposición de artículos por el comerciante es una auténtica oferta (lo que además dicta el sentido común) o una mera *invitatio ad offerendum* sin tal valor (de modo que la verdadera oferta provendría inicialmente del comprador), quedó zanjada a favor de la primera tesis con el artículo 9.1 de la LOCM, que dispone que tal práctica “constituye a su titular en la obligación de proceder a su venta a favor de los demandantes...”<sup>808</sup>, y por tanto se trata de una auténtica oferta contractual, si bien no respecto de persona determinada, sino destinada al público, a un destinatario indeterminado o *ad incertam personam*. Ocurre lo mismo con el artículo 39.1 en relación a las ventas a distancia, que, disponiendo que en todas las propuestas de contratación deba constar inequívocamente que se

---

<sup>803</sup> Cfr. LUIS DíEZ-PICAZO. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Volumen I. Introducción. Teoría del contrato*. 6ª edición. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2007, pp. 356 y ss., quien expone las críticas de doctrina y jurisprudencia a este requisito por otorgar ventajas a los vendedores y generar excesivas complicaciones en contrataciones con formularios.

<sup>804</sup> CARLOS CUADRADO PÉREZ. *Oferta, aceptación y conclusión del contrato*. Bolonia: Publicaciones del Real Colegio de España, 2003, p. 175.

<sup>805</sup> Cfr. MARIA DEL CARMEN GÓMEZ LAPLAZA, en MANUEL ALBALADEJO y SILVIA DIAZ ALABART (Dtores.). *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales. Tomo XVII, Vol. 1-B. Artículos 1.261 a 1.280 del Código Civil*. Madrid: Edersa, 1993, p. 110.

<sup>806</sup> Vid. CARLOS LASARTE. *Principios de Derecho Civil III. Contratos*. 12ª edición. Madrid: Marcial Pons, 2009, p. 53.

<sup>807</sup> Cfr. ALFONSO GONZÁLEZ GOZALO. *La formación del contrato tras la Ley de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico*. Granada: Comares, 2004, p. 194. GEMA ALEJANDRA BOTANA GARCÍA. “Contratos con consumidores y usuarios”. *Diario La Ley*, nº 6990 de 16 de julio de 2008, p. 7.

<sup>808</sup> Cfr. ARIMANY, MANUBENS Y ASOCIADOS (coord.). *Ordenación del comercio minorista. Comentarios a la Ley 7/1996 y a la Ley Orgánica 2/1996, ambas de fecha 15 de enero*. 1ª edición. Barcelona: Praxis, 1996, p. 83. Y ALFONSO GONZÁLEZ GOZALO. *La formación del contrato tras la Ley de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico*. Granada: Comares, 2004, pp. 20-21, quien añade que se trata de una presunción *iuris tantum* de que es una oferta y que se puede desvirtuar, por ejemplo, probando que se trataba del decorado del escaparate.

trata de una propuesta comercial, precepto que realmente quiere expresar que la iniciativa de contratar siempre parte del comerciante<sup>809</sup>.

También es habitual la genérica posición de oferente del prestador de servicios frente al aceptante consumidor, tanto en contratación presencial como en contratación electrónica<sup>810</sup>, regla que incluso se afianza en esta modalidad, pues el artículo 27.3 de la LSSICE, adopta claramente esta tesis cuando establece que “sin perjuicio de lo dispuesto en la legislación específica, las ofertas o propuestas de contratación realizadas por vía electrónica serán válidas durante el período que fije el oferente o, en su defecto, durante todo el tiempo que permanezcan accesibles a los destinatarios del servicio”, asignando claramente al prestador el papel de oferente contractual.

Este precepto también adopta el criterio contrario al que sustenta cierta doctrina civilista moderna que entiende que la oferta posee una fuerza vinculante para el oferente que lleva implícita la concesión de un plazo para la aceptación, que ha de ser adecuado a la naturaleza de la oferta realizada<sup>811</sup>.

De hecho, doctrina autorizada considera muy al contrario que la oferta que no contenga fijación de un plazo para la aceptación puede ser retirada por el proponente en todo momento, ya que la oferta es un acto unilateral y generalmente revocable, salvo tasados y regulados supuestos legales<sup>812</sup>, criterio que queda hoy en día respaldado por el precepto legal citado, que como hemos visto indica que, mientras esté disponible en la Web, hay oferta, y en el momento en que se retire, desaparece, sin posibilidad de generar vínculo contractual alguno desde instante posterior a su retirada salvo que así se hubiese declarado en la propia oferta.

Similar conclusión entiendo debemos generalizar para todo tipo de contratos celebrados con consumidores, aunque, insistimos, en modo alguno significa que siempre adopte el consumidor el papel de aceptante. Y por ello podemos afirmar que en el contrato de servicios de tarificación adicional el

---

<sup>809</sup> Cfr. JUAN MANUEL BADENAS CARPIO y CARMEN BOLDÓ RODA. *Régimen jurídico de la llamada “venta directa”. Las ventas domiciliarias y a distancia*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2003, pp. 161-162.

<sup>810</sup> Cfr. MARÍA ARIAS POU. *Manual práctico de comercio electrónico*. 1ª edición. Madrid: La Ley, 2006, p. 186. Y ALBERTO ALONSO UREBA y ARÍSTIDES JORGE VIERA GONZÁLEZ. “Formación y perfección de los contratos a distancia celebrados por Internet”. RAFAEL MATEU DE ROS y MÓNICA LÓPEZ-MONÍS GALLEGU (Coord). *Derecho de Internet. La Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2003, pp. 298-300. En contra, J.M. CENDOYA MÉNDEZ DE VIGO. “La protección de los consumidores”. RAFAEL MATEU DE ROS Y JUAN MANUEL CENDOYA MÉNDEZ DE VIGO (Coord). *Derecho de Internet: contratación electrónica y firma digital*. Elcano (Navarra): Aranzadi, 2000, pp. 123-142. MATEU DE ROS pone el acento en la posibilidad de que el consumidor o destinatario pueda ser el oferente, en “Principios de la contratación electrónica en la LSSICE”, en la obra que coordina junto a MÓNICA LÓPEZ-MONÍS GALLEGU. *Derecho de Internet. La Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2003, pp. 115-116 y pp. 124-125.

<sup>811</sup> Cfr. JOSE LUIS ALBÁCAR LÓPEZ (Dtor). *Código Civil, Doctrina y Jurisprudencia. Tomo IV. Artículos. 1.088 a 1.444*. 4ª edición. Madrid: Trivium, 1995, pp. 960-961, quienes consideran que esta tesis “puede tener acogida en nuestra práctica, porque a ella no se opone ningún precepto del Código Civil ni de otras leyes, y porque evidentemente puede deducirse de una aplicación analógica de los artículos 1.256 y 1.258. Confirma esta implícita conclusión el análisis de los preceptos que en Códigos civiles más modernos, como el alemán (parágrafos 146 a149) y portugués (artículos 224 a235), regulan expresamente la fuerza vinculante de la oferta”.

<sup>812</sup> CARLOS LASARTE. *Principios de Derecho Civil III. Contratos*. 12ª edición. Madrid: Marcial Pons, 2009, p. 54.

prestador es el oferente y el consumidor el aceptante, sin perjuicio de que puedan existir supuestos concretos y excepcionales en que se altere este esquema.

#### **4.2.2.- Consentimiento expreso, explícito, previo e inequívoco**

El artículo 99 del TRLGDCU, heredero del artículo 41 de la LOCM relativo a envío de mercancías no solicitadas, establece literalmente en su rúbrica que el consentimiento en contratación a distancia ha de ser “expreso”. El texto positivo establece en su primer apartado que no cabe entender como aceptación la “falta de respuesta a la oferta” y dispone en su segundo apartado que la aceptación del consumidor ha de ser “explícita”.

Como señala DÍEZ SOTO respecto del artículo 41 citado<sup>813</sup>, entendemos que estos requisitos nominales no añaden nada nuevo al criterio general del artículo 1.262.2 del Código Civil, el consentimiento existe o no, no hay diversos tipos o grados de consentimiento, el normal y el expreso, el normal y el inequívoco, etc. Pese a todo, algunos autores intentan encontrar alguna utilidad a la citada calificación legal de “explícita” aceptación del consumidor, sosteniendo que se trata de una especie de norma de carga de prueba<sup>814</sup> o destacando al menos su valor pedagógico<sup>815</sup>.

Similar conclusión entiendo debemos adoptar respecto de la novedad que supone el artículo 62.1 del citado TRLGDCU, que introduce nuevos epítetos al disponer que “en la contratación con consumidores debe constar de forma inequívoca su voluntad de contratar...” o respecto del artículo 4.2.2.7 del Código de Conducta de los servicios de tarificación adicional que afirma que “la posible descarga, a instancia suya o de los prestadores de servicios, de programas informáticos que efectúen la marcación de un número de tarificación adicional (programas marcadores) no pueda efectuarse sin el consentimiento previo, expreso e inequívoco del usuario llamante”.

Precisamente el caso de los servicios de tarificación adicional ilustra a la perfección esta opinión, pues como enseguida analizaremos, la forma de

---

<sup>813</sup> Vid. CARLOS MANUEL DÍEZ SOTO, en FRANCISCO JOSÉ ALONSO ESPINOSA (et al, Coord.). *Régimen Jurídico General del Comercio Minorista. Comentarios a la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista y a la Ley Orgánica 2/1996, de 15 de enero, complementaria de la de Ordenación del Comercio Minorista*. 1ª edición. Madrid: Mc Graw Hill, 1999, pp. 498-500, quien destaca el valor admonitorio del precepto. Cfr. también JUAN MANUEL BADENAS CARPIO y CARMEN BOLDÓ RODA. *Régimen jurídico de la llamada “venta directa”. Las ventas domiciliarias a distancia*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2003, pp. 178-180.

<sup>814</sup> Vid. CARLOS MANUEL DÍEZ SOTO, en FRANCISCO JOSÉ ALONSO ESPINOSA (et al, Coord.). *Régimen Jurídico General del Comercio Minorista. Comentarios a la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista y a la Ley Orgánica 2/1996, de 15 de enero, complementaria de la de Ordenación del Comercio Minorista*. 1ª edición. Madrid: Mc Graw Hill, 1999, p. 499, quien interpreta la “exigencia de aceptación explícita en el sentido de que será el prestador el que, llegado el caso, habrá de justificar la aceptación del comprador”, es decir, como norma de carga de prueba que en poco se aparta de la general del artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

<sup>815</sup> JUAN JOSÉ MARÍN LÓPEZ señala que este precepto cumple una “función de recordatorio para empresarios de venta a distancia y pedagogía para los destinatarios individualizados de este tipo de ofertas”, en ARIMANY, MANUBENS Y ASOCIADOS (Coord.). *Ordenación del comercio minorista. Comentarios a la Ley 7/1996 y a la Ley Orgánica 2/1996, ambas de fecha 15 de enero*. 1ª edición. Barcelona: Praxis, 1996, p. 307.

manifestación de la aceptación contractual es explícita e inequívoca, pese a tratarse de una forma pasiva o tácita de manifestarlo.

#### **4.2.3.- Consentimiento informado**

Sin embargo, encontramos un precepto en la legislación que adiciona al consentimiento un calificativo que no consideramos tan inocuo, se trata del artículo 10.3 de la LSSICE, que establece que cuando se trate de servicios de tarificación adicional por Internet, el consentimiento del usuario debe ser además de previo y expreso, “informado”, en particular se dispone que “cuando se haya atribuido un rango de numeración telefónica a servicios de tarificación adicional en el que se permita el acceso a servicios de la sociedad de la información y se requiera su utilización por parte del prestador de servicios, esta utilización y la descarga de programas informáticos que efectúen funciones de marcación, deberán realizarse con el consentimiento previo, informado y expreso del usuario”.

No creemos que la utilización de este epíteto en esta ocasión sea una mera reiteración más. Entendemos que se trata de algo más, y que hemos de buscar su alcance real comparándolo con la figura del consentimiento informado del ámbito sanitario.

El consentimiento informado en el ámbito sanitario, con precedentes legales<sup>816</sup> y jurisprudenciales previos<sup>817</sup>, está actualmente reconocido en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, cuyo artículo 3 lo define como “la conformidad libre, voluntaria y consciente de un paciente, manifestada en el pleno uso de sus facultades después de recibir la información adecuada, para que tenga lugar una actuación que afecta a su salud”. El artículo 8.1 señala que toda actuación en el ámbito de la salud necesita del consentimiento informado del paciente. El artículo 10 establece el contenido mínimo de esta información, a saber, las consecuencias relevantes que la intervención origina, los riesgos y las contraindicaciones. Y el artículo 4.3 y el 10.1 señalan que el obligado a proporcionar la información es el médico responsable del paciente<sup>818</sup>.

Consecuencia de todo ello, el Tribunal Supremo considera que la falta de este tipo de información provoca un defecto de consentimiento derivado de una mala praxis médica, un incumplimiento de la *lex artis ad hoc* que puede dar

---

<sup>816</sup> Artículo 10, apartados 5 y 6 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, BOE 29-4-1986 y varias leyes de CCAA, Cataluña, a través de la Ley 21/2000, de 29 de diciembre, Galicia, Ley 3/2001, de 28 de mayo, y Navarra, Ley foral 11/2002, de 6 de mayo. Cfr. IGNACIO SANCHO GARGALLO. “Tratamiento legal y jurisprudencial del consentimiento informado”. *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, nº 2, 2004, pp. 2-3. Documento electrónico en [www.indret.com](http://www.indret.com). Consulta realizada el 26-10-2009.

<sup>817</sup> Cfr. EDUARDO J. OSUNA CARRILLO DE ALBORNOZ. “El derecho a la información sanitaria en la ley 41 / 2002”: *Cuadernos de bioética*, Vol. 17, nº 59, 2006, p. 29.

<sup>818</sup> No es objeto de este trabajo un exhaustivo análisis de la materia, que puede consultarse en la obra de MARÍA AQUILINA SÁNCHEZ RUBIO. “Marco jurídico del derecho a la información en las relaciones sanitarias: especial consideración del consentimiento informado”. Cáceres: Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura, 2007. (Tesis doctoral). Documento electrónico en <http://dialnet.unirioja.es>. Consulta realizada el 26-10-2009, 550 pp.

lugar a indemnización ante secuelas de cuya posibilidad no fuese informado el paciente<sup>819</sup>.

No obstante, téngase en cuenta que, como ocurre en el Derecho de Consumo, el derecho a la información sanitaria es un derecho independiente del derecho al consentimiento informado, aunque estén estrechamente vinculados. Existen, por tanto, obligaciones informativas ajenas al ámbito consensual<sup>820</sup>, o en palabras de BERROCAL, el derecho a la información del paciente puede hallarse desvinculado de cualquier acto de voluntad<sup>821</sup>.

Volviendo al precepto que analizamos, el artículo 10.3 de la LSSICE establece que el consentimiento en el supuesto que describe ha de ser “informado”, y aunque no define qué sea tal, consideramos que debemos aplicar analógicamente la definición sanitaria, por lo que podríamos definirlo como la “conformidad libre, voluntaria y consciente de un consumidor, manifestada en el pleno uso de sus facultades después de recibir la información adecuada, para aceptar un contrato”.

Además, el artículo 10.3 de la LSSICE establece, de modo similar a la ley sanitaria<sup>822</sup>, los elementos informativos que integran el consentimiento informado, en concreto enumera tres:

- a) “...las características del servicio que se va a proporcionar...”
- b) “...las funciones que efectuarán los programas informáticos que se descarguen, incluyendo el número telefónico que se marcará...”
- c) “...el procedimiento para dar fin a la conexión de tarificación adicional, incluyendo una explicación del momento concreto en que se producirá dicho fin y el procedimiento necesario para restablecer el número de conexión previo a la conexión de tarificación adicional”.

Por tanto, como de algún modo entendemos han apuntado otros autores<sup>823</sup>, consideramos que por primera vez el legislador ha elevado una

---

<sup>819</sup> Cfr. ENRIQUE RUBIO TORRANO. “Consentimiento informado y agente informador”: *Aranzadi Civil*, nº 18, 2009, pp. 11-13. Y MARÍA LOURDES LABACA ZABALA. “El consentimiento informado en el ámbito de la sanidad, a propósito de la Ley 41/2002, Básica Reguladora de la autonomía del paciente y de los derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica”: *Saberes: Revista de estudios jurídicos, económicos y sociales*, Separata, vol 4, 2006, pp. 21-25. En contra, ANA I. BERROCAL LANZAROT. “La autonomía del individuo en el ámbito sanitario: El deber de información y el consentimiento informado como derechos del paciente en la nueva Ley 41/2002, de 14 de noviembre”: *Foro, Revista de ciencias jurídicas y sociales*, nueva época nº 0, 2004, pp. 244-245.

<sup>820</sup> Cfr. EDUARDO J. OSUNA CARRILLO DE ALBORNOZ. “El derecho a la información sanitaria en la ley 41 / 2002”: *Cuadernos de bioética*, Vol. 17, nº 59, 2006, pp. 29-30.

<sup>821</sup> ANA I. BERROCAL LANZAROT. “La autonomía del individuo en el ámbito sanitario: El deber de información y el consentimiento informado como derechos del paciente en la nueva Ley 41/2002, de 14 de noviembre”: *Foro, Revista de ciencias jurídicas y sociales*, nueva época nº 0, 2004, p. 250.

<sup>822</sup> ANA I. BERROCAL LANZAROT señala que se denomina “información clínica” a la necesaria para prestar consentimiento al tratamiento. “La autonomía del individuo en el ámbito sanitario: El deber de información y el consentimiento informado como derechos del paciente en la nueva Ley 41/2002, de 14 de noviembre”: *Foro, Revista de ciencias jurídicas y sociales*, nueva época nº 0, 2004, p. 249.

<sup>823</sup> Cfr. DAVID LÓPEZ JIMÉNEZ y FRANCISCO JOSÉ MARTÍNEZ LÓPEZ, que se refieren a todos los contratos electrónicos, lo que consideramos incorrecto, ya que sólo se establece la obligatoriedad de consentimiento informado para los servicios de tarificación electrónicos, “para que el contrato electrónico se perfeccione, además de informar con carácter previo al consumidor o usuario de ciertos extremos -de los que ya nos hemos ocupado-, resulta necesario el consentimiento...”, en “La formación del contrato electrónico”: *Revista de la Contratación Electrónica*, nº 105, 2009, p. 9 de documento electrónico de V-Lex.



serie de elementos informativos precontractuales de consumo a la categoría de elemento esencial del consentimiento contractual.

Estos elementos se unirían a los requisitos tradicionales de la aceptación contractual que hemos señalado anteriormente (recepticia, concordante con la oferta y tempestiva) y sin la concurrencia de todos ellos podría predicarse viciado el consentimiento en grado de anulabilidad, como analizaremos más adelante en el apartado correspondiente.

Avala esta afirmación, no sólo la clarísima dicción del artículo 10.3 de la LSSICE, sino también su estructura, que cumple los dos parámetros que entendemos suficientes para considerar instaurado un consentimiento informado de consumo, a saber, la expresión nominal del derecho y el listado o concreción de los correspondientes contenidos informativos.

Es posible que en un futuro el legislador considere la posibilidad de instaurar el consentimiento informado en otros ámbitos del consumo en los que se considere necesario e imprescindible garantizar el suministro de cierta información precontractual.

Para ello bastará con que el legislador establezca con claridad el contenido de la información y que la califique como integrante de un obligado consentimiento informado en la materia, sin que sea necesario declarar complementariamente efecto jurídico alguno en caso de ausencia de tal información por resultar ello implícito mediante tal formulación.

#### **4.2.4.- El momento de celebración del contrato de servicio de tarificación adicional**

El contrato de servicio de tarificación adicional es una modalidad de contratación entre ausentes y por tanto, le resulta de aplicación artículo 1.262 del Código Civil, que establece el criterio de la recepción como general y común en nuestro ordenamiento jurídico para presumir el momento de nacimiento del contrato.

Como señalamos en su momento, la aplicación del criterio de la emisión sólo está prevista en el precepto para las contrataciones automáticas que exigen previo pago de precio contra entrega inmediata del producto o servicio, lo que sólo concurre en los servicios de tarificación adicional que se obtienen mediante teléfonos móviles con tarjetas prepago.

No obstante, existen algunos matices según la modalidad de servicio de tarificación adicional de que se trate.

##### **4.2.4.1.- El consentimiento en la modalidad telefónica y de Internet se manifiesta mediante el silencio e inactividad del consumidor**

La dinámica del contrato de servicio telefónico de tarificación adicional en los años noventa era diferente de la actual. Entonces la prestación del servicio y su tarificación se iniciaban en el mismo momento en que el prestador levantaba el teléfono al otro lado de la línea para atender la llamada del consumidor, es decir, con el establecimiento de llamada. Tal era igualmente el momento en que nacía el consentimiento contractual, ya que simultáneamente llegaba a poder y conocimiento del prestador oferente la aceptación contractual del consumidor.

Teniendo en cuenta las actuales peculiaridades de la contratación y su proceso específico, el momento en que se celebra el contrato no es el de marcación<sup>824</sup> ni el del establecimiento de llamada cuando descuelga el teléfono el llamado, ya que el prestador oferente aún desconoce si el consumidor va a aceptar o no la prestación del servicio. Una vez terminada la locución informativa tampoco nace el consentimiento, puesto que aun goza de 5 segundos más el consumidor para cortar la comunicación sin devengo de precio, el denominado periodo de reflexión, guarda o espera.

La aceptación contractual se produce transcurrido tanto el tiempo de duración de la locución informativa de 15 segundos como los inmediatamente siguientes 5 segundos de tiempo de espera o reflexión, siempre que el consumidor no cuelgue antes, momento en el que comienza la prestación del servicio y la tarificación adicional con el correspondiente sobreprecio.

Es únicamente cuando transcurre este tiempo de espera cuando podemos afirmar que el prestador oferente recibe a la vez que conoce la aceptación del consumidor. Y tal tiempo transcurre sólo y exclusivamente porque lo consiente el consumidor llamante mediante su silencio e inactividad, manteniéndose a la escucha en el teléfono.

Sería y es lícito que el consumidor llame simplemente para conocer las condiciones del servicio, sin intención alguna de contratar, y por tanto no puede entenderse que al marcar ha celebrado contrato alguno. Sólo habrá celebrado contrato si deja transcurrir todos los tiempos establecidos.

En el supuesto específico de la modalidad por Internet la aceptación contractual tampoco se genera cuando el consumidor clikea<sup>825</sup> con el ratón del ordenador sobre el icono o signo correspondiente. Tal acción es el establecimiento de llamada y sólo permite y consiente que se descargue gratuitamente en su ordenador el *dialer* que altere la conexión. Pero nada más, porque como en la modalidad telefónica, se garantiza un aplazamiento similar.

---

<sup>824</sup> ANA ISABEL MENDOZA LOSANA, considera que “el usuario emite el consentimiento contractual mediante un acto concluyente, la marcación del número telefónico que le facilita el acceso al STA”, “Servicios telefónicos de tarificación adicional: luces y sombras de la nueva regulación”, en *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, nº 8, 2005, pp. 86-87.

<sup>825</sup> Nos planteamos si en líneas generales basta un solo clic para manifestar la aceptación contractual en comercio electrónico. El artículo 27.1.c) de la Ley exige como obligación previa al inicio del procedimiento de contratación que se informe de los “distintos trámites que deben seguirse para celebrar el contrato...y de los medios técnicos que pone a su disposición para identificar y corregir errores en la introducción de los datos”, lo que implica la obligatoriedad de que el prestador telemático cuente con los medios necesarios para ello en la web. Normalmente, en cumplimiento de tales requisitos las páginas web contienen una demostración de la operativa de contratación, lo que se conoce como “demo”, y una vez realizada la adquisición, suelen mostrar los datos completos de la operación solicitando su confirmación, corrección o modificación, lo que en definitiva supone una conformación mediante doble clic de la manifestación unilateral de voluntad que es la aceptación contractual del consumidor. Así pues, aunque no puede mantenerse que sea una característica esencial cuya ausencia genere un vicio contractual, creo que al menos sí se puede afirmar que el consentimiento contractual en comercio electrónico presenta como característica general frente al presencial que se genera mediante una doble manifestación de la aceptación contractual por parte del consumidor. Cfr. SILVIA GERBOLÉS RODRÍGUEZ, en la obra de JAVIER CREMADES y JOSÉ LUIS GONZÁLEZ MONTES (Coord). *La Nueva ley de Internet (Comentarios a la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico)*. Madrid-Las Rozas: La Ley-Actualidad, 2003, p. 441. Y MATEU DE ROS, “Principios de la contratación electrónica en la LSSICE”. RAFAEL MATEU DE ROS y MÓNICA LÓPEZ-MONÍS GALLEGU. *Derecho de Internet. La Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2003, pp. 142-143.

El prestador que manda el *dialer* no sabe si el consumidor aceptará o no el servicio, puesto que éste puede cortar la conexión durante 20 segundos sin generar gasto. Transcurridos éstos, como en el servicio telefónico, es de nuevo su inactividad la que genera el consentimiento contractual, en este caso, la ausencia de acción de corte de la conexión, y tal es el momento en que el consumidor acepta el contrato.

Doctrina y jurisprudencia, que de lejos vienen tratando el tema de si el puro silencio puede ser considerado como una declaración de voluntad generadora de un negocio jurídico, consideran que no se le puede otorgar valor consensual como regla general. Así, por ejemplo, los autores que comentan el artículo 41 de la LOCM (envío de mercancías no solicitadas), del que trae causa el artículo 99 del TRLGDCU, se esfuerzan en resaltar el hecho de que el silencio no puede ser considerado como un consentimiento tácito<sup>826</sup>. Y ejemplo de ello tenemos incluso en la propia reglamentación de los servicios de tarificación adicional<sup>827</sup>.

Pero la misma doctrina y jurisprudencia igualmente indican que en ciertos casos cabe considerar el silencio como declaración de voluntad cuando dada una determinada relación entre dos personas, el modo corriente de proceder implica el deber de hablar, ya que si el que puede y debe hablar no lo hace se ha de reputar que consiente<sup>828</sup>.

Somos conscientes de que, en nuestro caso, no es el silencio propiamente dicho el elemento que precipita la celebración del contrato, sino la omisión de corte de comunicación, pero es evidente que se puede equiparar

---

<sup>826</sup> Cfr. JUAN JOSÉ MARÍN LÓPEZ, en ARIMANY, MANUBENS Y ASOCIADOS (Coord.). *Ordenación del comercio minorista. Comentarios a la Ley 7/1996 y a la Ley Orgánica 2/1996, ambas de fecha 15 de enero*. 1ª edición. Barcelona: Praxis, 1996, p. 307. MIGUEL PASQUAU LIAÑO, en JOSE LUIS PIÑAR MAÑAS y EMILIO BELTRÁN SÁNCHEZ (Dtores). *Comentarios a la Ley de Ordenación del Comercio Minorista y a la Ley Orgánica complementaria*. 1ª edición. Madrid: Civitas, 1997, pp. 316-318. Y ENCARNACIÓN SERNA MEROÑO, en FRANCISCO JOSÉ ALONSO ESPINOSA (et al, Coord.). *Régimen Jurídico General del Comercio Minorista. Comentarios a la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista y a la Ley Orgánica 2/1996, de 15 de enero, complementaria de la de Ordenación del Comercio Minorista*. 1ª edición. Madrid: Mc Graw Hill, 1999, p.486.

<sup>827</sup> Es el Código de Conducta de 2009 para mensajería premium el que contiene preceptos en este sentido, ya que los servicios de voz o Internet no permiten técnicamente el envío de llamadas que deban ser pagadas por el llamado, como sí ocurre en mensajería premium. El artículo 3.8 dispone que “la falta de respuesta del usuario a cualquier mensaje de petición de confirmación del operador se entenderá como una renuncia a recibir el servicio solicitado, equivaliendo a todos los efectos a la emisión de un mensaje de rechazo...; el artículo 4.1.2 establece que “la retribución por la prestación de servicios de tarificación adicional únicamente deberá producirse por servicios expresamente solicitados por el usuario y efectivamente prestados”; y el artículo 6.3.4.1 dispone que “estará prohibido el envío de mensajes a los usuarios que no hayan realizado la correspondiente solicitud de suscripción conforme al apartado siguiente. Asimismo, estará prohibido el envío y facturación de mensajes a los usuarios que hayan cursado la solicitud de baja conforme al mismo apartado”.

<sup>828</sup> Cfr. CARLOS LASARTE. *Principios de Derecho Civil III. Contratos*. 12ª edición. Madrid: Marcial Pons, 2009, pp. 55-56. LUIS DíEZ-PICAZO. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Volumen I. Introducción. Teoría del contrato*. 6ª edición. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2007, pp. 177-178. ANA VICTORIA GARCÍA-GRANERO COLOMER. “La perfección de los contratos”. JUAN FRANCISCO DELGADO DE MIGUEL (Coord.). *Instituciones de Derecho Privado. Tomo III. Obligaciones y contratos. Vol 1º*. 1ª edición. Madrid: Civitas, 2002, pp. 425-428. Y JOSE LUIS ALBÁCAR LÓPEZ (Dtor). *Código Civil, Doctrina y Jurisprudencia. Tomo IV. Artículos. 1.088 a 1.444*. 4ª edición. Madrid: Trivium, 1995, p. 965.

inactividad y silencio, y así lo hacen algunos autores expresamente<sup>829</sup>. En nuestro caso, como el deber del consumidor que llama y decide finalmente no contratar es colgar el teléfono, la omisión de tal acción manteniendo la línea es una clara manifestación de aceptación contractual.

Este esquema es el que se sigue en los servicios de tarificación adicional, el consumidor que establece comunicación con un prestador de servicios de tarificación adicional puede manifestar su disenso colgando el teléfono hasta 5 segundos después de recibida la información de la locución, ya que no hay otro modo natural de interrumpir el proceso de contratación iniciado una vez ha marcado y establecido la llamada.

Por tanto, podemos señalar a los servicios de tarificación adicional como supuestos en los que el silencio y la inactividad son el acto jurídico que determina la aceptación contractual, contradiciendo el criterio de algunos autores que consideran que es impensable un consentimiento tácito o mediante silencio en contratación electrónica<sup>830</sup>.

#### 4.2.4.2.- El consentimiento en la modalidad de mensajería premium

Las conclusiones generales a las que hemos llegado no son aplicables a la mensajería premium.

Como sabemos, y a estos efectos, existen dos tipos de mensajería, la que se presta automáticamente una vez recibido el mensaje de invocación del consumidor, que es la de bajo coste, y la de riesgo, que requiere de posterior remisión de mensaje informativo por parte del prestador y mensaje de confirmación final del usuario, que goza en esta modalidad de tanto tiempo de reflexión como desee entre mensaje informativo y mensaje de confirmación.

El consentimiento surge con el mensaje del consumidor ante la oferta comercial publicitaria del prestador, y exactamente nace en el momento en que el sistema del prestador recibe la aceptación contractual del consumidor mediante el envío de su mensaje de invocación o confirmación (criterio de la recepción), aunque si se trata de tarjeta prepago, el momento es el de la emisión del mensaje desde el teléfono del consumidor.

Una vez que el consumidor ha decidido enviar su mensaje de invocación (servicios de bajo coste) o de confirmación (los de riesgo), no hay tiempo de espera alguno ni puede evitar su recepción por el destinatario, por lo que entendemos que el acto material de envío marca la manifestación de la aceptación contractual por parte del consumidor, un acto material y positivo

---

<sup>829</sup> Cfr. LUIS DíEZ-PICAZO. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Volumen I. Introducción. Teoría del contrato*. 6ª edición. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2007, pp. 355-356. CARLOS CUADRADO PÉREZ. *Oferta, aceptación y conclusión del contrato*. Bolonia: Publicaciones del Real Colegio de España, 2003, p. 223. Expresamente cita como un supuesto de esta especie la compra mediante distribuidores automáticos MARIA DEL CARMEN GÓMEZ LAPLAZA, en MANUEL ALBALADEJO y SILVIA DÍAZ ALABART (Dtores.). *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales. Tomo XVII, Vol. 1-B. Artículos 1.261 a 1.280 del Código Civil*. Madrid: Edersa, 1993, p. 120.

<sup>830</sup> Así lo considera JOSE ANTONIO VEGA VEGA. *Contratos electrónicos y protección de los consumidores*. 1ª edición. Madrid: Reus, 2005, p. 219. Y en RODRIGO BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO y JESÚS LEGUINA VILLA (Coord). *Comentarios a las leyes de Ordenación del Comercio Minorista. Ley Orgánica 2/1996, de 15 de enero, complementaria de la de Ordenación del Comercio Minorista, y Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista*. Madrid: Tecnos, 1997, p. 704.

totalmente opuesto al silencio o inactividad que marca la manifestación del consentimiento en las demás modalidades.

Para mensajería premium de riesgo, la Orden ITC/308/2008, de 31 de enero, expresamente declara que la falta de respuesta del usuario al mensaje de petición de confirmación del operador se entenderá como una renuncia a recibir el servicio solicitado, incluso prevé también que el consumidor pueda remitir un mensaje de rechazo expreso al servicio, adoptando expresamente el criterio general, el silencio no puede interpretarse como declaración de voluntad, al contrario de lo que ocurre en el supuesto de la modalidad telefónica. Si la Administración de Telecomunicaciones hubiese reglamentado una descarga automática del servicio a los 20 segundos de la remisión de los mensajes precontractuales, por ejemplo, la inactividad del consumidor sí sería omisión constitutiva de aceptación contractual<sup>831</sup>.

En todos estos casos, el artículo 5.5º la Orden ITC/308/2008, de 31 de enero, también hace hincapié en el hecho de que el coste de los mensajes intermedios de invocación, confirmación o rechazo no puede adicionar cantidad alguna en concepto de remuneración por servicios, de forma que el usuario únicamente debe pagar la tarifa del servicio soporte, es decir, como máximo, el precio del servicio general de mensajes entre usuarios finales.

Por último, el artículo 6.1.6 del Código de Conducta de 2009 que regula la mensajería premium realiza un pronunciamiento relativo al consentimiento contractual, “con carácter general, únicamente será válida la manifestación de la voluntad del usuario de contratar el servicio confirmada a través de mensaje remitido desde su propio número de teléfono de abonado”, incluso si se utilizan otras plataformas que gestionen mensajería móvil, por ejemplo, desde servidores por Internet<sup>832</sup>.

Como señalamos, la regulación administrativa parte siempre del supuesto general de que abonado y llamante son la misma persona, pero en este precepto se considera expresamente que puedan ser diferentes con el único objetivo de inadmitir expresamente tal contratación.

No se puede dar más valor a este precepto que el de una mera afirmación administrativa que, por tanto, no vincula ni a Jueces ni a Tribunales. En modo alguno puede declararse inválido un contrato cuando el titular abonado de un soporte no sea el llamante, lo que ocurre, por ejemplo, cuando un llamante pide prestado el móvil a un amigo para descargarse cierto politono al que sólo así tiene acceso. A continuación el llamante paga al abonado su precio y obtiene el politono pasándolo del móvil del abonado al del llamante por *bluetooth*.

El sinalagma contractual no puede romperse por disposición reglamentaria. Ésta debe interpretarse en el sentido de que en tal caso resultará de aplicación, como ya señalamos, el artículo 1.717 del Código Civil, y

---

<sup>831</sup> En el caso de servicios de suscripción, el artículo 6.3.4.2 del Código de Conducta de 2009 establece que deberá tener el siguiente formato, «ALTA {evento}», sustituyendo {evento} por su palabra clave, y que será indiferente la utilización de letras mayúsculas o minúsculas.

<sup>832</sup> Art. 6.1.6- “Con carácter general, únicamente será válida la manifestación de la voluntad del usuario de contratar el servicio confirmada a través de mensaje remitido desde su propio número de teléfono de abonado. No obstante, el servicio podrá ser contratado a través de otras vías siempre que quede garantizado lo siguiente: a) La autenticación del número de teléfono móvil que invoca el servicio. b) La manifestación del consentimiento del usuario conforme se regula en este Código. c) La adecuada visibilidad de las condiciones generales a lo largo del proceso de contratación”.

resultará responsable del contrato el abonado como mandatario que no ha exhibido su condición ante el prestador, pero nunca como comprador.

#### 4.2.4.3.- El consentimiento en el contrato de servicio de directorio

La Orden CTE/711/2002, de 26 de marzo, también comete el exceso de considerarse habilitada para regular el consentimiento contractual de esta modalidad cuando su artículo 9.1 dispone que “el contrato para el acceso al servicio de consulta telefónica sobre números de abonado prestado por entidades titulares de autorizaciones generales tipo D se entenderá perfeccionado por la aceptación por éstos de las llamadas de los usuarios y la consiguiente prestación del servicio.”

Un reglamento administrativo no puede regular la materia sin la correspondiente habilitación legal, y menos aún si lo hace en contra del sentido de las correspondientes leyes formales, como ocurre por dos veces en este precepto.

Por un lado invierte radicalmente el principio general de contratación con consumidores por el que el oferente es el suministrador y el aceptante el consumidor.

Y por otro, resulta contrario al artículo 1262.2 del Código Civil, que ya hemos analizado, y que en esta materia supone que el acto de aceptación que genera el consentimiento contractual es la inactividad o silencio del consumidor al transcurrir en este caso 11 segundos desde el establecimiento de llamada.

Recordemos que en esta modalidad está prevista una locución informativa de 8 segundos seguida de un tiempo de guarda o espera de 3 segundos desde el establecimiento de llamada, por lo que la inactividad del consumidor transcurrido este lapso de tiempo es la omisión y momento que perfeccionan el contrato, de acuerdo con los planteamientos que hemos realizado, y no la “aceptación de la llamada” por el operador, como erróneamente establece la regulación reglamentaria.

Por tanto, no se puede otorgar a este artículo 9.1 virtualidad jurídica alguna.

#### 4.2.5.- El lugar de celebración del contrato de servicio de tarificación adicional

Respecto del lugar de celebración del contrato, el actual texto del artículo 1.262 del Código Civil mantiene el tradicional criterio de que se presume celebrado en el lugar en que se hizo la oferta<sup>833</sup>, lo que bastantes autores suelen identificar con el domicilio del oferente, muchas veces sin mayor argumentación<sup>834</sup>.

---

<sup>833</sup> LUIS DÍEZ PICAZO señala su preferencia por este criterio frente al del lugar de la aceptación, “pues la reglamentación contractual se encuentra ya contenida en su totalidad en la oferta, de manera que la aceptación no es un acto de creación del contenido reglamentario del contrato, sino una conformidad al mismo”. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Volumen I. Introducción. Teoría del contrato*. 6ª edición. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2007, p. 373.

<sup>834</sup> La doctrina parece simplificar la cuestión considerando que el lugar coincide con el del establecimiento del oferente. Cfr. JOSE ANTONIO VEGA VEGA. *Contratos electrónicos y protección*

Sin embargo, en nuestro caso y probablemente en muchos otros, entiendo no tiene por qué identificarse sin más el lugar en que se hace la oferta con el domicilio social del prestador del servicio de tarificación adicional, ya que la oferta comercial se presenta mediante la misma publicidad en prensa o televisión y ello da pie a entender que el criterio espacial en modo alguno debe estar directamente relacionado con el domicilio del prestador, que puede contratar desde París la realización de ofertas publicitarias en Almería, sino con el lugar o lugares donde se materializa la oferta publicitaria, lo que en la inmensa mayoría de supuestos acercará el resultado final más al domicilio del consumidor que al domicilio del prestador.

DÍEZ-PICAZO diferencia el lugar de la obligación del lugar de la prestación, el primero es donde nace la relación y el segundo donde se debe ejecutar o cumplir, y aunque dedica sus extensas reflexiones al segundo, afirma que como último criterio de fijación de lugar en defecto de ley o pacto, debe aplicarse el principio del *favor debitoris*, conforme al artículo 1.171.3º del Código civil, el que se obliga, se obliga a lo menos, y por tanto, el lugar ha de ser el que favorezca más al deudor, normalmente, el llamante consumidor al que se le reclama el precio impagado de llamadas a servicios de tarificación adicional<sup>835</sup>.

De hecho, tal es sin más el criterio adoptado en materia de contratación electrónica, puesto que el artículo 29 de la LSSICE dispone que “los contratos celebrados por vía electrónica en los que intervenga como parte un consumidor se presumirán celebrados en el lugar en que éste tenga su residencia habitual”<sup>836</sup>, presunción que según considera RODRÍGUEZ RUIZ, debe entenderse imperativa o *iuris et de iure* por aplicación del principio *pro consummatore*<sup>837</sup>.

---

*de los consumidores*. 1ª edición. Madrid: Reus, 2005, p. 230. LUCÍA ARRANZ ALONSO. “Los contratos del comercio electrónico”, en RAFAEL MATEU DE ROS y MÓNICA LÓPEZ-MONÍS GALLEGRO (Coord). *Derecho de Internet. La Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2003, p. 210. ALFONSO GONZÁLEZ GOZALO entiende que el lugar es el del domicilio o establecimiento del oferente si se expide en lugar sin conexión con el caso, en *La formación del contrato tras la Ley de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico*. Granada: Comares, 2004, pp. 164-165. Y ÁNGELA GUIZADO MORENO considera que es el lugar donde esté establecido el prestador de servicios (oferente). *Formación y perfección del contrato en Internet*. Madrid: Marcial Pons, 2004, p. 206, nota 48.

<sup>835</sup> LUIS DÍEZ-PICAZO. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Volumen II. Las relaciones obligatorias*. 6ª edición. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2008, pp. 386-387 y p. 390.

<sup>836</sup> El criterio fue firmemente defendido por el Consejo de Consumidores y Usuarios, cfr. JAVIER CREMADES y JOSÉ LUIS GONZÁLEZ MONTES (Coord). *La Nueva ley de Internet (Comentarios a la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico)*. Madrid-Las Rozas: La Ley-Actualidad, 2003, pp. 449-452. El precepto utiliza otro criterio para los contratos entre profesionales, y termina disponiendo que los contratos electrónicos entre empresarios o profesionales, en defecto de pacto entre las partes, se presumirán celebrados en el lugar en que esté establecido el prestador de servicios.

<sup>837</sup> Cfr. DANIEL RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA. “Tiempo y lugar de perfección de los contratos electrónicos y demás contratos a distancia”: *Revista de la Contratación Electrónica*, nº 52, 2004, p. 19 de documento electrónico de V-Lex.

### 4.3.- OBJETO Y CONTENIDO DEL CONTRATO

Siguiendo a LASARTE, consideraremos como objeto del contrato aquel elemento esencial del mismo identificado con las cosas, los derechos o servicios sobre los que recae el acuerdo contractual, como concepto más restringido que el de contenido del contrato, que de modo más amplio es el conjunto de todas las prestaciones que lo integran, tanto las facultades, prerrogativas y derechos de una de las partes contratantes como las correlativas cargas, deberes y obligaciones de la otra<sup>838</sup>.

#### 4.3.1.- El objeto del contrato y sus requisitos

El servicio de tarificación adicional es el objeto del contrato que analizamos. Damos por reproducido cuanto señalamos al analizar su concepto para centrarnos en este momento en sus requisitos jurídicos como elemento contractual y las prestaciones accesorias que lo caracterizan.

Conforme a los artículos 1.271 a 1.273 del Código Civil, el objeto del contrato debe reunir tres requisitos, que sea posible, lícito y determinado<sup>839</sup>.

Respecto al primero<sup>840</sup>, ya señalamos dos supuestos regulados en el Código de Conducta de 2009 de mensajería premium, el artículo 4.1.2, que prohíbe la facturación de mensajes a los usuarios cuyo acceso a los servicios hubiese resultado imposible por no existir un acuerdo entre el operador de acceso y el titular de la numeración o por cualquier otra razón técnica, y el artículo 6.3.5.4 en relación a programas en diferido que contengan concursos o similares, exigiendo que se anuncien las circunstancias que hiciesen de la participación algo imposible.

Respecto del segundo<sup>841</sup>, los Códigos de Conducta contienen tanto pronunciamientos generales en este sentido (los artículos 5.1.1.2 del Código de Conducta de 2004 y 6.1.1.2 del Código de Conducta de 2009 para mensajería premium prohíben “inducir o incitar a actuar de forma ilegal”), como otros preceptos concretando este tradicional requisito contractual en relación a los ámbitos más sensibles en este tipo de servicios, como son:

---

<sup>838</sup> Cfr. CARLOS LASARTE ÁLVAREZ. *Manual sobre protección de consumidores y usuarios*. 3ª edición. Madrid: Dykinson, 2007, p. 117. Este autor también advierte que “no obstante, la generalidad de la doctrina critica la visión del Código y pretende “elevantarla”, afirmando que no cabe referir los artículos 1.271 y sucesivos a las cosas o servicios en sentido material, sino a las prestaciones de los contratantes”, pero advierte que con ello “se olvida...que el término cosa no puede entenderse en sentido grosero y puramente material, sino que también los derechos...son simultáneamente cosas”, CARLOS LASARTE. *Principios de Derecho Civil III. Contratos*. 12ª edición. Madrid: Marcial Pons, 2009, p. 30.

<sup>839</sup> CARLOS LASARTE. *Principios de Derecho Civil III. Contratos*. 12ª edición. Madrid: Marcial Pons, 2009, p. 31.

<sup>840</sup> El artículo 1.272 del Código Civil establece que “no podrán ser objeto de contrato las cosas o servicios imposibles”.

<sup>841</sup> La licitud se delimita en el artículo 1.271, que excluye del ámbito contractual tanto a “las cosas que estén fuera del comercio” (por ejemplo, bienes públicos) como a “todos los servicios que sean contrarios a las leyes o a las buenas costumbres”.



a- La discriminación sexual, racial o religiosa o cualquier otra vulneración de los derechos fundamentales y de las libertades públicas reconocidas por la Constitución Española<sup>842</sup>.

b- Las normas legales o reglamentarias sobre el secreto de las comunicaciones, propiedad intelectual, derecho al honor y a la intimidad personal o familiar, o cualquier otra disposición aplicable a la naturaleza del servicio<sup>843</sup>.

c- Y la legislación de protección de datos, señalando que “los servicios que incorporen solicitud de información personal o datos de carácter personal, incluyendo nombre, domicilio u otros datos, teniendo dicha consideración el número de teléfono fijo o móvil, deberán ser adecuados, pertinentes y no excesivos con relación a la finalidad para la que se recaben, y manifestar con claridad para qué se solicita dicha información, indicando cualquier destino que se vaya a dar a la información solicitada”, sin perjuicio del derecho del usuario de retirar los datos<sup>844</sup>.

Por último, el artículo 1.273 del Código Civil dispone como tercer requisito la determinación o determinabilidad de las cosas, aunque como señala LASARTE, el precepto es igualmente aplicable a servicios<sup>845</sup>, lo que en tarificación adicional no presenta ningún problema específico.

En conclusión, los Códigos de Conducta no añaden nada nuevo a la regulación contractual de esta materia.

#### **4.3.2.- Los Códigos de Conducta integran el contenido del contrato en virtud del instituto jurídico de la buena fe objetiva**

El capítulo 5 del Código de Conducta de 2004 y el capítulo 6 del Código de Conducta de 2009 para mensajería premium establecen las normas de aplicación al contenido de los servicios.

En su momento argumentamos que los Códigos de Conducta son Reglamentos nulos de pleno derecho sin eficacia jurídica alguna, lo que hace necesario que por parte de las autoridades competentes en materia de protección al consumidor se sustituyan por auténticas normas jurídicas.

No obstante ello, su contenido puede ser aplicado por los Tribunales al contrato de servicio de tarificación adicional en virtud de la buena fe objetiva, ya que la mayoría de estos preceptos no son sino concreción del principio de buena fe en la materia, por lo que entendemos resultan jurídicamente aplicables en tal concepto al contrato de servicio de tarificación adicional.

Conforme al artículo 1.258 del Código Civil, los contratos obligan “no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley” y ello es así aún cuando las partes expresamente pactaran lo

---

<sup>842</sup> Artículo 5.1.1.1 del Código de Conducta de 2004 y artículo 6.1.1.1 del Código de Conducta de 2009 para mensajería premium.

<sup>843</sup> Artículo 5.1.1.6 del Código de Conducta de 2004 y artículo 6.1.1.6 del Código de Conducta de 2009 para mensajería premium.

<sup>844</sup> Artículo 5.1.4 del Código de Conducta de 2004 y artículo 6.1.4 del Código de Conducta de 2009 para mensajería premium.

<sup>845</sup> CARLOS LASARTE. *Principios de Derecho Civil III. Contratos*. 12ª edición. Madrid: Marcial Pons, 2009, p. 32.

contrario, de acuerdo con la doctrina del profesor LASARTE y otros autores que desde hace unas décadas mantienen su carácter imperativo, lejos de la naturaleza programática o meramente interpretativa que le otorgaba la más conservadora<sup>846</sup>.

Doctrina y jurisprudencia coinciden en señalar que la buena fe de la que habla el precepto no es la subjetiva, sino la objetiva, y ello tuvo reflejo en la nueva redacción que se efectuó en 2006 del artículo 12.6 de la LGDCU<sup>847</sup>, que recogiendo esta interpretación, dispuso que “los contratos con los consumidores se integrarán, en beneficio del consumidor, conforme al principio de buena fe objetiva, también en los supuestos de omisión de información precontractual relevante”, tenor que se mantiene idéntico en el artículo 65 del TRLGDCU.

Encontramos una formulación reciente de este principio en una sentencia de 2005 de nuestro más alto Tribunal<sup>848</sup>, que afirma que “la buena fe, como principio general del derecho, ha de informar todo contrato y obliga a un comportamiento humano objetivamente justo, legal, honrado y lógico en el sentido de estar a las consecuencias de todo pacto libremente asumido, sin frustrar la vocación o llamada que el mismo contiene a su cumplimiento, de forma que quien contrata u oferta contratar queda obligado, no sólo a lo que se expresa de modo literal, sino también a sus derivaciones naturales; la buena fe no se refiere a la buena fe subjetiva (creencia, situación psicológica), sino a la objetiva (comportamiento honrado, justo), a la que se alude en el artículo 7 del Código que consagra como norma el principio general de derecho de ese nombre, con lo que implica un mandato jurídico con eficacia social organizadora; y ese carácter objetivo se encamina a comportamientos adecuados para dar al contrato cumplida efectividad en orden a la obtención de los fines propuestos”<sup>849</sup>.

Son concreción de este principio los preceptos de los Códigos de Conducta que prohíben contenidos que lleven a conclusiones erróneas a consecuencia de su inexactitud, ambigüedad, exageración, omisión o similares, así como la información falsa o caduca<sup>850</sup>.

---

<sup>846</sup> En todas las obras en que analiza el precepto consta, por ejemplo, en CARLOS LASARTE ÁLVAREZ. *Manual sobre protección de consumidores y usuarios*. 3ª edición. Madrid: Dykinson, 2007, pp. 125-129 y ss. Cfr. RODRIGO BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO (Coord.). *Comentarios al Código Civil*. 3ª edición. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2009, pp. 1483-1484, y LUIS DíEZ-PICAZO. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Volumen I. Introducción. Teoría del contrato*. 6ª edición. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2007, pp. 61 y ss.

<sup>847</sup> Reforma introducida en su día en la LGDCU por el apartado seis del artículo 1 de la Ley 44/2006 de 29-12-2006, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios, BOE 30-12-2006.

<sup>848</sup> STS núm. 19/2005 (Sala de lo Civil, Sección 1ª), de 19 enero, RJ 2005/518, que cita otras muchas en este sentido.

<sup>849</sup> Consideramos que el concepto de buena fe objetiva, el de “prestaciones propias de cada bien o servicio” mencionado en el artículo 61.2 del TRLGDCU, y el principio de conformidad con el contrato establecido en el artículo 114 del TRLGDCU en sede de garantía de bienes muebles, son conceptos íntimamente relacionados entre sí, aunque la doctrina aún no ha fijado su grado y tal análisis excede al del presente trabajo. El alcance del segundo fue tempranamente analizado en su día por SANTIAGO CAVANILLAS MÚGICA en “Las prestaciones propias de cada producto o servicio (art. 8.1 LCU)”, *Aranzadi Civil*, vol II, Pamplona, 1993, p. 1839.

<sup>850</sup> Artículos 5.1.1.3 y 5.1.1.7 del Código de Conducta de 2004 y artículos 6.1.1.3 y 6.1.1.7 del Código de Conducta de 2009 para mensajería premium.

También los que proscriben tiempos de espera fraudulentos, tanto en el tiempo que dure la locución informativa o el menú de inicio como durante la prestación efectiva del servicio<sup>851</sup>, o los que intentan evitar técnicas fraudulentas que inciten a llamar compulsivamente, prohibiendo expresamente inducir un estado inaceptable de ansiedad o temor o aprovecharse o explotar el estado de necesidad económica, laboral o personal del usuario llamante, explotar la confianza o atentar contra la intimidad de personas mentalmente discapacitadas, desequilibradas o vulnerables o inducir a realizar llamadas compulsivas proporcionando información no veraz sobre el número de participantes simultáneos en un determinado evento<sup>852</sup>.

También las obligaciones específicas de servicios dirigidos a infancia y juventud que imponen que no se utilizarán palabras malsonantes o despreciativas<sup>853</sup>; que no deberán explotar su credulidad o falta de experiencia<sup>854</sup>; y los que prohíben animar a la utilización de otros teléfonos de tarificación adicional o reiteración al que se llama<sup>855</sup>.

Y finalmente el artículo 6.1.1.5 del Código de Conducta de 2009 sobre mensajería premium, que prohíbe específicamente inducir a involucrarse en prácticas peligrosas de riesgo, o que atenten contra la salud o el equilibrio psíquico.

#### **4.3.3.- Los Códigos de Conducta integran el contenido del contrato en virtud del instituto jurídico de la estipulación contractual en beneficio de tercero**

Pero en ocasiones, las prescripciones de los Códigos de Conducta van mucho más allá de lo que podría ser una estricta aplicación del principio de buena fe, señalando obligaciones muy precisas, si bien siempre de carácter unidireccional, es decir, dirigidas a los prestadores y beneficiando a los consumidores, característica constante en todas las normas reglamentarias de protección al consumidor. Se trata de ciertas obligaciones de los prestadores que sería complejo entender constituidas simplemente en base a la buena fe, sin su expresa consignación.

---

<sup>851</sup> El Código de Conducta de 2004 es el que regula estas cuestiones, ya que en mensajería premium no se producen técnicamente tales esperas. El artículo 2.2.4 señala como obligación contractual del prestador el “aplicar los recursos técnicos y humanos necesarios, para eliminar todo tiempo de espera innecesario al usuario, debiendo prestar efectivamente el servicio inmediatamente después de practicarse el descolgado de la llamada, en los servicios de voz y de televoto, e inmediatamente después de iniciar la conexión, previa aceptación por el usuario, para los servicios prestados por medio de sistemas de datos, a salvo de lo indicado para el menú de inicio”. El artículo 4.1.2 del Código de Conducta de 2004, “la información... de una sola vez, evitando dilaciones innecesarias que pudieran representar un retraso injustificado en la prestación del servicio”. El artículo 5.1.1.8 prohíbe retrasar su inicio o prolongarse de forma poco razonable o mantener al usuario en espera sin prestar efectivamente el servicio. Y el artículo 5.1.1.10 específicamente, como los preceptos anteriores, prohíbe incrementar la duración de la llamada artificialmente mientras se mantenga.

<sup>852</sup> Artículos 5.1.1.4, 5.1.1.9 y 5.1.1.11 del Código de Conducta de 2004 y artículos 6.1.1.4 y 6.1.1.8 del Código de Conducta de 2009 para mensajería premium.

<sup>853</sup> Artículo 5.5.2.4 del Código de 2004 y su réplica en el artículo 6.4.2.2 del Código de Conducta de mensajería de 2009.

<sup>854</sup> Artículos 5.5.2.6 del Código de 2004 y 6.4.2.4 del Código de 2009.

<sup>855</sup> Artículos 5.5.2.5 del Código de 2004 y 6.4.2.3 del Código de 2009.

Es el caso, por ejemplo, del artículo 5.3.2.3.a del Código de Conducta de 2004, que establece que los concursos o sorteos televisivos cuya función principal sea la participación de los espectadores, a efectos de garantizar la máxima transparencia para los usuarios, deberán mostrar en la pantalla en todo momento el número de llamadas que se han producido en los últimos 10 minutos, debiendo actualizarse asimismo al menos cada 10 minutos<sup>856</sup>.

O del artículo 4.2.2.7.3 del Código de Conducta de 2004, que exige a los servicios por Internet que sus *dialer* o programas marcadores se desinstalen automáticamente del ordenador del usuario y que se devuelva la configuración previa que el usuario tuviese para el acceso a Internet, sin necesidad de que éste tenga que reconfigurarla de nuevo<sup>857</sup>.

Y también es el caso de los preceptos de los Códigos de Conducta destinados a regular la duración máxima de las llamadas. Consideramos que el principio de buena fe implica considerar incorporado al contrato una duración máxima de la llamada en protección de los consumidores, que es un principio general de nuestro ordenamiento, como vimos. Este límite evita uno de sus efectos más perniciosos, el hecho de que el consumidor pueda quedarse “colgado” del servicio, es decir, que lo utilice sin conciencia real del tiempo que transcurre y su coste.

Sin embargo, los Códigos de Conducta establecen tiempos de duración por tipo de servicios muy detallados que difícilmente podrían entenderse implícitos en el contenido del principio de buena fe<sup>858</sup>. Así se regula una duración máxima de la llamada de 30 minutos, que se reduce a 8 minutos en el caso de servicios destinados a infancia y juventud y a 5 minutos si se trata de concursos o sorteos. El prestador deberá cortar de forma automática la comunicación al término del tiempo fijado<sup>859</sup>.

---

<sup>856</sup> El número de llamadas deberá presentarse en la pantalla en la parte superior del receptor de televisión, con un tamaño que sea al menos de la mitad del número que se publicita, y de modo que su visionado sea percibido por el espectador independientemente de los colores, los fondos u otros elementos.

<sup>857</sup> Más adelante el Código suaviza esta obligación cuando a los operadores de red inteligente les exige que se permita una fácil desinstalación por el usuario de los programas marcadores. No es igual que la desinstalación sea automática que sea el usuario quien deba realizarla con la información que facilite el prestador. Deberá en todo caso primar la literalidad del primer precepto, específicamente establecido para los prestadores. RAFAEL ILLESCAS ORTIZ destaca el uso de las estipulaciones en beneficio de tercero en comercio electrónico. *Derecho de la contratación electrónica*. 2ª edición. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2009, p. 300.

<sup>858</sup> Entiendo que el principio de buena fe contractual podría suponer, por ejemplo, reputar ajena al mismo una duración de 5 horas seguidas de funcionamiento de un servicio de adivinación, incluso menos, pero resultaría ciertamente más discutible considerar si lo es una hora o 45 minutos, con lo que la reglamentación introduce en este sentido un elevado grado de seguridad jurídica.

<sup>859</sup> La Sentencia nº 609/2007 de Audiencia Provincial, Lugo, Sección 1ª, 18 de Septiembre de 2007, VLex 35593943, aplica este precepto para minorar una facturación telefónica, artículo 5.1.2 del Código de Conducta de 2004. En el caso de servicios dirigidos a la infancia y juventud, el artículo 5.5.3 establece que no podrán tener una duración de más de 8 minutos. Y el artículo 5.3.2.3.d establece que en el caso de concursos o sorteos la duración no será superior a 5 minutos. Los Códigos otorgan a la Comisión de Supervisión de los Servicios de Tarificación Adicional la facultad de fijar una duración mayor o menor de los límites de duración de llamadas a 806 y 807 en los artículos 5.3.2.4 y 5.3.3.4, lo cual no tiene ningún sentido cuando la propia Comisión es la competente para modificar el Código en cualquier momento. En la misma línea argumental, el artículo 6.1.1.9 del Código de Conducta de mensajería de 2009 prohíbe exigir el envío de dos o más mensajes sujetos a tarificación adicional para la compleción de un determinado servicio.

No obstante, tales preceptos también pueden ser aplicados al contrato que analizamos porque los Códigos de Conducta son asumidos por los prestadores en el contrato que suscriben con su operador de red inteligente<sup>860</sup>, y por tanto en virtud del instituto jurídico de la estipulación contractual en beneficio de tercero del artículo 1.257 del Código Civil, paradigma de supuesto en el que se supera la regla general de eficacia relativa de los contratos<sup>861</sup> que dispone que “si el contrato contuviere alguna estipulación en favor de un tercero, éste podrá exigir su cumplimiento, siempre que hubiese hecho saber su aceptación al obligado antes de que haya sido aquella revocada”<sup>862</sup>.

El contrato entre prestador promitente y operador promisorio asume plenamente el contenido de los Códigos de Conducta, y como sus preceptos están establecidos en exclusivo beneficio y protección de los consumidores, que son terceros ajenos a este contrato<sup>863</sup>, pueden exigir al promitente el cumplimiento de sus compromisos en este sentido<sup>864</sup>.

Apunta esta idea MENDOZA cuando considera que la cláusula de sometimiento al Código de Conducta no es sino un mecanismo de “contractualización del cumplimiento de deberes legales”<sup>865</sup>, aunque en nuestra opinión, no existen tales deberes legales porque los Códigos de Conducta son normas nulas de pleno derecho.

El artículo 1.257 del Código Civil asigna a la aceptación del tercero el grado de presupuesto de la consolidación del derecho del beneficiario<sup>866</sup>, aunque otros autores no la consideran condición de la adquisición del derecho<sup>867</sup>.

---

<sup>860</sup> “La aceptación y sumisión por ambas partes a las disposiciones contenidas en el Código de Conducta para la Prestación de los Servicios de Tarificación Adicional, al que quedarán vinculadas con carácter obligatorio”, artículo 7.2 de la Orden PRE/361/2002, de 14 de febrero y artículo 1.5 del Código de Conducta de 2004, en su párrafo segundo. También exigen que incorporen expresamente como cláusula contractual el principal medio administrativo de reacción frente al incumplimiento, la retirada del número al prestador y al operador de red inteligente, en los términos que más adelante analizaremos.

<sup>861</sup> El precepto resulta aplicable tanto al contrato con estipulación en beneficio de tercero como al contrato que por completo se estipula en beneficio de tercero, el tercero está legitimado para exigir la prestación estipulada, cfr. RODRIGO BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO (Coord.). *Comentarios al Código Civil*. 3ª edición. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2009, p. 1481.

<sup>862</sup> Como concluye KAROLINA LYCZKOWSKA, las estipulaciones a favor del tercero sólo presentan controversias en la praxis jurisprudencial respecto de la legitimación activa de la parte beneficiaria. En esta línea, los tribunales sólo legitiman al beneficiario ante verdaderas estipulaciones a favor del tercero y no ante meros actos reflejos que puede tener el contrato sobre un tercero. “Terceros en el contrato: análisis de casos del art. 1257 II CC”: *Aranzadi Civil*, nº 1, 2008, pp. 2227-2242.

<sup>863</sup> El tercero beneficiario puede ser indeterminado, siempre que sea determinable por indicación de circunstancias, lo que consideramos concurre en los consumidores destinatarios de los sta, cfr. RAMÓN M<sup>a</sup> ROCA SASTRE Y JOSÉ PUIG BRUTAU. *Estudios de Derecho Privado. Volumen I. Obligaciones y Contratos*. 1ª edición. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2009, p. 287.

<sup>864</sup> Como afirma LUIS DíEZ-PICAZO, la posición del tercero beneficiario es la normal de acreedor. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Volumen I. Introducción. Teoría del contrato*. 6ª edición. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2007, p. 545.

<sup>865</sup> ANA ISABEL MENDOZA LOSANA. “Servicios telefónicos de tarificación adicional: luces y sombras de la nueva regulación”: *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, nº 8, 2005, pp. 95-96.

<sup>866</sup> Cfr. CARLOS LASARTE. *Principios de Derecho Civil III. Contratos*. 12ª edición. Madrid: Marcial Pons, 2009, p. 120.

<sup>867</sup> Cfr. LUIS DíEZ-PICAZO. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Volumen I. Introducción. Teoría del contrato*. 6ª edición. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2007, p. 542. Y RAFAEL ILLESCAS

La aceptación del tercero beneficiario no está sometida a formalidad alguna, por lo que cabe que se efectúe de modo tácito<sup>868</sup>, y consideramos que la aceptación del consumidor al contrato que realiza con el prestador del servicio de tarificación adicional, supone también una tácita aceptación de los Códigos de Conducta contenidos en el contrato entre prestador y operador de red inteligente. De hecho, la expectativa del consumidor es recibir el servicio conforme a la legalidad vigente, incluidos los tan cuestionados Códigos de Conducta<sup>869</sup>.

En definitiva, el consumidor podrá exigir el cumplimiento de una gran parte de preceptos de los Códigos de Conducta en aplicación del principio de buena fe objetiva, y los preceptos que no sean acomodables a ello, serán aplicables como estipulación contractual de promitente en beneficio de tercero, no por constituir norma integrante del ordenamiento jurídico.

#### **4.3.4.- Contenidos específicos de los Códigos de Conducta**

La regulación clasifica a los servicios de tarificación adicional conforme a sus contenidos para diferenciar la forma de acceso y el régimen aplicable, a la par que permite que la numeración incluya *per se* cierta información al consumidor sobre precios y contenidos. Así por ejemplo, los contenidos eróticos tienen acceso exclusivo a través de códigos 803.

Analizamos a continuación esta clasificación y la regulación de contenido asociada a cada tipo de servicios, ya que el modo de acceso será tratado más adelante al analizar los mecanismos administrativos de protección del consumidor.

La regulación suele contener obligaciones directamente derivadas del principio de buena fe, aunque en ocasiones su detalle obligará a entenderlas aplicables como cláusulas en beneficio de tercero.

##### **4.3.4.1.1 Servicios exclusivos para adultos**

Los Códigos de Conducta definen al “adulto” como el destinatario mayor de 18 años con capacidad de discernimiento y toma de decisiones. No es sino una reproducción del artículo 315 del Código Civil, regulador de la mayoría de edad, complementado con una referencia al hecho de que el mayor de edad no se encuentre incapacitado, en el sentido establecido en el artículo 200 del Código civil, ya que ningún otro debe atribuírsele a la expresión “capacidad de

---

ORTIZ. *Derecho de la contratación electrónica*. 2ª edición. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2009, p. 302.

<sup>868</sup> Cfr. XAVIER O'CALLAGHAN. *Compendio de Derecho Civil. Tomo II. Derecho de Obligaciones*. 6ª edición. Madrid: Dijusa, 2009, p. 278, afirmando que la simple reclamación de cumplimiento presupone la aceptación tácita.

<sup>869</sup> Como concluye KAROLINA LYCZKOWSKA, las estipulaciones a favor del tercero sólo presentan controversias en la praxis jurisprudencial respecto de la legitimación activa de la parte beneficiaria. En esta línea, los tribunales sólo legitiman al beneficiario ante verdaderas estipulaciones a favor del tercero y no ante meros actos reflejos que puede tener el contrato sobre un tercero. “Terceros en el contrato: análisis de casos del art. 1257 II CC”: *Aranzadi Civil*, nº 1, 2008, pp. 2227-2242.

discernimiento y toma de decisiones” que establecen las normas reglamentarias<sup>870</sup>.

Los servicios exclusivos para adultos están identificados por el código 803 en los de voz, por los códigos 9075 al 9079 en servicios de Internet, y por el código 99 en mensajería premium.

Los anexos de los Códigos detallan tres tipos de servicios para adultos.

En primer lugar, los eróticos o pornográficos, que son aquéllos que por su contenido, forma publicitaria o presentación, difundan contenidos eróticos, pornográficos, que propicien contactos de orden personal o colectivo vinculados a los servicios anteriormente mencionados, o que se utilicen palabras mal sonantes u obscenas, relacionadas con algunas de las categorías anteriores<sup>871</sup>.

También se consideran en esta categoría los servicios cuyo contenido se refieran a valores u opiniones morales, éticas, religiosas e ideológicas.

Y en general, se consideran encuadrados en esta categoría los servicios prohibidos por el ordenamiento jurídico a menores de 18 años. Aquellos servicios que, sin estarlo, sean de ocio o entretenimiento y estén fundamentalmente diseñados por el prestador para satisfacción de mayores de 18 años, conforme al artículo 5.3.2.2 del Código de Conducta de 2004, no serán considerados como servicios de adultos, pero deberán cumplir los requisitos publicitarios previstos para esta modalidad.

Los Códigos dedican más regulación para definir estos servicios que a fijar contenidos sustantivos de prestación, ya que su característica principal estriba en las dificultades de acceso que se les imponen. En este sentido, apenas encontramos un par de obligaciones específicas derivadas del principio de buena fe.

El artículo 5.3.1.3 del Código de Conducta de 2004 exige establecer mecanismos de autocontrol obligando a que en la prestación del servicio se controle que los demandantes de estos servicios no sean menores de 18 años, siempre que sea posible. Y el artículo 6.3.1.2 del Código de Conducta de 2009 exige que el mensaje de confirmación del servicio especifique su total prohibición a menores de 18 años.

#### 4.3.4.1.2 Servicios destinados a la infancia y juventud

Aunque los servicios destinados a infancia y juventud no tienen código propio, sí tienen regulación específica en los Códigos de Conducta.

Se definen como tales “todos los servicios, que tanto en su conjunto como en parte, estén dirigidos a personas menores de 18 años... Se entiende que cualquier servicio promovido a través de una publicación o medio orientado a un público infantil o juvenil, está dirigido a estas personas”<sup>872</sup>.

---

<sup>870</sup> Artículo 200 del Código Civil: “Son causas de incapacitación las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma”.

<sup>871</sup> Serán considerados servicios de naturaleza erótica aquellos servicios de tarificación adicional cuyo contenido se refiera, directa o indirectamente, a la exaltación del instinto carnal y se consideran servicios de naturaleza pornográfica los servicios cuyo contenido aluda, directa o indirectamente, a los órganos genitales masculinos y/o femeninos de forma obscena.

<sup>872</sup> Artículos 5.5.1 y 6.4.1 respectivamente de los Códigos de Conducta de 2004 y 2009.

Respecto de regulación sustantiva, la norma más destacada es el artículo 5.5.3 del Código de conducta de 2004, que establece que no podrán tener una duración de más de 8 minutos y su terminación deberá realizarse de forma automática por el prestador del servicio. Además, sólo se permite el funcionamiento de estos servicios entre las 8 y las 23 horas.

En segundo lugar, ambos Códigos prohíben que estos servicios soliciten datos personales a los menores de edad<sup>873</sup>.

En tercer lugar, se establece que deberá cuidarse el vocabulario, prohibiendo utilizar palabras malsonantes o despreciativas, así como incitar hábitos consumistas.

Y por último, se reitera la prohibición general de utilizar fraudulentamente el paso del tiempo, especificando que durante la prestación del servicio no se deberá animar a la utilización de otros servicios de tarificación adicional o a reiterar la llamada efectuada, que no deberán explotar la credulidad o falta de experiencia de los menores y que no deberán incitar a efectuar llamadas de manera compulsiva<sup>874</sup>.

#### 4.3.4.1.3 Servicios de ocio y entretenimiento

Los Códigos de Conducta definen estos servicios en sus Anexos como los que “tienen por objeto, entre otros, la diversión; la distracción; el pasatiempo; el juego y el azar, entendiendo por ello los concursos y los sorteos, que legalmente se puedan ofrecer bajo este sistema; y los servicios de contenido esotérico, astrológico, de adivinación, cartomancia y/o predicción del futuro por otros medios”, aunque todo servicio de ocio y entretenimiento cuyo contenido esté contemplado o definido como de adultos, se considerará como tal.

Los servicios de ocio y entretenimiento están identificados por el código 806 en los de voz. En los servicios de Internet, los códigos 9070 al 9074 identifican tanto a éstos como a los servicios profesionales. En materia de llamadas masivas, se reservan para esta finalidad los códigos 9051, 9052, 9054 y 9055, que también se utilizan para identificar a los servicios profesionales. La mensajería premium carece de códigos específicos que identifiquen a estos servicios.

En cuestiones sustantivas, los Códigos de Conducta se limitan a regular ciertos aspectos sobre concursos y sorteos, recordando también que deben someterse a la normativa vigente en materia de juegos de azar.

En primer lugar, se exige que existan unas Bases que regulen su funcionamiento, que deberán estar depositadas ante un notario o ante la Comisión de Supervisión de los Servicios de Tarificación Adicional, de modo que sean fácilmente accesibles a los usuarios<sup>875</sup>.

También se impone similar depósito respecto de los resultados del concurso o sorteo, de forma inmediatamente posterior a la resolución de los

---

<sup>873</sup> Artículo 5.1.4 del Código de Conducta de 2004 y artículo 6.1.4 del Código de Conducta de 2009 para mensajería premium.

<sup>874</sup> Artículos 5.5.2.4 a 5.5.2.6 del Código de Conducta de 2004 y artículos 6.4.2.2 a 6.4.2.6 del Código de Conducta de 2009 para mensajería premium.

<sup>875</sup> Artículo 5.3.2.3 del Código de Conducta de 2004 y artículo 6.3.6 del Código de Conducta de 2009 para mensajería premium.



mismos, y en el caso de mensajería premium, se exige expresamente una notificación individual al agraciado y publicitar los resultados “de modo adecuado”.

En el caso de los concursos o sorteos realizados por servicios de voz o Internet, se prohíbe su duración superior a cinco minutos, incluido en este plazo el tiempo que necesite el prestador para suministrar efectivamente el servicio demandado por el usuario.

Por último, en el caso de concursos, sorteos o promociones por mensajería premium que se comercializan por radio y televisión, se obliga a las empresas titulares de tales medios, que son en muchas ocasiones las organizadores reales del evento, la obligación de publicar los concursos vigentes en cada momento y sus bases en un sitio de su página de Internet al que se acceda directamente desde la página principal, permitiendo tanto la impresión de esa información como su descarga y conservación<sup>876</sup>.

#### 4.3.4.1.4 Servicios profesionales

Según los Anexos de los Códigos de Conducta, se definen como los relacionados con actividades empresariales, profesionales o artísticas, que estén vinculadas a la obligatoriedad de una colegiación o que requieran estar en posesión de un título homologado por las autoridades competentes, en virtud de disposiciones legales o reglamentarias, respetando los límites y requisitos de su regulación específica, por ejemplo, el servicio de un abogado<sup>877</sup>.

Se consideran también como tales los servicios de información de las Administraciones Públicas u organismos públicos vinculados o dependientes de ellas, así como de otras instituciones con fines de interés social. En estos casos, siempre deberá tratarse de servicios administrativos no gratuitos cuyo cobro se realice mediante tarificación adicional<sup>878</sup>.

Los servicios profesionales están identificados por el código de acceso 807 en los prestados por voz y los códigos del 9070 al 9074 en servicios por Internet, estos últimos compartidos con los servicios de ocio y entretenimiento. En materia de llamadas masivas, se reservan los códigos 9051, 9052, 9054 y 9055 para servicios profesionales conjuntamente con los de ocio. Y de nuevo la mensajería premium de servicios profesionales carece de código propio.

Los servicios de asesoramiento médico y/o psicológico deben obtener una certificación previa de su respectivo Colegio Profesional que avale y garantice tanto el contenido del servicio de tarificación adicional que se va a prestar, como al profesional o profesionales que atenderán las llamadas de los usuarios, con indicación del número o números de tarificación adicional por medio de los cuales se prestará el servicio<sup>879</sup>.

---

<sup>876</sup> Artículo 6.3.8 del Código de Conducta de 2009 para mensajería premium.

<sup>877</sup> En [www.juristel.com](http://www.juristel.com) y [www.iabogado.com](http://www.iabogado.com) encontramos servicios de abogado por teléfono mediante un 8075 a precio de 1,16 euros por minuto, consulta efectuada el 1-6-2006.

<sup>878</sup> Los Códigos también excluyen expresamente de la categoría la prestación de cualquier tipo de actividad o ejercicio de profesión que utilice una denominación eufemística o servicio definido o incluido en otros códigos.

<sup>879</sup> Artículo 5.3.3.5 del Código de Conducta de 2004.

Y los servicios de recomendaciones dietéticas o de cualquier otra índole vinculados a la salud o al bienestar del consumidor únicamente podrán ser prestados por médicos colegiados o profesionales adscritos a un Colegio Profesional homologado administrativamente, además de contar con la certificación indicada en el párrafo precedente.

Los Códigos también llaman la atención sobre la ilegalidad de ciertas conductas fraudulentas respecto de servicios de asistencia técnica, ya que en el pasado se ha utilizado la tarificación adicional para cobrar simplemente por concertar visitas o por reparar productos en garantía, por lo que se establece que, de utilizarse, deberán ofrecer una prestación de servicio efectiva al usuario, prohibiendo expresamente su uso en el segundo caso<sup>880</sup>.

Por último, se prohíbe utilizar los servicios de tarificación adicional para solicitar u ofrecer empleo o trabajo, directa o indirectamente, ya sea remunerado o sin remunerar<sup>881</sup>.

#### 4.3.4.1.5 Otros servicios propios de mensajería premium

En mensajería premium se utilizan dos códigos específicos, para servicios asociados a campañas de tipo benéfico o solidario, que deberán ejecutarse mediante numeraciones del tipo 280AB, y para servicios de suscripción, que deberán usar numeraciones con código inicial 79.

Los servicios asociados a campañas de tipo benéfico o solidario se consideran como tales siempre que se aplique un tratamiento fiscal diferenciado a los mensajes enviados por los usuarios, sin que tampoco lleve aparejada regulación de contenido alguna.

La modalidad de suscripción está definida en el artículo 4.4 de la Orden ITC/308/2008, de 31 de enero, de mensajería premium, como “aquéllos que implican el envío de determinados mensajes al abonado por el operador titular del número, bien de forma periódica, bien cuando se produzcan determinados sucesos”, y se asocia a los mismos tanto una regulación relativa a altas y bajas, que analizaremos al comentar la extinción del contrato, como en materia de contenidos.

En cuanto al fondo, se regulan dos supuestos. En primer lugar, los servicios de suscripción que tengan contenido para adultos, que deberán

---

<sup>880</sup> Artículo 5.3.3.5 del Código de Conducta de 2004, que añade expresamente que se entenderá como incumplimiento cuando se ofrezcan servicios que se basen en la sola recogida de avisos o datos del usuario, retrasando para un momento o llamada telefónica posterior la efectiva prestación del servicio y cuando se ofrezcan dentro del periodo de garantía legal de bienes y servicios. El nuevo artículo 5.2.3 del Código de Conducta de 2004, introducido en la reforma de 2009, ha considerado insuficiente esta última previsión, y prohíbe expresamente utilizar números con tarificación adicional para la prestación de servicios de atención al cliente o de posventa vinculados a la adquisición de un bien o la prestación de un servicio.

El Código de Conducta de 2009 también proscribe la utilización de mensajería premium cuando se trate de servicios gratuitos, en concreto el artículo 6.1.1.11 hace referencia a los que sean gratuitos conforme a algún precepto legal y el artículo 6.1.7 se refiere a los servicios de atención al cliente o posventa vinculados a la adquisición de un bien o prestación de otro servicio.

<sup>881</sup> Artículo 5.3.3.6 del Código de Conducta de 2004 y artículo 6.1.1.11 del Código de Conducta de 2009 para mensajería premium.

utilizar las numeraciones de esta modalidad y deberán cumplir las normas de ambas modalidades<sup>882</sup>.

Y en segundo lugar, los servicios de *chat*, que se producen cuando un usuario envía múltiples mensajes a uno o varios destinatarios durante una sesión, constituyendo un grupo cerrado de participantes.

Aunque estos servicios se facturan por mensaje enviado, por su modo de funcionamiento se consideran comprendidos en la modalidad de suscripción.

Cada sesión constituye un servicio de *chat*, no pudiendo exceder de doce horas la duración de una sesión y en caso de estar dirigidos específicamente a adultos, les serán de aplicación las normas relativas a servicios de suscripción para adultos<sup>883</sup>.

#### 4.3.4.1.6 Servicio de directorio 118AB

El servicio de directorio está regulado por una auténtica norma jurídica, la Orden CTE/711/2002, de 26 de marzo, y por tanto su contenido es aplicable al contrato como tal.

El artículo 6 de la Orden establece el objeto básico de este servicio, a saber, facilitar al llamante el número del abonado cuya consulta se realiza y se pretende obtener bajo contraprestación económica.

También cabe ofrecer la información respecto de usuarios no titulares de un contrato de abono, como los familiares que vivan con el titular o los propietarios de tarjetas de previo pago, siempre que los interesados hayan manifestado su consentimiento previo de figurar en las guías o en los servicios de consulta sobre números de abonado.

El artículo 3 de la Orden CTE/711/2002 sólo permite que los prestadores ofrezcan la información de número de abonado en base a algún dato que ofrezca el consultante entre los permitidos reglamentariamente<sup>884</sup>.

Por otro lado, y aunque el objeto o contenido del servicio es proporcionar el correspondiente número telefónico, cabe en ocasiones incluir en este contrato otro tipo de datos identificativos o prestaciones al margen del número, siempre previo consentimiento del abonado<sup>885</sup>, aunque está expresamente

---

<sup>882</sup> Así debe interpretarse la confusa dicción de la letra c) del Anexo 2 de Definiciones del Código de Conducta de 2009 para mensajería premium, modificado en 2010, “los servicios de suscripción con contenido para adultos se consideran comprendidos dentro del rango de numeración 995ABM, 997ABM y 999ABMC. Al tratarse de servicios de suscripción, les serán de aplicación todos los requisitos que este código establece para dicha modalidad, en particular el límite de precio fijado para dichos servicios, esto es, el de precio igual o inferior a 1,2 euros por mensaje recibido”.

<sup>883</sup> Letra f) del Anexo 2 de Definiciones del Código de Conducta de 2009 para mensajería premium, modificado en 2010.

<sup>884</sup> Los datos de los abonados al servicio telefónico fijo que se pueden utilizar son los siguientes, el nombre y apellidos o razón social, el/los número(s) de abonado(s), la dirección postal del domicilio, exceptuando piso, letra y escalera y el terminal específico que deseen declarar. El artículo 30.4 del Real Decreto 424/2005, de 15 de abril añade un quinto elemento, el nombre del operador que facilite el acceso a la red. Sin embargo, los datos de los abonados del servicio telefónico móvil disponible al público y de los abonados de los servicios de inteligencia de red no pueden utilizarse por las operadoras de directorio salvo que se cuente con el consentimiento expreso de los mismos.

<sup>885</sup> El artículo 3.2 de la Orden CTE/711/2002, de 26 de marzo, establece que “los proveedores de los servicios de consulta sobre números de abonado podrán utilizar otros datos personales de los abonados siempre que éstos hayan dado su consentimiento inequívoco. A estos efectos, se entenderá que existe

prohibido facilitar la identidad o el domicilio de un abonado a partir del recurso identificativo utilizado. En concreto, el artículo 4 se refiere a “direcciones de correo electrónico o nombres de dominio... e... información relacionada con los números de abonado que figure, o pueda figurar según la legislación vigente, en las publicaciones especializadas en la divulgación de datos comerciales”.

Y respecto de otros servicios o prestaciones, se menciona expresamente en el artículo 11 el servicio de terminación de llamadas, entendido éste como la conexión telefónica entre los extremos llamante y número consultado, que además “podrá incorporar facilidades que aporten un mayor valor añadido al servicio”, lo que permite entender que cualquier contenido ejecutable a través de la comunicación electrónica podría ser objeto del contrato, aunque nunca podrían prestarse contenidos propios de los servicios de tarificación adicional regulados, pues ello sería constitutivo de fraude de ley.

El abonado puede solicitar la exclusión del directorio, aunque también se permite la exclusión parcial, es decir, limitada a ciertas finalidades, facultando que se indique que los datos personales no puedan utilizarse para fines de venta directa o que se omita total o parcialmente su dirección u otros datos personales<sup>886</sup>.

También recuerda la Orden CTE/711/2002, de 26 de marzo, la posibilidad de solicitar que se enmienden los errores existentes en los datos personales y exige a los operadores de acceso que especifiquen en sus correspondientes contratos de abono la forma en la que se podrán ejercer estos derechos. Los artículos 30.4, 67, 68 y la Disposición Transitoria Primera del Real Decreto 424/2005, de 15 de abril, regulan el régimen del consentimiento del abonado respecto del tratamiento de sus datos personales y el apartado 4 del artículo 67 dispone que el ejercicio de estos derechos no deberá implicar ingreso alguno para el sujeto obligado.

Las bases de datos que utilicen los operadores han de ser completas, es decir, del conjunto del territorio nacional, y actualizadas. Para evitar que algunos operadores puedan discriminar la información relativa a sus abonados respecto la de otros, el artículo 7 dispone que el servicio de consulta telefónica sobre números de abonado se prestará en condiciones no discriminatorias respecto de los números de abonado pertenecientes tanto a los distintos operadores del servicio telefónico disponible al público de cualquier ámbito territorial como a los distintos abonados de un mismo operador del servicio telefónico disponible al público.

---

consentimiento inequívoco de un abonado de un servicio de telecomunicaciones disponible al público cuando éste se haya dirigido a su operador o proveedor por escrito solicitándole que amplíe sus datos personales que figuran en la guía o servicio de directorio, o al proveedor del servicio de consulta sobre números de abonado solicitándole que amplíe sus datos personales sobre los que se pueda facilitar información. También se producirá cuando el operador o proveedor solicite al abonado su consentimiento y éste le responda fehacientemente en el plazo de un mes dando su aceptación”.

<sup>886</sup> A estos efectos, se presume que las demandas que los abonados realicen en relación con las guías telefónicas son extensibles a los servicios de consulta sobre números de abonado, salvo manifestación en contra.

## 4.4.- EL PRECIO DEL CONTRATO

Siguiendo a LASARTE cuando analiza el contrato de compraventa, consideramos también que el objeto del contrato que analizamos es doble: la cosa o servicio a arrendar y el precio a pagar<sup>887</sup>. Así pues, el precio en el contrato de servicio de tarificación adicional es el segundo elemento objetivo y constituye la suma de dinero que el consumidor, como arrendatario o comprador, se obliga a entregar al prestador, como arrendador o vendedor, tras recibir el servicio.

Probablemente sea el precio el elemento que caracteriza en mayor medida a los servicios de tarificación adicional. Analizaremos a continuación todos los aspectos que lo caracterizan, y en particular, los componentes de valor que genera una llamada de tarificación adicional.

### 4.4.1.- Precio global, precio parcial y tarifa telefónica

Tradicionalmente se ha denominado “tarifa” al precio del servicio de telefonía o telecomunicación. Y como ya hemos puesto de manifiesto, el precio de un servicio de tarificación adicional es una retribución que se adiciona, añade o suma a la tarifa que el usuario debe pagar al operador de telecomunicaciones por facilitar la comunicación con el prestador.

En definitiva, como ocurre en el contrato de compraventa, en el que se imputan los gastos de transporte de la cosa vendida al comprador en el artículo 1.465 del Código Civil, el consumidor que desea recibir un servicio de tarificación adicional ha de pagar igualmente los gastos que genere su transporte, y ello no son sino las remuneraciones que genera el contrato telefónico o de comunicación electrónica a favor del operador de acceso al realizar la llamada<sup>888</sup>.

De modo que denominaremos en adelante “precio” o “precio parcial” a la retribución por el servicio de tarificación adicional y reservaremos la expresión “precio total o global” a la suma de ambas retribuciones, tarifa y precio parcial<sup>889</sup>.

El precio parcial se ha adicionado normalmente a la tarifa en una cantidad variable en función del parámetro tiempo, es decir, el mismo parámetro que utiliza la tarifa telefónica, el tiempo de duración de la llamada, y además, mediante la misma unidad de tiempo, el minuto.

---

<sup>887</sup> CARLOS LASARTE. *Principios de Derecho Civil III. Contratos*. 12ª edición. Madrid: Marcial Pons, 2009, p. 177, añadiendo a continuación que “no es pacífica esta consideración, y así, para cierto sector doctrinal, el objeto de la compraventa lo constituye solamente la cosa que se debe entregar”.

<sup>888</sup> Pese a su dicción, el artículo 1.465 del Código Civil es una norma de carácter dispositivo, cfr. RODRIGO BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO (Coord.). *Comentarios al Código Civil*. 3ª edición. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2009, p.1720.

<sup>889</sup> Según BUSTO, son los prestadores que perciben el precio parcial quienes obtienen la mayor parte del rendimiento económico que produce la actividad, JOSÉ MANUEL BUSTO LAGO (Coord), NATALIA ÁLVAREZ LATA y FERNANDO PEÑA LÓPEZ. *Reclamaciones de Consumo. Derecho de consumo desde la perspectiva del consumidor*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2005, p. 573.

Pero no es la única manera de hacerlo. Podrían utilizarse otros, como el peso en *bytes* de la información descargada o un tanto de cantidad por cada respuesta a una pregunta, con independencia del tiempo transcurrido; otra cosa es que resulte técnicamente viable. De hecho, la primera fue utilizada para la mensajería premium antes de su regulación, y la segunda, nunca implementada, requeriría que el sistema incorporase un contador de las mismas, para poder adicionar a la tarifa telefónica el precio parcial resultante, por ejemplo, tres respuestas a 1 euro por respuesta, un total de 3 euros que se deberían sumar al coste telefónico de la llamada.

Pues bien, del análisis de las diversas modalidades de contratos de tarificación adicional podemos afirmar que actualmente el precio parcial de estos servicios se fija de dos modos:

a- El primer sistema es el tradicional de una cantidad en función de un parámetro mensurable, el tiempo de duración de la llamada.

b- El segundo sistema consiste en una cantidad fija por servicio, sin que la duración de la llamada influya en el precio, propio de los 905 y la mensajería premium. En estos casos, la adición o suma a la tarifa del servicio soporte de la comunicación es un tanto fijo por llamada o mensaje. Dure lo que dure la llamada, o pese lo que pese la información remitida, se le adiciona a la tarifa telefónica la cantidad fija estipulada.

#### **4.4.2.- El precio del servicio de tarificación adicional es libre**

La Constitución española establece en su artículo 38 el marco jurídico básico de nuestro sistema económico: la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado, con las matizaciones del artículo 128.2 que permite a la ley reservar al sector público recursos o servicios esenciales, especialmente en caso de monopolio, y asimismo acordar la intervención de empresas cuando así lo exigiere el interés general.

De este sistema se deriva el principio de libertad de precios por el que la fijación del precio de los bienes y servicios queda fundamentalmente regida por las reglas económicas del mercado y por las reglas jurídicas referidas a la libertad comercial y la defensa de la competencia, establecido en el artículo 17 de la Ley de Competencia Desleal de 1991<sup>890</sup> y el artículo 13 de la LOCM<sup>891</sup>, régimen que se completa con la prohibición que establece la Ley de Defensa de la Competencia de 2007 respecto de toda fijación directa o indirecta de precios u otras condiciones comerciales o de servicio<sup>892</sup>.

No obstante, nuestro sistema legal también permite la intervención administrativa sobre precios y tarifas, que se articuló desde época preconstitucional mediante el Decreto-Ley 12/1973, de 30 de noviembre, sobre medidas coyunturales de política económica, cuyo artículo 3 habilitó al Gobierno para “regular los precios de los bienes y servicios o sus componentes

---

<sup>890</sup> Ley 3/1991 de 10-1, de Competencia Desleal, BOE 11-1-1991. Su artículo 17 dispone que “salvo disposición contraria de las leyes o de los reglamentos, la fijación de precios es libre”.

<sup>891</sup> El artículo 13.1 de la LOCM dispone que “los precios de venta de los artículos serán libremente determinados y ofertados con carácter general de acuerdo con lo dispuesto en la legislación de defensa de la libre y leal competencia, con las excepciones establecidas en leyes especiales”.

<sup>892</sup> Artículo 1 de la Ley 15/2007 de 3-7, de Defensa de la Competencia, BOE 4-7-2007.

en cualquiera de sus fases de producción y comercialización”, precepto desarrollado por el Decreto 2695/1977<sup>893</sup>.

Las tarifas telefónicas durante la época del monopolio estuvieron intervenidas por completo, con fijación de una cuantía exacta y determinada mediante norma administrativa, dado que las telecomunicaciones se calificaban como servicio público, régimen que poco a poco se ha ido modificando hacia un entorno de precios liberalizado y en competencia.

Respecto a los servicios de tarificación adicional, durante la época del monopolio tuvieron un precio igualmente fijado por Orden del Ministerio correspondiente junto a las tarifas telefónicas generales y las del servicio soporte, ya que los servicios de valor añadido eran considerados como servicio público de telecomunicaciones. En 1991 se estableció un precio al único tipo de llamadas de tarificación adicional que existían entonces. Posteriormente en 1993 se añadió otro más y finalmente en 1997 se fijaron tres precios, de modo que el prestador se adhirió a uno u otro en función de su tipo de servicio y sin posibilidad de exigir fórmulas o importes diferentes.

El esquema se mantuvo hasta la liberalización en 1998, cuando desapareció casi toda intervención pública sobre estos precios y la Administración se limitó a fijar las numeraciones en función de bandas de precios y contenidos, tal y como actualmente las conocemos, aunque no fue sino a partir de 2001 cuando tal liberalización jurídica comenzó a ser una realidad con la entrada efectiva de nuevos operadores en el mercado de las telecomunicaciones fijas<sup>894</sup>.

Sin embargo, y aunque los precios son libres, los prestadores no tienen plena libertad para escoger la numeración que comercialmente les interese más. Deben utilizar la numeración que abarque el precio que libremente fijen, en función de las bandas que en su momento expusimos al analizar el propio número como medio de información precontractual. Así por ejemplo, un servicio 803 cuyo precio sea fijado por su prestador en 5 euros por minuto, necesitará suministrarse mediante una numeración 8039, y no otra<sup>895</sup>.

#### **4.4.3.- Componentes de valor de una llamada de tarificación adicional**

El precio global de una llamada de tarificación adicional incluye fundamentalmente los dos componentes de valor señalados, el precio parcial del servicio de tarificación adicional y el precio o tarifa del servicio soporte.

---

<sup>893</sup> Decreto 2695/1977 de 28-10, sobre Política de Precios, BOE 28-4, con numerosas reformas posteriores.

<sup>894</sup> De la pormenorizada evolución de tarifas y precios damos cuenta en un Anexo de este trabajo, al que nos remitimos.

<sup>895</sup> En el caso de la mensajería móvil, hasta la regulación de 2008, era habitual que se exigiesen varios mensajes para descargar un servicio concreto, dependiendo del “peso” del envío en función del volumen de información en que consistiese en número de octetos (bytes o agrupaciones de 8 bits). Esta práctica evidentemente no permitiría aplicar la filosofía de encuadramiento de precios por numeraciones para que el propio número contenga cierta información en este sentido. Precisamente por ello, el artículo 5 de la Orden ITC/308/2008, de 31 de enero, de mensajería premium, prohíbe tal práctica e impone que los titulares de números no puedan exigir a los consumidores el envío de dos o más mensajes sujetos a tarificación adicional para la compleción de un determinado servicio.

Esta composición, válida para la estructura del servicio en los años noventa cuando sólo Telefónica ofrecía servicios de red inteligente, resulta hoy en día insuficiente, ya que existen muchos más elementos de valor producto del desglose tecnológico que permite la actividad. Lo que sí continúa siendo cierto es que todos ellos se engloban en alguno de los dos citados, el precio parcial engloba todos los precios en los que el consumidor llamante resulta deudor respecto del prestador y la tarifa a todos aquéllos en los que el consumidor abonado es deudor respecto de su operador de acceso.

Así pues, en primer lugar, y en relación al precio parcial, identificamos los siguientes subcomponentes de valor:

a) El propio servicio de tarificación adicional, que es la prestación principal, la adivinación, la melodía que se descarga, etc., cuyo valor incluye tanto el coste de la prestación en sí como el beneficio económico que el prestador desea obtener como producto de su trabajo.

b) El servicio de red inteligente que tiene que contratar el prestador para poder ofrecer estos servicios, prestación que también tiene un valor, y por tanto, un precio.

c) El servicio de facturación de precio que realiza el operador de acceso del consumidor abonado en nombre del prestador.

d) Y el servicio de recaudación de precio que realiza el operador de acceso del consumidor abonado en nombre del prestador.

Todos ellos acaban formando el precio parcial del que es acreedor el prestador ante el consumidor llamante.

Y por otro lado, la tarifa del servicio soporte que contrata el consumidor abonado con su operador de acceso para comunicarse con el prestador retribuye igualmente varias prestaciones de telecomunicaciones, fundamentalmente los encaminamientos de llamadas y las interconexiones que sean necesarias entre operadores, así como los servicios que en tal sentido puedan igualmente ofrecer los operadores en tránsito<sup>896</sup>.

Si el servicio se presta satisfactoriamente, el consumidor que sea abonado y llamante quedará obligado a pagar todo el precio global, pero si se presta con vicios de relevancia resolutoria, sólo vendrá obligado a pagar el servicio soporte, nunca el precio del propio servicio de tarificación adicional, ni el valor añadido por el servicio de red inteligente, ni el coste de los servicios de facturación y recaudación desplegados, aunque el prestador sí resulte obligado a su pago ante los correspondientes operadores.

---

<sup>896</sup> El servicio soporte lo paga siempre quien realiza la llamada, normalmente el consumidor, pero en ocasiones es el prestador quien la realiza, por ejemplo, los mensajes recibidos por el consumidor previa suscripción a un servicio de remisión periódica de información. No pueden generar tarifa o precio por servicio soporte alguno al llamante, ya que éste no es quien los envía, y se dispone que sólo podrá facturársele el precio parcial. El art. 10.5º.4 de la Orden ITC/308/2008, de 31 de enero, de mensajería premium, con muy confusa dicción, dispone que “en cualquier caso, se considerará que los mensajes recibidos por el abonado, bien sea de forma periódica o cuando se produzcan determinados sucesos, que supongan algún cargo para éste, dispondrán exclusivamente de la componente relativa a la tarificación adicional, pudiendo únicamente desglosarse de la forma descrita, si procede, los mensajes de alta correspondiente”.



#### **4.4.4.- Los requisitos del precio del servicio de tarificación adicional**

Dado que el precio es uno de los objetos del contrato, debe igualmente reunir los requisitos a los que hemos hecho referencia en relación al objeto material del contrato, conforme a los artículos 1.271 a 1.273 del Código Civil. Destaca LASARTE tres, que el precio debe ser real, cierto o determinado y consistente en dinero o signo que lo represente<sup>897</sup>.

El precio ha de ser verdadero o real, en el sentido de que si no existiera estaríamos ante un contrato simulado que provocaría su ilicitud, y en dinero, para evitar que el contrato pueda ser considerado una permuta conforme al artículo 1.538 del Código Civil.

El precio cierto es igualmente considerado elemento esencial del contrato de arrendamiento de obras o servicios en el artículo 1.544 del Código Civil y en el contrato de compraventa en el artículo 1.445. El requisito de certeza no supone que sea necesario precisarlo cuantitativamente en el momento de la celebración, ya que basta que pueda determinarse sin necesidad de un nuevo convenio, lo que denomina LASARTE como "determinación relativa" de la prestación<sup>898</sup>.

Ocurre que el precio del servicio de tarificación adicional no siempre ha sido cierto y determinado, en particular en los primeros años de funcionamiento de estos servicios, cuando la actividad era de carácter público y se fijaba su precio por el Gobierno.

La Orden de 12-4-1991<sup>899</sup> regula por primera vez las tarifas relativas a servicios 903 y sólo fijó un único precio, el precio global que debía pagar el usuario llamante por toda la llamada, sin diferenciar la parte de precio que debería entregar el operador de telefonía al prestador del servicio de tarificación adicional. La Orden de tarifas de 1992<sup>900</sup> introdujo dos precios globales en las líneas Premium 903 pero continuó sin desglosar ambos componentes. Por tanto, confundidos ambos precios en uno, fueron estos dos años un momento en que el precio parcial del servicio telefónico de tarificación adicional no cumplió el requisito citado, porque la Orden de tarifas del año siguiente<sup>901</sup> sí estableció finalmente en su Anexo un cuadro tarifario con desglose, indicando por primera vez la cantidad que correspondía al operador Telefónica SA como contraprestación por la comunicación establecida y la cantidad que correspondía al prestador del servicio de tarificación adicional. En este momento el precio parcial del servicio de tarificación adicional comenzó a ser cierto y determinado.

---

<sup>897</sup> CARLOS LASARTE. *Principios de Derecho Civil III. Contratos*. 12ª edición. Madrid: Marcial Pons, 2009, p. 179.

<sup>898</sup> CARLOS LASARTE. *Principios de Derecho Civil II. Derecho de Obligaciones*. 13ª edición. Madrid: Marcial Pons, 2009, p. 63.

<sup>899</sup> Orden del Ministerio de Obras Públicas y Transportes de 12 de abril de 1991 por la que se autoriza la modificación de determinadas tarifas de "Telefónica de España, Sociedad Anónima", BOE 13-4-1991.

<sup>900</sup> Orden del Ministerio de Obras Públicas y Transportes de 12 de mayo de 1992 por la que se autoriza la modificación de determinadas tarifas de "Telefónica de España, Sociedad Anónima", BOE 14-5-1992.

<sup>901</sup> Orden de 27-4-1993 del Ministerio de Obras Públicas y Transportes de modificación de determinadas tarifas de Telefónica de España, BOE 28-4-1993.

Cuando se produjo la liberalización, la estructura básica de remuneraciones se mantuvo invariable, aunque el importe de precio parcial y tarifa del soporte ya no lo fijaba la Administración, sino el mercado<sup>902</sup>.

#### **4.4.5.- El pago del precio**

La doctrina de antiguo ha puesto de relieve que toda obligación comprende dos elementos distintos, la deuda o deber de realizar una prestación, y la responsabilidad o sumisión al poder coactivo del acreedor para hacerla cumplir, si bien actualmente se ha perfeccionado este planteamiento en el sentido de no considerarlos como institutos jurídicos autónomos, sino como ingredientes integrantes de una única realidad jurídica, la obligación<sup>903</sup>.

En este sentido, el pago del precio es la principal obligación contractual del consumidor y la correcta prestación del servicio de tarificación adicional es la forma de pago debida por la obligación que asume el prestador en el contrato. De modo que una vez realizada la llamada se genera o nace una deuda pecuniaria del consumidor llamante con el prestador, pero también se genera otra deuda, diferente, del abonado con el operador del servicio telefónico que ha servido de soporte al primero. Son dos deudas diferentes, con contrapartes diferentes y contratos bien distintos.

Pero no es éste el momento en que resulta exigible al consumidor el pago de ninguna de ambas deudas.

##### **4.4.5.1.- Las llamadas generan deudas de valor, no de valuta**

La doctrina contemporánea suele subdistinguir entre deudas de dinero y deudas de valor dentro de las obligaciones pecuniarias propiamente dichas<sup>904</sup>. LASARTE define la deuda de dinero o deuda de valuta como “aquella obligación pecuniaria en la cual la prestación debida por el deudor coincide con una suma de dinero precisa y determinada por referencia a un conjunto de unidades monetarias” y las deudas de valor como “aquellos supuestos en los que el deudor cumple también finalmente entregando una suma de dinero, pero ésta no se encuentra concreta y directamente determinada en el título constitutivo de la obligación, sino antes bien se determina a posteriori como equivalente económico o medida de valor de otro bien. Hay pues una determinación indirecta y futura de la suma de dinero debida.”

La deuda pecuniaria contraída como consecuencia del uso de servicios de tarificación adicional sigue el mismo curso de pago que la del resto del servicio soporte de comunicación utilizado. Con su misma dinámica, cada período contractualmente establecido, el operador de acceso fija las prestaciones suministradas y calcula el coste de cada una de ellas, incluidas

---

<sup>902</sup> Vid Anexo de evolución de precios y tarifas en la materia.

<sup>903</sup> Cfr. LUIS DÍEZ-PICAZO. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Volumen II. Las relaciones obligatorias*. 6ª edición. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2008, pp. 77 y ss.

<sup>904</sup> CARLOS LASARTE. *Principios de Derecho Civil II. Derecho de Obligaciones*. 13ª edición. Madrid: Marcial Pons, 2009, pp. 80-81.

las llamadas realizadas a servicios de tarificación adicional, emitiendo una única factura.

Tradicionalmente se liquida mensual o bimestralmente el servicio telefónico (según la compañía), y con éste, los servicios de tarificación adicional utilizados en tal período. La tarifa del servicio telefónico puede ser de 3 céntimos al minuto, pero no se paga materialmente tras realizar cada llamada, pues la retribución líquida que corresponde pagar es, por ejemplo, de 60 euros por el tiempo de comunicación y demás conceptos retribuidos como altas o mantenimiento de línea producidas durante un bimestre concreto.

Por tanto, en nuestro caso, al terminar la llamada telefónica se devenga el precio del servicio, es decir, se genera una obligación o deuda pecuniaria de valor. Esta deuda de valor se convierte en deuda de dinero cuando el abonado recibe la factura telefónica con el importe exacto debido por un bimestre concreto de servicios, entre ellos los de tarificación adicional.

#### 4.4.5.2.- El vencimiento de la deuda se produce al mes de recibir la factura telefónica

Cualquier deuda cuyo pago se exija debe reunir tres requisitos, que sea líquida, vencida y exigible, conforme disponía el artículo 1.435 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 en relación al despacho de ejecución, y como en definitiva es predicable de cualquier deuda en tal fase conforme se desprende del artículo 1.196 del Código Civil cuando, entre otros, exige tales requisitos para la compensación de deudas. El artículo 812 de la vigente ley procesal, en relación al monitorio, se refiere a deuda "dineraria, vencida y exigible".

El requisito del vencimiento está claramente fijado en el caso de los servicios de tarificación adicional, aunque no tanto el de la liquidez.

Conforme a los artículos 1.125 y siguientes del Código Civil una deuda resulta vencida y exigible cuando así quede señalado por el contrato. En defecto de cláusula contractual en este sentido, lo que será harto frecuente, el artículo 118.1 del Real Decreto 424/2005, de 15 de abril, en relación a la suspensión temporal del servicio telefónico disponible al público desde una ubicación fija establece que "el retraso en el pago total o parcial por el abonado durante un período superior a un mes desde la presentación a éste del documento de cargo correspondiente a la facturación del servicio telefónico disponible al público desde una ubicación fija podrá dar lugar, previo aviso al abonado, a su suspensión temporal...". Similar previsión encontramos en el artículo 19 de la Orden PRE/361/2002, de 14 de febrero<sup>905</sup>.

De modo que, dado que el precio del servicio de tarificación adicional va incluido en esta factura telefónica, bien podemos entender que este plazo de un mes es el que debe transcurrir para entender la deuda que analizamos por prestación de un servicio de tarificación adicional como vencida y exigible.

---

<sup>905</sup> El texto del artículo 19 es muy similar pero no idéntico al del artículo 118 citado, "el retraso en el pago total o parcial por el abonado durante un período de tiempo superior a un mes desde la presentación a éste del documento de cargo correspondiente a la facturación del servicio telefónico disponible al público, podrá dar lugar, previo aviso al abonado, a su suspensión temporal".

4.4.5.3.- El desglose en factura es un medio administrativo de garantizar la liquidez de la deuda

LASARTE define la obligación líquida como aquella en la que “el montante de la prestación de dar se encuentra determinado numéricamente, cuando se conoce con exactitud la cantidad de cosas o unidades monetarias debidas”, resultando inexigible o inejecutable la ilíquida<sup>906</sup>.

La mera presentación de una facturación telefónica cualquiera por parte del operador de acceso del consumidor abonado en modo alguno supone que la deuda por la utilización de un servicio de tarificación adicional sea líquida, aunque sí lo sea respecto de la generada por el uso ordinario del servicio telefónico.

Una vez realizada la llamada, consumidor llamante y abonado adquieren cada uno su propia deuda con contrapartes diferentes, se trata de dos deudas distintas y provenientes de contratos bien distintos. Pues bien, para que cualquiera de las dos deudas resulte líquida, deberá señalarse exactamente su importe diferenciándolo del que corresponda a la otra deuda. Este requisito ha sido plasmado en la normativa de regulación administrativa de los servicios de tarificación adicional y se denomina “desglose”.

Pero también existe una obligación del operador de acceso el presentar a su consumidor abonado los diversos cargos por el servicio telefónico perfectamente diferenciados, a lo que la CDUSCE denomina igualmente “desglose”.

En aplicación de este precepto, que no es sino concreción del derecho genérico de todo consumidor a obtener el detalle en factura de todos los conceptos devengados, en las telefónicas se ha diferenciado tradicionalmente el concepto de cuota de abono, el concepto de llamadas metropolitanas, el concepto de llamadas provinciales y el de internacionales, entre otros, a los que ahora habría que añadir el concepto de llamadas a servicios de tarificación adicional.

Como también se denomina desglose a otra operación diferente, la que consiste en desglosar el precio global de las llamadas a servicios de tarificación adicional en sus dos valores fundamentales, por un lado, la deuda de la que es acreedor el prestador del servicio, y por otro, la deuda de la que es acreedor el operador de acceso que encamina la llamada del consumidor, ambas correspondientes a contratos bien diferentes<sup>907</sup>, y para evitar equívocos, proponemos denominar al primero como “detalle” y al segundo como “desglose”.

Y en conclusión, sólo pueden entenderse líquidas ambas deudas si se efectúa en factura este desglose.

Si la factura se limita a detallar la factura pero sin desglosar las llamadas a servicios de tarificación adicional, simplemente expresaría que el precio global de la llamada al prestador del servicio de tarificación adicional cuesta x,

---

<sup>906</sup> CARLOS LASARTE. *Principios de Derecho Civil II. Derecho de Obligaciones*. 13ª edición. Madrid: Marcial Pons, 2009, p. 54.

<sup>907</sup> El artículo 22.4 de la CDUSCE establece que “el desglose establecido en este artículo se entiende, sin perjuicio de los establecidos en los apartados octavo y undécimo 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...”

pero no qué parte de este montante corresponde cobrar al prestador ni cuánto corresponde al operador de acceso.

En definitiva, sin desglose del precio global de una llamada en precio parcial y tarifa, las deudas derivadas resultan civilmente ilícitas.

Curiosamente, la imposición general a los operadores de acceso de la obligación administrativa de desglosar no se ha establecido hasta el año 2004, lo que se ha presentado como un nuevo derecho de los consumidores, cuando no es tal, ya que la posibilidad de oponerse al pago de una deuda ilícita siempre ha existido.

Antes de ello, el artículo 8 de la Orden PRE/361/2002, de 14 de febrero, ya estableció el derecho de desglose, pero sólo en el supuesto de “disconformidad” del consumidor abonado con la factura. Así pues, la primera facturación que recibía el consumidor no tenía por qué incorporar el desglose, aunque sí incluía el detalle o separación de las llamadas de diferente tipo (urbanas, interurbanas, internacionales, de tarificación adicional...) y sólo si el consumidor abonado manifestaba disconformidad<sup>908</sup>, su operador de acceso debía girar segunda factura desglosando “... la parte correspondiente al servicio soporte de los servicios de tarificación adicional de la parte correspondiente a los servicios de información o de comunicación”, artículo 8.3 de la citada Orden<sup>909</sup>.

La vigente redacción del precepto, de 2004, ha reconocido administrativamente el derecho a desglose desde la primera factura que reciba el abonado consumidor, sin necesidad de mostrar disconformidad previa alguna, aclarando aún más los términos de la redacción de 2002, ya que incluso prevé el supuesto de existencia de diversidad de operadores implicados. En el mismo sentido, el artículo 23.1 CDUSCE dispone que “en el supuesto de que en la factura de un servicio de comunicaciones electrónicas se incluyan importes correspondientes a servicios que no tienen tal naturaleza, será obligatorio que se efectúe el desglose, de manera que pueda identificarse el importe correspondiente al servicio o servicios de comunicaciones electrónicas”<sup>910</sup>.

El detalle y el desglose quedan igualmente recogidos y diferenciados en el artículo 10.5º.3 de la Orden ITC/308/2008, de 31 de enero, de mensajería premium, que establece que “la factura que el operador del servicio telefónico disponible al público presente al cobro al abonado, deberá, además de

---

<sup>908</sup> La normativa no imponía forma específica alguna a la “disconformidad”, lo que hacía igualmente válido el desacuerdo manifestado telefónicamente.

<sup>909</sup> “La disconformidad o desacuerdo de un abonado con la facturación de los servicios de tarificación adicional no podrá dar lugar a la suspensión del servicio telefónico disponible al público si el abonado paga el importe del mismo, excluidos todos los conceptos relativos a los servicios de tarificación adicional” (apartado primero del artículo 8 de la citada Orden), aunque el acceso a los servicios de tarificación impagados sí podía ser suspendido por el operador salvo que el abonado presentase “una reclamación ante las Juntas Arbitrales de Consumo o ante la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información y que, mientras se esté substanciendo dicha reclamación, consigne fehacientemente el importe adeudado, entregando el correspondiente resguardo al operador” (apartado segundo del artículo 8).

<sup>910</sup> Los operadores realizan este desglose presentando en su facturación un apartado específico o detalle de llamadas realizadas a servicios de tarificación adicional, y realizan el “desglose” consignando en cada una de estas llamadas tres datos monetarios, el denominado “importe 1”, que es la tarifa por el servicio soporte utilizado, el “importe 2”, que es el precio parcial del servicio de tarificación adicional recibido, y el precio global de la llamada, que es la suma de ambos.

distinguir entre el servicio telefónico y el de mensajes, desglosar, separar y reflejar fielmente la parte correspondiente al mensaje soporte de la correspondiente a la tarificación adicional...”<sup>911</sup>

No obstante el artículo 10.5º.5 exige del desglose material si “del contenido de la propia factura se deduce la parte correspondiente a los mensajes soporte y la de tarificación adicional que retribuye al operador que presta servicios de almacenamiento y reenvío de mensajes sujetos a tarificación adicional”. Por ejemplo, quedaría eximido el desglose mensaje a mensaje si queda claro en la factura que cada uno tiene un único precio por el servicio soporte, supongamos que 0,50 euros. Un mensaje con precio global de 1,50 euros en tales condiciones estaría retribuyendo al prestador con 1 euro y otro marcado con 3 euros provocaría una retribución al prestador de 2,50 euros.

En definitiva, el desglose es el acto por el que las dos deudas, la del servicio soporte y la del servicio de tarificación adicional, se convierten en líquidas. Sin desglose no podría el consumidor aceptar el pago por la llamada realizada pero a la vez oponerse al pago del servicio de tarificación adicional recibido por defectuoso, por ejemplo<sup>912</sup>.

#### 4.4.5.4.- El incumplimiento del desglose impide al operador de acceso cobrar o cortar el servicio telefónico

La permisividad en el pasado ante la ausencia de desglose que permitió a Telefónica el cobro de deudas no líquidas, provocó que el desacuerdo del consumidor sólo pudiese manifestarse mediante el impago total de la factura, lo que le conducía sin remisión al corte del servicio telefónico completo. Terrible perversión ésta que durante años forzó a los consumidores a pagar para evitar un mal mayor, cuando aplicando el derecho civil básico, nunca se debería haber permitido.

Actualmente, el incumplimiento por parte del operador de acceso de las normas de desglose en facturación que comentamos está expresa y administrativamente prohibido, no se pueden girar cargos por tarificación adicional si no están desglosados<sup>913</sup>.

---

<sup>911</sup> El artículo 8.3 de la Orden PRE/361/2002, de 14 de febrero y el artículo 10.5º.3 de la Orden ITC/308/2008, de 31 de enero, de mensajería premium, establecen también el derecho del abonado a recibir una facturación no desglosada cuando así lo solicite.

<sup>912</sup> El art.8.3.3 de la Orden PRE/361/2002 garantiza el desglose disponiendo incluso que “cuando el operador de acceso no pueda efectuar el desglose a que hace referencia el párrafo anterior porque desconozca qué parte del precio total facturado corresponde al servicio telefónico disponible al público y cuál corresponde al servicio de información, podrá optar por indicar en la parte del desglose correspondiente al servicio telefónico disponible al público el precio por minuto de la llamada metropolitana si el origen de la misma es un terminal fijo, o el de menor cuantía de móvil a fijo si el origen es un terminal móvil, excluyendo, en su caso, el precio de establecimiento de la llamada, a efectos de lo dispuesto en el epígrafe 1 de este apartado”.

<sup>913</sup> El artículo 8.4 de la Orden PRE/361/2002, de 14 de febrero, señala que “el incumplimiento de lo dispuesto en el punto anterior dará lugar a que en la factura, librada por servicios de telecomunicaciones, no pueda integrarse la totalidad de la componente del servicio de tarificación adicional...”. El término utilizado, “integrarse”, entendemos significa introducir el concepto para su cobro en factura junto a los demás relativos a servicios de telecomunicaciones. Por tanto, es obligación del operador el no girar cargos por servicios de tarificación adicional si no se realiza el desglose de la forma establecida. Por su parte, el artículo 10.5º.7 de la Orden ITC/308/2008, de 31 de enero, de mensajería premium, establece similar

En el supuesto de que se hiciese, se legitima al abonado a no pagar la totalidad del importe de la factura telefónica, incluyendo cualesquiera conceptos y por tanto, también los ajenos a los servicios de tarificación adicional<sup>914</sup>, ya que la deuda derivada del servicio telefónico o soporte resultaría ilíquida.

Y lo que es más riguroso, se establece explícitamente el derecho del abonado a obtener “la devolución de la totalidad del importe de la misma, si la hubiere pagado, hasta que dicha desagregación se efectúe y se le permita ejercer la opción de abonar independientemente el importe desglosado relativo al servicio telefónico disponible al público...”

De estas tres previsiones reglamentarias, a efectos civiles, debemos discrepar de la última, ya que si el abonado ha pagado la factura, pese a no llevar desglosados los cargos por tarificación adicional, dando con ello por válidas las llamadas reflejadas, servicios recibidos y cargos efectuados, la ausencia de desglose no es motivo contractual suficiente para entender obligado al operador a devolver sin más el importe cobrado por toda la factura.

Puede entenderse que la Administración esté concretando con pésima técnica normativa un subtipo de infracción administrativa por incumplimiento de normativa de facturación, lo que le permitiría imponer una sanción como en las dos previsiones previas, pero en modo alguno puede entenderse como una afirmación que afecte al crédito.

La independencia de los dos contratos que se despliegan al realizar una llamada de tarificación adicional también es la razón fundamental por la que no cabe entender que el simple impago del servicio de tarificación adicional permita suspender o cortar temporalmente el servicio telefónico por el operador de acceso del consumidor abonado.

Si un operador alquila un piso de su propiedad a uno de los hijos de un abonado suyo al servicio telefónico, el impago de la renta permitiría instar el desahucio del inquilino, pero no sería razón suficiente para proceder al corte del servicio telefónico del abonado, porque se trata de dos contratos diferentes.

Del mismo modo, el impago del servicio de tarificación adicional puede irrogar responsabilidades contractuales al consumidor llamante, pero no puede producir la suspensión del servicio telefónico del abonado. El incumplimiento del primero no legitima a un tercero ajeno al mismo, el operador de acceso, a interrumpir unilateralmente la ejecución del contrato de servicio telefónico que tiene contratado con su abonado, ni siquiera cuando consumidor y abonado sean la misma persona, supuesto en el que se pueden utilizar otros mecanismos jurídicos, como la compensación de créditos y deudas<sup>915</sup>.

---

previsión, que el incumplimiento de la obligación de desglose dará lugar a que en la factura librada no pueda incluirse el precio total del mensaje, que, a estos efectos, incluirá tanto la parte correspondiente al mensaje soporte como la parte relativa a la tarificación adicional.

<sup>914</sup> Disponen el segundo y tercer párrafos del artículo 8.4 de la Orden PRE/361/2002, de 14 de febrero que “el usuario llamante tendrá derecho a considerar que la factura emitida no tiene la consideración de factura” y en consecuencia entendemos que se establece implícitamente su derecho a no pagarla.

<sup>915</sup> La segunda Recomendación del Defensor del Pueblo en la materia, dirigida al Presidente de Telefónica de España S.A. por los cortes telefónicos a los que la Compañía sometía a los usuarios que no pagaban los recibos que contenían cargos por servicios de tarificación adicional, sostuvo la tesis de la ilegalidad del corte en tales circunstancias, ya que esta prerrogativa estaba recogida en la correspondiente normativa de aplicación sólo ante el impago del servicio telefónico básico. Por ello, el Defensor del Pueblo concluía con la recomendación de que “se proceda de forma inmediata a restablecer el servicio telefónico a los

Y esto siempre ha sido así, pues es aplicación del derecho contractual básico. Pese a ello, fue sistemáticamente ignorado por los operadores hasta que fue reconocido reglamentariamente por el artículo 8 de la Orden PRE/361/2002, de 14 de febrero, primero, y el artículo 10.5º.1 de la Orden ITC/308/2008, de 31 de enero, de mensajería premium, después.

Ambos disponen que la disconformidad o desacuerdo del abonado con la facturación de los servicios de tarificación adicional no pueda dar lugar a la suspensión del servicio telefónico, ni del servicio general de mensajes, si el abonado paga el importe correspondiente a cada uno de ellos<sup>916</sup>.

#### 4.4.5.5.- El mandato tácito de pago del llamante al abonado

El supuesto ordinario y básico en el que se basa la normativa de tarificación adicional parte de que llamante y abonado son la misma persona.

En los casos en que exista un consumidor llamante diferente al abonado que realice la llamada con pleno conocimiento de causa por parte de éste, el esquema jurídico contractual se complica un poco más, dado que quien materialmente realiza el pago es el abonado, pero quien contrata es el llamante.

La relación que se constituye entre llamante y abonado para el pago del precio es un contrato tácito de mandato simple no representativo por el que el llamante mandante, encarga al abonado mandatario el pago del servicio que ha adquirido, a través de la factura telefónica del mandatario, fórmula similar a la que relaciona al operador de acceso respecto del crédito del prestador del servicio de tarificación adicional y que ya hemos analizado.

En ocasiones, el mandato será expreso, la mayoría deberá considerarse presunto, como en el caso de existencia de relaciones familiares entre abonado y llamante, aunque la doctrina considera que ésta no es una figura diferente del mandato tácito y que se utiliza simplemente para denominar los mandatos acreditados de forma presuntiva<sup>917</sup>.

---

abonados a los que les ha sido suspendido por impago de facturas correspondientes a servicios de líneas 903”, lo que fue igualmente desatendido por el Ministerio. Recomendación 69/1992, de 30 de diciembre, sobre restablecimiento del servicio telefónico a los abonados a los que les ha sido suspendido por impago de facturas correspondientes a servicios de líneas 903. BOCG. Cortes Generales. IV Legislatura. Serie A. Núm. 51. Pág. 260. También en [www.defensordelpueblo.es](http://www.defensordelpueblo.es).

<sup>916</sup> El último párrafo del artículo 8.4 de la Orden PRE/361/2002, de 14 de febrero, dispone que “el usuario llamante no podrá ser suspendido del servicio telefónico, si paga el importe desglosado relativo al servicio telefónico disponible al público”. Más civilistas son los términos del artículo 19.2 de la citada Orden, que dispone que “la suspensión sólo afectará a los servicios respecto a cuyo pago se haya incurrido en mora”. Y en el mismo sentido, el artículo 23.1 CDUSCE dispone que “el usuario final que pague la parte de la factura que corresponda, según el desglose establecido en el párrafo anterior, al servicio de comunicaciones electrónicas no podrá ser suspendido en el mismo, sin perjuicio de la deuda que pueda subsistir por el importe impagado en otros conceptos...el incumplimiento de lo dispuesto en el párrafo primero de este artículo facultará al usuario final a considerar que la totalidad de la factura se libra por servicios que no tienen la consideración de comunicaciones electrónicas, por lo que su impago no podrá acarrear su suspensión.”

<sup>917</sup> Sobre los requisitos para entender la existencia de un mandato tácito o presunto, SALVADOR GARCÍA GUARDIOLA. “El mandato”. JUAN FRANCISCO DELGADO DE MIGUEL (Coord.). *Instituciones de Derecho Privado. Tomo III. Obligaciones y contratos. Vol 2º*. 1ª edición. Madrid: Civitas, 2005, pp.1228-1232.



#### 4.4.5.6.- El pago de la deuda se realiza a tercero *adiectus solutionis causa*

Todo pago debe realizarse al acreedor o a su representante autorizado, aunque el Código Civil contempla algunas figuras liberatorias de pago a terceros ajenos a la obligación<sup>918</sup>.

O'CALLAGHAN nos recuerda que el Derecho Romano preveía una figura de pago a tercero no expresamente contemplada en el Código Civil, pero amparada por el principio de libertad contractual, el llamado *adiectus solutionis causa*, que consiste en el pago a un tercero designado expresa o tácitamente para recibirlo<sup>919</sup>, a quien DIEZ-PICAZO denomina "indicatario", por ser la persona designada cuando existe una indicación de pago<sup>920</sup>.

Este *accipiens* carece de potestad para exigir el cumplimiento del pago al deudor por no ser su representante y estar exclusiva y pasivamente legitimado para recibirlo, así como está aceptado que se pueda designar tanto de forma tácita<sup>921</sup>, como de forma unilateral por el acreedor, siempre que ello no perjudique al deudor<sup>922</sup>.

La doctrina utiliza esta figura como fundamento de los muy habituales pagos de deudas a través de entidad bancaria, mediante ingresos en cuenta titularidad del acreedor y la consideramos también aplicable a los servicios de tarificación adicional, ya que el abonado, como *solvens*, no paga al prestador ni a representante legal alguno suyo, sino que el prestador le impone la forma de pago a través de tercero designado, el operador de acceso utilizado por el llamante y a través del recibo telefónico que le presenta al correspondiente abonado.

Finalmente, en los supuestos en que abonado y llamante no sean la misma persona, el abonado, que es el *solvens* llamado al pago por el funcionamiento ordinario de la tarificación adicional, también podría realizarlo como tercero en virtud del artículo 1.158 del Código Civil, pudiendo en tal caso reclamar al deudor llamante el importe que corresponda, aún cuando lo haya hecho sin conocimiento del deudor.

---

<sup>918</sup> Art. 1163.2 Cc: "...será válido el pago hecho a un tercero en cuanto se hubiere convertido en utilidad del acreedor". Art. 1164 Cc: "El pago hecho de buena fe al que estuviere en posesión del crédito, liberará al deudor".

<sup>919</sup> Cfr. XAVIER O'CALLAGHAN. *Compendio de Derecho Civil. Tomo II. Derecho de Obligaciones*. 6ª edición. Madrid: Dijusa, 2009, pp. 126-127. Parte de la doctrina considera esta figura incluida en el artículo 1.162 Cc, "...o a otra autorizada para recibirla en su nombre.", dado que este concepto de autorización es más amplio que el de representación, cfr. J. SANTOS BRIZ (Dtor). *Tratado de Derecho Civil. Teoría y práctica. Tomo III. Derecho de Obligaciones*. 1ª edición. Barcelona: Bosch, 2003, p. 128.

<sup>920</sup> LUIS DÍEZ-PICAZO. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Volumen II. Las relaciones obligatorias*. 6ª edición. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2008, pp. 566, 569 y 571-572.

<sup>921</sup> Cfr. LUIS DÍEZ-PICAZO. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Volumen II. Las relaciones obligatorias*. 6ª edición. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2008, p. 572.

<sup>922</sup> JAVIER MÁXIMO JUÁREZ GONZÁLEZ. "Cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones". JUAN FRANCISCO DELGADO DE MIGUEL (Coord.). *Instituciones de Derecho Privado. Tomo III. Obligaciones y contratos. Vol 1º*. 1ª edición. Madrid: Civitas, 2002, pp. 124-125. ANA ISABEL MENDOZA LOSANA señala que "el operador del servicio telefónico no es más que un autorizado para recibir el pago, que ha de restituir al prestador del servicio (art. 1162 CC)", "Servicios telefónicos de tarificación adicional: motivos para la modificación de la normativa. Respuesta a consulta planteada por la Consejería de Sanidad de la Junta de Comunidades de Castilla La Mancha", en ANGEL CARRASCO PERERA (Coord). *Estudios sobre Telecomunicaciones y Derecho de Consumo*. Navarra: Aranzadi, 2005, p. 33.

Ahora bien, si lo ha hecho contra su voluntad, sólo dispondrá de acción de enriquecimiento para recobrar lo pagado en cuanto hubiera sido útil para el deudor<sup>923</sup>, lo que supone que si el servicio recibido no fue de conformidad, el abonado no podrá reclamar nada.

En resumen, el abonado paga ordinariamente por mandato del llamante al operador de acceso *adiectus solutionis causa*, para liberar al llamante de su deuda con el prestador acreedor, por lo que concluimos que el operador de acceso, el *accipiens*, carece de acción para exigir al llamante o abonado el crédito que corresponda al prestador del servicio de tarificación adicional.

#### 4.5.- LA FORMA DEL CONTRATO

La forma es la manera externa de manifestarse el contrato<sup>924</sup>.

En nuestro ordenamiento jurídico rige el principio espiritualista o de libertad de forma en los contratos desde el Ordenamiento de Alcalá de 1.348<sup>925</sup>, establecido principalmente por el artículo 1.278 del Código Civil y el artículo 51 del Código de Comercio.

Los supuestos de forma escrita obligatoria recogidos por el artículo 1.280 del Código Civil, como también ocurre con el artículo 5 de la Ley 50/1980 de contrato de seguro, son considerados por la doctrina como mera habilitación a las partes contratantes de “compelerseréciprocamente a llenar aquella forma desde que hubiese intervenido el consentimiento y demás requisitos necesarios para su validez”, como establece el artículo 1.279 del Código Civil, sin que la ausencia de forma escrita vicie el contrato<sup>926</sup>.

En consecuencia, la existencia o exigencia de contrato escrito tiene una mera función “*ad probationem*”, aunque conviven con este principio general algunos supuestos cuyas especiales características requieren de forma escrita “*ad solemnitatem*”, es decir, como requisito constitutivo de validez<sup>927</sup>.

---

<sup>923</sup> Cfr. JAVIER MÁXIMO JUÁREZ GONZÁLEZ. “Cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones”. JUAN FRANCISCO DELGADO DE MIGUEL (Coord.). *Instituciones de Derecho Privado. Tomo III. Obligaciones y contratos. Vol 1º*. 1ª edición. Madrid: Civitas, 2002, pp. 120-122.

<sup>924</sup> Cfr. XAVIER O'CALLAGHAN. *Compendio de Derecho Civil. Tomo II. Derecho de Obligaciones*. 6ª edición. Madrid: Dijusa, 2009, p. 263. Sólo es elemento del contrato cuando es *ad solemnitatem*.

<sup>925</sup> Cfr. MARÍA DEL MAR HERAS HERNÁNDEZ. “La forma de los contratos: el neoformalismo en el derecho de consumo”. *Revista de Derecho Privado*, Año nº 89, Mes 3, 2005, nota 38. Y MANUEL CARLOS LOBO COELLO, en JAVIER CREMADES y JOSÉ LUIS GONZÁLEZ MONTES (Coord.). *La Nueva ley de Internet (Comentarios a la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico)*. Madrid-Las Rozas: La Ley-Actualidad, 2003, p. 358.

<sup>926</sup> Vid. CARLOS LASARTE. *Principios de Derecho Civil III. Contratos*. 12ª edición. Madrid: Marcial Pons, 2009, pp. 44-46.

<sup>927</sup> Por ejemplo, el artículo 633 del Código Civil, que establece que para que sea válida la donación de cosa inmueble ha de hacerse en escritura pública. Vid. MARÍA DEL ROSARIO MARTÍN BRICEÑO, “La protección de los intereses del consumidor a través de la forma de contrato”. *Aranzadi Civil*, nº 1, 2001, pp. 1971-1973. Para ARROYO, las funciones tradicionales de la forma contractual en el Derecho español son cuatro. Dos de ellas deben ponerse en relación con el negocio: son *ad solemnitatem* (art. 1628 CC) y *ad probationem* (art. 1218, 1225, 1280 CC). Las otras dos se refieren a una cualidad: la de la ejercitabilidad de los efectos o *ad exercitium* (Base 19 final, art. 1279 CC) y la de inscriptibilidad del negocio o *ad inscriptionem* (art. 3 LH), ESTHER ARROYO AMAYUELAS. “¿Qué es forma en el derecho contractual comunitario de consumo?”. *Anuario de Derecho Civil*, Tomo LXI, fasc. II, 2008,

#### **4.5.1.-La forma contractual en la legislación de protección de los consumidores**

Por el contrario, la *ratio* de las leyes de protección del consumidor es la vuelta al formalismo contractual, aún a costa de introducir menor flexibilidad y mayor rigidez a la dinámica comercial y de servicios<sup>928</sup>.

Esta tendencia, que se ha venido en denominar como “neoformalismo” del Derecho de Consumo, no tiene otra finalidad que garantizar que el consumidor reciba cierta información que el legislador considera esencial para asegurar un nivel de protección elevado y adecuado, por lo que a las tradicionales funciones probatoria e integradora que se predicán de la forma contractual, se añaden en este caso funciones informativas y preventivas respecto de los derechos de los consumidores<sup>929</sup>.

Para GARCÍA VICENTE, la respuesta legal a la infracción de los requisitos de forma en contratación con consumidores no es uniforme, más bien es desoladora<sup>930</sup>, aunque desde nuestro punto de vista pueden agruparse en tres bloques.

a) Por un lado se encuentran una serie de normas que establecen la obligación de forma escrita “*ad solemnitatem*” con unos contenidos mínimos determinados, pero constituyendo el incumplimiento causa de nulidad relativa del contrato únicamente alegable por el consumidor, frente a la regla general del derecho común de nulidad radical ante contravención de forma “*ad solemnitatem*”<sup>931</sup>. Son los artículos 111 y 112 del TRLGDCU en relación a contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles, el artículo 7 de la Ley 7/1995, de 23 de marzo, de Crédito al Consumo y el artículo 10.2 de la

---

p.524. Un completo estudio de la forma en MARÍA JOSÉ SANTOS MORÓN. *La forma de los contratos en el Código Civil*. Madrid, Universidad Carlos III, Boletín Oficial del Estado, 1996, 419 pp.

<sup>928</sup> Vid. THIERRY BOURGOIGNIE (Traductora, GABISER). *Elementos para una teoría del Derecho de Consumo*. Vitoria: Gobierno Vasco, 1994, pp. 198-199. Y MARÍA DEL ROSARIO MARTÍN BRICEÑO, “La protección de los intereses del consumidor a través de la forma de contrato”. *Aranzadi Civil*, nº 1, 2001, pp. 1971 y ss.

<sup>929</sup> Cfr. NATALIA ÁLVAREZ LATA. *Invalidez e Ineficacia en el Derecho Contractual de Consumo Español. Análisis de los Supuestos Típicos de Ineficacia en los Contratos con Consumidores*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2004, p. 66. MARÍA DEL MAR HERAS HERNÁNDEZ. “La forma de los contratos: el neoformalismo en el derecho de consumo”. *Revista de Derecho Privado*, Año nº 89, Mes 3, 2005, pp. 27-50, y la bibliografía que cita en las notas 22 y 54. ESTHER ARROYO AMAYUELAS. “¿Qué es forma en el derecho contractual comunitario de consumo?”. *Anuario de Derecho Civil*, Tomo LXI, fasc. II, 2008, p.520.

<sup>930</sup> Cfr. RODRIGO BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Coord). *Comentarios del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007)*. 1ª edición. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2009, pp. 817-819.

<sup>931</sup> Cfr. NATALIA ÁLVAREZ LATA. *Invalidez e Ineficacia en el Derecho Contractual de Consumo Español. Análisis de los Supuestos Típicos de Ineficacia en los Contratos con Consumidores*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2004, pp. 75-77. MARÍA JOSÉ SANTOS MORÓN. “Información precontractual, forma y prueba del contrato”, en GEMA BOTANA GARCÍA y MIGUEL RUIZ MUÑOZ (Coord.). *Curso sobre protección jurídica de los consumidores*. 1ª edición. Madrid: Mc Graw Hill, 1999, pp. 154-155. MARÍA DEL ROSARIO MARTÍN BRICEÑO, “La protección de los intereses del consumidor a través de la forma de contrato”. *Aranzadi Civil*, nº 1, 2001, pp. 1988 y ss. No obstante, existen posicionamientos a favor de considerar que en algunos casos se trata de nulidades absolutas o de pleno derecho, vid. MARÍA DEL MAR HERAS HERNÁNDEZ. “La forma de los contratos: el neoformalismo en el derecho de consumo”. *Revista de Derecho Privado*, Año nº 89, Mes 3, 2005, pp. 42 y ss.

Ley 42/1998, de 15 diciembre, sobre derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico y normas tributarias.

b) Otras normas han establecido igualmente la obligatoriedad de la forma escrita pero sin asociar el efecto de anulabilidad a su omisión, como el artículo 154.2 del TRLGDCU en relación a los viajes combinados, el artículo 98.2 del TRLGDCU en relación a los contratos a distancia, y los artículos 6 a 8 de la Ley 28/1998, de 13 de julio, de Venta a Plazos de Bienes Muebles, que establecen diferentes consecuencias jurídicas en relación a la omisión de ciertos datos o contenidos obligatorios pero conservando y manteniendo en todo caso la vigencia y existencia del contrato, aunque algunos autores se pronuncian a favor de aplicar analógicamente a estos supuestos el régimen de anulabilidad<sup>932</sup>.

c) El resto de los contratos de consumo no requieren de forma escrita, aunque conforme al artículo 63 del TRLGDCU, todo consumidor tiene derecho a recibir gratuitamente justificante del acto u operación realizada como consecuencia de un contrato, que contenga al menos las condiciones esenciales de tal operación<sup>933</sup>. Su incumplimiento se tipifica como infracción administrativa, aunque para que afectaran a la dinámica del contrato, debería tratarse de actos exigibles conforme a la buena fe, como ocurre en el caso de los recibos de pago de precio<sup>934</sup>.

Una vez cumplimentada la correspondiente obligación por el empresario, y por tanto, expedido el correspondiente documento, éste es sólo un medio de prueba de la operación realizada, como han sostenido muchos autores en relación al antiguo artículo 10.1.b) LGDCU del que trae causa<sup>935</sup>.

---

<sup>932</sup> Por todos, NATALIA ÁLVAREZ LATA. *Invalidez e Ineficacia en el Derecho Contractual de Consumo Español. Análisis de los Supuestos Típicos de Ineficacia en los Contratos con Consumidores*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2004, p. 77-80.

<sup>933</sup> Lo que además de ejemplar del contrato firmado, también supone la de justificante del pago o depósito realizados, copia de la orden de trabajo, recibo de recepción de la mercancía, etc... Artículo 63 TRLGDCU: "Confirmación documental de la contratación realizada. 1. En los contratos con consumidores y usuarios se entregará recibo justificante, copia o documento acreditativo con las condiciones esenciales de la operación, incluidas las condiciones generales de la contratación, aceptadas y firmadas por el consumidor y usuario, cuando éstas sean utilizadas en la contratación. 2. Salvo lo previsto legalmente en relación con los contratos que, por prescripción legal, deban formalizarse en escritura pública, la formalización del contrato será gratuita para el consumidor, cuando legal o reglamentariamente deba documentarse éste por escrito o en cualquier otro soporte de naturaleza duradera."

<sup>934</sup> Cfr. RODRIGO BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Coord). *Comentarios del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007)*. 1ª edición. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2009, pp. 814-815.

<sup>935</sup> Cfr. CLAUDIO ALVARGONZÁLEZ TERRERO en la obra ALICIA DE LEÓN ARCE (Directora). *Derechos de los consumidores y usuarios. (Doctrina, normativa, jurisprudencia, formularios)*. 2ª edición. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2007, pp. 256-259. MARIA JOSÉ SANTOS MORÓN considera que no debe confundirse la exigencia de que el contrato se formalice por escrito con la obligación de entregar ticket de caja, "Información precontractual, forma y prueba del contrato", en GEMA BOTANA GARCÍA y MIGUEL RUIZ MUÑOZ (Coord.). *Curso sobre protección jurídica de los consumidores*. 1ª edición. Madrid: Mc Graw Hill, 1999, pp. 138-139. JOSÉ MANUEL BUSTO LAGO (Coord), NATALIA ÁLVAREZ LATA y FERNANDO PEÑA LÓPEZ. *Reclamaciones de Consumo. Derecho de consumo desde la perspectiva del consumidor*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2005, pp. 376-377. ESTHER ARROYO AMAYUELAS aclara que es una prestación accesoria que no forma parte de la forma estrictamente considerada, "¿Qué es forma en el derecho contractual comunitario de consumo?". *Anuario de Derecho Civil*, Tomo LXI, fasc. II, 2008, p. 531.

En principio las reglas generales citadas son plenamente aplicables a los contratos de servicios telefónicos de tarificación adicional, que por tanto quedan sujetos al principio de libertad de forma y son plenamente válidos tal y como se celebran, de modo totalmente verbal, sin perjuicio de la obligada remisión posterior de factura conforme al artículo 63 citado, siendo perfectamente válida la que el operador de acceso gira a su abonado para el cobro tanto de sus servicios como de los de tarificación adicional que se hayan utilizado, siempre que éstos queden debidamente detallados y desglosados<sup>936</sup>.

Dado que nos encontramos ante dos contratos bien diferenciados, abogamos por profundizar en ello e implantar la obligatoriedad administrativa de presentar siempre y en todo caso una facturación independiente para cada tipo de contrato, es decir, que los operadores deban presentar a cada abonado dos facturas, una ordinaria y otra exclusivamente referida a servicios de tarificación adicional, lo que reduciría las incidencias que esta materia provoca, posibilidad expresamente prevista en la reglamentación vigente<sup>937</sup>.

Es más, esta segunda factura debería confeccionarse de modo que el consumidor pudiese optar con facilidad por pagar sólo a los prestadores y por los servicios con los que esté conforme y no hacerlo con aquéllos que no fueron prestados o lo hicieron de forma defectuosa, para evitar que de lo contrario se le avoque a un impago total no deseado ni por el consumidor ni por los prestadores que sí cumplieron.

#### **4.5.2.- La forma contractual en las modalidades electrónicas de tarificación adicional**

No sería posible una generalización de la contratación electrónica sin otorgar idéntico valor legal al soporte electrónico que al escrito, lo que se conoce como principio de equivalencia funcional<sup>938</sup>. En este sentido, el documento electrónico y el contrato electrónico tienen pleno reconocimiento en nuestro ordenamiento positivo<sup>939</sup>.

---

<sup>936</sup> Sobre la diferencia entre forma y documentación del contrato, LUIS DÍEZ-PICAZO. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Volumen I. Introducción. Teoría del contrato*. 6ª edición. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2007, pp. 294 y ss.

<sup>937</sup> En los artículos 22.1, 23.1.2 *in fine* y 23.2 CDUSCE.

<sup>938</sup> Cfr. ÁNGELA GUIBADO MORENO. *Formación y perfección del contrato en Internet*. 1ª edición. Madrid: Marcial Pons, 2004, p. 190.

<sup>939</sup> El artículo 3.5 de la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica, redacción dada por la Ley 56/2007, de 28 de diciembre, de Medidas de Impulso de la Sociedad de la Información, define el documento electrónico. El artículo 23 de la LSSICE establece que “siempre que la Ley exija que el contrato o cualquier información relacionada con el mismo conste por escrito, este requisito se entenderá satisfecho si el contrato o la información se contiene en un soporte electrónico”. El artículo 24.2 de la LSSICE dispone que “en todo caso, el soporte electrónico en que conste un contrato celebrado por vía electrónica será admisible en juicio como prueba documental”. Y el artículo 299.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en referencia a la admisibilidad de los documentos electrónicos como medio de prueba, dispone que “... se admitirán, conforme a lo dispuesto en esta Ley,..., los instrumentos que permiten archivar y conocer o reproducir palabras, datos, cifras y operaciones matemáticas llevadas a cabo con fines contables o de otra clase, relevantes para el proceso”, añadiendo en el artículo 384 que las partes podrán cuestionar su autenticidad y exactitud y que el tribunal valorará los instrumentos conforme a las reglas de la sana crítica.

Este principio se complementa con la garantía legal de autoría del documento electrónico, lo que está implantado en nuestro ordenamiento desde 1999 mediante el reconocimiento y regulación de la firma electrónica<sup>940</sup>, aunque su validez ya fue reconocida en 1997 por el Tribunal Supremo<sup>941</sup>.

Pese a todo, no parece probable que los contratos derivados de servicios de tarificación adicional por Internet o de mensajería premium se celebren con documentos electrónicos y firmas electrónicas. Su ausencia, como en la modalidad telefónica, será moneda ordinaria.

Sin embargo, ocurre justo lo contrario con la factura del operador que se utiliza como justificante de pago, que continuará siendo el principal documento de prueba para las partes, ya que se está generalizando tanto su recepción voluntaria en formato electrónico por los consumidores, que no va a ser necesaria medida reglamentaria alguna en aplicación del artículo 1 de la Ley 56/2007, de 28 de diciembre, de Medidas de Impulso de la Sociedad de la Información, que establece un mandato al Gobierno para impulsar su empleo<sup>942</sup>.

---

<sup>940</sup> Real Decreto-Ley 14/1999 de 17-9, sobre firma electrónica, BOE 18-9-1999, que se publicó incluso antes de que existiese la correspondiente Directiva comunitaria de marco común, si bien con la precaución de haber esperado a la Posición común al respecto que se alcanzó en el Consejo de Ministros de Telecomunicaciones de la UE el 22-4-1999. Actualmente en vigor la Ley 59/2003, de 19-12, de firma electrónica, BOE 20-12-2003, modificada por Ley 56/2007, de 28 de diciembre, de Medidas de Impulso de la Sociedad de la Información.

<sup>941</sup> Sentencia 3 de noviembre de 1997, RJ 1997\8251, en la que manifiesta que "el documento electrónico, (y, el documento electrónico con función de giro mercantil), es firmable en el sentido de que el requisito de la firma autógrafa o equivalente puede ser sustituida, por el lado de la criptografía, por medio de barras, signos, códigos, barras u otros atributos numéricos que permitan asegurar la procedencia y veracidad de su autoría y la autenticidad de su contenido".

<sup>942</sup> El artículo 2 de la Ley 56/2007 impone a las empresas de comunicaciones electrónicas, junto a otras de especial trascendencia económica, que establezcan un medio de interlocución telemática que, mediante el uso de certificados reconocidos de firma electrónica, les permita la realización de contrataciones y bajas, consulta de datos de cliente (incluyendo historial de facturación de al menos los últimos tres años, el contrato suscrito y las condiciones generales si las hubiere), presentación de quejas, incidencias, sugerencias y, en su caso, reclamaciones, garantizando la constancia de su presentación para el consumidor y asegurando una atención personal directa.

## **CAPÍTULO 5.- INEFICACIA DEL CONTRATO Y RESPONSABILIDAD**

Como ocurre con los elementos contractuales, la doctrina no ha conseguido fijar de modo unívoco el concepto jurídico de ineficacia ni el de otros términos asociados como inexistencia, invalidez, nulidad, anulabilidad, rescisión, etc. y que no pretendemos abordar<sup>943</sup>.

Consideramos muy ajustado a nuestros fines el planteamiento de LASARTE, los contratos son para cumplirlos, de modo que los contratos ineficaces son los supuestos patológicos de esta rama del Derecho, pudiendo clasificarse en dos grupos. Por un lado, la invalidez puede producirse por vicios o causas intrínsecas al mismo, en grado de nulidad o anulabilidad según su relevancia. Y por otro lado, puede producirse por causas extrínsecas, distinguiendo en este caso varios supuestos, el mutuo disenso, el desistimiento unilateral, la resolución por incumplimiento, la rescisión, la revocación, y el acacimiento de condición resolutoria o ausencia de condición suspensiva<sup>944</sup>.

Este planteamiento general resulta más que suficiente para avanzar en el análisis de las manifestaciones más habituales de estas figuras en contratos de servicios de tarificación adicional, teniendo en cuenta que la ineficacia en el Derecho contractual de consumo viene determinada por algunas características que lo apartan del común, como es el carácter imperativo de sus normas, la concesión sólo al consumidor de cierta disponibilidad sobre tal ineficacia y la existencia de sujetos (asociaciones de consumidores) y acciones (colectivas) específicos<sup>945</sup>.

### **5.1.- NULIDAD Y ANULABILIDAD DEL CONTRATO**

Mientras que la nulidad contractual representa el supuesto más grave de ineficacia por contrariedad a Derecho imperativo y “expresión del nada

---

<sup>943</sup> Cfr. LUIS DíEZ-PICAZO. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Volumen I. Introducción. Teoría del contrato*. 6ª edición. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2007, p. 555. Y EDUARDO VÁZQUEZ DE CASTRO. *Ilicitud Contractual. Supuestos y efectos*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2003, pp. 296 y ss. y 322 y ss.

<sup>944</sup> CARLOS LASARTE. *Principios de Derecho Civil III. Contratos*. 12ª edición. Madrid: Marcial Pons, 2009, pp. 130-131.

<sup>945</sup> Cfr. NATALIA ÁLVAREZ LATA. *Invalidez e Ineficacia en el Derecho Contractual de Consumo Español. Análisis de los Supuestos Típicos de Ineficacia en los Contratos con Consumidores*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2004, pp. 39-41.

jurídico<sup>946</sup>, la anulabilidad es un supuesto de invalidez de mucha menor gravedad cuya principal característica estriba en que, conforme considera la mayoría de la doctrina, el contrato resulta válido y eficaz mientras no se impugne durante el plazo de cuatro años establecido por el artículo 1.301 del Código Civil, plazo que igualmente la doctrina considera de caducidad, frente a la imprescriptibilidad de la acción de nulidad<sup>947</sup>.

El efecto básico de ambas es la restitución recíproca de las prestaciones que hubiesen sido materia del contrato, las cosas con sus frutos, y el precio con los intereses, conforme disponen los artículos 1.303 y 1.304 del Código Civil<sup>948</sup>.

La doctrina añade que en los supuestos en los que sea materialmente imposible tal restitución (generalmente ante prestaciones de hacer en las que no es posible *in natura* una vuelta a la situación anterior al contrato), debe realizarse por equivalencia, es decir, debe sustituirse por la entrega de una cantidad dineraria equivalente al valor de la prestación, concepto que no debe equipararse al precio pactado de la contraprestación, permitiendo al juez el cálculo de tal valor sobre bases distintas a las del contrato<sup>949</sup>.

En el caso de servicios de tarificación adicional, su devolución resulta casi siempre materialmente imposible, por lo que procedería en tal caso el pago en restitución de una cantidad equivalente al valor material del servicio, cifra inferior a su precio contractual, ya que habrían de descontarse del mismo los variados componentes de subvalor que en su momento desagregamos, el beneficio económico del prestador, las facilidades de servicio inteligente y los costes de recaudación.

De las diversas causas y motivos que provocan nulidades, analizaremos las más habituales en nuestro ámbito, los defectos en la capacidad de obrar cuando los autores de las llamadas a servicios de tarificación adicional son menores no emancipados, y en ocasiones, enajenados mentales, la ausencia de consentimiento contractual informado, y los delitos y causa torpe.

### **5.1.1.- Nulidad y anulabilidad del contrato por ausencia de capacidad de obrar de menores y enajenados**

En su momento señalamos que la contraparte del prestador en el contrato de tarificación adicional no es el abonado, sino el llamante, ya que se trata de contrato distinto al servicio de comunicación que le sirve de soporte.

Cuando el llamante resulte ser un menor no emancipado sin la suficiente capacidad de obrar para contratar el correspondiente servicio de tarificación adicional, podrá anular el contrato durante cuatro años desde que saliere de tutela.

---

<sup>946</sup> Cfr. CARLOS LASARTE. *Principios de Derecho Civil III. Contratos*. 12ª edición. Madrid: Marcial Pons, 2009, p. 131.

<sup>947</sup> Cfr. CARMEN LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA. *La nulidad de los contratos*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2009, p. 36 y pp. 223-224.

<sup>948</sup> Por el contrario, JOSE ANTONIO VEGA VEGA, entiende que deben ser de cuenta del tutelado, ya que en contratos entre ausentes no puede existir la mala fe de la otra parte que se aprovecha. *Contratos electrónicos y protección de los consumidores*. 1ª edición. Madrid: Reus, 2005, pp. 221-222.

<sup>949</sup> Cfr. CARMEN LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA. *La nulidad de los contratos*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2009, pp. 63-65.



La acción también podrá ser ejercida antes de salir de la tutela por los obligados principal o subsidiariamente en virtud de ellos, es decir, sus representantes legales, padres o tutores<sup>950</sup>. El prestador no podrá ejercitar esta acción de anulabilidad<sup>951</sup>, tal y como dispone el artículo 1.302 del Código Civil, “las personas capaces no podrán, sin embargo, alegar la incapacidad de aquellos con quienes contrataron”.

En relación a la restitución de prestaciones, el artículo 1.304 del Código Civil añade que el incapaz no está obligado a restituir sino en cuanto se enriqueció con la cosa o precio que recibiera.

Según la doctrina, ello permite evitar total o parcialmente la obligación de restitución, ya que el enriquecimiento debe entenderse como aumento material y duradero de la fortuna, es decir, como incremento del activo del patrimonio, aunque también debe considerarse tal la evitación de un gasto necesario a la persona o patrimonio del incapaz, un decremento del pasivo, y no se presume, el enriquecimiento ha de ser acreditado por quien exija la restitución. En particular, no se considera enriquecimiento el mero hecho de haber recibido un menor la cosa o el precio<sup>952</sup>.

Por tanto, en el caso de servicios de tarificación adicional, y salvo excepciones (por ejemplo, sorteos en los que resultase el menor agraciado con un premio), la anulación del contrato no supondrá obligación alguna de pago de cantidad en restitución por el servicio recibido ya que éste no provoca, por regla general, enriquecimiento alguno del incapaz.

No así la tarifa correspondiente al servicio soporte por realizar la llamada, que corresponde pagar en todo caso al abonado (por ejemplo, al padre del menor que ha hecho la llamada), por tratarse de contrato distinto.

Así por ejemplo, si el coste de una llamada es de tres euros, cuyo desglose es de un euro por la llamada y dos euros por el servicio prestado, corresponde pagar al abonado el euro de la llamada, pero podrá oponerse al pago de los dos euros por el servicio ante quien pretenda cobrárselo en nombre del prestador, normalmente su operador de acceso, y en caso de que el prestador demande al abonado el pago de los dos euros por el servicio, éste podrá oponerse esgrimiendo la anulabilidad del contrato en su día celebrado por ausencia de capacidad de obrar plena del menor contratante.

En el caso de enajenados mentales, su ausencia absoluta de capacidad para emitir un consentimiento viciaría el contrato celebrado en mayor grado que si se tratase de un menor incapaz, ya que en estos casos el vicio sería de nulidad de pleno derecho<sup>953</sup>, aunque algunos autores no consideran convincente este argumento de corte dogmático, sugiriendo la concurrencia en

---

<sup>950</sup> Cfr. CARMEN LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA. *La nulidad de los contratos*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2009, p. 259.

<sup>951</sup> “Aunque el art. 1302 utiliza la expresión “acción de nulidad”, la doctrina y la jurisprudencia entienden que se refiere en realidad a la legitimación para ejercitar la acción de anulabilidad”, RODRIGO BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO (Coord.). *Comentarios al Código Civil*. 3ª edición. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2009, p. 1546.

<sup>952</sup> Cfr. CARMEN LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA. *La nulidad de los contratos*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2009, pp. 262-265.

<sup>953</sup> Cfr. CARLOS LASARTE. *Principios de Derecho Civil III. Contratos*. 12ª edición. Madrid: Marcial Pons, 2009, p. 132.

este supuesto de una mera acción de anulación<sup>954</sup>. La nulidad radical puede declararse aunque no exista una sentencia firme de incapacitación, ya que deriva de su causa natural, la falta de discernimiento del incapaz<sup>955</sup>.

En el caso de un menor de edad cuyas condiciones físicas o escasa edad no le permitan emitir un verdadero consentimiento, como en el caso del enajenado, se generará igualmente contratación viciada de nulidad radical<sup>956</sup>, con similares efectos a los de la nulidad relativa pero imprescriptibilidad de acción, como señalamos.

Por último, nos parece interesante aplicar a nuestro supuesto las conclusiones de LÓPEZ SAN LUIS tras analizar la protección que otorga el Código Civil al menor incapaz ante nulidades contractuales cuando ha actuado con dolo haciendo creer al prestador mediante malicia o maquinaciones insidiosas que ostenta edad o capacidad suficiente, y éste ha actuado de buena fe y lo desconoce, lo que es plausible que pueda producirse en servicios de tarificación adicional.

Aunque no hay dudas de que el dolo no hace desaparecer las posibilidades de impugnación del contrato por parte del padre o tutor o del menor al terminar la tutela, no hay una respuesta unívoca de la doctrina respecto de su carácter unidireccional, ya que hay quien sostiene que en este caso debería permitirse también la impugnación a la contraparte capaz y la aplicación del régimen general restitutorio.

Lo cierto es que no está previsto en el régimen vigente que el dolo del menor bloquee la eficacia del régimen previsto en el Código Civil, y teniendo en cuenta que la mayoría de la doctrina estima que nuestro Derecho se basa en una incuestionable buena fe del menor, acorde con el derecho constitucional de protección a la juventud y la infancia del artículo 20.4, y que el incapaz incurre en todo caso en responsabilidad extracontractual por los daños y perjuicios que cause a su contraparte, la respuesta debe ser negativa<sup>957</sup>.

### **5.1.2.- Anulabilidad por ausencia de consentimiento informado**

En su momento señalamos que el artículo 10.3 de la LSSICE eleva a la categoría de elemento esencial del consentimiento contractual una serie de requisitos informativos precontractuales de consumo en el contrato de servicio de tarificación adicional por Internet, a saber, el número telefónico que se marca, las características del servicio y la información técnica que permita al consumidor desconectar y recuperar su conexión anterior a Internet.

La información deberá figurar en pantalla en el menú de inicio y acceso al servicio, aunque resultará igualmente válido que forme parte del contenido de la oferta comercial.

---

<sup>954</sup> LUIS DÍEZ-PICAZO. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Volumen I. Introducción. Teoría del contrato*. 6ª edición. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2007, pp. 171-172.

<sup>955</sup> Cfr. CARMEN LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA. *La nulidad de los contratos*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2009, pp. 260-262.

<sup>956</sup> Cfr. F. JORDANO FRAGA. “La capacidad general del menor”: *Revista de Derecho Privado*, 1984. p. 901.

<sup>957</sup> Cfr. ROCIO LOPEZ SAN LUIS. *La capacidad contractual del menor*. Madrid: Dykinson, 2001, pp. 10 y ss. del capítulo “Conceptos generales sobre la ineficacia de los contratos: Nulidad, anulabilidad y rescisión”, en documento electrónico de V-Lex generado el 18.3.2010.

Como señala SANCHO, los incumplimientos en el contenido del consentimiento informado sanitario "dan lugar a que de prestarse el consentimiento éste se encuentre viciado, al no conocer el paciente las consecuencias de la intervención, los riesgos y las contraindicaciones. Es un consentimiento prestado sin conocimiento de causa y, por ello, ineficaz. Se trataría de un consentimiento desinformado, como lo califica en ocasiones la jurisprudencia... determina la asunción de los riesgos por el facultativo y, con ella, su responsabilidad por los daños en que pudieran materializarse"<sup>958</sup>.

De modo similar, el consentimiento contractual en relación a un servicio de tarificación adicional electrónico devendrá ineficaz si se ha prestado en ausencia de la información esencial.

Nos preguntamos si la ausencia de cualquiera de los elementos informativos que constituyen el consentimiento informado sería suficiente para entenderlo viciado o serían necesarios todos ellos juntos, ya que algunos no parecen excesivamente relevantes en relación a otros.

Pero el precepto es muy claro y exige literalmente la concurrencia de todos ellos. Aunque existan muchas formas de identificar al prestador, el legislador impone que al menos y en todo caso, el consumidor identifique el número de teléfono, dato nítido con el que las autoridades de telecomunicaciones pueden en su caso actuar. Y similar razonamiento cabe respecto de los otros dos elementos, si el consumidor no tiene acceso a la información sobre corte del servicio no hay consentimiento informado, y tampoco si desconoce las características esenciales del servicio.

Por último, quedaría por determinar si el vicio provoca la nulidad o la anulabilidad del contrato, con las diferencias de régimen que ello conlleva.

Sólo la carencia absoluta de consentimiento vicia de nulidad un contrato, por lo que en general son causas de anulabilidad todos los vicios del consentimiento, error, violencia (salvo la absoluta), intimidación y dolo<sup>959</sup>.

En nuestro caso no puede afirmarse que exista total ausencia de consentimiento, sino sólo consentimiento desinformado. Por tanto, y dado que la ausencia de la información sólo puede calificarse conceptualmente como un error del consentimiento, la sanción civil prevista ante la omisión de cualquiera de sus contenidos es la de la nulidad relativa o anulabilidad, cuya consecuencia inmediata sería la restitución de prestaciones, lo que obligaría al llamante a abonar un precio algo inferior al total de la llamada, ya que la restitución del servicio por parte del consumidor llamante, por imposible, ha de ser sustituida por su valor, montante que, como indicamos, será siempre inferior a su precio parcial contractual.

Así por ejemplo, si el coste de una llamada es de tres euros, cuyo desglose es de un euro por la comunicación soporte y dos euros de precio parcial por el servicio prestado, de los que sólo un euro corresponde al valor intrínseco de la prestación adicional, corresponde pagar al operador de acceso el primer euro, y si el prestador reclamase los otros dos, un euro más por el valor del servicio, ya que podrá oponerse al pago del otro euro que es la

---

<sup>958</sup> Cfr. IGNACIO SANCHO GARGALLO. "Tratamiento legal y jurisprudencial del consentimiento informado". *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, nº 2, 2004, pp. 12 y 15. Documento electrónico en [www.indret.com](http://www.indret.com). Consulta realizada el 26-10-2009.

<sup>959</sup> Cfr. CARLOS LASARTE. *Principios de Derecho Civil III. Contratos*. 12ª edición. Madrid: Marcial Pons, 2009, pp. 131-132.

diferencia entre su valor y su precio esgrimiendo la anulabilidad del contrato en su día celebrado por ausencia de consentimiento suficientemente informado.

### **5.1.3.- Anulabilidad por incumplimiento de las obligaciones de información precontractual**

Ya indicamos que el incumplimiento de las obligaciones informativas precontractuales ha sido reconocido por doctrina y jurisprudencia como motivo legal que afecta a la dinámica del contrato.

Aunque ciertas leyes especiales lo sancionan otorgando al consumidor la facultad de resolver el contrato<sup>960</sup>, lo cierto es que resulta poco adecuado utilizar este recurso ante una obligación de carácter precontractual, que por tanto, debe estar más asociada a la dinámica de formación del consentimiento y a la anulación contractual en caso de vicios, que a la dinámica de ejecución del contrato, en la que la resolución es la regla básica para enfrentar los correspondientes incumplimientos contractuales<sup>961</sup>.

Resumiendo las obligaciones informativas precontractuales en su momento analizadas, en servicios de tarificación adicional se exige indicar las características esenciales del servicio, y en particular, la edad recomendada cuando es para mayores de 18 años; el precio; los datos de identificación del prestador, incluyendo el número telefónico; información instrumental variada, como la advertencia del consentimiento de los padres o tutores y/o titular del teléfono para el uso del servicio, la advertencia de que la facturación será remitida al abonado, los trámites a seguir si hay contratación electrónica, e información sobre el *dialer*; y las condiciones generales de contratación cuando existan.

La incidencia de cada omisión sobre el contrato dependerá del grado de incumplimiento que se produzca, para cuyo análisis diferenciaremos el incumplimiento total del parcial.

#### **5.1.3.1.1 Omisión absoluta de la información**

Nos debemos plantear en primer lugar si la inexistencia total de locución, menú de inicio o mensajes previos, podría reputarse ilícito civil suficiente como para entender viciado por error el consentimiento del consumidor que contrate y reciba un servicio de tarificación adicional que se preste inmediatamente establecida la conexión, tal y como ocurría hace unos años, antes de aprobarse la vigente normativa administrativa.

---

<sup>960</sup> Artículo 10.2 de la Ley 42/1998, de 15 de diciembre, sobre derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico y normas tributarias y artículo 44 LOCM en su redacción de 2002 modificado éste por el vigente artículo 71.3 TRLGDCU que ha sustituido la resolución por una simple ampliación del plazo de desistimiento, más acorde con la naturaleza del incumplimiento.

<sup>961</sup> NATALIA ÁLVAREZ LATA propone la aplicación analógica de la resolución contractual como remedio jurídico general ante cualquier incumplimiento de obligaciones informativas precontractuales. *Invalidez e Ineficacia en el Derecho Contractual de Consumo Español. Análisis de los Supuestos Típicos de Ineficacia en los Contratos con Consumidores*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2004, pp. 118-120.

Doctrina y jurisprudencia son ciertamente rigurosos en la interpretación del artículo 1.266 del Código Civil<sup>962</sup>, que establece los requisitos por los que el error invalida el consentimiento, e igualmente rigurosos en la acreditación y prueba de los mismos, para evitar que alegaciones subjetivas de una de las partes puedan justificar una ineficacia contractual.

La doctrina señala que el error con trascendencia anulatoria tiene un sentido excepcional muy acusado, y que ha de reunir dos requisitos, debe ser sustancial o esencial, por un lado, y por otro, excusable, es decir, que no sea imputable a quien lo padece o que pudo evitarse con una regular diligencia<sup>963</sup>.

Y precisamente este requisito parece muy difícil que pueda concurrir en una llamada de tarificación adicional, ya que la previa e imprescindible participación activa del consumidor llamante, que es quien tiene la iniciativa de llamar o conectar, dificulta considerar en general que el “error” provocado sea excusable.

No obstante, se puede elaborar algún supuesto de laboratorio en el que pueda discutirse la anterior afirmación. Un consumidor esta interesado en conocer el tiempo que hará en la playa el fin de semana y llama a un servicio telefónico de información meteorológica mediante tarificación adicional con la única intención inicial de conocer el precio del servicio, ya que no se aprecia en la publicidad dado su nimio tamaño en relación al número, que sí se aprecia, conociendo que es obligación del prestador ofrecerlo con una locución informativa y gratuita previa. Pero no hay locución y el servicio, automático o no, se presta desde el establecimiento de llamada. Si, sorprendido, el consumidor corta enseguida la comunicación, entiendo podremos considerar que el consentimiento emitido al llamar se hizo de modo erróneo<sup>964</sup>.

Cuanto más tiempo de llamada transcurra, menos razonable será afirmarlo, por lo que consideramos que el lapso temporal máximo que podemos entender válido a estos efectos podría ser el de 20 segundos, que es el tiempo general de duración de la información precontractual de 15 segundos más el tiempo de espera o guarda de 5 segundos. Y ello siempre que las llamadas no se realicen de modo reiterado o que el servicio suministrado no sea de carácter instantáneo.

Ante llamadas que tengan una duración superior a los 20 segundos, siempre podremos legítimamente preguntar por qué llamó el consumidor a ese número y no a otro y por qué no colgó en cuanto se percató de qué se trataba. Son preguntas sin otra respuesta que entender que realmente existió voluntad de contratar y recibir el servicio o que, por el contrario, si existió error o confusión, resulta difícilmente excusable.

---

<sup>962</sup> Art. 1.266 C.c: Para que el error invalide el consentimiento, deberá recaer sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato, o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo. El error sobre la persona sólo invalidará el contrato cuando la consideración a ella hubiere sido la causa principal del mismo. El simple error de cuenta sólo dará lugar a su corrección.

<sup>963</sup> Cfr. LUIS DIEZ-PICAZO. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Volumen I. Introducción. Teoría del contrato*. 6ª edición. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2007, pp. 213 y ss. CARLOS LASARTE. *Principios de Derecho Civil III. Contratos*. 12ª edición. Madrid: Marcial Pons, 2009, p. 24, añade que requiere prueba plena y que ha de concurrir nexo causal entre error y celebración del contrato.

<sup>964</sup> Incluso entiendo que en este caso también podríamos plantearnos, no el error en el consentimiento, sino su misma inexistencia o ausencia.

Similares conclusiones procede adoptar en caso de que exista locución informativa completa pero sin período de reflexión que permita al consumidor llamante valorar, siquiera por un instante, si el precio le resulta de interés o no.

#### 5.1.3.1.2 Omisión parcial de información

En caso de que locución o menú de inicio omitan algún dato obligatorio, como la identificación del prestador o las advertencias, el llamante que aún así se mantenga a la escucha o en contacto y reciba el servicio será, en general, responsable de su pago.

No creemos que se pueda establecer una regla general de relevancia consensual de cualquier defecto de información, dado el carácter de estos servicios, que siempre exigen del consumidor llamante una conducta participativa permanente.

Deberemos analizar en cada caso concreto la relevancia del error que la omisión provoque. Así por ejemplo, las posibles omisiones de datos relativos a bases de concursos pueden viciar el contrato en función de su relevancia concreta, pero si se omite la edad recomendada y acaba accediendo un menor a servicios reservados a adultos, no hay nulidad por omisión de información, sino por la ausencia de capacidad de obrar ya comentada. Y si el servicio se establece a prestar por un médico y se acredita suministrado por un enfermero, supone más un incumplimiento contractual.

En conclusión, consideramos que la ausencia parcial de información precontractual en tarificación adicional no tiene relevancia consensual, salvo supuestos concretos en los que además, corresponderá la prueba al llamante contratante.

#### **5.1.4.- Nulidad por existencia de delito, falta o causa torpe**

Los servicios de tarificación adicional del tipo 906 fueron en su día utilizados para realizar estafas de muy diverso signo.

La más extendida fue la llamada que anunciaba a los afectados que les había tocado un premio, en metálico o en especie (por ejemplo, un jamón, consumos telefónicos gratuitos, un trabajo<sup>965</sup>, etc.), y que lo único que tenían que hacer para recibirlo era llamar a un cierto número telefónico que el operador daba para activar el premio u ofrecer una dirección de envío<sup>966</sup>. El número correspondía a un servicio de tarificación adicional, no se advertía de ello y no existía ningún premio y sí un sistema que mantenía en espera al

---

<sup>965</sup> Hemeroteca El Mundo.es. Búsqueda realizada a lo largo de 2005:

-28-1-2000-Una empresa estafó más de 44 millones a 52.080 parados con una línea 906.

-14-6-2001-UGT denuncia la existencia de un fraude telefónico que utiliza ofertas de empleo falsas como reclamo.

-1-7-2001-Un reportaje de «Línea 900» denuncia «El timo del 906». El timo del 906 es una llamada de atención para aquellas personas en paro y que buscan trabajo en los anuncios clasificados de la prensa.

<sup>966</sup> Cfr. ESTEBAN SOLAZ SOLAZ. “De las defraudaciones a consumidores. Especial referencia a la estafa. (Arts. 248 a 251 CP)”, en IGNACIO SERRANO BUTRAGUEÑO (et al). *La protección penal de los consumidores*. Madrid: CEACCU, 2008, p. 207.

llamante tanto tiempo como fuese posible<sup>967</sup>. En algunos casos estos fenómenos dieron origen a procedimientos penales concretos, tanto condenatorios<sup>968</sup> como de carácter absolutorio respecto de los procesados<sup>969</sup>.

Al margen de la relevancia penal de tales hechos, es claro que los contratos civiles de los que traían causa bien podrían haberse considerado nulos de pleno derecho en aplicación del artículo 1.305 del Código Civil, que dispone que cuando la nulidad provenga de hecho de uno de los contratantes con relevancia penal, el no culpado podrá reclamar lo que hubiese dado y no estará obligado a cumplir lo que hubiera prometido.

DÍEZ-PICAZO considera que no se requiere que la calificación de los hechos como delito haya sido previamente declarada por la jurisdicción penal, ya que el precepto puede ser puesto en juego por la propia jurisdicción civil aún a falta de actuaciones penales, y que la regla excluye igualmente la posibilidad de ejercitar todo tipo de acción, no solo la contractual, de modo que queda igualmente vetado al prestador argumentar responsabilidad extracontractual o enriquecimiento sin causa en reclamación del precio<sup>970</sup>.

En caso de que exista pronunciamiento judicial penal en positivo, es evidente la inoperancia del precepto, cuya aplicabilidad vence ante las disposiciones relativas a repercusiones civiles de infracciones previstas en el Código Penal<sup>971</sup>.

El Código Civil regula a continuación la nulidad proveniente de causa torpe en el artículo 1.306, concepto coincidente con el de causa que se opone

---

<sup>967</sup> A veces, para evitar que los consumidores pudiesen darse cuenta de que se trataba de un número novecientos, lo descomponían de dos en dos cifras al pedir que se tomase nota, por ejemplo, 90, 36, 40, 112, lo que no es sino un teléfono 903, cfr. ANA ISABEL MENDOZA LOSANA, "Servicios telefónicos de tarificación adicional: luces y sombras de la nueva regulación", en *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, nº 8, 2005, p. 77.

<sup>968</sup> SAP Segovia 23-9-2004 VLex 52119648/SAP Cádiz 4-2-2005 VLex 19252923/SAP Madrid 1-4-2005, JUR 2005\254965/SAP Málaga 30-06-2005, VLex 52360072/SAP Albacete 30-6-2005 VLex 52201728/SAP Cáceres 13-2-2006 VLex 203333927/SAP Segovia 20-2-2006, VLex 20801895/SAP León 6-3-2006 VLex 203399671/SAP Huelva 22-3-2006 VLex 31823557/SAP Huelva 22-3-2006 VLex 355793/SAP Huelva 22-3-2006 VLex 355794/SAP Cáceres 29-03-2006, LA LEY 40504/2006/SAP Zamora 28-4-2006 VLex 23891093/SAP Toledo 16-5-2006 VLex 57862321/SAP Toledo 13-6-2006 VLex 57856928/SAP Valladolid 29-6-2006, VLex 27727920/SAP Valladolid 30-6-2006, VLex 27727928/SAP Málaga 30-06-2006, LA LEY 273904/2005/SAP Valladolid 16-10-2006 VLex 27728206/SAP Navarra 16-1-2007 VLex 30747717/SAP Guipúzcoa 9-2-2007 VLex 27726503/SAP Castellón 12-2-2007 VLex 29967809/SAP Navarra 21-6-2007, VLex 30951628./SAP A Coruña 19-12-2007 VLex 36482634/SAP Tarragona 27-12-2007 VLex 56376682/St. AN, Sala de lo Penal, 21-7-2008 VLex 57212375/SAP Vizcaya 29-7-2008 VLex 201401075.

<sup>969</sup> Sentencia 47/03 de 22-4-2003, del Juzgado de primera instancia e instrucción número 1 de TOLEDO, Juicio de Faltas número 288/02 (documentos TICs.com)/SAP Córdoba 2-6-2004, JUR 2005\52945/SAP Madrid 22-6-2004, ARP 2004/548/Sentencia de 24-1-2005 del Juzgado de lo Penal nº 3 de Valladolid, (documentos TICs.com)/SAP Albacete 17-02-2005, LA LEY 39077/2005/St. AN, Sala de lo Penal, 11-3-2005 VLex 50691447/SAP Navarra 02-05-2005, LA LEY 97259/2005/SAP Valladolid 12-9-2005 VLex 54448792/SAP Valencia 15-09-2005, LA LEY 177300/2005/SAP Zaragoza 27-12-2005, LA LEY 248500/2005/SAP Ávila 01-09-2006, LA LEY 162116/2006/SAP Toledo 21-11-2006 VLex 27728946.

<sup>970</sup> LUIS DÍEZ-PICAZO. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Volumen I. Introducción. Teoría del contrato*. 6ª edición. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2007, pp. 583-584.

<sup>971</sup> Cfr. EDUARDO VÁZQUEZ DE CASTRO. *Ilicitud Contractual. Supuestos y efectos*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2003, pp. 368-369.

a la moral del artículo 1.275 del Código Civil<sup>972</sup> y que la mayoría de la doctrina actual asocia a una penalidad de carácter civil<sup>973</sup>.

Aunque la prudencia con que se interpreta ha provocado una escasa aplicación de este precepto<sup>974</sup>, consideramos que los supuestos cuasidelictivos descritos al principio son contrarios a la moral y las buenas costumbres, constituyen una conducta engañosa presidida por el dolo civil, aun cuando por los motivos concretos que en cada caso concurriesen no se haya apreciado relevancia penal en la conducta de alguno de estos prestadores.

El efecto fundamental que se asocia a la nulidad por causa torpe, de nuevo es la privación del derecho de restitución de la prestación al culpable de la causa torpe, “no podrá éste repetir lo que hubiese dado a virtud del contrato, ni pedir el cumplimiento de lo que se le hubiera ofrecido. El otro, que fuera extraño a la causa torpe, podrá reclamar lo que hubiera dado, sin obligación de cumplir lo que hubiera ofrecido”, en definitiva, que el llamante no tenga que abonar cantidad alguna por el servicio suministrado con causa torpe<sup>975</sup>.

LASARTE considera que los supuestos en que el objeto o la causa sean ilícitos, es decir, contrarios al ordenamiento jurídico en su conjunto, también se deben resolver conforme a los preceptos de nulidad por causa torpe<sup>976</sup>.

En este caso, por tanto, se encontrarían aquellos contratos de tarificación adicional en los que, contra lo dispuesto en la normativa de telecomunicaciones, se hubiese utilizado un código telefónico de prestación no apropiado en razón de su contenido, o los que vulneren derechos fundamentales, incluida la legislación de protección de datos.

Por su parte, los contratos de contenido imposible, como los que en su momento destacamos (teléfonos móviles cuya tecnología no les permite recibir ciertos servicios o participación en concursos anunciada en programas emitidos en diferido), en aplicación del artículo 1.272 del Código Civil, que dispone que no podrán ser objeto de contrato las cosas o servicios imposibles, quedan igualmente viciados de nulidad de pleno derecho<sup>977</sup>.

---

<sup>972</sup> Cfr. LUIS DÍEZ-PICAZO. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Volumen I. Introducción. Teoría del contrato*. 6ª edición. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2007, p. 584.

<sup>973</sup> Cfr. CARMEN LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA. *La nulidad de los contratos*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2009, pp. 300-301 y 304.

<sup>974</sup> Cfr. EDUARDO VÁZQUEZ DE CASTRO. *Ilicitud Contractual. Supuestos y efectos*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2003, pp. 365-366.

<sup>975</sup> Parte de la doctrina considera injusta esta regulación por provocar enriquecimiento no justificado del no culpable, considerando más ajustado a derecho declarar la obligación del causante de indemnizar daños y perjuicios con un derecho de retención de la prestación hasta tanto se haga efectiva tal indemnización, cfr. CARMEN LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA. *La nulidad de los contratos*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2009, p. 281.

<sup>976</sup> CARLOS LASARTE. *Principios de Derecho Civil III. Contratos*. 12ª edición. Madrid: Marcial Pons, 2009, pp. 134-135.

<sup>977</sup> Cfr. CARLOS LASARTE. *Principios de Derecho Civil III. Contratos*. 12ª edición. Madrid: Marcial Pons, 2009, p. 132.



## 5.2.- LA DENUNCIA UNILATERAL

Considera LASARTE que los casos en los que el Código Civil consiente que alguna parte ponga fin a una relación contractual por su sola decisión unilateral y sin causa que lo justifique son difícilmente reconducibles a categorías generales y que resulta preferible considerarlos aisladamente.

Asumiendo los riesgos que comporta una excesiva generalización, entiende este autor que los presupuestos necesarios para que entre en juego el desistimiento unilateral son la existencia de una relación de tracto sucesivo y alternativamente, que la economía interna de la relación contractual asigne roles no equilibrados a las partes (predominando el interés de una de ellas, por ejemplo, el dueño de la obra, artículo 1.594) o que la duración de esa relación sea indeterminada, creándose entonces el riesgo de que se genere una vinculación vitalicia proscrita por el artículo 1.583 del Código Civil<sup>978</sup>, lo que es típico de los servicios de telecomunicaciones.

Para VILLANUEVA, y con todas las reservas derivadas de su anacronismo, el artículo 1.584 del Código Civil, relativo al despido en ambos sentidos entre amo y criado, establece un derecho de desistimiento o resolución unilateral del contrato de ambas partes que puede considerarse generalizable a todos los contratos de servicios que puedan cobijarse bajo el artículo 1.544 del Código Civil<sup>979</sup>.

Por otro lado, la legislación de protección de los consumidores también regula en diversas sedes el derecho de desistimiento del consumidor, fundamentalmente en sede de contratación a distancia, contratos celebrados fuera de establecimientos mercantiles y la denominada multipropiedad (derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico), incluso el TRLGDCU establece en sus artículos 68 y siguientes una regulación general de todo derecho de desistimiento atribuido legalmente al consumidor que resulte subsidiaria respecto de las disposiciones legales o de los contratos que lo establezcan en cada caso.

El desistimiento es una forma muy eficaz de proteger al consumidor<sup>980</sup>, aunque la doctrina discute si se trata de una facultad técnica propia de la fase de ejecución del contrato o una facultad esencial de revocar el propio consentimiento.

Pero lo más relevante es que el desistimiento unilateral del Código Civil difiere radicalmente de éste en que el primero extingue el contrato *ex nunc*, desde el momento en que se ejerce y sin efectos retroactivos<sup>981</sup>, frente a los efectos *ex tunc* que se asocian en general al desistimiento revocatorio regulado

---

<sup>978</sup> CARLOS LASARTE. *Principios de Derecho Civil III. Contratos*. 12ª edición. Madrid: Marcial Pons, 2009, p. 221. LUIS DíEZ-PICAZO considera también necesario que se trate de relaciones obligatorias basadas en la confianza. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Volumen II Las relaciones obligatorias*. 6ª edición. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2008, p. 1088.

<sup>979</sup> Cfr. CARMEN VILLANUEVA LUPIÓN. *Los contratos de servicios*. 1ª edición. Madrid: La Ley, 2009, pp. 77-78.

<sup>980</sup> JOSÉ MANUEL BUSTO LAGO (Coord), NATALIA ÁLVAREZ LATA y FERNANDO PEÑA LÓPEZ. *Reclamaciones de Consumo. Derecho de consumo desde la perspectiva del consumidor*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2005, pp. 295-296.

<sup>981</sup> Cfr. CARLOS LASARTE. *Principios de Derecho Civil III. Contratos*. 12ª edición. Madrid: Marcial Pons, 2009, p. 148.

en los artículos 68 a 79 del TRLGDCU para los supuestos en que legal o contractualmente se reconozca<sup>982</sup>, lo que consideramos fundamental y ha sido poco puesto de manifiesto por la doctrina.

Aunque doctrina y jurisprudencia han utilizado frecuentemente estos términos y otros similares de manera indistinta (denunciar, disolver, renunciar, rescindir, resolver y revocar<sup>983</sup>) sin especificar su concreto significado<sup>984</sup>, para delimitar correctamente ambas figuras, y siguiendo a la doctrina que ha analizado el tema en relación al servicio telefónico, preferimos denominar a la figura tradicional del Código Civil como denuncia unilateral<sup>985</sup> y reservar el término desistimiento a la derivada de la legislación de protección de consumidores.

La denuncia unilateral, que no el desistimiento, es causa de terminación tanto de los contratos de tarificación adicional como del servicio soporte de comunicación electrónica.

### **5.2.1.- La denuncia unilateral en el contrato de comunicación electrónica**

Los contratos telefónicos y en general los relativos a servicios de comunicaciones electrónicas, dado su carácter de contrato de obra de duración indefinida y tracto sucesivo, tienen como específica causa de extinción la denuncia unilateral del abonado, lo que está igualmente recogido a nivel reglamentario<sup>986</sup>.

En el ámbito civil, la jurisprudencia<sup>987</sup> y la doctrina más reciente<sup>988</sup> han reconocido idéntica facultad de resolución unilateral “*ad nutum*” a cualquiera de

---

<sup>982</sup> Cfr. NATALIA ÁLVAREZ LATA. *Invalidez e Ineficacia en el Derecho Contractual de Consumo Español. Análisis de los Supuestos Típicos de Ineficacia en los Contratos con Consumidores*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2004, p. 108. OLGA LUCÍA ALFONSO VELÁSQUEZ. *El contrato de servicio telefónico*. 1ª edición. Madrid: Reus, 2010, p. 94.

<sup>983</sup> Por ejemplo, en el derogado artículo 5 de la Ley 26/1991, de 21-11, sobre contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles, BOE 26-11-1991, se le denominaba derecho de revocación. JOSÉ RAMÓN GARCÍA VICENTE entiende que desistimiento y revocación son términos plenamente intercambiables desde un punto de vista dogmático. *Ley de Contratos Celebrados Fuera de los Establecimientos Mercantiles: el Derecho de Revocación*. Pamplona: Aranzadi, 1997, p. 113. LASARTE y BOTANA consideran más apropiado el primero dado que “el termino revocación técnicamente hablando debe reservarse para actos o negocios de carácter unilateral y, generalmente, a título gratuito. Así ocurre, por ejemplo, con la revocación de las donaciones o con la revocación del testamento”. CARLOS LASARTE ÁLVAREZ. *Manual sobre protección de consumidores y usuarios*. 3ª edición. Madrid: Dykinson, 2007, p. 205. JOSE ANTONIO VEGA VEGA analiza las diferencias entre desistimiento, resolución y rescisión. *Contratos electrónicos y protección de los consumidores*. 1ª edición. Madrid: Reus, 2005, pp. 246-249.

<sup>984</sup> Cfr. GEMMA ALEJANDRA BOTANA GARCÍA. Prólogo de Dr. D. Gabriel García Cantero. *Los contratos realizados fuera de los establecimientos mercantiles y la protección de los consumidores*. Barcelona: Bosch, 1994, pp. 243-244.

<sup>985</sup> Cfr. OLGA LUCÍA ALFONSO VELÁSQUEZ. *El contrato de servicio telefónico*. 1ª edición. Madrid: Reus, 2010, p. 110 y 308 y ss.

<sup>986</sup> Artículo 7 CDUSCE, que establece que “el contrato se extinguirá por las causas generales de extinción de los contratos y, especialmente, por voluntad del abonado, comunicándolo previamente al operador con una antelación mínima de dos días hábiles al momento en que ha de surtir efectos”.

<sup>987</sup> Cfr. RODRIGO BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO (Coord.). *Comentarios al Código Civil*. 3ª edición. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2009, p. 1833, comentario al art. 1.583 Cc.

<sup>988</sup> Cfr. CARMEN VILLANUEVA LUPIÓN. *Los contratos de servicios*. 1ª edición. Madrid: La Ley, 2009, p. 154.

las partes intervinientes en este tipo de contratos, por lo que parece podría ejercerse igualmente por los operadores.

No obstante, esta facultad de los operadores ha sido tradicionalmente eliminada por la legislación de telecomunicaciones vigente en cada momento al conceptualizar los correspondientes contratos como forzosos, como señala la doctrina y pusimos de manifiesto al destacar sus características esenciales, lo que no es sino otra excepción reglamentaria al régimen civil general, habilitada por la LGT<sup>989</sup>.

En contraprestación, y para evitar perjuicios económicos al operador que se viese obligado mantener contratos con abonados de insolvencia probada, se establece una regulación de fianzas o depósitos de garantía que permite ejercer al operador la denuncia unilateral en caso de que no se constituyan.

### **5.2.2.- La denuncia unilateral en el contrato de servicio de tarificación adicional**

El contrato de servicio de tarificación adicional también se rige por un régimen de extinción similar al de los contratos telefónicos, y en general, similar al de todos los contratos de comunicaciones electrónicas, basados en la existencia de un derecho de denuncia unilateral por parte del consumidor.

Y es que una vez hecha la llamada, establecida la comunicación, y transcurridos los tiempos informativos y de espera reglamentariamente establecidos, y por tanto, celebrado el contrato, la prestación del servicio de tarificación adicional puede ser cancelada a voluntad por el consumidor en cualquier momento y sin causa justificada simplemente colgando, pues se trata generalmente de arrendamientos en los que se ha contratado “esta clase de servicios sin tiempo fijo”, por utilizar la terminología del citado artículo 1.583 del Código Civil, por lo que la denuncia propia de este tipo de contratos también es el modo típico por el que se extinguen los de tarificación adicional.

Se trata de una denuncia unilateral con efectos no retroactivos, no es un desistimiento contractual con efectos retroactivos o *ex tunc* que permitiría al consumidor reclamar la devolución del precio pagado u oponerse a su futuro pago. De hecho, aunque la tarificación adicional es una contratación a distancia, modalidad que faculta al consumidor a desistir del contrato, el artículo 102.e) TRLGDCU establece un supuesto en el que se despoja al consumidor de este derecho.

El precepto dispone que salvo pacto en contrario, el adquirente no dispondrá de los derechos de desistimiento en los contratos de prestación de servicios cuya ejecución haya comenzado, con el acuerdo del consumidor, antes de finalizar el plazo de siete días hábiles.

Como acertadamente ponen de manifiesto BADENAS y BOLDÓ, no se trata de una exclusión del derecho sino de una reducción del plazo de su ejercicio<sup>990</sup>. En este sentido, GRAMUNT considera que el derecho de desistimiento se configura como un derecho renunciabile, puesto que si el consumidor consiente principiar la ejecución antes de que transcurra el plazo

---

<sup>989</sup> Vid. *supra*, apartado relativo a características del contrato de comunicación electrónica.

<sup>990</sup> JUAN MANUEL BADENAS CARPIO y CARMEN BOLDÓ RODA, *Régimen jurídico de la llamada “venta directa”*. Las ventas domiciliarias y a distancia. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2003, p. 231.

de siete días -luego sí que existe el derecho a desistir-, se entiende que renuncia a él<sup>991</sup>.

El contrato de servicio de tarificación adicional se comienza a ejecutar inmediatamente después de su perfección tras el establecimiento de llamada y transcurso del tiempo de locución informativa y tiempo de espera, y por tanto antes de finalizar el plazo de 7 días hábiles para ejercer legalmente el desistimiento, ya que no se puede afirmar que se realice sin el acuerdo del consumidor, quien efectúa la llamada para recibir el servicio.

Por tanto, no cabe desistimiento en los servicios tarificación adicional, aunque sí la denuncia unilateral<sup>992</sup>.

En el caso de los servicios de suscripción de mensajería premium que no son contratos de tracto único, sino sucesivo, se establece reglamentariamente un procedimiento muy simple y normalizado para ejercer la baja o denuncia, y el artículo 6.3.4.2 del Código de Conducta de 2009 establece que se podrá realizar mediante remisión por el abonado de un mensaje que diga «BAJA {evento}» (sustituyendo {evento} por su palabra clave), siendo indiferente la utilización de letras mayúsculas o minúsculas en los mensajes, debiendo en todo caso disponer de igual tratamiento. Además, tras la recepción de la baja, el prestador u operador deberá remitir al usuario un mensaje de confirmación de la misma.

Sin embargo, la denuncia no es el régimen aplicable a los servicios de tarificación adicional que hubiesen de obtenerse mediante un contrato de compraventa en vez de uno de arrendamiento, como son las adquisiciones de canciones, politonos, imágenes o películas en soporte de ficheros informáticos o electrónicos que permiten al adquirente su inmediata reproducción y copia a otro dispositivo desde el primer teléfono móvil u ordenador receptor.

Es evidente que a una compraventa no le es aplicable la denuncia unilateral que hemos analizado, sino el artículo 1.454 del Código Civil, que no dispone una denuncia, sino un auténtico desistimiento unilateral cuando hubiesen mediado arras o señal en el momento de su celebración<sup>993</sup>. Como esta circunstancia nunca concurre en los servicios de tarificación adicional, no podemos concluir que el consumidor llamante goce de derecho de desistimiento alguno por este concepto.

Y tampoco podremos aplicar a estos supuestos de tarificación adicional mediante compraventa el derecho de desistimiento típico de la contratación a distancia, ya que de nuevo encontramos una eximente, el artículo 102.c) TRLGDCU relativo a la compra de ficheros informáticos suministrados por vía

---

<sup>991</sup> Cfr. MARÍA DOLORES GRAMUNT FOMBUENA. “La protección del consumidor en los contratos electrónicos”. En INMACULADA BARRAL VIÑALS (Coord). *La Regulación del comercio electrónico: totalmente adaptado a la LSSICE y a la modificación de la Ley del comercio minorista*. Madrid: Dykinson, 2003, p. 16 de documento electrónico de V-Lex.

<sup>992</sup> Sobre el derecho de desistimiento en los contratos de servicios en general, cfr. CARMEN VILLANUEVA LUPIÓN. *Los contratos de servicios*. 1ª edición. Madrid: La Ley, 2009, pp. 169 y ss.

<sup>993</sup> En este caso puede rescindirse el contrato allanándose el comprador a perderlas o el vendedor a devolverlas duplicadas, motivo por el que también se califican de arras “penitenciales o de desistimiento”, cfr. CARLOS LASARTE. *Principios de Derecho Civil II. Derecho de Obligaciones*. 13ª edición. Madrid: Marcial Pons, 2009, p. 216, que abunda en este argumento cuando afirma que las arras penitenciales “pueden identificarse con el “precio” de la posibilidad de desistimiento del contrato celebrado”. Por el contrario, las denominadas arras confirmatorias se reputan dadas a cuenta del precio (por ejemplo, las señaladas en el artículo 343 del Código de Comercio) y las arras penales fijan un quantum indemnizatorio en caso de incumplimiento.

electrónica y que puedan reproducirse inmediatamente para su uso permanente.

En conclusión, los servicios de tarificación adicional son contratos cuyo modo ordinario de terminación es la denuncia unilateral, excepto en los casos formalizados mediante contratos de compraventa, en los que no cabe aplicar otros modos de terminación que los generales de contratación. En ningún caso podrán finalizar por desistimiento unilateral del consumidor llamante.

### 5.3.- EL INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO

Cumplimiento e incumplimiento son las dos grandes alternativas en que puede desembocar cualquier obligación, y en particular las recíprocas propias del contrato que analizamos, teniendo en cuenta que al evaluar el grado de cumplimiento han de tenerse en cuenta tres coordenadas, la ejecución exacta de la prestación, la satisfacción del interés del acreedor y la liberación del deudor<sup>994</sup>.

DÍEZ-PICAZO concluye que el incumplimiento es la no realización por el deudor de la prestación principal o cualquier otro de los deberes que le incumben en virtud de la relación obligatoria<sup>995</sup>.

En general, el incumplimiento de cualquier obligación genera en el acreedor la facultad de dirigirse contra el patrimonio del deudor, es decir, genera responsabilidad, que como señala O'CALLAGHAN, no es sino la sujeción del patrimonio del deudor al cumplimiento de la prestación, y por tanto siempre tiene contenido patrimonial, frente a la deuda en sí, que puede no tener tal carácter<sup>996</sup>.

Los parámetros que rigen el incumplimiento de un contrato de servicio de tarificación adicional son los comunes a todos los contratos. El incumplimiento se produce por impago de la prestación debida por alguna de las partes, y puede ser total o parcial.

El contrato está fundamentalmente integrado por dos obligaciones recíprocas, la de prestación del servicio y la de pago de su precio parcial, por lo que conforme al artículo 1.124 del Código Civil, el perjudicado podrá optar por exigir el cumplimiento o la resolución del contrato si a su vez ha cumplido su respectiva obligación o acreditado que se encuentra en condiciones de hacerlo<sup>997</sup>, acompañada en ambos casos por la indemnización de daños y perjuicios con efecto retroactivo<sup>998</sup>, aunque la resolución, en particular, exige

---

<sup>994</sup> Cfr. LUIS DÍEZ-PICAZO. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Volumen II. Las relaciones obligatorias*. 6ª edición. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2008, pp. 541-542, quien acaba cargando el acento en la segunda perspectiva, la lesión del crédito, pp. 647 y ss.

<sup>995</sup> LUIS DÍEZ-PICAZO. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Volumen II. Las relaciones obligatorias*. 6ª edición. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2008, p. 654.

<sup>996</sup> Cfr. XAVIER O'CALLAGHAN. *Compendio de Derecho Civil. Tomo II. Derecho de Obligaciones*. 6ª edición. Madrid: Dijusa, 2009, p. 37.

<sup>997</sup> LUIS DÍEZ-PICAZO señala que existe una línea jurisprudencial que permite el ejercicio conjunto de ambas pretensiones. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Volumen II. Las relaciones obligatorias*. 6ª edición. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2008, p. 808.

<sup>998</sup> Cfr. CARLOS LASARTE. *Principios de Derecho Civil III. Contratos*. 12ª edición. Madrid: Marcial Pons, 2009, pp. 150-151. LUIS DÍEZ-PICAZO matiza que no cabe retroactividad en relaciones

que el incumplimiento además sea relevante<sup>999</sup>, que no culpable<sup>1000</sup>. En este sentido, DIEZ-PICAZO considera que la jurisprudencia española considera con relevancia resolutoria los denominados “incumplimientos esenciales” que frustran la finalidad perseguida por el contrato<sup>1001</sup>.

El principal incumplimiento por parte del consumidor ante servicios de tarificación adicional es el impago del precio debido por la prestación recibida, lo que habilita al prestador a exigir su pago en cumplimiento del contrato.

Por el contrario, el principal incumplimiento del prestador será el no suministro del servicio o su prestación sin respeto a lo regulado, lo pactado o su naturaleza debida, lo que faculta al consumidor a oponerse al pago del precio instando la resolución contractual, aunque no puede descartarse que excepcionalmente pueda solicitar del prestador el cumplimiento del servicio.

### **5.3.1.- El impago del consumidor**

El impago del consumidor del precio que corresponde a los servicios de tarificación adicional puede tener tres consecuencias inmediatas, que el prestador ejerza las acciones jurídicas típicas de cualquier contrato de esta naturaleza, y fundamentalmente la destinada al cobro; que se le suspenda el acceso a este tipo de servicios; y por último, que se utilicen para el cobro las fianzas o depósitos de garantía que haya constituido ante su operador de acceso<sup>1002</sup>.

Pasamos a analizarlas en los siguientes epígrafes.

#### **5.3.1.1.- La acción de cobro del precio**

La principal argumentación de los consumidores para oponerse al pago de los recibos telefónicos era y es negar la realización de las llamadas facturadas a los correspondientes códigos de tarificación adicional.

El resultado de este planteamiento es simple: el Tribunal condena al pago al consumidor si entiende acreditada la realización de la llamada con el material probatorio aportado, y en caso contrario, lo absuelve.

---

obligatorias de naturaleza duradera total o parcialmente consumadas, lo que impone a las partes los correspondientes deberes de liquidación de la situación. . *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Volumen II. Las relaciones obligatorias*. 6ª edición. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2008, p. 873.

<sup>999</sup> El incumplimiento leve que no frustrate el fin del contrato no habilita a la resolución contractual. Cfr. XAVIER O'CALLAGHAN. *Compendio de Derecho Civil. Tomo II. Derecho de Obligaciones*. 6ª edición. Madrid: Dijusa, 2009, pp. 68 y 69.

<sup>1000</sup> LUIS DÍEZ-PICAZO afirma que las obligaciones se resuelven lo mismo si el incumplimiento es culpable que si no lo es. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Volumen II. Las relaciones obligatorias*. 6ª edición. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2008, p. 821.

<sup>1001</sup> LUIS DÍEZ-PICAZO. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Volumen II. Las relaciones obligatorias*. 6ª edición. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2008, pp. 851 y ss.

<sup>1002</sup> Pago y cumplimiento son sinónimos, aunque también se suele circunscribir el significado del primer término al cumplimiento de una deuda pecuniaria, vid. Cfr. LUIS DÍEZ-PICAZO. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Volumen II. Las relaciones obligatorias*. 6ª edición. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2008, p. 543.

Así planteado, poco se diferencian estos pleitos de cualesquiera otros en los que las llamadas son de tipo ordinario y el abonado discute su efectiva realización.

Pero en su momento constatamos que el operador de acceso que recauda el precio parcial del servicio de tarificación adicional es un mero colaborador del prestador, a quien éste contrata directa o indirectamente con tal fin, por lo que la contraparte del consumidor llamante en este contrato es el prestador, no el operador de acceso del abonado.

En consecuencia, la legitimación activa procesal para exigir el correspondiente pago del precio corresponde al prestador del servicio y sólo a él, y en modo alguno puede predicarse del operador de acceso, quien tan sólo ostenta legitimación para exigir del abonado el pago de la tarifa del servicio soporte con el que se haya prestado el correspondiente servicio de tarificación adicional, porque se trata de dos contratos diferentes que convergen en unidad de acción en la misma llamada telefónica.

Sin embargo, la mayoría de antecedentes judiciales y arbitrales existentes en esta materia denotan que tanto los litigantes como los juzgadores confundían la llamada a un servicio de tarificación adicional con una llamada ordinaria más, sin percibir la existencia de dos contratos y las consecuencias jurídicas que ello conlleva, limitándose a ofrecer criterios para dilucidar si la llamada se había realizado o no, y por tanto, analizaremos sus pormenores más adelante, ya que el fundamento inicial de este planteamiento no es un incumplimiento del consumidor, sino del prestador que factura lo no suministrado por ausencia de llamada.

Encontramos este planteamiento que defendemos en los laudos dictados desde el año 2002 por la Junta Arbitral de Consumo de la Región de Murcia y refrendado por la Audiencia Provincial de Murcia.

Efectivamente, esta Junta desarrolló una línea argumental basada en la ausencia de legitimación activa procesal del operador de acceso para exigir el cobro del crédito del que sólo es titular el prestador del servicio de tarificación adicional, fallando que “la decisión arbitral en modo alguno juzga la validez o invalidez del contrato de servicio añadido, ya que la contraparte del consumidor no es parte del presente procedimiento. Lo único que se declara es la ausencia de acción de la reclamada frente a la reclamante para exigir el pago de la deuda objeto del conflicto”, y remataba diciendo que “mientras la reclamada no pueda identificar el precio exacto del servicio de telecomunicación, y pudiendo resultar legítimo que cobrase la parte del precio que corresponda al uso de la red de telecomunicación realizado por la reclamante, no resulta posible realizar declaración alguna al respecto por cuanto no ha sido acreditado su valor”<sup>1003</sup>.

---

<sup>1003</sup> Texto del laudo 531/2001. En esta Junta se distinguen dos períodos: -De 1997 a 2002, en que se analizan los casos de llamadas a 906 en base a los alegatos de los consumidores de no haberlas efectuado, en una línea de argumentación idéntica a la que hemos constatado que se siguió en otras Juntas y Tribunales. - Y de 2002 en adelante, en que se comienza a aplicar el criterio citado, fijado por primera vez en el laudo 531/2001 de 16 de noviembre, y se sigue con 22 laudos más del año 2002. El criterio se va consolidando con el paso del tiempo, y en 2003 se dictan con el mismo sentido 229 laudos más, mientras que en 2004 se alcanzan un total de 191 laudos. En abril de 2004 el operador dominante, Telefónica, comenzó a desglosar en factura el precio del servicio soporte del precio del servicio de tarificación adicional, exigiendo exclusivamente el cobro del primero, lo que llevó a que la Junta de Murcia redujese su actividad de modo muy similar a las demás Juntas, hasta sólo conocer de 8 casos en esta materia en 2005. El número total de casos conocidos por la Junta Arbitral de Consumo de la Región

Es decir, que el Tribunal arbitral, entendiendo que las llamadas o uso del servicio soporte se produjo, habría permitido al operador el cobro de su tarifa, pero no del resto del precio, siempre y cuando se hubiese identificado su importe mediante desglose.

Esta tesis fue refrendada por la Audiencia Provincial de Murcia<sup>1004</sup> ante los numerosos procesos de anulación instados por Telefónica de España frente a algunos de los laudos, en particular, la sentencia de 1 de febrero de 2005<sup>1005</sup>, que acoge explícitamente la solución jurídica ofrecida por los laudos:

*“...Debe desestimarse el recurso de apelación interpuesto, no sólo porque no se haya acreditado la existencia del delito alegado, sino porque, como se ha puesto de manifiesto en numerosas sentencias de esta Sala, entre ellas las sentencias números 84, 85, 86 y 87, todas de fecha 23/03/04, existen dos contratos diferentes: uno el contrato telemático básico, celebrado por el usuario con la sociedad reclamada y otro distinto de ésta con el prestador del servicio añadido, que no se pueden confundir, de forma que el usuario no queda ligado con el tercero, ni tiene acción contra él y por tanto no puede reclamarle, ya que la cantidad indebidamente cargada al usuario, lo ha sido por Sociedad reclamada, que es, por tanto, la que pretende el beneficio que le corresponde por la llamada impugnada a la línea del 906. En todo caso la Compañía reclamada, actúa aparentemente como mandatario de la entidad o persona que contrató con ella, la línea de tarificación especial, pero no justifica representación alguna de ésta, por lo que carece de representación para el cobro de las llamadas efectuadas desde un número de tarificación especial y, en el presente caso, es la única cuestión planteada y resuelta por el laudo recurrido”<sup>1006</sup>.*

### 5.3.1.2.- La suspensión del servicio de tarificación adicional

La suspensión del contrato es una figura de muy antiguo conocida en el ámbito del servicio telefónico que se ha tomado como punto de referencia en la regulación de servicios de tarificación adicional para también imponer su suspensión a los consumidores morosos.

Conviene por tanto analizar aquélla en primer lugar.

#### 5.3.1.2.1 La suspensión del servicio telefónico

El régimen de suspensión otorga al operador de acceso al servicio telefónico la facultad legal de interrumpir unilateral y temporalmente la prestación ante el impago de la tarifa debida y se regula exclusivamente para el

---

de Murcia en esta materia durante 2003 y 2004 fue obviamente superior al de laudos, en concreto, 658 casos.

<sup>1004</sup> Sentencias de la Audiencia Provincial de Murcia del año 2004 todas ellas, sentencias números 84, 85, 86 y 87 de fecha 23 de marzo de la Sección 1ª; de 3, 5 y 9 de febrero, 23, 24 y 26 de marzo y 28 de abril de la Sección 2ª; sentencias de 18 de marzo, 20 de mayo –sentencias 145 y 146/2004-, 21 de mayo, 1 de julio y 11 de octubre de la Sección 3ª; sentencias de 13, 15 y 30 de enero y 5 de febrero de la Sección 4ª.

<sup>1005</sup> SAP Murcia-Sección 1 de 1-2-2005, JUR 2005/270012.

<sup>1006</sup> Este planteamiento es igualmente adoptado por la sentencia de 13 de julio de 2005 de la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Córdoba, AC 2005/1582, que destaca como la más importante particularidad de este tipo de servicios que “en realidad estamos utilizando dos prestaciones que se han de diferenciar: de un lado, el operador que es el que presta al público el servicio telefónico que es el soporte de esa tarificación, llamándose «operador de acceso» al que es responsable de la facturación y cobro de los servicios prestados al usuario llamante, es decir, el que se relaciona directamente con el usuario final, por lo que normalmente a él dirigen su reclamación los consumidores por incumplimiento o defectuosa prestación de los servicios. De otro lado tenemos al prestador de servicios, que, como su nombre indica es el que realiza la actividad reclamada por el usuario a través del teléfono de cuyo número es titular”.



servicio telefónico básico<sup>1007</sup>, por lo que en los demás servicios de comunicaciones electrónicas corresponderá estar a lo estipulado en el contrato celebrado entre las partes y, en su defecto, al derecho de obligaciones y contratos.

No debemos confundirla con otra figura que se contempla también en la normativa con tal denominación, pero que hace referencia a otro supuesto bien distinto, la suspensión del servicio a petición del abonado, un derecho legal del consumidor que reconoce su facultad de obtener una interrupción total del servicio no inferior a un mes ni superior a tres meses a cambio del pago exclusivamente de la mitad de la cuota de abono proporcionalmente al tiempo que afecte la suspensión, que en todo caso deberá solicitarse con quince días de antelación a la fecha deseada<sup>1008</sup>.

La suspensión del servicio telefónico constituye un estadio previo a la resolución contractual por impago que concede ciertas facultades exorbitantes a operadores y consumidores, ya que les permite a ambos incumplir parcialmente sus obligaciones.

#### 5.3.1.2.2 Régimen de la suspensión del servicio telefónico

La suspensión requiere, como la mora, de previo requerimiento<sup>1009</sup>, pero no podemos considerar que tal requerimiento sea equivalente a la intimación o interpelación de mora, ya que el contrato telefónico se constituye a base de obligaciones recíprocas, dada la interdependencia funcional entre servicio y tarifa, aunque su prestación no sea simultánea<sup>1010</sup>, y por tanto la mora es automática en cuanto una de las partes cumple sin necesidad de interpelación, conforme al artículo 1.100 del Código Civil, lo que consideramos se produce cuando vence el mes de pago desde la recepción por el abonado de la factura o recibo telefónico, y por tanto, no cabría en este contrato un mero retraso o retardo diferente de la mora jurídica<sup>1011</sup>.

---

<sup>1007</sup> Regulada en los artículos 19 y 20 CDUSCE y los artículos 19 a 23 de la Orden PRE/361/2002, de 14 de febrero.

<sup>1008</sup> El artículo 19.3 de la CDUSCE dispone que “el abonado tiene derecho a solicitar y obtener gratuitamente del operador del servicio la suspensión temporal de éste por un período determinado que no será menor de un mes ni superior a tres meses. El período no podrá exceder, en ningún caso, de 90 días por año natural. En caso de suspensión, se deducirá de la cuota de abono la mitad del importe proporcional correspondiente al tiempo al que afecte”. Concretado en el artículo 23 de la Orden PRE/361/2002, de 14 de febrero.

<sup>1009</sup> El artículo 20 de la Orden PRE/361/2002, de 14 de febrero, concreta que “el operador requerirá el pago y notificará la suspensión mediante una comunicación, que se practicará con al menos quince días de antelación a la fecha en que vaya a tener lugar la suspensión del servicio. La comunicación indicará la fecha en que, de no efectuarse el pago, tendrá lugar la suspensión. La suspensión del servicio no podrá realizarse en día inhábil”.

<sup>1010</sup> Cfr. LUIS DíEZ-PICAZO. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Volumen II. Las relaciones obligatorias*. 6ª edición. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2008, pp. 432-433.

<sup>1011</sup> Cfr. LUIS DíEZ-PICAZO. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Volumen II. Las relaciones obligatorias*. 6ª edición. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2008, pp. 656-664.

La carga de prueba del preaviso al abonado no puede sino imputarse al acreedor, en nuestro caso el operador<sup>1012</sup>, ya que, como la interpelación de la mora, se trata de una declaración de voluntad unilateral y recepticia<sup>1013</sup>.

La suspensión del servicio no puede ser total, ya que ello supondría equipararla en sus efectos materiales a una resolución contractual, y en consonancia con ello, la reglamentación establece que no debe afectar a “las llamadas entrantes, excepto las de cobro revertido, y las llamadas salientes de urgencias”, funciones que en todo caso deberán continuar activas.

Precisamente por ello se dispone como contraprestación que “la suspensión del servicio no exime al abonado de la obligación de continuar con el pago de las cuotas periódicas fijas correspondientes”.

La apertura de cualquier procedimiento oficial de disconformidad con el servicio es motivo suficiente para impedir al operador la utilización de este mecanismo de suspensión, en particular, la presentación de reclamaciones ante las Juntas Arbitrales de Consumo o ante la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información, siempre que se realice una consignación fehaciente del importe adeudado, entregando el correspondiente resguardo de la consignación al operador.

El operador restablecerá el servicio básico o adicional suspendido dentro del día laborable siguiente a aquél en que tenga constancia de que el importe adeudado ha sido satisfecho.

El artículo 20 CDUSCE califica como incumplimientos relevantes con naturaleza resolutoria tanto al retraso en el pago por período superior a tres meses tras la suspensión, lo que parece lógico, como a la suspensión temporal en dos ocasiones, lo que deberá en todo caso matizarse, ya que no es lo mismo provocar dos suspensiones en un año que en diez y nada dice la reglamentación a este respecto.

#### 5.3.1.2.3 La suspensión del servicio de tarificación adicional por impago es una extralimitación reglamentaria, y además, absurda

Hasta ahora, hemos analizado el régimen de suspensión previsto reglamentariamente para el contrato telefónico.

Como señalamos, está reglamentado de un modo similar que el impago del cargo por los servicios de tarificación adicional pueda dar lugar a la suspensión de tales servicios, aunque no a la suspensión del servicio telefónico.

El apartado 2 del artículo 8 de la Orden PRE/361/2002, de 14 de febrero, menciona indirectamente la facultad del operador de acceso del consumidor de suspender el servicio de tarificación adicional cuando se produzca su impago, salvo que presente una reclamación ante las autoridades competentes y se consigne fehacientemente el importe adeudado<sup>1014</sup>.

---

<sup>1012</sup> Artículo 19.1 CDUSCE. Aunque la Administración no es competente para regular esta materia mediante reglamento, entendemos que el criterio es conforme a las normas establecidas en el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

<sup>1013</sup> Cfr. LUIS DÍEZ-PICAZO. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Volumen II. Las relaciones obligatorias*. 6ª edición. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2008, p. 672.

<sup>1014</sup> Artículo 8.2 de la Orden, que, tras afirmar que la disconformidad o desacuerdo de un abonado con la facturación de los servicios de tarificación adicional no podrá dar lugar a la suspensión del servicio

Más contundente es el artículo 19.2 que dispone que “el impago del cargo por los servicios de tarificación adicional, acceso a Internet o de cualesquiera otros distintos de los servicios de llamadas metropolitanas, larga distancia y a móviles, sólo dará lugar a la suspensión de tales servicios”.

El caso es que no se trata técnicamente de una suspensión de ningún servicio, como ocurre en el caso del servicio telefónico ordinario. Se trata de un bloqueo técnico que realiza el operador de acceso del usuario, que no podrá realizar estas llamadas. Por tanto, el bloqueo se produce o no se produce, sin más, pero no puede quedar en “suspensión” ni puede revocarse después contrato alguno, como ocurre con el contrato telefónico.

Consideramos que el prestador impagado sí podrá negarse, si lo desea, a seguir prestando servicios al consumidor que no le paga y le continúe llamando, pero no existe ninguna ley que habilite a la Administración a dictar una norma que permita que el operador presione con el bloqueo generalizado a todo este tipo de llamadas desde el terminal telefónico del abonado moroso para que el prestador cobre su crédito<sup>1015</sup>. Recuerda ello a la época de monopolio en que Telefónica presionaba ilegítimamente al consumidor con el corte telefónico total para conseguir el pago íntegro de las llamadas a los servicios de tarificación adicional.

Pero además de la ilegalidad de la regulación administrativa, entendemos que desde un punto de vista de oportunidad también resulta absurda, lo que se comprende con un simple ejemplo. Y es que si un consumidor realiza en un mes 100 llamadas a 10 diferentes prestadores de servicios de tarificación adicional y decide no pagar las llamadas realizadas a uno sólo de ellos por disconformidad con el servicio recibido, no tiene ningún sentido bloquearle el acceso a todos los demás por este motivo.

También resulta criticable que la “regulación” no haya exigido un previo aviso antes de la “suspensión”, como en el caso del servicio telefónico ordinario.

Por último, el artículo 21 de la Orden PRE/361/2002, de 14 de febrero, establece que “el operador restablecerá el servicio básico o adicional suspendido dentro del día laborable siguiente a aquél en que tenga constancia de que el importe adeudado ha sido satisfecho”, por lo que parece que, al menos, puede sostenerse que el restablecimiento del acceso a servicios de tarificación adicional se hiciese igualmente en tal plazo.

---

telefónico disponible al público si el abonado paga el importe del mismo, dispone que “para que el abonado no pueda ser suspendido del servicio de tarificación adicional será necesario que presente una reclamación ante las Juntas Arbitrales de Consumo o ante la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información y que, mientras se esté substanciendo dicha reclamación, consigne fehacientemente el importe adeudado, entregando el correspondiente resguardo al operador.”

<sup>1015</sup> Bien al contrario, el bloqueo de acceso es una excepción al derecho de interoperabilidad que sólo cabe excepcionalmente, vid. *infra*, apartado relativo a protección administrativa de consumidores, régimen de acceso a sta.

5.3.1.3.- La ilegalidad de utilizar los depósitos de garantía para cobrar las deudas de los consumidores por utilización de servicios de tarificación adicional

Cuando analizamos los contratos de cobro que vinculan al prestador con su operador de red y demás operadores de telecomunicaciones, señalábamos que a juicio de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, el impago del abonado obliga a su operador de acceso, como cobrador del prestador, a acreditar que ha agotado todos los medios legales previstos por la normativa sectorial de telecomunicaciones para el cobro de cantidades, en particular, la ejecución de depósitos de garantía y la suspensión temporal o definitiva del servicio.

Acabamos de analizar las razones por la que no creemos ajustada a derecho la suspensión del acceso a los servicios de tarificación adicional, y similar conclusión entendemos procede en relación a la utilización de los depósitos, lo que requiere de una pequeña y previa exposición de su régimen general.

El artículo 6 de la CDUSCE establece una serie de supuestos tasados en los que los operadores pueden exigir a los abonados un depósito de garantía al celebrar un contrato de telefonía fija o durante su vigencia con un objetivo muy determinado, el aseguramiento del cobro de la tarifa del contrato telefónico cuando se hayan producido situaciones previas de morosidad del abonado.

Esta regulación, igualmente sometida a la del contrato de fianza del Código Civil<sup>1016</sup>, coarta la libertad contractual, y por tanto, sólo tiene sentido y habilitación legal si la consideramos como un límite establecido en protección de los consumidores asegurando así que los operadores no impongan cláusulas abusivas.

Añade el precepto que la cuantía de los depósitos, su duración, el procedimiento para su constitución y si serán remunerados o no se determinará mediante Orden Ministerial, siendo la vigente la propia Orden PRE/361/2002, de 14 de febrero, cuyos artículos 12 a 17 se dedican a este menester<sup>1017</sup>.

Como el depósito de garantía se constituye con un objetivo muy determinado, el aseguramiento del cobro de la tarifa del contrato telefónico, cualquier utilización de dichos fondos con fines distintos no podrá reputarse ajustada a derecho.

Utilizar estos fondos para pagar al prestador del servicio de tarificación adicional resultaría tan irregular como si el operador de acceso del consumidor utilizase los fondos del depósito para pagar cualquier otra deuda de su abonado consumidor, por ejemplo, su última compra en el supermercado. El depósito sólo podrá ser utilizado por la operadora si el consumidor deja de pagar la componente del precio global de la llamada que remunera el servicio soporte, es decir, la tarifa de la llamada, y sólo para resarcirse por tal importe,

---

<sup>1016</sup> Cfr. OLGA LUCÍA ALFONSO VELÁSQUEZ. *El contrato de servicio telefónico*. 1ª edición. Madrid: Reus, 2010, p. 246.

<sup>1017</sup> La regulación de la Orden está prevista para el “servicio telefónico disponible al público”, que incluye tanto la telefonía fija como la móvil. Tal contradicción con la CDUSCE, que no regula la telefonía móvil, sólo puede resolverse a favor de ésta, tanto por su superior rango normativo como por tratarse de norma posterior.

nunca para resarcir el legítimo derecho a cobro que puedan tener terceros por otros contratos, lo que incluye, por muy relacionado que esté con los operadores, al prestador y su operador de red inteligente.

En conclusión, no podemos compartir el criterio de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones cuando afirma que el impago del consumidor obliga al operador de acceso, como mandatario del prestador, a agotar todos los medios legales previstos por la normativa sectorial de telecomunicaciones para el cobro de cantidades frente a su abonado consumidor, en particular, la ejecución de depósitos de garantía y la suspensión temporal o definitiva del servicio, ya que la utilización de depósitos y suspensión del servicio para estos menesteres, como hemos concluido, no resultaría ajustada a derecho.

Por último, señalar que los prestadores de servicios de tarificación adicional también son titulares de un contrato de abono telefónico ordinario. Como tales, quedan igualmente obligados a constituir y devolver depósitos de garantía, si bien no conforme a las reglas generales, sino en los términos dispuestos por el correspondiente contrato-tipo<sup>1018</sup>.

### **5.3.2.- El incumplimiento del prestador**

El incumplimiento más generalizado en nuestra materia desde el punto de vista de los prestadores es el no suministro del servicio y su facturación como si se hubiese prestado.

Pero también cabe el suministro parcial de la prestación, lo que supone a su vez un incumplimiento parcial. A estos efectos, el contenido contractual de la prestación debida viene fundamentalmente determinado por lo establecido al efecto en la publicidad comercial y en la reglamentación.

#### **5.3.2.1.- Facturación sin suministro de servicio por ausencia de llamada**

Como ya adelantamos, este supuesto en nada difiere del que niega haber realizado una llamada ordinaria, y es el planteamiento mayoritario de los pleitos por servicios de tarificación adicional planteados ante Tribunales y Juntas Arbitrales.

Ya se trate de servicio telefónico ordinario, ya se trate de llamadas a servicios de tarificación adicional, el criterio de nuestros Tribunales a efectos de prueba es claro, la jurisprudencia otorga poca credibilidad a los documentos de cobro que presentan los operadores cuando no son recibos correctamente desglosados y detallados, imponiéndoles la carga de probar que las llamadas se realizaron; e imponen la carga de probar al consumidor abonado que afirma no haber realizado las llamadas cuando los documentos de cobro o facturas son conforme a la normativa de aplicación.

---

<sup>1018</sup> Artículos 12.d, 13.4 y 16.2 de la Orden PRE/361/2002, de 14 de febrero.

5.3.2.1.1 La carga de prueba sobre la realización de las llamadas corresponde al operador cuando no factura conforme a la normativa

En materia de servicios de tarificación adicional, encontramos varias sentencias en el primero de los sentidos indicados.

La Audiencia Provincial de Madrid desestima en 1998 la obligación de pago del consumidor afirmando que “las cantidades reclamadas e impugnadas de contrario se justifican con unos documentos privados emitidos por la propia actora”<sup>1019</sup>.

La Audiencia Provincial de Barcelona<sup>1020</sup> afirma en 2004 que “las facturas de autos no expresan a qué prefijos obedecen, no habiendo aclarado la cuestión Telefónica de España SA por lo que no se puede saber si se trata del 903, en cuyo caso sólo se habría podido producir la conexión del servicio mediante petición expresa, que no consta producida, o del 906, en cuyo caso el acceso es libre. En estas circunstancias, y dado que no se puede efectuar un desglose entre llamadas sometidas a uno y otro régimen y que tal duda no puede beneficiar a la actora, en cuya mano estaba la posibilidad de hacerla desaparecer, no queda otra solución que excluirlas todas –no puede llegarse a ninguna conclusión sobre la eventual pertenencia a todas o de parte de las llamadas al prefijo 906 por vía presuntiva, habida cuenta de la actitud de la actora”<sup>1021</sup>.

Y la Audiencia Provincial de Castellón hace lo propio en 2006 en relación a llamadas a 906 desde móviles, considera que “la demandante se ha limitado a acompañar a su demanda unas facturas en las que... carece de todo detalle acerca tanto del número de llamadas efectuadas, como de la duración de cada una y del número receptor en cada caso. Con tan poca precisión no puede, ante la negativa del demandado, llegarse a la conclusión de que éste ha empleado el servicio y que lo ha hecho en forma suficiente para generar el importe que por tal concepto se reclama”<sup>1022</sup>.

---

<sup>1019</sup> SAP Madrid de 03-04-1998- AC 1998\1083. No queda claro en el texto de la sentencia, pero parece que la documentación aportada por Telefónica para acreditar la deuda no fueron copia de los recibos bimestrales sino certificaciones del Jefe de Sección de Informática de Telefónica en relación a la existencia en el sistema de dichas anotaciones de deuda, ya que esta empresa ha utilizado con frecuencia el hábito comercial de borrar del sistema informático todos los datos relativos a facturaciones con más de 6 meses de antigüedad, cosa que entiendo ocurrió en estos autos.

<sup>1020</sup> SAP Barcelona de 04-03-2004- AC 2004\474.

<sup>1021</sup> La actitud de la actora a que hace referencia el Tribunal y que así se declara argumento adicional para el fallo consta en la propia sentencia, cuando afirma que “la postura de Telefónica en el proceso ha sido de nula colaboración en el esclarecimiento de la situación normativa en el momento en que se produjo al consumo reclamado, habiéndose limitado a negar en su defensa la vigencia de las normas alegadas de contrario sin mayores explicaciones ni aportaciones de las que en su caso pudieran ser de aplicación o de las razones que lo impedirían. Si todo demandante debe esforzarse por presentar con la mayor nitidez posible los contornos y circunstancias de su pretensión, disipando las dudas y oscuridades que sobre ella pudieran pesar, con mayor razón ha de ser esto exigido en una materia de considerable complejidad normativa de la que, por haber sido la destinataria preferente de la atención del legislador la propia actora, está en las mejores condiciones de presentar y explicar, siendo poco disculpable la actitud que ha observado –su falta de atención al tema que nos ocupa llega al extremo de no referirse en absoluto a las consideraciones que al respecto hace el actor en su escrito de recurso cuando se opone a él en la exposición y defensa de su posición acreedora”.

<sup>1022</sup> SAP Castellón de 17-03-2006- JUR/2006/199467.

Los criterios de carga de prueba son idénticos cuando el pleito no es por servicios de tarificación adicional, sino por llamadas telefónicas ordinarias.

En particular se consideran no realizadas las llamadas no relacionadas ni detalladas con duración y destino. La Audiencia Provincial de Álava resulta muy clara cuando afirma que “las facturas remitidas al usuario por el servicio prestado no se ajustan a la legislación vigente, se debieron acompañar los detalles de las llamadas... El incumplimiento de esta obligación da derecho al usuario a impagar las facturas no pudiendo la compañía suspender el servicio si el impago se debiese a esta causa”<sup>1023</sup>.

Incluso así se ha considerado con llamadas que constan en factura emitida con “carácter extraordinario” porque la central telefónica de la que dependía el abonado no tenía instalado el sistema de facturación detallada<sup>1024</sup>.

Como es natural, las facturaciones no son el único medio con el que probar la efectiva realización de llamadas, aunque sí el principal, constando en la jurisprudencia sumarios en los que la acreditación se ha establecido en base a pruebas periciales o testimonios de las propias partes implicadas<sup>1025</sup>.

Por el contrario, aún con facturaciones correctas, si el consumidor se opone inicialmente al pago por irregularidades en el funcionamiento del servicio, la jurisprudencia impone al operador la carga de comprobarlas mediante las revisiones técnicas o administrativas que correspondan, imponiéndole la carga de probar la efectiva realización de las llamadas facturadas en caso de que las omita<sup>1026</sup>.

---

<sup>1023</sup> SAP Gerona de 19-10-1999- BDB 12212/1999. SAP A Coruña de 23-05-2000- BDB 19488/2000. SAP Pontevedra de 18-11-2002- BDB 38481/2002. SAP Alicante de 23-12-2002- JUR/2003/62075. SAP Álava de 22-11-2005- LA LEY 227533/2005. SAP de Madrid de 3-7-2008, VLex 43501480 y de 3-2-2009, VLex 60279723; SAP Granada 15-1-2010, VLex 210409711.

<sup>1024</sup> SAP Valencia de 08-01-2001- BDB 262/2001.

<sup>1025</sup> SAP Las Palmas de 17-04-2006- JUR/2006/199190, que desestima la reclamación del consumidor porque “consta la realización de las llamadas, tal como manifestó la testigo propuesta por el recurrente, hija del mismo, la cual manifestó además que la madre le dijo que no comentara nada al padre (el demandado), lo cual significa que en el entorno familiar se tenía pleno y cabal conocimiento de lo que acaecía al respecto”.

SAP Castellón de 17-03-2006- JUR/2006/199467, en la que el consumidor declaró “que recibía en el domicilio familiar las correspondientes facturas, remitidas por la actora y convenientemente detalladas”.

SAP Las Palmas de 15-10-2004- JUR/2004/306703, que condenó al consumidor al pago por la claridad con que depuso “como testigo el propio técnico que efectuó la comprobación correspondiente, D. Adolfo, profesional con dilatada experiencia que explicó perfectamente en el acto del juicio cómo se realizó la revisión (electrónica y visual), en la que no se detectó anomalía alguna que pudiera haber afectado al servicio medido de la factura discutida y aclaró las características del sistema de acometida (de cuchilla), coligiéndose sin género alguno de dudas de su testimonio que no existe en la línea telefónica en cuestión ningún indicio material de haber sido objeto de fraude, pinchazo o sabotaje.

<sup>1026</sup> SAP Madrid 15-12-2006 VLex 29563962; SAP Barcelona 21-12-2007, VLex 36060056; SAP Tarragona 18-1-2008, VLex 38248910; SAP Madrid 3-2-2009, VLex 60279723, citando SAP Barcelona 15-7-2002; y SAP Pontevedra 14-9-2009, VLex 76734359.

El reparo ha de ser previo al pleito judicial. SAP Tarragona 18-1-2008 VLex 38248910, “la mera actitud pasiva consistente en dejar impagados los recibos disconformes sin formular reclamación alguna ni mostrar la discrepancia, impide detectar un posible error, que, por tanto, no puede probarse cuando se alega como oposición al pago ante la reclamación judicial” y SAP Barcelona 12-09-2000 BDB 29277/2000, como ocurre en la banca “en que la falta de protesta a los extractos remitidos periódicamente a los clientes adquiere un significado muy alto respecto a la corrección de los extractos no objetados”.

5.3.2.1.2 La carga de prueba sobre la realización de las llamadas corresponde al consumidor abonado cuando el operador factura conforme a la normativa

Los criterios se invierten cuando los recibos aportados al pleito por el operador telefónico son los ordinarios. En tal caso, la carga probatoria de que no se realizaron las llamadas se impone al consumidor abonado.

Respecto de servicios de tarificación adicional, las Audiencias Provinciales de Barcelona<sup>1027</sup> y de Las Palmas<sup>1028</sup> consideran suficiente material probatorio los recibos bimestrales con el detalle de las llamadas.

Las Audiencias Provinciales de Valladolid<sup>1029</sup> y de Barcelona<sup>1030</sup>, en relación a llamadas a 906, condenaron al consumidor al pago de los recibos porque, además de otras consideraciones, como que el hijo permanecía o pudo estar en el hogar cuando los progenitores estaban fuera de casa, “su simple observancia demuestra de manera notoria que son los habitualmente utilizados por la compañía y conocidos de todos sus clientes” (sentencia de Valladolid).

La sentencia 400/2004 de la Audiencia Provincial de Pontevedra analiza un caso de acceso a Internet mediante 906 que tuvo un coste de 730 euros, desestimando la petición del consumidor porque “se ejecuta desde su ordenador particular y con el número de tarificación adicional, sin intervención alguna por parte del operador telefónico...es más, aún admitiendo a efectos dialécticos que el actor hubiere demostrado que, al navegar por determinada página, el prestador de contenidos aprovechó para instalar un *dialer* sin su conocimiento, tampoco ello determinaría responsabilidad de la demandada”<sup>1031</sup>.

La Audiencia Provincial de Huesca<sup>1032</sup> analiza pormenorizadamente una facturación del año 2002 que concluye conforme a la normativa y el código de conducta, condenando al consumidor a su pago.

Y en el mismo sentido, las sentencias 692/2005 de la Audiencia Provincial de Valencia<sup>1033</sup>, 178/2006 de la Audiencia Provincial de Almería y 335/2008 de la Audiencia Provincial de A Coruña<sup>1034</sup>.

De nuevo el criterio es idéntico cuando nuestros Tribunales se enfrentan a pleitos en relación al servicio telefónico ordinario.

La Audiencia Provincial de Madrid considera correctamente acreditado el consumo de llamadas internacionales realizado durante 1994 desde un teléfono público de monedas de un hotel al haber aportado la operadora la facturación ordinaria con detalle de llamadas y las comprobaciones realizadas del funcionamiento de instalación y aparatos medidores<sup>1035</sup>.

La Audiencia Provincial de Castellón de la Plana considera correcto un consumo de llamadas internacionales a Sudáfrica realizado durante 1995 basados en cuatro duplicados exactos de las facturas originales remitidas en su

---

<sup>1027</sup> SAP Barcelona de 15-07-2002- AC 2002\2040.

<sup>1028</sup> SAP Las Palmas de 24-09-2002- JUR 2003/80072.

<sup>1029</sup> SAP Valladolid de 24-02-2003- JUR/2003/85320.

<sup>1030</sup> SAP Barcelona de 15-09-2003- JUR/2004/3147.

<sup>1031</sup> SAP Pontevedra 30-12-2004- BDB 38481/2002.

<sup>1032</sup> SAP Huesca de 15-02-2006- LA LEY 17799/2006.

<sup>1033</sup> SAP Valencia 25-11-2005 VLex 211722159.

<sup>1034</sup> SAP A Coruña 15-9-2008- VLex 76220643. SAP Sentencia Almería 14-9-2006 VLex 202982423.

<sup>1035</sup> SAP Madrid 25-01-2001 BDB 2899/2001.



día al abonado y un informe pericial afirmando la elevada improbabilidad de que se hubiese producido un pinchazo telefónico<sup>1036</sup>.

Resultaron ciertamente categóricas dos sentencias, la sentencia 692/2005 de la Audiencia Provincial de Valencia y la sentencia 116/2006 de la Audiencia Provincial de Barcelona, cuyo sentido encontramos en todas las posteriores<sup>1037</sup>.

La primera afirma que “ciertamente que hemos de aplicar, al presente supuesto, además de las normas citadas, las referentes a la protección de los consumidores y usuarios, pero para rechazar la realidad de las llamadas y su importe es necesario que la demandada aporte algún elemento de prueba que permita dudar de la realidad de la facturación, no bastando con negar que las hizo la propia demandante”.

Y sobre todo, la sentencia de Barcelona, que aporta la argumentación de fondo que justifica tal criterio de “normalidad”, y es que “no es razonable presumir que las llamadas reclamadas son consecuencia de un defectuoso funcionamiento del servicio de teléfonos porque un razonamiento de esta naturaleza supondría invertir el orden normal de las cosas, al establecer como premisa la presunción de anormalidad en el funcionamiento del servicio, cuando lo razonable y normal es precisamente la normalidad, por lo que debe acreditarse, como excepción a tal presunción, el mal funcionamiento, y correspondiendo la iniciativa en tal sentido a la usuaria que, con su actuación de protesta a la recepción de la actora, podría haber dado lugar a los trabajos de comprobación oportunos”.

Pese a ello, la jurisprudencia, aún con facturaciones correctas, acaba fallando en consecuencia cuando considera probado que las llamadas no fueron realizadas<sup>1038</sup> o que existen motivos de inimputabilidad al abonado<sup>1039</sup>.

Junto a los Tribunales, las Juntas Arbitrales de Consumo han resuelto mediante laudo miles de reclamaciones en España en esta materia. Tras realizar idéntico análisis de los laudos arbitrales a los que hemos tenido acceso<sup>1040</sup>, podemos afirmar que, en líneas generales, las diferentes Juntas

---

<sup>1036</sup> SAP Castellón de 09-02-2001- BDB 15986/2001.

<sup>1037</sup> SAP Valencia de 25-11-2005- LA LEY 230371/2005. SAP Barcelona de 06-03-2006- JUR/2006/227308. También en este sentido, SAP Barcelona de 27-04-2005, JUR\2005\11362; SAP Sevilla 13-9-2007 VLex 63264942; SAP A Coruña 15-9-2008 VLex 76220643; SAP Madrid 6-11-2008, VLex 52045541; SAP Madrid 3-2-2009, VLex 60279723; y SAP Zaragoza 8-5-2009, VLex 76205085.

<sup>1038</sup> La Audiencia Provincial de Alicante estima incorrecto un consumo facturado por haber acreditado el abonado su desproporción respecto del consumo habitual y la ausencia del domicilio en las fechas de referencia, SAP Alicante de 4-3-2002 - BDB 7153/2002. La Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife dilucidó en 2004 un caso de llamadas a un 906 desde un móvil por más de 20.000 euros, fallando a favor del consumidor porque en las facturas constaban detalladas de modo errático, incongruente y altamente repetitivo, SAP Santa Cruz de Tenerife de 22-03-2004- JUR/2004/135244. Y la sentencia 658/2007 de la Audiencia Provincial de Barcelona estima la demanda por acreditarse facturaciones desorbitadas producidas justo a partir de que el operador telefónico alterase unilateralmente el número de la línea del consumidor, SAP Barcelona de 21-12-2007- JUR/2008/64527.

<sup>1039</sup> La Audiencia Provincial de Asturias eximió de responsabilidad por las llamadas realizadas porque el operador no efectuó la desconexión del servicio 903 solicitada por el usuario, lo que permitió que se continuasen realizando las llamadas, SAP Asturias de 17-11-1998- AC 1998/7702. Y la Audiencia Provincial de Baleares estimó incorrecto un consumo telefónico facturado por entender acreditada la manipulación de la línea por terceros SAP Baleares de 11-12-2001- BDB 43719/2001.

<sup>1040</sup> Dada la dinámica general del arbitraje, resulta bastante complejo poder conocer el contenido de los laudos dictados en la materia, ya que no se trata de procedimientos públicos, hay 71 Juntas en toda España (según Memoria publicada por el INC sobre el Sistema Arbitral de Consumo en 2007, la última

Arbitrales resolvieron las reclamaciones de modo similar a como se hizo en sede judicial, es decir, dilucidando simplemente si las llamadas se realizaron o no<sup>1041</sup>.

En definitiva, entendemos que los criterios expuestos y forjados por nuestros Tribunales en materia de carga de prueba ante estos supuestos no son sino una aplicación del tradicional criterio jurisprudencial de la facilidad probatoria, recogido desde el año 2000 en el artículo 217 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil, la carga de prueba sobre la realización de las llamadas corresponde al operador cuando no factura conforme a la normativa o no comprueba malfuncionamientos alegados, y corresponde al abonado cuando el operador factura conforme a la normativa y actúa diligentemente ante las protestas de los usuarios<sup>1042</sup>.

---

que consta publicada en su Web a fecha marzo de 2010) y las hay de diferentes ámbitos territoriales, municipales, provinciales, de mancomunidad y autonómicos. Esta dificultad será menor cuando se ponga en marcha el registro público de laudos previsto en el Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo. Hasta entonces, sólo podemos acceder al contenido de los publicados por algunas Juntas.

<sup>1041</sup> La Junta Arbitral de Badalona, en una selección de laudos dictados entre 1995 y 1996, incluye 18 laudos sobre servicio telefónico, 16 desestimatorios por entender realizadas las llamadas discutidas, excepto en dos casos en que se reducen a la mitad los importes consignar el motivo. La Junta de Castilla y León publicó selección de laudos desde 1995 hasta 2005. De los 30 laudos que contiene la de 2002, sólo uno es en materia de 906, el correspondiente al expediente 3/2002, desestimando el Tribunal arbitral la pretensión del consumidor. En la de 2005 se contienen dos laudos. Uno se desestima y el segundo se estima parcialmente desde el momento en que la reclamante acreditó intentar darse de baja y no pudo hacerlo. De la selección laudos publicada por la Junta municipal de Salamanca, 19 son en materia de telefonía. Encontramos 7 laudos en materia de llamadas telefónicas que se impugnan por no haber sido realizadas, todos desestimatorios y 2 en materia de 906, expediente J-12/01, por llamadas realizadas compulsivamente por enfermedad del autor, que se resolvió concediendo un aplazamiento del pago del importe en 12 meses y el expediente J/15/01, conexiones a un 906 por Internet, que se declara ser asunto que ya ha conocido el Tribunal arbitral en otras ocasiones, concluyendo que “aunque ello constituye un auténtico fraude para el consumidor, del mismo ha de responder exclusivamente el servidor, en ningún caso la operadora del servicio, que se limita a prestar cobertura técnica para entablar dicha comunicación.” La Junta Arbitral de Aragón ha publicado un repertorio en la Revista Cuadernos de Consumo nº 13 que contiene una selección compuesta por 156 laudos del año 2000 de los que 39 son en materia de telefonía. En materia de 906 encontramos 17 laudos, y 2 en materia de llamadas a números internacionales, de los que resultan desestimatorios todos menos uno EXPTE 331/00-JA, considerando los restantes que las llamadas impugnadas fueron realmente realizadas por los consumidores. Respecto de la Junta de Cantabria, existe una obra dirigida por TOMILLO con una selección de laudos comentados, y que contiene un laudo de 21-9-2005 en el que la parte reclamante solicitaba el reintegro de llamadas a un 907 realizadas en marzo y julio de 2004, y acreditado que la parte reclamante no solicitó la desconexión de estos servicios hasta abril de 2004, desestimó la reclamación por cargos anteriores, JORGE TOMILLO URBINA (Dtor). *Práctica arbitral de consumo. Selección de laudos comentados de la Junta Arbitral de Consumo de Cantabria*. 1ª edición. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2007, pp. 805-814.

<sup>1042</sup> En relación a sentencias de Tribunales del orden contencioso-administrativo, muy escasas y consecuencia de impugnación de resoluciones de la extinta Delegación del Gobierno en Telefónica, sólo hemos encontrado tres. Sentencia de 28-10-2002 del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, Sección 3, que desestima un recurso presentado por llamadas a 903 realizadas durante 1997 y 1998 por ausencia de prueba de que a las horas indicadas en las facturaciones todos los miembros de la familia estaban trabajando fuera de casa, como se alegaba, y por entender además correctos todos los procesos de cómputo y facturación, RJCA 2003\556. Sentencia de julio de 2002 del Tribunal Superior de Justicia de Madrid se analiza el recurso planteado por Telefónica SAU ante la resolución administrativa de la Secretaría General de Comunicaciones bonificando una facturación a un consumidor utilizando como argumentación si Telefónica tenía autorización para prestar servicios de tarificación adicional a través del subprefijo 9064 a partir de la 1:00 horas del día 4-4-1998 por la entrada en vigor del Plan Nacional de Numeración, St. 10-07-2002-TSJ Madrid-Sala Contencioso-Administrativa- Sección -8, JUR 2003\94903. El consumidor también planteo a su vez otro recurso contencioso administrativo y por

### 5.3.2.2.- Incumplimiento parcial

La obligación básica de pago del prestador del contrato de servicio de tarificación adicional es la prestación del producto o servicio conforme a su naturaleza debida y a lo regulado en los Códigos de Conducta.

Ante la ausencia de negociación entre partes en este contrato, el contenido de la prestación viene también determinado por lo ofertado en la publicidad ya que su contenido se integra en el del contrato aún cuando no figure expresamente recogido en el mismo, conforme recoge el actualmente vigente artículo 61.2 del TRLGDCU.

Para PASQUAU, el problema fundamental del precepto citado no es entender lo que quiere decir, sino poner límites a la integración de los elementos publicitarios en los contratos, señalando en este sentido cinco, que exista contrato inducido por la publicidad, que exista laguna en el contrato, que el engaño se deba a dolo o negligencia y que la publicidad sea objetivamente falsa, además de los propios de todo derecho subjetivo<sup>1043</sup>.

En materia de servicios de tarificación adicional se cumplen todos los condicionamientos señalados por este autor para considerar exigibles todos y cada uno de los elementos que figuren en la publicidad como contenido contractual, ya que podremos considerar al menos negligente y objetivamente falsa toda publicidad en la materia que señale un cierto contenido que finalmente no se preste, por ejemplo, la descarga de la melodía original de una cierta canción de moda en el móvil cuando lo que se termina finalmente ofreciendo es una versión no original y simplificada de la canción.

Pero es más, como la publicidad de los servicios de tarificación adicional es simultáneamente oferta contractual, y por tanto se puede definir como “oferta comercial”, tal y como defendimos en su momento, los contenidos publicitarios no se integran en el contrato, sino que son el contenido del contrato propiamente dicho, o al menos, parte de él.

De modo que tanto publicidad como Código de Conducta son los dos instrumentos en los que se recogen las obligaciones contractuales de los servicios de tarificación adicional susceptibles de incumplimiento al nivel que estamos analizando.

La regulación de los Códigos de Conducta está fundamentalmente concebida para asociar una consecuencia jurídica de tipo administrativo ante los incumplimientos, a saber, la retirada de numeración en diversos grados que analizaremos más adelante, y por tanto, se aplica aún cuando el incumplidor no haya suministrado servicio ni celebrado contratos, pero cualquier incumplimiento no permitirá al consumidor el ejercicio de la acción de resolución en reclamación de devolución de precio, ya que será necesario que tenga relevancia resolutoria.

Así, podríamos encontrar supuestos de prestadores sancionados por incumplimientos de los Códigos de Conducta a la vez que sentencias judiciales

---

sentencia de la misma Sección de noviembre del mismo año, la Sala lo desestimó con idénticos argumentos en sentencia de 13-11-2002-TSJ Madrid- Sala Contencioso-Administrativa - Sección -8, RJCA 2003\573.

<sup>1043</sup> MIGUEL PASQUAU LIAÑO. “Comentario al art. 8 LGDCU”. RODRIGO BERCOVITZ y JAVIER SALAS (Coord.). *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*. Madrid: Civitas, 1992, pp. 164-171.

considerando tales incumplimientos sin relevancia resolutoria, aunque sí puedan tener relevancia a efectos de generar una indemnización de daños y perjuicios o una *actio quanti minoris* de reducción de precio<sup>1044</sup>.

La regulación dedica apartados específicos a la descripción de incumplimientos, aunque existen otros muchos, por lo que pueden considerarse los más habituales, pero no los únicos, y en definitiva, establece cuatro obligaciones principales.

En primer lugar, el respeto a las normas publicitarias de los Códigos de Conducta; en segundo lugar el respeto a los contenidos obligatorios de los servicios conforme a los mismos; en tercer lugar, el respeto a las numeraciones establecidas en cada caso y a la correspondiente clasificación de servicios<sup>1045</sup>; y por último, obligaciones en relación al elemento temporal del contrato en los servicios de voz e Internet. En particular, se destaca el incumplimiento por introducir tiempos de espera innecesarios<sup>1046</sup> y el incumplimiento derivado de superar los tiempos máximos de prestación de los servicios que la reglamentación establece<sup>1047</sup>.

En este sentido, entendemos que no parece que pueda considerarse incumplimiento grave y esencial un tiempo de espera innecesario de escasa duración, pero sí lo será si un tiempo de espera innecesario de un cuarto o dos terceras partes del tiempo total invertido en la llamada. Sea cual sea la duración del exceso, en todo caso permitiría siempre el ejercicio de una acción de reducción proporcional de precio.

Del mismo modo, si se supera el tiempo máximo permitido para cada tipo de llamada, será más grave y relevante a efectos resolutorios cuanto mayor sea el exceso proporcional, aunque en ningún caso habrá pagar por el exceso. De hecho, el único caso que conocemos en que un consumidor afectado demandó directamente al prestador de servicios de tarificación adicional tras haber perdido pleito arbitral planteado frente a su operadora de acceso, se fundamentó con éxito en este motivo para anular los cargos de todas las llamadas<sup>1048</sup>.

El contrato que utilice numeraciones no adecuadas no estará incumpliendo sus términos, sino que será nulo por contenido contra norma imperativa de telecomunicaciones.

Y será resolutorio el incumplimiento derivado de una atención que no realiza el afamado adivino que anunciaba atendería personalmente, pero no lo será si éste atiende la llamada inicialmente y al finalizar la pasa a otro adivino de su equipo.

---

<sup>1044</sup> Artículo 1.553 Cc: “Son aplicables al contrato de arrendamiento las disposiciones sobre saneamiento contenidas en el título de la compraventa. En los casos en que proceda la devolución del precio, se hará la disminución proporcional al tiempo que el arrendatario haya disfrutado de la cosa”.

<sup>1045</sup> Artículos 2.2.1 a 2.2.3 del Código de Conducta de 2004, y artículos 4.1.1y 4.2.1 del Código de Conducta de 2009.

<sup>1046</sup> Artículo 2.2.4 del Código de Conducta de 2004. El prestador de servicios será el responsable de aplicar los recursos técnicos y humanos necesarios, para eliminar todo tiempo de espera innecesario al usuario, debiendo prestar efectivamente el servicio inmediatamente después de practicarse el descolgado de la llamada, en los servicios de voz y de televoto, e inmediatamente después de iniciar la conexión, previa aceptación por el usuario, para los servicios prestados por medio de sistemas de datos, a salvo de lo indicado para el menú de inicio.

<sup>1047</sup> Artículo 2.2.5 del Código de Conducta de 2004. El prestador de servicios es el responsable de cortar la comunicación transcurrido el tiempo máximo fijado para cada uno de los servicios.

<sup>1048</sup> SAP Pontevedra 27-3-2006 VLex 203520803.

Esta labor exegética podría prolongarse hasta el infinito, y con cada aspecto contractual, tanto el temporal como el relativo a la publicidad o los contenidos de los servicios, por lo que bien valen los ejemplos señalados para dejar constancia de que la calificación y consecuencias contractuales que genere cada incumplimiento es labor que fundamentalmente corresponderá al intérprete.

### 5.3.2.3.- Incumplimiento de obligaciones postcontractuales

Son pocos los incumplimientos de este tipo que pueden encontrarse en tarificación adicional puesto que estos servicios están exentos de cumplir las obligaciones del artículo 98 del TRLGDCU que imponen una confirmación escrita de cierta información a la contratación a distancia<sup>1049</sup>.

Sin embargo, la reglamentación administrativa exige a los operadores de acceso, no a los prestadores, que se ofrezca al abonado dos contenidos informativos a través de la factura, y por tanto, con carácter postcontractual, se trata de la información relativa al derecho de desconexión y la relativa a identificación del prestador.

El primer contenido es información general, similar a la relativa a derechos genéricos de los consumidores o lugares donde presentar reclamaciones. Aunque en el pasado hubo quien entendió que debía constar en todas las facturas<sup>1050</sup>, en la actualidad está establecido reglamentariamente que sólo debe reflejarse semestralmente<sup>1051</sup>.

También impone la normativa a los operadores de acceso la obligación de identificar al prestador en factura. En caso de que no se hiciese, podría entenderse que el operador de acceso que solicita el cobro es un mandatario que no exhibe ante su contraparte su condición y conforme dispone el artículo 1.717 del Código Civil, es “el obligado directamente en favor de la persona con quien ha contratado, como si el asunto fuera personal suyo”. De hecho el Juzgado de Primera Instancia nº 61 de Madrid utilizó este argumento para imputar responsabilidad contractual a los operadores<sup>1052</sup>.

---

<sup>1049</sup> Cfr. JOSÉ MANUEL BUSTO LAGO (Coord), NATALIA ÁLVAREZ LATA y FERNANDO PEÑA LÓPEZ. *Reclamaciones de Consumo. Derecho de consumo desde la perspectiva del consumidor*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2005, p. 306. Art. 98.3 TRLGDCU: “No será exigible lo dispuesto en este artículo a los contratos relativos a servicios cuya ejecución se realice utilizando una técnica de comunicación a distancia que se presten de una sola vez, cuya facturación sea efectuada por el operador de la técnica de comunicación. No obstante, el consumidor y usuario, en cualquier caso, deberá estar en condiciones de conocer la dirección geográfica del establecimiento del empresario donde pueda presentar sus reclamaciones.”

<sup>1050</sup> Esta obligación es ajena al contrato que analizamos, pero fue utilizada por la Junta Arbitral de Consumo de Navarra para amparar al consumidor afectado por realización de llamadas a servicios de tarificación adicional, condenando al operador de acceso a no cobrar las llamadas reflejadas en facturas en las que no constase esta información. En la publicación recopilatoria de laudos de esta Junta correspondiente a los años 2000 a 2003, encontramos 53 laudos, 11 en materia de telefonía, de los que 3 son de 906 en este sentido.

<sup>1051</sup> Vid *infra*, capítulo dedicado a los aspectos administrativos del contrato, apartado sobre información del derecho de desconexión.

<sup>1052</sup> “...la codemandada Telefónica de España, SA cobra directamente la factura y no consta que ninguna de las codemandadas facilite información a los usuarios sobre quién es la prestadora de servicios. Es decir, actúan ante los consumidores con quienes contratan como si el negocio fuera propio, propiciando la fundada creencia en el consumidor de que quien cobra el servicio es quien lo presta. Por

Sin embargo entendemos que no es el caso, ya que el mandato entre prestador y operador se reduce al cobro del precio parcial del servicio, no a la celebración, prestación ni al resto de aspectos del contrato.

Corresponde aplicar en este caso la disciplina relativa al recibo del pago que todo deudor tiene derecho a obtener de su acreedor conforme a la buena fe y los usos del tráfico<sup>1053</sup>, y dado que la factura telefónica en tales condiciones no acreditaría a qué proveedor o acreedor se está realizando el correspondiente pago, no podría otorgársele categoría de recibo, y por tanto, estaría legitimada la oposición del abonado al pago de las cantidades consignadas por tarificación adicional en las que no se identifique al prestador.

5.3.2.4.- La Orden PRE/361/2002, de 14 de febrero, no puede exigir al operador de acceso que devuelva al consumidor los importes que ha cobrado como mandataria del prestador

Una vez que un deudor ha pagado el precio, si es indebido por incumplimiento, la correspondiente devolución deberá realizarse voluntariamente por el acreedor o coercitivamente por disposición judicial, sin que quepa que la Administración suplante el papel que constitucionalmente se otorga a Jueces y Tribunales en este sentido.

Ocurre del mismo modo en los servicios de tarificación adicional, de modo que si el consumidor abonado paga la factura al operador de acceso y posteriormente le reclama la devolución del importe de tales llamadas, la decisión al respecto corresponde al prestador, que es el acreedor, no al operador de acceso.

Pese a ello, el artículo 8.4 de la Orden PRE/361/2002, de 14 de febrero, declara lo contrario, que en este supuesto “el usuario llamante... tendrá derecho a la devolución, si se hubiese efectuado el pago, del resto de los conceptos englobados en la factura distintos del correspondiente al servicio telefónico disponible al público, cuyo cobro por los acreedores deberá sustanciarse por las vías ordinarias distintas a las del cobro de la factura de telecomunicaciones”<sup>1054</sup>.

---

*ello es de aplicación lo dispuesto en el artículo 1717 del Código Civil, pues si como afirman las codemandadas sólo se encargan de gestionar el cobro del servicio por cuenta de la prestadora de servicios, lo hacen frente al usuario en su propio nombre y como si el negocio fuera suyo, por lo que deben responder frente al mismo”. Vid. Sentencia de 20-7-2004 del Juzgado de Primera Instancia nº 61 de Madrid, AC 2004/1144. Vid infra, capítulo dedicado a la responsabilidad extracontractual por riesgo de los operadores.*

<sup>1053</sup> Cfr. LUIS DÍEZ-PICAZO. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Volumen II. Las relaciones obligatorias*. 6ª edición. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2008, p. 586. Y JAVIER MÁXIMO JUÁREZ GONZÁLEZ. “Cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones”. JUAN FRANCISCO DELGADO DE MIGUEL (Coord.). *Instituciones de Derecho Privado. Tomo III. Obligaciones y contratos. Vol 1º*. 1ª edición. Madrid: Civitas, 2002, p. 134.

<sup>1054</sup> La regulación parece de aplicación exclusiva al artículo 8.3.2, precepto que entendemos se refiere a cuando se realice una indicación del precio exacto del servicio de tarificación adicional de la llamada y una perfecta identificación del prestador, excluyendo por tanto los supuestos en los que no se identifique al prestador sino a su operador de red inteligente. Y así, no se entendería por qué “castigar” con este régimen a la operadora más cumplidora frente a la que no lo es. Este precepto así considerado induce al cumplimiento defectuoso.

En otras ocasiones en que hemos manifestado una ilegal intromisión del Reglamento administrativo en la dinámica contractual hemos optado, y así lo hacemos también en este caso, por entender que se está completando la tipificación de una infracción administrativa.

La confusión en la que incurre este precepto, declarando un efecto civil contractual incorrecto, alcanza también a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, que no tiene duda alguna de que lo afirmado por el Ministro en su Orden es correcto. Afirma que de la normativa telefónica cabe “deducir la existencia de una obligación de los abonados de hacer frente al pago de las facturas que le presentaran los operadores, aun en los casos en los que estos abonados estuvieran en disconformidad con los conceptos facturados o con su importe”, lo que se afirma sin ninguna argumentación, para a continuación justificar lo dispuesto por la Orden PRE/361/2002 como “una excepción a esta regla para las llamadas a servicios de tarificación adicional”, justificada porque que “ha estado generalizada en el mercado español la práctica de exigir a los abonados la domiciliación bancaria de las facturas correspondientes a los servicios telefónicos como medio de pago de las mismas”, lo que “no permite un ejercicio del derecho reconocido por la Orden PRE/361/2002, en su redacción originaria, si no es, precisamente, a través de presentar una solicitud de devolución de las cantidades automáticamente cobradas en cuenta”<sup>1055</sup>.

No podemos compartir este criterio, que se basa en un mero reglamento administrativo que desconoce y vulnera la legislación de obligaciones y contratos.

En su momento señalábamos que el operador de acceso actúa como cobrador y que aplicando las normas del mandato y la comisión mercantil, cuando un comisionista ha cumplido su comisión y ha cobrado el correspondiente precio del supuestamente obligado al pago en nombre del acreedor comitente, el comisionista no puede proceder sin más a devolverlo al deudor simplemente porque éste lo solicite, porque manifieste extemporáneamente disconformidad con el servicio en su día recibido o por cualquier otro motivo que se pueda esgrimir.

La obligación del comisionista es cumplir su comisión, y ésta consiste, una vez recibido el precio, en remitirlo a su acreedor, al comitente, y no otra acción, menos aún devolverlos sin más a quien pagó. La recepción por el comisionista del dinerario, a todos los efectos, es un pago realizado al acreedor, y sólo éste puede decidir qué hacer con su crédito y su dinerario, sin que pueda el comisionista tomar decisiones en este sentido, salvo pacto previo en contrario o posterior autorización del acreedor y comitente al comisionista en tal sentido, en línea con lo dispuesto en los artículos 255 y 260 del Código de Comercio<sup>1056</sup>. Es más, el artículo 273 recuerda que “serán responsable de los

---

<sup>1055</sup> Las citas son de la Resolución de 10-11-2005 del Consejo de la CMT, del conflicto de interconexión presentado por COLT TELECOM ESPAÑA, S.A. frente a TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. sobre la devolución de las cantidades reclamadas por los abonados de este último operador que efectúan llamadas de tarificación adicional. En similar sentido, la Resolución de 7-2-2008 del Consejo de la CMT, del conflicto de interconexión presentado por Telefónica de España, S.A., sociedad unipersonal, contra Tele2 Communications Services, S.L.U. sobre la devolución de las cantidades reclamadas por los abonados que efectúan llamadas de tarificación adicional.

<sup>1056</sup> Art. 255 CCo: “En lo no previsto y prescrito expresamente por el comitente, deberá el comisionista consultarle, siempre que lo permita la naturaleza del negocio. Mas si estuviese autorizado para obrar a su

perjuicios que ocasionen su omisión o demora, el comisionista que no verifique la cobranza de los créditos de su comitente en las épocas en que fueren exigibles, a no ser que acredite que usó oportunamente de los medios legales para conseguir el pago”.

Por su parte, el Código Civil resulta si cabe aún más explícito, ya que su artículo 1.713 dispone que “el mandato, concebido en términos generales, no comprende más que los actos de administración. Para transigir, enajenar, hipotecar o ejecutar cualquier otro acto de riguroso dominio, se necesita mandato expreso...” y el artículo 1.720 resulta definitivo cuando declara que “todo mandatario está obligado a dar cuenta de sus operaciones y a abonar al mandante cuanto haya recibido en virtud del mandato, aun cuando lo recibido no se debiera al segundo”.

En nuestro caso, el operador de acceso es un comisionista que ha cobrado el precio del servicio telefónico de tarificación adicional pagado libremente por el llamante deudor a través del abonado (si no son la misma persona), y no tiene más opción legal y contractual, salvo pacto en contrario, que la remisión del precio al comitente, y por tanto no tiene reconocida ninguna facultad de devolverlo.

Sin embargo la norma administrativa, como hemos visto, así lo impone, y como no hay ley que habilite a la Administración a alterar tan radicalmente el régimen de obligaciones y contratos, tal disposición resulta nula de pleno derecho por ir contra norma con rango de ley.

Y no puede objetarse que esta interpretación sea contraria a los intereses de los consumidores, ya que además de ser ajustada a derecho, cuando el pago se realiza mediante domiciliaciones bancarias, el derecho del consumidor a pagar previa conformidad se garantiza por la propia normativa bancaria, sin que tenga objeto que lo haga la de telecomunicaciones. Y es que la normativa bancaria permite que un consumidor devuelva recibos durante un tiempo pese a haber sido cargados en su cuenta para evitar pagos realmente no consentidos, por ejemplo, un recibo telefónico con el que esté en desacuerdo el consumidor abonado<sup>1057</sup>.

---

arbitrio, o no fuere posible la consulta, hará lo que dicte la prudencia y sea más conforme al uso del comercio, cuidando del negocio como propio...”

Art. 260 CCo: “El comisionista comunicará frecuentemente al comitente las noticias que interesen al buen éxito de la negociación, participándole por el correo del mismo día, o del siguiente, en que hubieren tenido lugar, los contratos que hubiere celebrado”.

<sup>1057</sup> Hasta 2009, la reglamentación vigente en la materia podía consultarse en la propia Web del Banco de España: “Aún en el caso de adeudo contando con domiciliación previa, la normativa reguladora prevé la posibilidad de que el cliente de una orden de devolución. Estas normas distinguen entre un plazo normal de devolución, fijado en 9 días hábiles, cualquiera que sea el motivo, y un plazo excepcional de devolución de 30 días naturales, para el caso de que el cliente rechazara posteriormente el adeudo en su cuenta, aduciendo error en la domiciliación o disconformidad en el importe, siempre que este sea igual o inferior...a 3.000 € (en [http://www.bde.es/servicio/reclama/criterios/efec\\_rec\\_ord.htm](http://www.bde.es/servicio/reclama/criterios/efec_rec_ord.htm), consulta efectuada el 29-12-2006).

La reciente Ley 16/2009, de 13 de noviembre, de servicios de pago, ha regulado en particular esta cuestión, introduciendo nuevos requisitos a la par que ampliado los plazos. Su artículo 33 establece ciertas condiciones que debe cumplir el ordenante de un pago bancario para solicitar una devolución, que concurren en nuestro caso, a saber, que cuando se diese la autorización, ésta no especificase el importe exacto de la operación de pago y que el importe supere el que el ordenante podía esperar razonablemente teniendo en cuenta sus anteriores pautas de gasto. El artículo 34 establece que el ordenante podrá solicitar la devolución durante un plazo máximo de ocho semanas contadas a partir de la fecha de adeudo de los fondos en su cuenta. En el plazo de diez días hábiles desde la recepción de una solicitud de devolución, el



En conclusión, el consumidor abonado que ha pagado mediante domiciliación bancaria la factura telefónica con llamadas a servicios de tarificación adicional goza de un plazo para su retroacción. Una vez transcurrido, el pago es firme y no se puede exigir a la operadora de acceso que devuelva el precio parcial del servicio de tarificación adicional que corresponde a su prestador y que ha cobrado como mandataria de éste.

#### 5.4.- RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DE LOS OPERADORES DE TELECOMUNICACIONES

Como regla general, no cabe que el contrato que analizamos sea incumplido por los operadores de acceso o de red inteligente, ya que la contraparte del consumidor es exclusivamente el prestador.

La responsabilidad respecto del producto o servicio a suministrar y la información precontractual corresponde siempre al suministrador, no a los profesionales auxiliares que éste contrate para la prestación final<sup>1058</sup>, como consecuencia directa del principio de relatividad del contrato previsto en el artículo 1.257 del Código Civil e igualmente establecido en el artículo 147 del TRLGDCU, que establece con rotundidad que no responde nadie más que el prestador por los daños y perjuicios causados a los consumidores y usuarios<sup>1059</sup>.

Sin embargo, encontramos algunos preceptos que imputan responsabilidad a los operadores en los Códigos de Conducta, así como ciertas sentencias derivadas de demandas planteadas por operadores de telecomunicaciones que han exigido el pago de llamadas realizadas a servicios de tarificación adicional, todo ello en virtud, no del contrato, sino del instituto de la responsabilidad extracontractual.

En general, la responsabilidad extracontractual por daños se basa en las obligaciones que nacen de los actos u omisiones ilícitos en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia (artículo 1.089 del Código Civil) y está regulada en los artículos 1.902 y siguientes del Código Civil. Este precepto establece un sistema de responsabilidad subjetiva por el que la obligación de reparación del daño se hace derivar directamente de la culpa en que haya incurrido el autor de la acción u omisión que merece la calificación de ilícito civil<sup>1060</sup>, siempre que haya relación de causalidad<sup>1061</sup>.

---

proveedor de servicios de pago deberá devolver el importe íntegro de la operación de pago o bien justificar su denegación de devolución, indicando en este caso los procedimientos de reclamación, judiciales y extrajudiciales, a disposición del usuario.

<sup>1058</sup> Cfr. en relación al contrato de obra, CARMEN VILLANUEVA LUPIÓN. *Los contratos de servicios*. 1ª edición. Madrid: La Ley, 2009, pp. 121 y ss. y p. 134, donde concreta que se trata de una responsabilidad contractual indirecta de carácter objetivo del empresario por sus auxiliares.

<sup>1059</sup> Cfr. JUANA RUIZ JIMÉNEZ y LOURDES TEJEDOR MUÑOZ. “La divulgación de una información inveraz como causa del daño resarcible. Una aproximación a los distintos tipos de daños (la golosina inocente)”. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 707, 2008, pp. 1388-1395.

<sup>1060</sup> Cfr. CARLOS LASARTE. *Principios de Derecho Civil II. Derecho de Obligaciones*. 13ª edición. Madrid: Marcial Pons, 2009, p. 289.

Frente a la subjetiva o aquiliana, el ordenamiento establece en ocasiones una denominada responsabilidad objetiva o sin culpa, que en opinión de REGLERO constituye “el centro de gravedad sobre el que orbitan formas que, perteneciendo a la misma familia, difieren entre sí...no es en sí una única alternativa a la responsabilidad por culpa, sino un conjunto de alternativas”<sup>1062</sup>.

Además, la doctrina legal del Tribunal Supremo a partir de la segunda mitad del siglo XX, ha acabado aceptando ciertos planteamientos en la responsabilidad subjetiva de forma que los resultados prácticos han devenido cuasiobjetivos, “...ora por el cauce de la inversión o atenuación de la carga probatoria..., ora exigiendo una diligencia específica más alta que la administrativamente reglada”<sup>1063</sup>, producto de la influencia sobre la interpretación de estas normas que ejerce la notable evolución producida en la conciencia social del daño<sup>1064</sup>.

La evolución de la materia ha llegado hasta el punto de que el conformismo estoico de nuestros tatarabuelos ha sido sustituido por un sentimiento en la sociedad y en las víctimas de que, si se ha producido un daño, “alguien tendrá que pagarlo”. Ninguna víctima dejará de buscar, a toda costa, un responsable del daño que ha sufrido<sup>1065</sup>.

En conclusión, la regla general de nuestro ordenamiento es que, “expresado de forma coloquial y pasando por alto algún matiz,... en nuestro Derecho siempre se responde por culpa, y sólo a veces, sin ella”, aunque también es cierto que “la trascendencia de los supuestos de responsabilidad objetiva es tal que desembocaría en la afirmación de que, hoy día, la responsabilidad objetiva constituye la regla general y, por el contrario, la responsabilidad culposa o subjetiva sería la excepción”<sup>1066</sup>.

El artículo 26 de la LGDCU, actualmente recogido en el artículo 147 TRLGDCU, no es sino expresión de esta evolución, recogiendo expresamente esta inversión de la carga de la prueba introducida por la jurisprudencia del Tribunal Supremo<sup>1067</sup>, precepto nominalmente restringido a los prestadores de servicios dado que los anteriores tienen por objeto la regulación de los productos defectuosos.

---

<sup>1061</sup> En relación al elemento más controvertido de la responsabilidad, el de la relación de causalidad, el Tribunal Supremo ha adoptado de forma prácticamente unánime la aplicación del criterio o teoría de la “causalidad adecuada”, formulada por VON BAR y VON KRIES a finales del S. XIX para el ámbito penal, vid. L. FERNANDO REGLERO CAMPOS (Coord). *Tratado de Responsabilidad Civil. Tomo I. Parte General*. 4ª edición. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2008, p. 736.

<sup>1062</sup> FERNANDO REGLERO CAMPOS (Coord). *Tratado de Responsabilidad Civil. Tomo I. Parte General*. 4ª edición. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2008, p. 292.

<sup>1063</sup> Cita de la STS 16 de octubre de 1989, RJ 1989/6923.

<sup>1064</sup> El artículo 3.1 del Código Civil establece los parámetros de interpretación de las normas, entre ellos, las nuevas concepciones sociales, “se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas”.

<sup>1065</sup> SANTIAGO CAVANILLAS MÚGICA. *Responsabilidad civil (I). Supuestos*. Documento electrónico en [www.iustel.com](http://www.iustel.com), sin fechar. Consulta realizada el 24-5-2007.

<sup>1066</sup> Cfr. CARLOS LASARTE. *Principios de Derecho Civil II. Derecho de Obligaciones*. 13ª edición. Madrid: Marcial Pons, 2009, pp. 289-290.

<sup>1067</sup> Cfr. LUIS GONZÁLEZ MORÁN, en la obra ALICIA DE LEÓN ARCE (Directora). *Derechos de los consumidores y usuarios. (Doctrina, normativa, jurisprudencia, formularios)*. 2ª edición. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2007, p. 1485.

No existe ninguna norma especial con rango de ley que establezca responsabilidad objetiva extracontractual alguna aplicable a los servicios de tarificación adicional, pero la dinámica ordinaria de suministro de tales servicios, con un papel de los operadores tan determinante, no permite descartar que pueda imputárseles responsabilidad extracontractual subjetiva ante ciertas conductas.

#### **5.4.1.- Responsabilidad “in vigilando”**

Uno de los fundamentos en los que se sustenta el Código Civil para imputar concretos supuestos de responsabilidad extracontractual subjetiva es una subespecie de negligencia denominada culpa *in vigilando* que se encuentra reflejada en tres casos concretos, la que corresponde a padres y tutores respecto de acciones u omisiones de menores e incapaces, la que corresponde a los empresarios respecto de los perjuicios causados por sus dependientes y la que corresponde a las personas o entidades titulares de centros docentes respecto de los daños y perjuicios provocados por sus alumnos menores de edad durante el tiempo en que se hallen bajo control o vigilancia del centro<sup>1068</sup>.

También encontramos supuestos concretos de este tipo en materia de contratación a distancia con consumidores y servicios de tarificación adicional.

##### **5.4.1.1.- Responsabilidad in vigilando en la legislación de protección de consumidores**

En sede de contratación a distancia, el artículo 95 del TRLGDCU dispone de forma excepcional que “los operadores de las técnicas de comunicación a distancia, entendiéndose por tales a las personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, que sean titulares de las técnicas de comunicación a distancia utilizadas por los empresarios, están obligados a procurar, en la medida de sus posibilidades, que éstos respeten los derechos que este título reconoce a los consumidores y usuarios y cumplan las obligaciones que en él se les imponen”.

Este precepto, en referencia a las empresas de telecomunicaciones y televisiones, entre otras, no está considerando la existencia de una obligación contractual, que sólo existe entre consumidor y empresario, por lo que la doctrina, comentando el artículo 48.2 de la LOCM del que trae causa el transcrito, considera que se trata de una modalidad de responsabilidad extracontractual por omisión de la diligencia debida o *in vigilando*, que en todo caso debe regirse por los correspondientes preceptos del Código Civil y la jurisprudencia derivada de los mismos, a los que ni alteran ni añaden nada nuevo<sup>1069</sup>.

---

<sup>1068</sup> Cfr. CARLOS LASARTE. *Principios de Derecho Civil II. Derecho de Obligaciones*. 13ª edición. Madrid: Marcial Pons, 2009, p. 312, p. 316 y p. 318.

<sup>1069</sup> Cfr. JUAN MANUEL BADENAS CARPIO y CARMEN BOLDÓ RODA. *Régimen jurídico de la llamada “venta directa”. Las ventas domiciliarias y a distancia*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2003, p. 227.

La intensidad y extensión de la diligencia debida dependerá en cada caso del operador de que se trate y de las posibilidades de control que tenga<sup>1070</sup>, aunque como diligencia de carácter profesional que es, y por tanto, alejada de otros parámetros incluidos por este concepto (como la del buen padre de familia), deberá ser una diligencia “especial”, y por tanto, mayor que la que pudiera exigirse a un usuario del servicio<sup>1071</sup>.

#### 5.4.1.2.- Responsabilidad *in vigilando* en la legislación de comercio electrónico

Como concluimos en su momento, existen modalidades de tarificación adicional a las que se les debe aplicar la LSSICE.

En opinión de PEGUERA e ILLESCAS, tanto a nivel nacional como europeo e internacional se han establecido una serie de reglas de exclusión de responsabilidad para evitar que sea excesivamente gravoso para las empresas intermediarias el riesgo de ser declarados responsables conforme a las leyes generales de responsabilidad extracontractual por los contenidos que introduzcan y, en definitiva, como una medida más de fomento de este nuevo entorno<sup>1072</sup>.

Como señala este autor, los artículos 13 y siguientes de la LSSICE han recogido los tres supuestos de exclusión de responsabilidad de la Directiva comunitaria de la que trae causa, la derivada de actividad de mera transmisión (artículo 14), la derivada de actividad de almacenamiento temporal para su mejor transmisión o *caching* (artículo 15) y la derivada de actividad de alojamiento de datos (artículo 16), exenciones que alcanzan en los dos primeros casos incluso si el intermediario tiene conocimiento de la ilicitud de los contenidos y, por tanto, no obliga a desplegar a priori ninguna actividad de control de contenidos conforme al estado de la técnica y posibilidades reales de la misma<sup>1073</sup>.

La LSSICE ha añadido una cuarta exención que no estaba presente en la Directiva, los enlaces e instrumentos de búsqueda (artículo 17), supuestos en los que, como en el tercero citado, sí se exige para disfrutar de la exención que, conocida la ilicitud, se retire o bloquee el material o el enlace<sup>1074</sup>.

---

<sup>1070</sup> Cfr. JOSÉ MANUEL BUSTO LAGO (Coord), NATALIA ÁLVAREZ LATA y FERNANDO PEÑA LÓPEZ. *Reclamaciones de Consumo. Derecho de consumo desde la perspectiva del consumidor*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2005, pp. 307-308.

<sup>1071</sup> Sobre el contenido de la diligencia debida, vid. LUIS DÍEZ-PICAZO. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Volumen II. Las relaciones obligatorias*. 6ª edición. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2008, p.120.

<sup>1072</sup> Cfr. MIQUEL PEGUERA POCH. *La exclusión de responsabilidad de los intermediarios en Internet*. Granada: Comares, 2007, pp. 1-4. RAFAEL ILLESCAS ORTIZ. *Derecho de la contratación electrónica*. 2ª edición. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2009, pp.138 y ss.

<sup>1073</sup> Cfr. MARÍA ARIAS POU. *Manual práctico de comercio electrónico*. 1ª edición. Madrid: La Ley, 2006, p. 121 y pp.133-138.

<sup>1074</sup> Cfr. MIQUEL PEGUERA POCH. *La exclusión de responsabilidad de los intermediarios en Internet*. Granada: Comares, 2007, p. 206 y pp. 295 y ss. Para unos autores, el conocimiento de la ilicitud sólo puede derivarse de los tres mecanismos a que hace referencia la LSSICE (resolución de órgano competente, autocontrol y otros medios) y para otros, tal lista es *ad exemplum*. Recientemente el Tribunal Supremo ha considerado que “no es conforme a la Directiva...una interpretación del apartado 1 del artículo 16 de la Ley 34/2002...que reduce injustificadamente las posibilidades de obtención del "conocimiento efectivo" de la ilicitud de los contenidos almacenados y amplía correlativamente el ámbito

No obstante, otros autores consideran estos preceptos, no como reglas de exención, sino como reglas de responsabilidad en positivo. PLAZA PENADÉS entiende que la responsabilidad a que hace referencia la LSSICE no es por hecho propio, sino por hecho ajeno, y que responde el intermediario por los daños causados por el prestador de servicios al usuario final sólo en el supuesto de grave negligencia por parte del intermediario<sup>1075</sup>. Y CAMPUZANO plantea que aunque este fenómeno es difícilmente manejable con las estructuras jurídicas clásicas del derecho de daños, dado que los operadores no se limitan a actuar como meros técnicos soporte del servicio del proveedor de contenidos, sino que se erigen en parte fundamental de las relaciones jurídicas resultantes, dentro de sus obligaciones de diligencia se debe incluir cierta vigilancia sobre el contenido del servicio de los prestadores como obligación de medios, no como obligación de resultado, y por tanto, considerando el estado de la técnica y la posibilidad real de control<sup>1076</sup>.

La tarificación adicional no suele generar conflictos en función de los contenidos, sino más bien en función de sus modos de acceso y nivel de información precontractual. No obstante no puede descartarse que se le exigiese tal a un operador telemático, en cuyo caso se deberían aplicar tales normas, con el alcance definitivo que les da la doctrina y la jurisprudencia<sup>1077</sup>.

En este sentido, MENDOZA también apunta como mecanismo de protección a los consumidores la aplicabilidad de los artículos 8 y 11 de la LSSICE, que prevé la interrupción de la prestación de servicios de la sociedad de la información o la retirada de datos cuando atente o pueda atentar contra los principios que la propia Ley proclama, entre los cuales se encuentra la

---

de la exención, en relación con los términos de la norma armonizadora, que exige un efectivo conocimiento, pero sin restringir los instrumentos aptos para alcanzarlo...no cabe prescindir de que la misma atribuye igual valor que al "conocimiento efectivo" a aquel que se obtiene por el prestador del servicio a partir de hechos o circunstancias aptos para posibilitar, aunque mediatamente o por inferencias lógicas al alcance de cualquiera, una efectiva aprehensión de la realidad de que se trate, Sentencia nº 773/2009 de 9 diciembre, RJ 2010\131, Sala de lo Civil, Sección 1ª", cfr. RODRIGO BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO. "Sentencia de 9 de diciembre de 2009: Responsabilidad de los prestadores de servicios de la sociedad de la información: servicios de alojamiento o de almacenamiento de datos". Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil, nº 84, 2010, pp. 1603-1615.

<sup>1075</sup> JAVIER PLAZA PENADÉS. "La responsabilidad civil de los intermediarios en internet y otras redes(su regulación en el derecho comunitario y en la LSSICE)". FRANCISCO JAVIER ORDUÑA MORENO (Dirección). *Contratación y comercio electrónico:(Obra concordada con la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la sociedad de la Información y de Comercio Electrónico)*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003, p. 214.

<sup>1076</sup> Cfr. HERMINIA CAMPUZANO TOMÉ. "La relación contractual derivada de la prestación de servicios de telefonía. Especial referencia a la protección de los consumidores frente a la prestación de servicios de tarificación adicional", en JUAN MANUEL ABRIL CAMPOY y MARÍA EULALIA AMAT LLARI (Coord). *Homenaje al profesor Lluís Puig i Ferriol. Vol. 1*. 1ª edición. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2006, pp. 706-718.

<sup>1077</sup> El control de contenidos en Internet es un muy tema controvertido. Libertades individuales y protección del consumidor son valores que constantemente se contraponen. En esta línea, en 2006 y tras mucha polémica, la Unión Europea aprobó la Directiva 2006/24/CE, de 15 de marzo, como medio de garantizar la seguridad nacional ante actos terroristas, instaurando un cierto control por parte de los operadores de telecomunicaciones que también puede generar responsabilidad. La transposición de esta Directiva se materializó en España mediante Ley 25/2007, de 18 de octubre, de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones, que sólo alcanza a los datos de tráfico y localización e identificación de personas físicas y jurídicas, no al contenido de la información comunicada. Esta Ley deroga los artículos 12, 38.2.c y 38.3.a de la LSSICE relativos a esta materia.

protección de los consumidores, aunque reconoce la dificultad de la aplicación de esta medida tan restrictiva<sup>1078</sup>.

#### 5.4.1.3.- Responsabilidad in vigilando en la normativa de servicios de tarificación adicional

Los Códigos de Conducta establecen en ocasiones ciertas normas de responsabilidad de los operadores respecto de los consumidores, tanto del operador de red inteligente como del operador de acceso del consumidor abonado.

El artículo 1.5 del Código de Conducta de 2004 dispone con carácter general que, además de su carácter vinculante respecto de los prestadores como consecuencia del contrato que le une al consumidor llamante, también “tiene carácter vinculante...para aquellos operadores de red de servicios de tarificación adicional que tengan asignados recursos públicos de numeración pertenecientes a rangos atribuidos a los servicios de tarificación adicional”.

Y los supuestos concretos a que hace referencia la reglamentación administrativa son tres.

El primero es la obligación de los operadores de red inteligente de garantizar que se ofrezca al consumidor llamante la información precontractual obligatoria, obligación que como sabemos y reconoce también esta normativa, corresponde al prestador en virtud del contrato que analizamos<sup>1079</sup>.

En segundo lugar, se exige a los operadores de red inteligente que garanticen y velen por el cumplimiento del tiempo máximo estipulado de duración de cada llamada<sup>1080</sup>.

En este caso también se cita expresamente a los operadores de acceso, aunque con poca fe, ya que se establece la responsabilidad “en su caso”, y lo cierto es que el operador de acceso no debe intervenir las llamadas de un consumidor ni en éste ni en ningún otro sentido.

Lo que nos lleva al tercer supuesto, regulado en el Código de Conducta de 2009 para mensajería premium, los “operadores de acceso velarán por evitar a los abonados y usuarios de los servicios una facturación mensual desproporcionada en relación al consumo medio del abonado”<sup>1081</sup>.

---

<sup>1078</sup> ANA ISABEL MENDOZA LOSANA. “Servicios telefónicos de tarificación adicional: motivos para la modificación de la normativa. Respuesta a consulta planteada por la Consejería de Sanidad de la Junta de Comunidades de Castilla La Mancha”, en ANGEL CARRASCO PERERA (Coord). *Estudios sobre Telecomunicaciones y Derecho de Consumo*. Navarra: Aranzadi, 2005, pp. 310-312. Y en documento electrónico <<http://www.uclm.es/cesco/investigacion/18.pdf>>, julio de 2004, pp. 5-7. Consulta realizada el 28-3-2007.

<sup>1079</sup> El artículo 18.bis.1 de la Orden PRE/361/2002, de 14 de febrero, el artículo 3.4 de la Resolución de 4 de diciembre de 2008 y el artículo 2.2.7 del Código de Conducta de 2004, establecen esta obligación en términos generales. El artículo 18.bis.2 de la Orden PRE/361/2002, de 14 de febrero y el artículo 4.2 del Código de Conducta de 2004 reiteran la anterior obligación con gran detalle para los servicios por Internet.

<sup>1080</sup> El artículo 5.1.3 del Código de Conducta de 2004, en relación a la obligación de la duración máxima de 30 minutos de cada llamada, dispone que “el operador del servicio de red y, en su caso, el operador de acceso, velarán por el cumplimiento de la obligación contenida en la estipulación anterior, de modo que ante el supuesto de que constaten que esa obligación de los prestadores de servicios no se cumple, lo pondrán en conocimiento de la Comisión de Supervisión de los Servicios de Tarificación Adicional”.

<sup>1081</sup> Artículo 4.2.4 del Código de Conducta de 2009. El artículo 6.1.3 añade que “el operador de acceso que facture al abonado el correspondiente servicio, será el responsable del cumplimiento de la obligación

La razón de estos preceptos reglamentarios es de orden práctico. Dado el esquema altamente tecnificado en que se mueve la prestación de este servicio y que permite un elevado nivel de decisión de los operadores (por ejemplo, pueden ser materialmente quienes fijen los precios y pueden imponer fácilmente a los prestadores un modelo de locución, que éstos tan sólo podrían cumplimentar, pero no alterar), resulta mucho más útil para la Administración de telecomunicaciones que sea el operador quien responda por estas obligaciones, no el prestador, sobre todo considerando que operadores hay y habrá muy pocos y que son empresas de telecomunicaciones que entran dentro de su ámbito de actuación administrativa, mientras que los prestadores de servicios de tarificación adicional pueden ser legión y se mueven en entorno empresarial ajeno al mundo de las telecomunicaciones.

Hasta tal punto llega la obsesión de control de la Administración en este sentido que toda la Orden ITC/308/2008, de 31 de enero, de mensajería premium, ni considera ni menciona nunca la existencia de prestador de servicio alguno independiente del correspondiente operador de red inteligente, y es a éste al que se imputan todo tipo de responsabilidades, tanto las relacionadas con la información precontractual obligatoria como las relacionadas con la correcta prestación del servicio y sus contenidos, razón por la cual, en su momento, no pudimos sino considerar que en esta Orden se ha optado por un modelo en el que el prestador es el propio operador de red inteligente, que se queda con las numeraciones correspondientes y no las reasigna a tercero alguno, como ocurre en el caso de los servicios de voz e Internet.

Pero las obligaciones que imputa esta normativa a los operadores sólo pueden calificarse como de naturaleza administrativa.

Como ya hemos manifestado en ocasiones similares, no pueden considerarse preceptos de derecho civil (en este caso, de responsabilidad extracontractual), ya que la Administración no ostenta habilitación alguna para hacerlo y menos aún con una norma del calibre de los Códigos de Conducta. Se trata de meras obligaciones administrativas cuyo incumplimiento puede generar una infracción susceptible de sanción, si bien el intérprete puede tomarlas como punto de referencia para fijar la diligencia debida en los comportamientos y actuaciones de los operadores<sup>1082</sup>.

En el campo civil, sólo en tanto en cuanto el operador tenga un control material y efectivo sobre los sistemas que le permita realizar las comprobaciones, inspecciones o revisiones a que les obliga esta normativa reglamentaria, podría plantearse la existencia de responsabilidad extracontractual "*in vigilando*", pero siempre conforme a los parámetros jurisprudenciales de esta institución y porque de la misma se derivara un daño al consumidor.

No puede negarse que podría imputarse al operador de red inteligente una responsabilidad *in vigilando* porque la llamada es materialmente recibida por su sistema en primera instancia, en nombre del prestador, como una más de las obligaciones consecuencia del contrato que a ambos une, y se encarga

---

indicada en el párrafo anterior, de modo que ante el supuesto de que constate que esa obligación de los titulares de números no se cumple, habrá de ponerlo en conocimiento del órgano administrativo competente en materia de inspección y sanción por infracción de la normativa de telecomunicaciones".

<sup>1082</sup> En este sentido, st. Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso, 12-2-2010, VLex 81890609 y 24-3-2009, VLex 60281773.

materialmente de facilitar la locución e implementar el tiempo de espera o guarda, por lo que el control que ejerce el operador de red sobre la actividad del prestador económicamente considerada genera la evidente posibilidad de que su conducta, y en particular, la omisión de la diligencia debida, pueda influir en el correcto cumplimiento del contrato principal.

De hecho, existe algún precedente jurisprudencial en el sentido indicado. La Audiencia Provincial de Álava consideró en 2006 que un operador de telecomunicaciones había incurrido en responsabilidad de este tipo, ya que una vez acreditado que el servicio de tarificación adicional era de contenido sexual y propio de 903, y que se había prestado mediante un 906, impuso a la operadora, a la sazón Telefónica Móviles, la obligación de “velar por el cumplimiento de la limitación en cuestión evitando que la prestadora de un servicio reservado al prefijo 903 lo ofertara a través del prefijo 906” en base al “carácter público del servicio de telefonía”. Aunque el servicio telefónico dejó de ser un servicio público en 1998, queda clara la imputación del Tribunal en base a una ausencia de la diligencia debida<sup>1083</sup>.

Y la Audiencia Provincial de Pontevedra condenó en 2006 al operador de red inteligente a devolver a un consumidor el importe íntegro de las llamadas realizadas por ausencia de control en la duración máxima de 30 minutos<sup>1084</sup>.

Aunque consideramos más remoto el hecho de que la actuación del operador de acceso del consumidor abonado pueda generar una responsabilidad extracontractual, ya que se limita a conectar a su cliente abonado con una numeración a la que desea acceder, la normativa administrativa nos ofrece un supuesto bastante plausible en este sentido que acabamos de poner de manifiesto, la obligación de los operadores de acceso de evitar o avisar ante una facturación mensual desproporcionada.

#### **5.4.2.- Responsabilidad por riesgo**

Los Jueces y Tribunales españoles también han utilizado en sus argumentaciones la teoría de la denominada responsabilidad objetiva por riesgo para dilucidar pleitos en materia de servicios de tarificación adicional<sup>1085</sup>.

La responsabilidad por riesgo es el fundamento de numerosas normas contemporáneas que introducen vectores de carácter objetivo en ámbitos como la navegación aérea, circulación de vehículos de motor, energía nuclear, caza, protección de los consumidores, etc., además de los tradicionales supuestos no

---

<sup>1083</sup> SAP 16-03-2006- Audiencia Provincial Álava-Sección 2, LA LEY 44174/2006.

<sup>1084</sup> SAP Pontevedra 27-3-2006 VLex 203520803. Se trata de un consumidor que, tras haber perdido pleito arbitral planteado frente a su operadora de acceso, a la que hubo de pagar las llamadas, demandó directamente al prestador de servicios de tarificación adicional conjuntamente con el operador de red inteligente, que fueron condenados solidariamente.

<sup>1085</sup> FIDALGO también ha llamado la atención sobre la posibilidad de aplicar al fenómeno de los servicios de tarificación adicional la legislación de protección al consumidor que exige informar de los riesgos que previsiblemente se puedan derivar de la utilización de bienes y servicios, ANA FIDALGO LÓPEZ. “La problemática de la protección de los consumidores en la prestación de los servicios de tarificación adicional”. *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*. 2005, nº 1991: pp. 16-17, que concluye tras su análisis que no cabe imponer al operador tal deber de información, aunque no renuncia a realizar interesantes recomendaciones al respecto.



culpabilísticos contemplados en el propio Código Civil, a saber, daños causados por animales, caída de árboles y objetos arrojados desde el domicilio<sup>1086</sup>.

Pero también ha sido utilizada por la jurisprudencia, proclamando que quien crea un riesgo, aunque sea lícito, debe soportar las consecuencias derivadas del peligro del que se beneficia, "*cuius est commodum, eiva set periculum*". En este caso, se requiere, junto a la situación de riesgo, que concurra beneficio económico para el responsable<sup>1087</sup>.

La existencia de un riesgo en la utilización de este tipo de servicios se ha contemplado desde dos diferentes perspectivas por nuestros Tribunales.

En unos casos, el riesgo se ha detectado en la situación familiar del consumidor porque el llamante era un incapaz bajo tutela, supuestos en los que se ha imputado la responsabilidad a los correspondientes padres o tutores<sup>1088</sup>. Es evidente que el riesgo introducido por la víctima no puede ser nunca fundamento de una responsabilidad de este tipo, por lo que este planteamiento no es técnicamente adecuado.

En otros, las sentencias detectan un riesgo generado por los propios operadores o prestadores, no por el llamante o sus padres, en las que encontramos dos posicionamientos totalmente divergentes.

En sentido afirmativo, la sentencia de 2004 del Juzgado de Primera Instancia nº 61 de Madrid, confirmada por la Audiencia Provincial en 2005<sup>1089</sup>, consideró en su momento como situación de riesgo el hecho de que servicios 903 con acceso vetado se prestaran ilegalmente a través de 906 de libre acceso. El perjudicado, normalmente padre o madre, tenía la legítima expectativa de que no se pudiesen usar los servicios 903 sin su consentimiento expreso, y finalmente se encontraba con que se podían utilizar libremente a través de un 906, provocándole un daño patrimonial no consentido y ajeno a su esfera de responsabilidad. La sentencia del Juzgado consideraba que los operadores "controlan el acceso a esas líneas, pudiéndose aplicar siquiera analógicamente la teoría de la responsabilidad por riesgo", constatando la

---

<sup>1086</sup> Cfr. CARLOS LASARTE. *Principios de Derecho Civil II. Derecho de Obligaciones*. 13ª edición. Madrid: Marcial Pons, 2009, pp. 324 y ss.

<sup>1087</sup> JUANA RUIZ JIMÉNEZ. "Responsabilidad por riesgo de la entidad gestora de una estación de esquí por falta de protección de los elementos integrantes de la misma". *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 693, 2006, documento electrónico de V-Lex generado el 15.6.2010, p. 4.

<sup>1088</sup> Es el caso de la Sentencia de 17.11.1998 AP Asturias, AC 1998\7702, que confirmó la del Juzgado de Primera Instancia apelada cuyo fallo disponía la responsabilidad del usuario hasta el momento en que solicitó la desconexión del servicio 903, desconexión que no se realizó por la operadora y que coadyuvó en la magnificación de los gastos. Y de la sentencia de 15 de julio de 2002 de la Sección 14 de la Audiencia Provincial de Barcelona AC 2002\2040, que considera la existencia de un riesgo en los hechos de autos derivado de minusvalía psíquica del autor material de las llamadas, pero que debía imputarse a sus padres.

<sup>1089</sup> Sentencia de 20-7-2004 del Juzgado de Primera Instancia nº 61 de Madrid, AC 2004/1144. La Audiencia Provincial acabó confirmándola por sentencia de 14 de abril de 2005, AC 2005/823, y ésta es firme desde que así fue declarado en 2008 por Auto de 13.5.2008 de la Sala de lo Civil de Tribunal Supremo, JUR 2008/194505, por el que se declara la inadmisión de los recursos de casación y extraordinarios por infracción procesal presentados por Telefónica y Uni2 por razón de la cuantía, que no superó la exigible para acceder a la casación, y se declara la firmeza de la sentencia recurrida, condenando en costas a los recurrentes.

conurrencia de los dos requisitos que la conforman, a saber, el beneficio económico y la situación de riesgo<sup>1090</sup>.

También la Audiencia Provincial de Madrid, que confirmó esta sentencia, entendió que el riesgo era imputable a los operadores por omitir “la codemandada sus obligaciones en orden a la efectividad de la restricción de acceso, información al usuario y derecho de desconexión, actuando así de forma negligente al desentenderse simplemente de unos acontecimientos que desplegando una mínima diligencia podría conocer, denunciar, y propiciar su evitación.”

Existen dos sentencias en sentido contrario, una de la Audiencia Provincial de Sevilla que consideraba que no existía tal responsabilidad por riesgo en unas conexiones a servicios de tarificación adicional por Internet que se anunciaban como gratuitos y que en realidad conectaban a una línea 906<sup>1091</sup>. La Audiencia argumentaba que “a Telefónica se le imputa una especie de responsabilidad por riesgo ya que ella controla el acceso a esa línea”, y concluye que “no es cierto que Telefónica controle el acceso a ese número que es de acceso libre y basado en el acto voluntario del cliente que si sufre algún tipo de engaño no se debe a la acción u omisión de la empresa apelante, que no puede hacerse responsable del amplísimo abanico de posibilidades que ofrece la navegación por Internet”. Y en el mismo sentido, la sentencia 465/2007 de la Audiencia Provincial de A Coruña<sup>1092</sup>.

Como señala RUIZ JIMÉNEZ, lo importante es delimitar si ha existido riesgo o no<sup>1093</sup>, y en este caso no terminamos de entender que los servicios de tarificación adicional generen ningún tipo de riesgo.

Consideramos que se califica erróneamente como riesgo lo que en definitiva es una omisión de un supuesto deber que provoca un daño, y en definitiva, lo que ocurre es que las sentencias describen unos hechos que deberían analizarse bajo el prisma de la responsabilidad culposa *in vigilando*, no bajo el de la responsabilidad objetiva por riesgo, que sólo podría imputarse

---

<sup>1090</sup> La sentencia del Juzgado argumentaba que “...es un hecho notorio que muchos de los servicios que debía prestarse a través de los prefijos 903 se prestan a través del prefijo 906. El motivo es evidente son los servicios que más beneficios generan por lo que se elude la normativa para que sea más fácil el acceso. Las demandadas afirman que no son las prestadoras del servicio y que, en consecuencia, no son responsables, afirmando que nada pueden hacer para evitarlo pues no tienen capacidad para saber qué servicio se presta en cada línea. Esta afirmación, sin embargo, no sirve para exonerarles de responsabilidad. Resulta difícil aceptar que las demandadas empresas operadoras de telefonía no sean capaces de saber lo que, a través de publicidad en televisión, radio, Internet y revistas, cualquiera puede conocer: que a través de líneas 906 se prestan servicios reservados para las líneas 903. Si con un mínimo control restringieran ese uso abusivo y compelieran a las prestadoras de servicio a prestarlo de modo adecuado seguro que se evitaría, al menos en la mayoría de los casos...En este caso esa omisión genera un incumplimiento de la normativa sobre servicios de tarificación que se traduce en desinformación a los consumidores y riesgo evidente, cuando no consumado del acceso de sectores más débiles de población, como los menores, a contenidos perniciosos para su formación, sin que sea trasladable la responsabilidad a los padres que pueden actuar confiados en que para acceder a esos servicios se exige reglamentariamente un consentimiento expreso y previo que no han prestado.”

<sup>1091</sup> Sentencia 188/2005 de 9-5 de la Sección 8ª AP Sevilla, que revocó una dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 10 de Sevilla que imputaba responsabilidad por riesgo a Telefónica, AC 2005/500.

<sup>1092</sup> Sentencia nº 465/2007 de Audiencia Provincial, A Coruña, Sección 4ª, 15 de Octubre de 2007, VLex 35535680.

<sup>1093</sup> JUANA RUIZ JIMÉNEZ. “Responsabilidad por riesgo de la entidad gestora de una estación de esquí por falta de protección de los elementos integrantes de la misma”. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 693, 2006, documento electrónico de V-Lex generado el 15.6.2010, p.3.

a los operadores si se considerara como un riesgo en sí mismo la simple puesta en el mercado de los servicios de tarificación adicional.

En conclusión, si bien consideramos aplicable a los operadores el instituto de la responsabilidad extracontractual *in vigilando*, no consideramos posible aplicarles la responsabilidad extracontractual por riesgo.

## 5.5.- RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DE PADRES Y TUTORES

En su momento señalamos que cuando el llamante resulte ser un menor o incapaz, el contrato de servicio de tarificación adicional resultará anulable o nulo, en función de la ausencia de consentimiento que en cada caso concurra, pero que no ocurrirá tal si la edad del menor es acorde con el servicio contratado.

El efecto práctico inmediato de la anulación del contrato es la inexigibilidad del precio parcial del servicio por ausencia de enriquecimiento del incapaz, y algo similar ocurre cuando el menor capaz resulta simplemente insolvente, por lo que nos preguntamos si sería exigible el pago del precio a padres y tutores en virtud de otro título jurídico, el de la responsabilidad extracontractual establecida en el artículo 1.903 del Código Civil, que sería extensible igualmente al guardador de hecho, en nuestro caso, por ejemplo, otro padre que tiene a hijo ajeno como visita en casa y que es el autor material de las llamadas<sup>1094</sup>.

Aunque en todo caso sería el prestador, nunca el operador de telecomunicaciones, el único legitimado para exigirla, lo que en la práctica supondría la exoneración del pago al abonado en mayor grado cuanto menor fuere la deuda, en principio, consideramos que concurren los elementos necesarios para contestar afirmativamente a la cuestión, el precio parcial es el daño, la acción causante es la llamada del incapaz y la responsabilidad de padres y tutores es por hecho ajeno, directa y fundamentada en la culpa *in vigilando*, no subsidiaria<sup>1095</sup>,

Sin embargo, esta responsabilidad no puede decretarse con carácter general, ya que la conducta del perjudicado, en nuestro caso, el grado de diligencia durante el proceso de contratación del prestador del servicio de tarificación adicional, resulta determinante, puesto que puede llegar a ser causante exclusivo de la llamada realizada.

---

<sup>1094</sup> Aunque existe división doctrinal a este respecto, JUANA RUIZ JIMÉNEZ se inclina por entender que es asimilable este supuesto por analogía. “La responsabilidad de los tutores por los daños cometidos por sus tutelados”. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 715, 2009, p. 2673-2675. Igualmente SOFIA DE SALAS MURILLO. *Responsabilidad civil e incapacidad. La responsabilidad civil por daños causados por personas en las que concurre causa de incapacitación*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2003, pp. 276-279.

<sup>1095</sup> Cfr. JUANA RUIZ JIMÉNEZ. “La responsabilidad de los tutores por los daños cometidos por sus tutelados”. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 715, 2009, pp. 2673. Y SOFIA DE SALAS MURILLO. *Responsabilidad civil e incapacidad. La responsabilidad civil por daños causados por personas en las que concurre causa de incapacitación*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2003, pp. 132 y ss.

Así pues, deberemos analizar en cada caso concreto si concurre tal responsabilidad teniendo en cuenta los parámetros dentro de los que se mueve esta figura, por un lado la inversión de la carga de la prueba de la culpabilidad de la conducta paterna, ya que es el padre, madre, tutor o guardador quien en principio debe acreditar que no obró con negligencia o que obró con diligencia<sup>1096</sup>, y en el otro extremo, la no concurrencia de culpa del propio perjudicado<sup>1097</sup>, es decir, del prestador del servicio de tarificación adicional que contrató con incapaz o menor insolvente, ya que la culpa de la víctima (cuando es diferente del perjudicado, que no es el caso) se inserta en general en la relación causal excluyendo la imputación objetiva<sup>1098</sup>.

### **5.5.1.- Responsabilidad por llamadas de incapaces**

Analizamos en primer lugar el supuesto en el que el llamante resulte ser una persona sin la suficiente capacidad de contratar el correspondiente servicio de tarificación adicional por motivos de edad o estado mental.

Corresponde en general a cada parte la carga de cerciorarse de la capacidad de contratar de su contraparte<sup>1099</sup>, por lo que consideramos que corresponde al prestador del servicio de tarificación adicional la carga de asegurarse si el llamante ostenta la necesaria capacidad de obrar, y por tanto, en el supuesto que analizamos, se puede afirmar que si un incapaz accede a uno de estos servicios no puede ser sino porque el prestador ha incumplido esta obligación de diligencia, por lo que concurrirá por regla general la culpa del propio perjudicado.

De hecho, esta diligencia general está expresamente consignada en los propios Códigos de Conducta, que establecen una específica en este sentido exigiendo a los prestadores que implanten sistemas para evitar que los menores accedan a servicios reservados a mayores de 18 años<sup>1100</sup>.

Es indudable que los sistemas de autocontrol serán más sencillos de implantar en servicios telefónicos o de voz (basta en muchas ocasiones con preguntar y oír la voz del llamante) que en ciertos servicios telemáticos, pero conforme a la naturaleza de cada servicio concreto, esta diligencia debida le obliga a insertar en todo caso algún mecanismo que asegure la suficiente capacidad de obrar en cada caso del llamante.

---

<sup>1096</sup> FERNANDO REGLERO CAMPOS (Coord). *Tratado de Responsabilidad Civil. Tomo I. Parte General*. 4ª edición. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2008, pp. 1015 y ss., señalando que otros autores consideran que esta responsabilidad es cuasi objetiva.

<sup>1097</sup> En ausencia de precepto patrio al respecto, la doctrina y jurisprudencia españolas han sido influenciadas por lo dispuesto en este sentido por el Cc alemán, cfr. J. SANTOS BRIZ (Dtor). *Tratado de Derecho Civil. Teoría y práctica. Tomo III. Derecho de Obligaciones*. 1ª edición. Barcelona: Bosch, 2003, p. 435.

<sup>1098</sup> Cfr. FERNANDO REGLERO CAMPOS (Coord). *Tratado de Responsabilidad Civil. Tomo I. Parte General*. 4ª edición. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2008, pp. 878-879 y 892. Según REGLERO, la segunda exención requiere que la única conducta culpable sea la de la víctima, que la conducta del agente responsable sea irreprochable y que la conducta de la víctima sea imprevisible, pp. 893 y ss.

<sup>1099</sup> Art. 1302 Cc: "...Las personas capaces no podrán, sin embargo, alegar la incapacidad de aquellos con quienes contrataron".

<sup>1100</sup> Artículo 5.3.1.3 del Código de Conducta de 2004- "El prestador del servicio controlará, siempre que sea posible, mediante los sistemas pertinentes de autocontrol, que los demandantes de estos servicios no sean menores de 18 años".

Aún así, no se puede descartar una concurrente negligencia del progenitor o tutor, por ejemplo, si las llamadas son realizadas por un menor de 10 años de modo reiterado y a altas horas de la madrugada, lo que evidencia una falta de diligencia en el control paterno y permitiría la correspondiente distribución de daños, plenamente aceptada por nuestro ordenamiento jurídico<sup>1101</sup>.

En definitiva, consideramos que sólo será posible imputar a padres, tutores y guardadores una responsabilidad extracontractual por el precio parcial devengado, cuando el prestador haya desplegado toda la diligencia debida en el acto de contratación para garantizar la necesaria capacidad de obrar del llamante y de las llamadas realizadas se deduzca que ha existido una falta de diligencia en su cuidado y vigilancia.

En el caso concreto de enajenados mentales, sería necesario, además que el incapaz lo fuera en virtud de sentencia judicial con nombramiento de tutor y existiese convivencia, pues ambos requisitos son necesarios para generar este tipo de responsabilidad<sup>1102</sup>.

### **5.5.2.- Responsabilidad por llamadas de menores capaces**

La doctrina, del mismo modo que reconoce al menor cierta capacidad de obrar, le reconoce tanto capacidad de actuar como *solvens* en el pago o cumplimiento de obligaciones como de ser titular de responsabilidad por incumplimiento<sup>1103</sup>.

En el caso de que el menor capaz sea insolvente y no pueda abonar a su tutor el importe del servicio contratado y recibido, y éste se niegue a su pago al operador de telecomunicaciones, no hay negligencia alguna en la guarda o educación.

Si el contrato del menor capaz es conforme a derecho, y por tanto, como tal, es diligente, también se debe calificar de igual modo el cumplimiento de la obligación *in vigilando* de sus progenitores, y por tanto no hay culpa ni responsabilidad extracontractual.

No deja de acontecer lo mismo que si el prestador hubiera contratado con un insolvente mayor de edad, no cobrará por insolvencia de su contraparte, sin que pueda exigirle ninguna responsabilidad extracontractual al padre del mayor de edad.

No se alcanza a comprender que se pudiera pretender afectar la esfera patrimonial del padre, cuando lo que provoca el "daño", el impago del precio, es consecuencia previsible de las condiciones que la contraparte del menor ha pactado, a saber, una entrega inmediata de la cosa contra una entrega diferida o posterior de su precio, de modo que también faltaría el nexo causal entre conducta (omisión de vigilancia sobre el menor ) y daño, considerando

---

<sup>1101</sup> FERNANDO REGLERO CAMPOS (Coord). *Tratado de Responsabilidad Civil. Tomo I. Parte General*. 4ª edición. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2008, p. 911.

<sup>1102</sup> JUANA RUIZ JIMÉNEZ. "La responsabilidad de los tutores por los daños cometidos por sus tutelados". *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 715, 2009, p. 2672.

<sup>1103</sup> ROCIO LOPEZ SAN LUIS. *La capacidad contractual del menor*. Madrid: Dykinson, 2001, pp. 2-6 del capítulo "El pago o cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato" y pp. 8-9 del capítulo "El incumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato, responsabilidad contractual" "en documento electrónico de V-Lex generado el 18.3.2010.

imputables los resultados a la exclusiva culpa o negligencia del perjudicado, que infravaloró la solvencia de su contraparte.

Entendemos igualmente aplicable a este supuesto la doctrina que exige a la responsabilidad extracontractual paterna que el acto dañoso del hijo sea objetivamente negligente, ya que los padres no están obligados a prevenir los actos objetivamente diligentes de los hijos. Como concluye REGLERO, la imputabilidad civil del hijo, sin más, no es presupuesto de una responsabilidad paterna<sup>1104</sup>.

### **5.5.3.- Responsabilidad por llamadas de capaces mayores de edad**

Por último, cabe preguntarse si puede exigirse responsabilidad extracontractual al abonado cuando el llamante es un mayor de edad ajeno a su familia directa que ha obrado sin permiso y ha realizado la llamada sin su consentimiento, supuesto en que el abonado tiene la carga de probar tal hecho para quedar eximido de pago alguno por el precio parcial de la tarificación adicional en virtud de vínculo contractual<sup>1105</sup>.

No estimamos que quepa tal responsabilidad extracontractual, dado que no existiría relación de causalidad entre la presunta omisión culposa de la diligencia debida por parte del abonado y la llamada realizada, ya que el coste de la llamada, como daño, es responsabilidad directa y única del acto del tercero, no de la omisión de un inexistente deber de vigilancia del abonado sobre otro mayor de edad.

---

<sup>1104</sup>. FERNANDO REGLERO CAMPOS (Coord). *Tratado de Responsabilidad Civil. Tomo III. Parte Especial Segunda*. 4ª edición. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2008, p. 154.

<sup>1105</sup> Vid. *supra*, apartado al respecto en sujetos del contrato.

## **CAPÍTULO 6.- MECANISMOS ADMINISTRATIVOS DE PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR ANTE SERVICIOS DE TARIFICACIÓN ADICIONAL**

La reglamentación administrativa de los servicios de tarificación adicional establece una serie de mecanismos que tienen como objetivo la protección del consumidor ante los posibles abusos de prestadores y operadores, en particular, las restricciones de acceso y la actividad que desarrollan tanto la Comisión de Supervisión como la Oficina de Atención al Usuario de telecomunicaciones.

A ellos debe añadirse otro instrumento más, dependiente del Ministerio de Sanidad y Consumo, el Sistema Arbitral de Consumo, y aún cuando su objeto no son sólo las reclamaciones de los consumidores en materia de telecomunicaciones, lo cierto es que ha desempeñado y desempeña en este ámbito un papel muy relevante.

### **6.1.- EL RÉGIMEN ADMINISTRATIVO DE ACCESO A LOS SERVICIOS DE TARIFICACIÓN ADICIONAL**

Aunque el tema del acceso se identifica con el derecho de desconexión al que hace referencia la LGT, éste no es sino parte de un régimen más amplio, un auténtico régimen general de acceso a comunicaciones electrónicas del que el acceso a las que soportan tarificaciones adicionales es una parte más, y que con el presente análisis pretendemos identificar.

#### **6.1.1.- Existencia de un derecho de los abonados al libre acceso a todas las numeraciones**

Efectivamente, el libre acceso a todas las numeraciones por parte de los abonados es el principio general en que se fundamenta esta materia. Cualquier abonado tiene el derecho a comunicar libremente desde su terminal con cualquier numeración existente, y por tanto, se genera la recíproca obligación del operador de cursar así la llamada.

Como tal no está expresamente recogido en la LGT ni en sus reglamentos de desarrollo, pero debe entenderse derivado del régimen de

acceso a redes e interconexión entre operadores<sup>1106</sup>, ya que tal es su objetivo en último término<sup>1107</sup>.

Precisamente por ello, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones nunca ha permitido a los operadores establecer barreras genéricas a la interconexión ni exigir de modo general una suscripción previa del usuario para utilizar las numeraciones asociadas a servicios de tarificación adicional<sup>1108</sup>, en concreto, en dos Resoluciones en 24-7-2003 para obligar a Amena y Vodafone a garantizar la interoperabilidad de los servicios de tarificación adicional desde sus redes de móviles, dado que no permitían el libre encaminamiento de estas llamadas salvo que su cliente solicitase expresamente el acceso a las mismas<sup>1109</sup>.

### **6.1.2.- El derecho de libre acceso a numeraciones puede ser restringido, pero sólo excepcionalmente y por interés público**

Coherentemente con el planteamiento liberal de la Ley, la restricción pública del derecho al libre acceso sólo se permite a los operadores con carácter excepcional y por razones de interés público, ya que existe la posibilidad técnica de que un abonado limite por sí mismo el tipo de llamadas a realizar desde sus terminales y sin participación alguna de los operadores, con limitadores, programas informáticos, etc.

Así, el artículo 38.2.d) de la LGT permite que reglamentariamente se establezca un derecho de desconexión a favor de los usuarios, no con carácter general, sino respecto de determinados servicios<sup>1110</sup>, que se concreta en el

---

<sup>1106</sup> Sobre acceso-categoría general- e interconexión -tipo particular-, GLORIA CALVO DIAZ, pp.187-211 y ANTONIO JESÚS SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, pp.1.293-1.296, en EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA y TOMÁS DE LA QUADRA-SALCEDO (Coord.), *Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones, Ley 32/2003 de 3 de noviembre*, Madrid: Thomson-Civitas, 2004.

<sup>1107</sup> El artículo 16.6 LGT establece la obligación de los operadores de cursar las llamadas que se efectúen conforme a los planes nacionales de numeración y sus normas de desarrollo y el punto 14 del anexo II define la interconexión como la “conexión física y lógica de las redes públicas de comunicaciones utilizadas por un mismo operador o por otro distinto, de manera que los usuarios de un operador puedan comunicarse con los usuarios del mismo operador o de otro distinto, o acceder a los servicios prestados por otro operador...”

<sup>1108</sup> JOSÉ GIMÉNEZ CERVANTES clasifica en dos los supuestos en los que la CMT ha permitido la interrupción de la interconexión, llamadas a determinados números de red inteligente y extinción de las relaciones de interconexión, en JOSE MANUEL VILLAR URÍBARRI (Dtor). *La nueva regulación de las Telecomunicaciones, la Televisión e Internet*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2003, pp. 111-112.

<sup>1109</sup> GLORIA CALVO DIAZ comenta brevemente los conflictos por interoperabilidad originados en esta época en la obra de EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA y TOMÁS DE LA QUADRA-SALCEDO (Coord.), *Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones, Ley 32/2003 de 3 de noviembre*, Editorial Thomson-Civitas, Madrid, 2004, pp. 257 y 258. Las Resoluciones tuvieron su origen en denuncias presentadas por la entidad "Asociación de empresas de servicios de valor añadido en las telecomunicaciones"-AVA-. Los operadores alegaron que eran medidas para prevenir el fraude existente con este tipo de servicios. Resolución de 24-7-2003 del Consejo de la CMT para garantizar la interoperabilidad de los servicios de tarificación adicional desde la red móvil de RETEVISIÓN MÓVIL, S.A. y Resolución de 24-7-2003 del Consejo de la CMT para garantizar la interoperabilidad de los servicios de tarificación adicional desde la red móvil de VODAFONE ESPAÑA, S.A.

<sup>1110</sup> Art. 38.2.d: “Las normas básicas de utilización de los servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público en general que determinarán los derechos de los consumidores que sean personas físicas y otros usuarios finales se aprobarán por Real Decreto que, entre otros extremos, regulará...d) los derechos de desconexión de determinados servicios, previa solicitud del usuario”.



artículo 24 de la CDUSCE, llamadas internacionales y a servicios de tarificación adicional.

Como señala MENDOZA, la implantación de un régimen de acceso en beneficio de los consumidores y usuarios no entra en conflicto con la obligada interconexión de redes e interoperabilidad de los servicios, que es una aptitud o cualidad de las redes y los operadores, ya que “la exigencia de interoperabilidad no significa que todos los usuarios conectados a las redes de comunicaciones electrónicas estén necesariamente conectados a los servicios prestados sobre ellas. Basta que tengan la posibilidad de conectarse”<sup>1111</sup>.

También se plantea MENDOZA, y esto es ciertamente más discutible, si establecer un sistema de suscripción previa en protección de los consumidores y usuarios resultaría conforme a la LGT, dado que el citado artículo 38.2.d) no lo menciona. Concluye que el tenor literal de la Ley establece un umbral mínimo que puede ser ampliado por el reglamento administrativo<sup>1112</sup>, aunque no puede ser restringido, y tal es la función de garantía que opera la norma de rango legal sobre el reglamento<sup>1113</sup>.

A estas argumentaciones debemos añadir la razón fundamental en la que entendemos debe basarse la materia, y es que la propia Ley considera la interconexión como un derecho/deber no absoluto, estableciendo excepciones en diversos preceptos, no sólo la desconexión prevista por el propio artículo 38.2.d) citado, sino también el artículo 3.e, que establece la posibilidad de imponer obligaciones a los operadores en garantía de los derechos e intereses de los usuarios<sup>1114</sup>, por lo que concluimos que es ajustado a Ley el establecer reglamentariamente un régimen público excepcional de restricción de acceso a numeraciones, ya en forma de desconexión, ya en régimen de suscripción previa, ya en cualquier otra forma adecuada a las finalidades que en cada caso se persigan, siempre que se cumplan las dos condiciones señaladas, que se trate de un recurso excepcional y existan motivos de interés público.

De hecho, la propia Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ha permitido en ocasiones excepcionales el corte de la interconexión hacia ciertas numeraciones de servicios de tarificación adicional, sobre todo en telefonía móvil, en la que los propios operadores, tras las experiencias del pasado y como ya hemos puesto de manifiesto, pusieron trabas de orden

---

<sup>1111</sup> ANA ISABEL MENDOZA LOSANA. “Servicios telefónicos de tarificación adicional: luces y sombras de la nueva regulación”: *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, nº 8, 2005, p. 85.

<sup>1112</sup> ANA ISABEL MENDOZA LOSANA. “Servicios telefónicos de tarificación adicional: luces y sombras de la nueva regulación”: *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, nº 8, 2005, pp. 84-85.

<sup>1113</sup> Intentando desmontar cuantos argumentos legales pudiesen oponerse a la implantación generalizada del sistema de suscripción previa que propugna, MENDOZA considera que tampoco supondría una restricción injustificada a la libertad de empresa, ANA ISABEL MENDOZA LOSANA. “Servicios telefónicos de tarificación adicional: luces y sombras de la nueva regulación”: *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, nº 8, 2005, pp. 90-91.

<sup>1114</sup> Recogido en el artículo 23.1 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, BOE 30-12-2004. Este precepto ha sido aplicado por CMT al menos en la Resolución de 29-6-2006 del Consejo por la que se da contestación a los operadores integrantes de la Comisión Antifraude de Telecomunicaciones “CAT” en relación con la solicitud de intervención de esta Comisión para la erradicación de las prácticas consistentes en el encaminamiento a Internet de conexiones con acceso RTB a través de números telefónicos internacionales.

general a facilitar la interconexión de estos servicios en protección de sus usuarios clientes.

Sin embargo, cuando las restricciones no fueron de índole general, sino específicas de alguna numeración concreta respecto de la que se hubiese detectado potencial fraude, la Comisión aceptó las restricciones fundamentando su decisión en que “encajaba conceptualmente dentro del supuesto de supresión excepcional de la interconexión a que alude el párrafo primero del artículo 4.2 del Reglamento de Interconexión en la medida en que las prácticas denunciadas en tales casos perturbaban el funcionamiento del servicio” de telecomunicación<sup>1115</sup>. Estas actuaciones de la Comisión fueron finalmente refrendadas como válidas por los Tribunales de Justicia<sup>1116</sup>.

La Comisión no estaba sino estableciendo expresamente “el principio de que la interoperabilidad no es un valor absoluto ni puede servir de cauce para defraudaciones a terceros, sino que ante casos manifiestos de fraude a otros operadores o al consumidor, y de conformidad con la previsión reglamentaria antes citada, cabe autorizar a un operador a la desconexión de su red o a dejar de cursar las llamadas fraudulentas en su caso”<sup>1117</sup>.

Las primeras Resoluciones en esta materia, dictadas en 2001, fueron ratificadas ante acontecimientos similares en años sucesivos<sup>1118</sup>. Es particularmente relevante la Resolución de 29-6-2006, porque toma como base la legislación actualmente vigente, de la que se hace un profundo análisis, justificando las medidas en las condiciones generales que deben cumplir todas las operadoras, una de las cuales es “garantizar a los consumidores y los usuarios finales los derechos que como tales les corresponden de acuerdo con la Ley General de Telecomunicaciones... y su normativa de desarrollo y con el resto de la normativa que resulte de aplicación -entre la que se encuentra la

---

<sup>1115</sup> Resolución de 15-11-2001 del Consejo de la CMT por la que se desestima la petición de Red Huelva instando a la intervención de la CMT para que se garantice la interoperabilidad en el acceso a determinados números de red inteligente (906) y Resolución de 13-12-2001 del Consejo de la CMT adoptando medida cautelar por la que se permite a Telefónica Móviles España a suspender la interconexión con origen en las tarjetas prepago “Movistar activa” y destino al número 906 426950.

<sup>1116</sup> STS de 29.5.2007, RJ 2007/5919, proveniente de la citada Resolución CMT 13-12-2001. Y Auto del TS de 23.9.2010, VLex 225684310, proveniente de Resolución CMT de fecha 6 de julio de 2006.

<sup>1117</sup> COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES. *Informe Anual 2001*. Madrid, 2002, p. 195.

<sup>1118</sup> Resolución de 28-2-2002 (confirmada por otra de 15-06-2006) y Resolución de 11-7-2002 del Consejo de la CMT, confirmadas por el propio Tribunal Supremo mediante sentencia de su Sala de lo Contencioso Administrativo de 20 de junio de 2006, RJ 2006/3737, confirmando la dictada por la Audiencia Nacional el 17 de septiembre de 2003, RJ 2004/47474. Encontramos un acertado comentario de la sentencia del Supremo en JOSÉ VIDA FERNÁNDEZ. “Telecomunicaciones”. *Revista General de Derecho Administrativo* nº 13, 2006.

Resolución de 16 de enero de 2003 del Consejo de la CMT sobre la denuncia de la entidad MSB-TBS, SL. contra TELEFONICA MOVILES ESPAÑA, S.A. en relación con el corte del número 66666 para el envío de mensajes SMS, inadmitiendo indemnización de daños a denunciante que remitió casi 30.000 mensajes no solicitados por los usuarios.

Resolución de 20-2-2003 y Resolución de 3-7-2003 del Consejo de la CMT (Vid. COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES. *Informe Anual 2003*. Madrid, 2004, p. 178).

Dos Resoluciones de 31 de marzo de 2004, vid. COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES. *Informe Anual 2004*. Madrid, 2005, pp. 203 y 204.

Y Resoluciones de 06-07-2006 y 11-01-2007 del Consejo de la CMT.

Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios de 1984 y normativa autonómica en la materia”<sup>1119</sup>.

Entiendo que esta sucesión de acontecimientos es la principal causa de que la legislación actualmente vigente haya reconocido incluso a los propios operadores la potestad de adoptar medidas de bloqueo, como veremos enseguida.

### **6.1.3.- Las dos modalidades de restricción de acceso a numeraciones**

La medida excepcional de restricción de acceso a numeraciones puede establecerse mediante un sistema de desconexión, mediante un sistema de suscripción previa a numeraciones bloqueadas o mediante una combinación de ambos.

El sistema que nosotros denominamos de suscripción previa, también conocido como OPT-IN, impide realizar llamadas a las numeraciones designadas salvo que el abonado solicite expresamente el acceso. Este sistema es también denominado por MENDOZA como “sistema de desconexión por defecto”.

El sistema de desconexión, conocido como OPT-OUT<sup>1120</sup>, permite inicialmente realizar cualquier tipo de llamada, pero reconoce al abonado la facultad de solicitar la desconexión de llamadas a ciertas numeraciones designadas por la Administración, no a las que desee el abonado, denominado por MENDOZA como “sistema de conexión por defecto”<sup>1121</sup>.

Desde que nacieron los servicios de tarificación adicional en 1992, se han aplicado ambas modalidades de forma diversa según la época.

En una primera etapa, el acceso resultaba totalmente libre desde cualquier teléfono y no existía ninguna normativa que lo restringiera.

Con la primera normativa aprobada en 1993, se sometió a régimen de suscripción previa el acceso a los 903 y se implantó un libre acceso a los 906 sin posibilidad de desconexión.

En 2002 se eliminó el acceso por régimen de suscripción previa pero se reconoció a los usuarios la posibilidad de solicitar la desconexión de su línea a todos los números de servicios de tarificación adicional 903 y 906, aunque no a nacescentes servicios entonces no regulados, 905, servicios de directorio 118AB y mensajería premium.

---

<sup>1119</sup> Resolución de 29-6-2006 del Consejo de la CMT por la que se da contestación a los operadores integrantes de la Comisión Antifraude de Telecomunicaciones “CAT” en relación con la solicitud de intervención de esta Comisión para la erradicación de las prácticas consistentes en el encaminamiento a Internet de conexiones con acceso RTB a través de números telefónicos internacionales. Esta Resolución realiza un concienzudo análisis del aspecto técnico que da base al fenómeno e incluso realiza un breve análisis del estado del mismo en otros países de nuestro entorno.

<sup>1120</sup> Estas expresiones inglesas (opt-in, opt-out) se forjaron en el ámbito de las comunicaciones electrónicas masivas tipo spam, cfr. ENRIQUE MEDINA MALO DE MOLINA, “Comunicaciones comerciales por vía electrónica. Códigos de Conducta. Resolución judicial y extrajudicial de conflictos”, en RAFAEL MATEU DE ROS y MÓNICA LÓPEZ-MONÍS GALLEGU (Coord). *Derecho de Internet. La Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2003, pp. 526-532.

<sup>1121</sup> ANA ISABEL MENDOZA LOSANA. “Servicios telefónicos de tarificación adicional: luces y sombras de la nueva regulación”: *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, nº 8, 2005, p. 85.

En 2004 se añadió al régimen general de desconexión un régimen de suscripción previa de acceso a ciertos códigos de riesgo, en concreto, los códigos 907 (acceso a Internet) y 803, 806 y 807 seguidos de las cifras 6, 7, 8 o 9 (es decir, los rangos con tarifas superiores).

Finalmente, en 2008 se han incorporado al régimen general de desconexión los servicios de mensajería premium y los códigos 905.

En consecuencia, el vigente régimen español de acceso restringido a numeraciones se puede calificar como un sistema mixto<sup>1122</sup> en el que la regla general es la de un Opt-Out o régimen de desconexión, con supuestos específicos sometidos al sistema de suscripción previa u Opt-In y dejando sin posibilidad de desconexión a todos los servicios de tarificación adicional no regulados por la normativa administrativa como tales.

Como las restricciones se establecen en beneficio de los consumidores, bien pueden calificarse como derechos de los mismos, y así analizarse.

#### 6.1.3.1.- El derecho de desconexión

La desconexión es un derecho subjetivo público e irrenunciable de todo abonado derivado de la regulación administrativa de acceso a numeraciones. Es un derecho de naturaleza pública, no privada, ya que se enmarca dentro de la órbita de la regulación administrativa de las numeraciones de las comunicaciones electrónicas.

##### 6.1.3.1.1 Sujetos y objeto del derecho de desconexión

El sujeto legitimado para ejercer el derecho es el abonado frente a su operador de acceso, que es la contraparte de todo abonado.

Pueden ser objeto de desconexión los servicios de tarificación adicional a que resultan de aplicación la Orden PRE/361/2002, de 14 de febrero, y no estén sujetos al régimen de suscripción, es decir, los números de código 803, 806 y 807 seguidos de las cifras 1, 2, 3, 4 y 5; los números de código 905, y la mensajería premium, además de las llamadas internacionales. Los servicios de directorio no pueden ser objeto de desconexión<sup>1123</sup>.

El artículo 4.3 de la Orden PRE/361/2002, de 14 de febrero, en su redacción de 2002, establecía que se “podrán excluir la contratación o solicitar la desconexión de todos estos servicios de tarificación adicional o de los que se presten a través de un determinado código”, es decir, que el abonado podía solicitar sólo la desconexión a los 903, sólo a los 906, sólo a llamadas internacionales, a dos de los tres tipos de llamadas o a los tres a la vez.

---

<sup>1122</sup> Idéntica opinión mantiene ANA ISABEL MENDOZA LOSANA. “Servicios telefónicos de tarificación adicional: luces y sombras de la nueva regulación”: *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, nº 8, 2005, p. 78.

<sup>1123</sup> La desconexión de llamadas a móviles también estaban contempladas en el artículo 18.3.e) del derogado Real Decreto 1736/1998. El vigente artículo 24 de la CDUSCE no prevé más supuestos que los indicados y vigentes por lo que las llamadas a móviles no pueden ser objeto de desconexión en la actualidad.

Este precepto ha desaparecido de la Orden en la modificación sufrida en 2004, por lo que, a la luz del texto de su nuevo artículo 2<sup>1124</sup>, debemos entender que la norma sólo garantiza que el abonado pueda elegir la desconexión a todos los servicios de tarificación adicional y no a las llamadas internacionales, o al revés, la desconexión a todas las llamadas internacionales y no a los servicios de tarificación adicional, o ambas. Pero el abonado no podrá exigir un mayor nivel de desagregación en la desconexión, por ejemplo, permitir la desconexión sólo de los 803 y las llamadas internacionales, pero no de los 806 ni 807, salvo que quede expresamente contemplado en su contrato de abono<sup>1125</sup>.

#### 6.1.3.1.2 Contenido y formalidades del derecho de desconexión

El derecho de desconexión está considerado servicio universal a prestar de modo gratuito por el operador designado<sup>1126</sup>.

Ello significa que los demás operadores sí podrán exigir una remuneración por el servicio de desconexión, pero entiendo que el operador de servicio universal no puede verse obligado a conectar y desconectar cuantas veces plantee el abonado, y por tanto, que también podrá exigir precio a partir de la cuarta desconexión solicitada en el mismo año natural, aplicando analógicamente el criterio que en este sentido ha introducido el artículo 4.2. *in fine* de la Orden PRE/361/2002, de 14 de febrero, para la conexión a códigos sometidos a régimen de suscripción previa (los abonados pueden desactivar gratuitamente la conexión tres veces al año), y por tanto parece lo más apropiado asumir idéntico criterio para el derecho de desconexión.

La norma añade que el operador no podrá cobrar retribuciones adicionales que no sean las estrictamente dirigidas a compensar el gasto originado por la anulación de la conexión efectuada, por lo que no cabe que este precio incluya beneficio económico.

Respecto de forma y procedimiento, regulados en el artículo 24 de la CDUSCE, la solicitud de desconexión se realizará ante el operador de acceso en la forma en que se haya dispuesto en el contrato de abono, que en todo caso deberá admitir tanto peticiones escritas como telefónicas y telemáticas.

---

<sup>1124</sup> Este precepto dispone que “los operadores que presten el servicio telefónico disponible al público deberán garantizar a sus abonados el derecho a la desconexión de determinados servicios, entre los que se incluirán al menos, el de llamadas a servicios de tarificación adicional y el de llamadas internacionales, en la forma que determinen los correspondientes contratos de abono”.

<sup>1125</sup> En el mismo sentido, OLGA LUCÍA ALFONSO VELÁSQUEZ. *El contrato de servicio telefónico*. 1ª edición. Madrid: Reus, 2010, p. 138. Cualquier cuestión no regulada en relación al derecho de desconexión podrá resolverse conforme a lo estipulado en el contrato de abono y en particular respecto del objeto, ya que este precepto termina disponiendo que “los operadores de acceso, en función de las posibilidades técnicas de sus redes, podrán ofrecer otras facilidades de desconexión de entre los rangos de numeración definidos por códigos de tres o cuatro cifras atribuidos para la prestación de servicios de tarificación adicional”. Así por ejemplo, la norma da pie a que los operadores de acceso puedan ofrecer otras facilidades de desconexión para los servicios de tarificación adicional, como por ejemplo, desconexión durante la noche pero no durante la mañana, un mayor nivel de desagregación o cualesquiera otras que pudieran ser de interés a los usuarios. También permite que las operadoras incluyan en el régimen de desconexión a otro tipo de numeraciones atribuidas para la prestación de servicios de tarificación adicional o que se permitan más desconexiones anuales que las tres gratuitas previstas, incluso bajo cargo.

<sup>1126</sup> Artículo 35.2.c) Real Decreto 424/2005, de 15 de abril, y artículo 24.4 CDUSCE.

Por tanto, esta estipulación es un contenido administrativamente obligatorio en el contrato del operador de acceso con el abonado, pero en su defecto, ya que se trata de un derecho de naturaleza pública, siempre podrá ejercerse por escrito en la dirección que, conforme al artículo 18.1 de la Orden PRE/361/2002, de 14 de febrero, publicarán los operadores junto con las condiciones de prestación del servicio enumeradas en el precepto<sup>1127</sup> y que también puede obtenerse de las autoridades conforme a lo dispuesto en el artículo 18.2<sup>1128</sup>.

La desconexión deberá hacerse efectiva por el operador al menos en 10 días desde la recepción de la solicitud del abonado<sup>1129</sup>. El incumplimiento del plazo podría tener diversos efectos en el ámbito contractual civil, señalando la normativa uno en particular y que ya ha sido así declarado al menos por una sentencia judicial, que “serán de cargo del operador los costes derivados del servicio cuya desconexión se solicita”, es decir, que si no se desconecta dentro del plazo citado, el usuario no pagaría pese a utilizar el servicio<sup>1130</sup>. La carga de la prueba de la solicitud de desconexión corresponde al abonado que la alega<sup>1131</sup>.

#### 6.1.3.1.3 Información sobre el derecho de desconexión

El conocimiento del derecho de desconexión por los consumidores está garantizado mediante la imposición a los operadores de acceso de unas obligaciones informativas específicas que deben figurar en las facturas ordinarias de sus servicios<sup>1132</sup>.

---

<sup>1127</sup> Artículo 18.1. *in fine*:...“dirección y teléfonos propios del operador, a los que el usuario puede dirigir su reclamación en virtud del artículo 61.1 del Real Decreto 1736/1998, de 31 de julio, y ante la que se podrá solicitar el derecho de desconexión regulado en el apartado 3 de la presente Orden, especificando un procedimiento sencillo, por el que el operador no podrá obtener una remuneración añadida, que permita identificar las solicitudes a través de la asignación de un número de referencia u otro mecanismo similar. Esta última información se incluirá también en el contrato de abono. El operador deberá comunicar a la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información dicho procedimiento pudiendo instar la Administración, de forma motivada, a la modificación del mismo”.

<sup>1128</sup> Art.18.2: “La información descrita en el apartado anterior se remitirá al Ministerio de Ciencia y Tecnología, a la CMT, así como al Instituto Nacional del Consumo y al Consejo de Consumidores y Usuarios, que la pondrá a disposición de las asociaciones de consumidores y usuarios integradas en él. Los operadores de redes públicas y del servicio telefónico disponible al público facilitarán dicha información en el teléfono de atención al público de que dispongan, o por escrito, si así lo solicita el usuario, que no deberá afrontar gasto alguno por su recepción. Finalmente, el operador la incluirá en lugar fácilmente localizable en su página de Internet”.

<sup>1129</sup> Según el artículo 26 de la Orden PRE/361/2002, de 14 de febrero, los plazos se computan conforme a derecho administrativo, por días hábiles, no naturales, criterio acorde con la concepción administrativa del derecho que analizamos. Art. 26: “A los efectos de la presente Orden, cuando los plazos se señalen por días, se entiende que éstos son hábiles, excluyéndose del cómputo los domingos y los declarados festivos. Si el plazo se fija en meses o años, éstos se computarán a partir del día siguiente a aquél en que tenga lugar el hecho determinante del inicio del cómputo. Si en el mes de vencimiento no hubiera día equivalente a aquél en que comienza el cómputo, se entenderá que el plazo expira el último día del mes. Cuando el último día de plazo sea inhábil, se entenderá prorrogado al primer día hábil siguiente”.

<sup>1130</sup> Este criterio es el adoptado por la sentencia de 17-11-1998 de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Asturias, AC 1998/7702.

<sup>1131</sup> SAP Almería 14-9-2006 VLex 202982423.

<sup>1132</sup> Así lo dispone el artículo 3.4 de la Orden PRE/361/2002, de 14 de febrero, en su redacción de 2002. El Código de Conducta, en su artículo 2.2.13 afirma simplemente que “los operadores que presten el

La cuestión que se planteó en su momento es si la obligación exige indicación en todas y cada una de las facturas que se expidan o sólo en alguna de ellas.

La Administración de Telecomunicaciones consideró en su momento que se trataba de una obligación a ejecutar por una sola vez tras la entrada en vigor de la Orden<sup>1133</sup>.

Los operadores interpretaron que las facturas que habían de informar sobre este derecho eran únicamente las que contenían cobros en concepto de STA<sup>1134</sup> y ciertas administraciones de Consumo entendieron que la obligación debía cumplirse en todas las facturas e incoaron expedientes sancionadores, opinión que también mantuvo FIDALGO<sup>1135</sup> y que finalmente no fue compartida por los Tribunales, que avalaron la postura de la Administración de Telecomunicaciones<sup>1136</sup>.

La normativa actual aclara el panorama y establece que esta obligación informativa se efectúe con periodicidad semestral<sup>1137</sup> y a través de un modelo de texto concreto aprobado igualmente por Orden Ministerial<sup>1138</sup>.

---

servicio telefónico al público serán los responsables de informar a los abonados sobre el derecho de los usuarios a la desconexión de los servicios de tarificación adicional, de acuerdo a las previsiones y temporalidad determinadas por la normativa que regula estos servicios. Además, deberá cumplir con lo dispuesto en la normativa aplicable en relación a la facturación de los servicios de tarificación adicional”.

<sup>1133</sup> Resolución de 22-5-2002 de la Subdirección General de Ordenación de las Telecomunicaciones, Dirección General de Telecomunicaciones y Tecnologías de la Información, adoptada a consulta de Telefónica S.A., Resolución que dispone que “si bien el mencionado precepto no establece un plazo para llevar a cabo la obligación de informar, la finalidad perseguida por la norma era que el usuario fuera informado durante un período determinado, y no en todas las facturas que se emitan a partir de la entrada en vigor de la Resolución...”. Referencia tomada de la sentencia 97/2005 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de Guadalajara de 27-4-2005.

De hecho, la Administración realizó gestiones de verificación del cumplimiento de esta obligación por las operadoras, como se desprende de que el 31-7-2003 la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información sancionase a BT Ignite SAU con 13.500 euros de multa por incumplir esta obligación. La sentencia de la Sección 3ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 18-3-2005, RJCA 2005/654, rebajó la sanción a 6.500 euros.

<sup>1134</sup> Cfr. ANA ISABEL MENDOZA LOSANA. “Servicios telefónicos de tarificación adicional: luces y sombras de la nueva regulación”: *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, nº 8, 2005, p. 80, lo que parece afirmar sólo en base al contenido de una factura de Telefónica Móviles de agosto de 2003.

<sup>1135</sup> ANA FIDALGO LÓPEZ. “La problemática de la protección de los consumidores en la prestación de los servicios de tarificación adicional”. *Boletín de Información del Ministerio de Justicia* nº 1991, 2005, p. 15.

<sup>1136</sup> Sentencia 97/2005 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de Guadalajara de 27-4-2005, revocando sanción impuesta por la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha a Telefónica por no informar del derecho a la desconexión en una serie de facturas posteriores al período de dos meses (de 16-4-2002 al 16-6-2002) en el que sí constó siempre tal información.

<sup>1137</sup> La Orden PRE/2410/2004, de 20 de julio, que reformó la Orden PRE/361/2002, ha aclarado que “la información sobre el derecho de desconexión de los servicios de tarificación adicional deberá figurar en las correspondientes facturas o documentos de cargo al menos 2 veces al año”, aunque también prevé que “mediante resolución de la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información, previo informe de la Comisión de Supervisión de los Servicios de Tarificación Adicional, se podrá modificar la periodicidad determinada en el párrafo anterior teniendo en cuenta el grado de información existente en cada momento sobre el derecho de los usuarios a desconectarse de estos servicios, así como el coste que pudiera representar su publicación en las correspondientes facturas o documentos de cargo”. Incluso la Disposición transitoria primera de la Orden PRE/2410/2004, de 20 de julio, también impuso que la información sobre el derecho de desconexión de los servicios de tarificación adicional se suministrara por los operadores en las 8 facturas siguientes que emitiesen a partir de su entrada en vigor.

### 6.1.3.2.- El derecho de suscripción

Las numeraciones que quedan sometidas a un régimen de bloqueo previo no pueden generar ningún derecho de desconexión del abonado, sino un derecho de suscripción o conexión a favor de quien desea acceder a los servicios que ofrezcan, lo que también es un derecho subjetivo público e irrenunciable.

#### 6.1.3.2.1 Sujetos y objeto del derecho de suscripción

De nuevo el legitimado al ejercicio del derecho de suscripción es el abonado ante su operador de acceso.

El objeto del derecho, es decir, las numeraciones sometidas a bloqueo con régimen de suscripción previa, son actualmente los servicios de tarificación adicional que se prestan a través de los códigos 907- Internet- y los de voz prestados con los códigos 803, 806 y 807 seguidos de las cifras 6, 7, 8 o 9 (es decir, los rangos con tarifas superiores)<sup>1139</sup>.

Además de los códigos reglamentariamente bloqueados, la normativa permite que la Administración y los operadores puedan bloquear códigos<sup>1140</sup>.

En el caso de la Administración, se permite tanto el bloqueo de códigos como de numeraciones concretas, siempre que se haga con carácter excepcional y previa audiencia del Instituto Nacional del Consumo y del Consejo de Consumidores y Usuarios, y previo informe de la CMT.

En el caso de los operadores de acceso no se permite bloquear numeraciones concretas de servicios de tarificación adicional y sólo se permite

---

Además, el artículo 24 de la CDUSCE añade que la modificación sea también informada por el Instituto Nacional del Consumo y permite que la Resolución de la Secretaría de Estado pueda modificar tanto la periodicidad como los términos de la obligación, que en todo caso “deberán reflejar...de manera adecuada para ser percibido claramente por el abonado, el derecho de desconexión establecido en este artículo”.

<sup>1138</sup> ORDEN ITC/1030/2007 de 12 de abril, por la que se regula el procedimiento de resolución de las reclamaciones por controversias entre usuarios finales y operadores de servicios de comunicaciones electrónicas y la atención al cliente por los operadores, BOE 20-4-2007. Su artículo 12.b impone a los operadores que deberán informar al cliente en las facturas que remitan a sus abonados sobre todos sus derechos utilizando el modelo de texto que figura en el anexo de la Orden, anexo que en lo que nos interesa, exige que la factura contenga el siguiente texto: “Vd. puede solicitar la restricción de las llamadas internacionales y a servicios de tarificación adicional (estas últimas son las dirigidas a los prefijos 803 –806 –807). Tras su petición, le activaremos la restricción en un plazo máximo de diez días, tras el cual será imposible acceder a este tipo de llamadas desde su teléfono, salvo que Vd. lo vuelva a solicitar. En relación con los servicios de tarificación adicional, si Vd. no está de acuerdo con su facturación, debe saber que si no paga la parte de la factura correspondiente a estos servicios no se le cortará el servicio telefónico, aunque sí el acceso a esos prefijos”.

También el artículo 4.2.2 del Código de Conducta de 2009, que establece que “los operadores de acceso serán responsables de informar a los usuarios sobre el derecho a la desconexión de los servicios de tarificación adicional basados en el envío de mensajes, de acuerdo a las previsiones y temporalidad determinadas por la normativa que regula estos servicios...”

<sup>1139</sup> Conforme establece la Disposición Adicional Única de la Orden PRE/2410/2004, de 20 de julio. La misma Orden estableció en su Disposición transitoria primera un período de un mes para su cumplimiento, por tanto, en vigor a partir del 22-8-2004, cfr. ANA ISABEL MENDOZA LOSANA. “Servicios telefónicos de tarificación adicional: luces y sombras de la nueva regulación”: *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, nº 8, 2005, p. 79.

<sup>1140</sup> Artículo 4 de la Orden PRE/361/2002, de 14 de febrero.



el bloqueo genérico de códigos, ahora bien, no se requiere excepcionalidad alguna para adoptar esta medida siempre y cuando se preavise con un mes de antelación a los citados organismos a meros efectos informativos<sup>1141</sup>, lo que además de ser una medida muy eficaz de protección de los consumidores, genera una evidente obligación de diligencia en la actuación de los operadores a efectos de responsabilidad extracontractual *in vigilando*.

#### 6.1.3.2.2 Contenido y formalidades del derecho de suscripción

Los abonados que deseen acceder a los servicios con numeración sometida a bloqueo deberán solicitarlo expresamente a su operador mediante solicitud escrita con la fecha y firma del abonado<sup>1142</sup>.

Las solicitudes de revocación serán gratuitas en un número de tres al año, sea cual sea el operador de acceso del abonado, lo que a su vez implica que al menos también han de ser gratuitas dos solicitudes subsiguientes de reconexión<sup>1143</sup>.

## 6.2.- EL SISTEMA ARBITRAL DE CONSUMO

En la época del monopolio, el Estado controlaba la actuación de la empresa concesionaria Telefónica S.A. a través de una Delegación del Gobierno. Entre otras funciones, la Delegación era competente para resolver las reclamaciones de los usuarios por el funcionamiento del servicio telefónico, y por tanto, fue la primera receptora de las quejas de los consumidores por servicios de tarificación adicional allá por 1992.

---

<sup>1141</sup> La activación de esta posibilidad por Amena dio lugar a dos conflictos que fueron favorables a este operador, Resoluciones de 17-02-2005 y 15-06-2006 del Consejo de la CMT por la que se declara concluso el periodo de información previa en relación con presuntas restricciones a la interconexión de llamadas a determinados números de tarificación adicional por parte de RETEVISIÓN MÓVIL, S.A. y se resuelve no iniciar un procedimiento sancionador.

<sup>1142</sup> El anexo 2 del Código de Conducta de 2004 ofrece un modelo de solicitud en tal sentido.

<sup>1143</sup> La Orden PRE/361/2002, de 14 de febrero, dispone en su artículo 4.2 *in fine* que "...el usuario tendrá derecho a solicitar tres veces al año gratuitamente la anulación de la conexión efectuada. No serán gratuitas las restantes solicitudes de anulación que realice el usuario a lo largo del año. No obstante, en estos casos, el operador no podrá cobrar retribuciones adicionales que no sean las estrictamente dirigidas a compensar el gasto originado por la anulación de la conexión efectuada". La dicción inicial de este precepto es muy confusa ("No será de aplicación el derecho de desconexión de los números de tarificación adicional, fijado en el apartado segundo, respecto de los números de tarificación adicional en que se haya efectuado la conexión a solicitud del usuario..."), pero lo que quiere decir es que en los supuestos en que el consumidor ejerza su derecho de conexión a números bloqueados, la anulación de la misma sólo es la anulación de la suscripción, no el ejercicio del derecho de desconexión regulado en el artículo 2 de la Orden PRE/361/2002. Efectivamente, el ejercicio del derecho de desconexión en un sistema de opt-out provoca un bloqueo, que puede ser desactivado, y por el contrario, el ejercicio del derecho de suscripción en un sistema de opt-in provoca un desbloqueo que también puede ser anulado. La situación de bloqueo derivada de una desconexión no supone que el sistema de desconexión-opt-out del que procede el ejercicio del derecho se convierta en un sistema de suscripción previa-opt-in. Y viceversa, la situación de libre acceso que genera una suscripción a sistema opt-in no supone que el régimen jurídico de tal situación sea el del sistema opt-out.

El proceso de liberalización acabaría con el monopolio, y en consecuencia, con la Delegación del Gobierno, que fue formalmente suprimida el 31-12-1997<sup>1144</sup>, derivándose la atención de las reclamaciones de los usuarios a los organismos administrativos de protección al consumidor, como ocurre en tantos otros sectores económicos, y en particular, al Sistema Arbitral de Consumo.

Este Sistema tiene su origen en el mandato al Gobierno contenido en el artículo 31 de la derogada LGDCU, y como señala BÁDENAS CARPIO, es la aportación de más calado de nuestro país al derecho de consumo europeo, de cuyos precedentes difiere en gran medida<sup>1145</sup>.

Su objetivo es atender y resolver las quejas o reclamaciones de los consumidores o usuarios<sup>1146</sup> sin formalidades especiales para ambas partes y siempre que no versen sobre intoxicación, lesión o muerte, ni existan indicios racionales de delito, según la redacción del vigente artículo 57.1 del TRLGDCU.

A continuación, pasamos a analizar las características principales del Sistema Arbitral de Consumo y su relación con los demás mecanismos establecidos por la Administración para atender los conflictos que nos ocupan, la Oficina Nacional de atención al usuario de telecomunicaciones y la Comisión de Supervisión de Servicios de Tarificación Adicional. Adelantamos que la conclusión de tal análisis es clara, el primero es sin duda el medio más idóneo.

#### 6.2.1.1.- El Sistema Arbitral de Consumo ofrece un arbitraje institucional a lo largo de todo el territorio nacional

Aunque el arbitraje institucional goza de una larga tradición en el ámbito comercial internacional, hasta 1988 sólo se había conocido en España el denominado arbitraje “*ad hoc*”<sup>1147</sup>, ya que la Ley de Arbitraje de 1953 excluyó el arbitraje institucional, que se instaura como tal por primera vez en nuestro ordenamiento y en nuestra sociedad con la Ley de Arbitraje de 1988<sup>1148</sup>. Destaca la doctrina como su característica principal el hecho de que se

---

<sup>1144</sup> El artículo 2.9 del Real Decreto Ley 6/1996 de 7-6, de liberalización de las telecomunicaciones, BOE 8-6-1996, añadía una disposición transitoria 5ª a la Ley de Ordenación de las Telecomunicaciones conteniendo el precepto de la supresión de la Delegación del Gobierno en Telefónica el 31-12-1997. Este precepto se recogió en el artículo 2.11 de la Ley 12/1997 de 24-4 de Liberalización de las Telecomunicaciones, BOE 25-4-1997, producto de la tramitación parlamentaria del RD-Ley como proyecto de Ley una vez convalidado.

<sup>1145</sup> Cfr. LUIS ABELLÁN TOLOSA. “El Sistema Arbitral de Consumo”. MARIA JOSÉ REYES LÓPEZ (Coord.). *Derecho de Consumo*. 1ª edición. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1999, p. 415.

<sup>1146</sup> Se trata de un arbitraje “unidireccional”, en expresión de RAMÓN CASAS VALLES, ya que sólo el consumidor está legitimado para iniciar el correspondiente procedimiento, en RODRIGO BERCOVITZ y JAVIER SALAS (Coord.). *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*. Madrid: Civitas, 1992, p. 776.

<sup>1147</sup> Nuestro derecho positivo más reciente en materia de arbitraje está constituido por la Ley de 22 de diciembre de 1953 por la que se regulan los arbitrajes de derecho privado (BOE 24-12-1953), derogada por la Ley 36/1988 de 5 de diciembre, de Arbitraje, (BOE 7-12-1988), a su vez derogada por la vigente Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje (BOE 26-12-2003).

<sup>1148</sup> Cfr. JULIO GONZÁLEZ SORIA. “Arbitraje institucional”, en la obra que coordina *Comentarios a la nueva ley de arbitraje 60/2003, de 23 de diciembre*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2004, p. 147.

administra a través de un Centro Arbitral dotado de normas propias al efecto<sup>1149</sup>.

El Sistema Arbitral de Consumo es un arbitraje institucional. Así lo ha reconocido siempre la doctrina<sup>1150</sup>, y aunque podría alegarse en contra el hecho de que las Juntas no encajan en las figuras previstas a estos efectos en el artículo 14 de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje (Corporaciones y Asociaciones), LARA no cree que ello sea argumento suficiente<sup>1151</sup>; de hecho, RUIZ JIMÉNEZ entiende que el hecho de que la propia Ley (en referencia a la de 1988) haga referencia expresa al mismo ya supone el reconocimiento de una tercera modalidad de arbitraje institucional<sup>1152</sup>. En este sentido, LA MONEDA reprocha a la Ley de Arbitraje de 2003 que no haya incluido en el artículo 14 al arbitraje de consumo, que tramita decenas de miles de reclamaciones al año<sup>1153</sup>.

Cualquier duda en este sentido queda disipada con la nueva regulación del Sistema Arbitral de Consumo aprobada en 2008<sup>1154</sup>, cuyo artículo 1.2 dispone que “el Sistema Arbitral de Consumo es el arbitraje institucional de resolución extrajudicial, de carácter vinculante y ejecutivo para ambas partes, de los conflictos surgidos entre los consumidores o usuarios y las empresas o profesionales en relación a los derechos legal o contractualmente reconocidos al consumidor”.

Por otro lado, el Sistema Arbitral de Consumo es un arbitraje administrado por la Administración Pública a través de las Juntas Arbitrales de Consumo. Las Juntas Arbitrales de Consumo son órganos de la Administración<sup>1155</sup> y por tanto, el “arbitraje de consumo” es un servicio público a

---

<sup>1149</sup> Cfr. LORENA BACHMAIER WINTER. “Arbitraje institucional”. DAVID ARIAS LOZANO (Coord). Pérez-Llorca Abogados. *Comentarios a la Ley de Arbitraje de 2003*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2005, pp. 126-127.

<sup>1150</sup> Cfr. JOSE LUIS RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ. *Origen, estructura y funcionamiento de las Juntas Arbitrales de Consumo*. San Sebastián: Instituto Vasco de Derecho Procesal, 2006, pp. 181-190. ARTURO ÁLVAREZ ALARCÓN. *El Sistema Español de Arbitraje de Consumo*. Madrid: Instituto Nacional del Consumo, 1999, p. 43. FRANCISO JOSÉ LEÓN SANZ, citando a GUTIÉRREZ SANZ, en “Arbitrajes de consumo”, DAVID ARIAS LOZANO (Coord). Pérez-Llorca Abogados. *Comentarios a la Ley de Arbitraje de 2003*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2005, p. 463. Y LORENZO M. BUJOSA VADELL. “El acceso a la justicia de los consumidores y usuarios”, en ALICIA DE LEÓN ARCE (Directora). *Derechos de los consumidores y usuarios. (Doctrina, normativa, jurisprudencia, formularios)*. 2ª edición. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2007, pp. 1804 y ss.

<sup>1151</sup> RAFAEL LARA. “Los efectos de la declaración de concurso de acreedores sobre el sistema y sobre el procedimiento arbitral de consumo”. *Anuario de Derecho Concursal*, nº 6 de 2005, p. 254.

<sup>1152</sup> JOSÉ ÁNGEL RUIZ JIMÉNEZ. “Las Juntas Arbitrales de Consumo en el Sistema Nacional Español de Arbitraje de Consumo”, en ANTONIO MARIA LORCA NAVARRETE (Director). *Temas actuales de consumo: La resolución de conflictos en materia de consumo*. San Sebastián: Instituto Vasco de Derecho Procesal, 2001, pp. 131-132. Y el mismo autor en la obra *Análisis crítico del Sistema Nacional Español de Arbitraje de Consumo*. San Sebastián: Instituto Vasco de Derecho Procesal, 2007, pp.207-208.

<sup>1153</sup> FRANCISCO LA MONEDA DÍAZ. “La nueva Ley 60/2003, de Arbitraje, y su incidencia en el sistema arbitral de consumo”. *Diario La Ley* nº 6027 de 27-5-2004, p. 1.

<sup>1154</sup> Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo, BOE 25-2-2008.

<sup>1155</sup> Cfr. JOSE LUIS RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, quien afirma que nadie ha puesto en duda que las JAC son órganos administrativos. *Origen, estructura y funcionamiento de las Juntas Arbitrales de Consumo*. San Sebastián: Instituto Vasco de Derecho Procesal, 2006, p. 462 y nota 1420. El artículo 5.1 del Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo dispone que “las Juntas Arbitrales de Consumo son los órganos administrativos de gestión del arbitraje institucional de

ciudadanos prestado por un órgano administrativo en un régimen jurídico mixto que, según las funciones que despliega, aplica derecho público o privado<sup>1156</sup>, y que por tanto debemos diferenciar de cualquier otro “arbitraje con consumidores” que pueda ser administrado por otras instituciones arbitrales.

En el año 1986 el Gobierno procedió a cumplir el mandato del legislador y puso en marcha una experiencia piloto constituyendo varias Juntas Arbitrales de Consumo como unidades básicas del sistema mediante un Convenio de Colaboración con cinco Ayuntamientos de diverso tamaño (Madrid, Valladolid, Huelva, Sestao y Albacete) así como en la Comunidad Autónoma de Murcia, con la intención de verificar el grado de viabilidad del sistema. Su evolución ha sido recientemente analizada por RODRÍGUEZ en un completo y extenso trabajo<sup>1157</sup> y nosotros la dividimos en tres fases, la experiencia piloto<sup>1158</sup>, la expansión que se produjo tras la aprobación del Real Decreto 636/1993 por el que se creó el sistema arbitral de consumo<sup>1159</sup>, y una fase de estancamiento que se produce a partir del año 2002 hasta la actualidad.

El sistema estaba en fase de simple experiencia piloto cuando se produjo el nacimiento de los servicios de tarificación adicional entre 1992 y 1993. Y aún hoy el sistema arbitral de consumo, más que un “sistema” es un conglomerado heterogéneo de Juntas con insuficientes mecanismos de coordinación que se mueve en torno a tres modelos:

1- El modelo autonómico, que pivota fundamentalmente alrededor de una Junta arbitral de la Comunidad Autónoma, propio de las CCAA uniprovinciales de Murcia, Cantabria, Navarra y La Rioja y las pluriprovinciales de Castilla-La Mancha y Canarias. También incluiría a Extremadura, Galicia, País Vasco, Aragón y Baleares, ya que aunque cuenten con alguna Junta municipal, el núcleo de conflictividad se reconduce a través de la autonómica.

2- El modelo local, que se gestiona fundamentalmente mediante Juntas de Ayuntamientos y Diputaciones, como son los casos de Asturias, Andalucía y Castilla-León.

3- Y como modelo mixto en el que existen tanto Juntas autonómicas como locales soportando en similares proporciones la gestión del arbitraje de

---

consumo y prestan servicios de carácter técnico, administrativo y de secretaría, tanto a las partes como a los árbitros”.

<sup>1156</sup> Cfr. LUIS ABELLÁN TOLOSA. “El Sistema Arbitral de Consumo”. MARIA JOSÉ REYES LÓPEZ (Coord.). *Derecho de Consumo*. 2ª edición. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2002, p. 381. La cuestión es qué funciones son administrativas y cuáles arbitrales, lo que analiza detalladamente JOSE LUIS RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ. *Origen, estructura y funcionamiento de las Juntas Arbitrales de Consumo*. San Sebastián: Instituto Vasco de Derecho Procesal, 2006, pp. 476-485.

El artículo 3 del Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo dispone: “1-El arbitraje de consumo se rige por lo dispuesto en la presente norma y, en lo no previsto en ella, por la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje. 2-La actividad de las Juntas Arbitrales de Consumo es de carácter administrativo, siéndoles de aplicación en lo no previsto expresamente en esta norma, la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común”.

<sup>1157</sup> JOSE LUIS RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ. *Origen, estructura y funcionamiento de las Juntas Arbitrales de Consumo*. San Sebastián: Instituto Vasco de Derecho Procesal, 2006, 608 pp.

<sup>1158</sup> Se crearon las siguientes Juntas: 1986- CA MURCIA y Ayuntamientos de Madrid, Valladolid, Huelva, Sestao y Albacete-1987- Zaragoza-1988- Vigo y CASTELLÓN (prov.)-1989-CCAA ASTURIAS y LA RIOJA-1990-Getafe-1991-Badalona y Aranjuez-1993-CCAA MADRID y CATALUÑA y Ayuntamiento Barcelona-1993-2002.

<sup>1159</sup> Se crearon 60 Juntas más.

consumo, Madrid, con diversas Juntas coordinadas mediante un Instituto Regional de Arbitraje, Valencia y Cataluña.



Fuente: Memoria del Instituto Nacional del Consumo de 2004

En lo que nos interesa, el número de Juntas existentes y su distribución a lo largo de todo el territorio nacional ofrecen a los consumidores mayor facilidad de acceso que el que ofrece la Oficina Nacional de atención al usuario de telecomunicaciones y la Comisión de Supervisión, ambas con sede única y en Madrid.

#### 6.2.1.2.- Las Ofertas Públicas de Adhesión-OPA's- y las OPA's de Telefónica de los años 1989, 1993 y 2003

De los numerosos aspectos que ofrece el arbitraje de consumo también nos interesa analizar la figura de las denominadas ofertas públicas de adhesión (OPA) al sistema arbitral de consumo<sup>1160</sup>, instrumento con el que la Administración pretende posicionarlo como principal institución y referencia social para la resolución de los conflictos de los consumidores gracias a las

---

<sup>1160</sup> Esta denominación resulta mucho más acertada que la hasta ahora vigente, ofertas públicas de sometimiento, término éste con una excesiva carga semántica de subyugación y humillación para el sometido, pese a que el Diccionario de la RAE admite expresamente como acepciones “subordinar el juicio, decisión o afecto propios a los de otra persona” y “encomendar a alguien la resolución de un negocio o litigio”.

amplias posibilidades que ofrece para garantizar que un amplio espectro de empresas estén vinculadas al sistema, y con ello, para garantizar igualmente que un elevado porcentaje de potenciales y futuros conflictos de los consumidores puedan solucionarse mediante el mismo.

Las ofertas públicas de adhesión no son sino una oferta contractual<sup>1161</sup>, en línea con la línea doctrinal que también entiende que la naturaleza jurídica del arbitraje se centra fundamentalmente en el convenio o contrato privado entre partes, criterio por el que se ha decantado desde antiguo la jurisprudencia española<sup>1162</sup>.

#### 6.2.1.2.1 Naturaleza jurídica negocial y no procesal de las ofertas y del arbitraje

La naturaleza jurídica del arbitraje ha provocado tradicionalmente una discusión doctrinal entre los procesalistas partidarios de entender que es una institución de carácter jurisdiccional y los civilistas que mantienen su carácter negocial<sup>1163</sup>, aunque como en todo, existen excepciones<sup>1164</sup>. También existe una corriente doctrinal mixta o ecléctica producto de la superación de esta discusión<sup>1165</sup> que BARONA afirma ser la que más adeptos presenta en la actualidad, el arbitraje es contractual por nacimiento y jurisdiccional en su desarrollo y conclusión, aunque esta autora mantiene una cuarta postura y defiende que el arbitraje es una categoría autónoma<sup>1166</sup>.

La doctrina acostumbra a diseccionar la institución del arbitraje en tres elementos esenciales, el convenio arbitral, el contrato de dación y recepción del arbitraje por los árbitros y el procedimiento arbitral<sup>1167</sup>, y dado que sólo el convenio arbitral puede existir sin los demás, a nuestro entender, este elemento, además de esencial, es originario y determinante de su naturaleza jurídica.

---

<sup>1161</sup> Cfr. JOSÉ GARBERÍ LLOBREGAT (Dtor). *Comentarios a la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje. Doctrina, Jurisprudencia, Formularios, Legislación*. 1ª edición. Barcelona: Bosch, 2004, vol.2, p. 1497.

<sup>1162</sup> Así lo pone de manifiesto FAUSTINO CORDÓN MORENO. *El Arbitraje de Derecho Privado (Estudio breve de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje)*. 1ª edición. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2005, pp. 47-48, donde igualmente señala que el Tribunal Constitucional equipara el arbitraje a un equivalente jurisdiccional.

<sup>1163</sup> Cfr. CARLOS LASARTE. *Principios de Derecho Civil III. Contratos*. 12ª edición. Madrid: Marcial Pons, 2009, pp. 380-382, sustentando la tesis contractual, y apoyándose en sentencias del TS y del TC.

<sup>1164</sup> Por ejemplo, un procesalista que mantiene que es de ámbito negocial, ANTONIO MARIA LORCA NAVARRETE. *Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje 60/2003 de 23 de diciembre*. San Sebastián: Instituto Vasco de Derecho Procesal, 2004, p. 485.

<sup>1165</sup> Cfr. ARTURO ÁLVAREZ ALARCÓN. *El Sistema Español de Arbitraje de Consumo*. Madrid: Instituto Nacional del Consumo, 1999, pp. 26-32 y p. 23.

<sup>1166</sup> SILVIA BARONA VILAR (Coord). *Comentarios a la Ley de Arbitraje: (Ley 60/2003, de 23 de diciembre)*. Barcelona: Civitas, 2004, pp. 57-59. Sobre la autonomía de la naturaleza jurídica del arbitraje reflexiona también RICARDO YÁÑEZ VELASCO. *Comentarios sistemáticos a la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, pp. 127-132.

<sup>1167</sup> Por todos, RAFAEL VERDERA SERVER, en SILVIA BARONA VILAR (Coord). *Comentarios a la Ley de Arbitraje: (Ley 60/2003, de 23 de diciembre)*. Barcelona: Civitas, 2004, pp. 316-317.

#### 6.2.1.2.2 Requisitos de la oferta pública de adhesión al sistema arbitral de consumo

Volviendo a la oferta pública de adhesión, como tal oferta es una declaración unilateral de voluntad de empresas, comercios y profesionales por la que el declarante u oferente manifiesta el compromiso de dirimir cualquier controversia futura que planteen sus clientes consumidores a través del arbitraje de consumo<sup>1168</sup>.

Por tanto, debe reunir todos los requisitos que resultan exigibles a cualquier oferta contractual, debe ser completa, realizarse con intención de obligarse y debe ser recepticia (es decir, dirigida a un destinatario concreto o *ad incertam personam*).

A estos requisitos deben añadirse los exigidos por la normativa de arbitraje de consumo, a saber, su vigencia indefinida salvo que se especifique un plazo de validez concreto y la forma escrita o electrónica como requisito constitutivo y esencial, exigidos por los artículos 6 y 7 del derogado Real Decreto 636/1993 de 3 de mayo<sup>1169</sup> y que se mantienen con la nueva regulación, los artículos 25 a 30 del vigente Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo<sup>1170</sup>.

La aceptación de la oferta por la Junta cuando reúne tales requisitos supone la concesión al oferente de un Distintivo Oficial, resultando ser esta característica uno de los ejes del desarrollo del Sistema, que computaba en 2007 en toda España 141.410 adhesiones, según la última estadística oficial publicada por el Instituto Nacional de Consumo.

#### 6.2.1.2.3 La reciente adecuación del régimen legal español de ofertas públicas de adhesión al ordenamiento comunitario

Las ofertas públicas de adhesión requieren que el ordenamiento jurídico permita que los empresarios puedan someter litigios futuros aún no nacidos al arbitraje de consumo. El ordenamiento jurídico español ha permitido tradicionalmente el sometimiento a arbitraje de controversias o cuestiones litigiosas futuras, el denominado "*pactum de compromittendo*" o cláusula compromisoria. Sin remontarnos a las regulaciones sobre arbitraje de las diversas leyes de enjuiciamiento del siglo XIX, tanto la Ley de arbitraje de 1953 (mediante la figura del contrato preliminar de arbitraje<sup>1171</sup>), como la Ley 36/1988

---

<sup>1168</sup> Cfr. JESÚS CHECA BRAVO. "Las Ofertas Públicas de Sometimiento al Sistema Arbitral de Consumo", en M<sup>a</sup> DOLORES BAÑARES ACEDO (ET AL) *Cuadernos de Consumo n° 23. Curso de Mediación y Arbitraje. Nuevos retos del arbitraje de consumo*. Zaragoza: Gobierno de Aragón. Dirección General de Consumo, abril de 2005, p.116.

<sup>1169</sup> Cfr. CARLOS J. MALUQUER DE MOTES BERNET. "Oferta pública de sometimiento al sistema arbitral". *Revista Estudios sobre Consumo* n° 59, Madrid, 2001, pp. 122-123.

<sup>1170</sup> A éstos, deberemos añadir a su vez los requisitos que imponga la nueva Comisión de las Juntas Arbitrales de Consumo para aceptar adhesiones limitadas, echándose de menos que la regulación no haya introducido algún criterio general a este respecto.

<sup>1171</sup> "...la novedad (y la justificación) de la nueva Ley se halla en haber creado un procedimiento apto a dar vida a las cláusulas compromisorias, contrato preliminar de arbitraje o *pactum de compromittendo*", procedimiento que la Ley de 1953 denominó de "formalización judicial del compromiso", LEONARDO PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ. *Derecho Procesal Civil, Vol.2° (Procesos sumarios y especiales, ejecución singular)*. 3ª edición. Madrid: Tecnos, 1979, pp.152-153.

y el actual artículo 9 de la Ley de Arbitraje de 2003, han contemplado expresamente esta posibilidad<sup>1172</sup>.

No resulta tan permisivo el ordenamiento comunitario con las controversias futuras en relación a los consumidores. La Recomendación de la Comisión Europea relativa a los principios aplicables a los órganos responsables de la solución extrajudicial de los litigios en materia de consumo de 1998<sup>1173</sup>, apoyada por la Resolución de 14-11-1996 del Parlamento Europeo<sup>1174</sup>, recuerda en su Considerando 21º que el artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos dispone que el acceso a los tribunales es un derecho fundamental sin excepciones, que los procedimientos extrajudiciales no pueden tener como objetivo sustituir al sistema judicial y que por lo tanto la utilización de la vía extrajudicial sólo puede privar al consumidor de su derecho de acceso a los tribunales si éste lo acepta expresamente, con pleno conocimiento de causa y con posterioridad al surgimiento del litigio, es decir, que la Comisión no recomienda bajo ningún concepto que se permita a un consumidor la aceptación de un arbitraje sobre cuestión litigiosa futura.

El sistema arbitral de consumo español, que admitía el pacto compromisorio en general y el del consumidor en particular, no se ajustaba formalmente a lo establecido en la Recomendación<sup>1175</sup> porque permitía la existencia de cláusulas de sometimiento al sistema arbitral de consumo o a ciertas Juntas Arbitrales de Consumo en contratos sustantivos celebrados entre consumidores y empresas con anterioridad al surgimiento de controversia alguna<sup>1176</sup>.

Y hablamos en pasado porque recientemente el legislador español ha importado el criterio comunitario. Efectivamente, como consecuencia de un fenómeno relacionado con la telefonía móvil que motivó una de las modificaciones introducidas por la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios<sup>1177</sup>, se reformuló el contenido

---

<sup>1172</sup> Respecto al arbitraje anterior a 1953, consultada la obra de Merchán Álvarez, que analiza la institución desde el Breviario de Alarico (lex romana visigothorum), no he encontrado similar afirmación, aunque se refleja al menos una tendencia general a que todo conflicto o pleito puede ser sometido a arbitraje, ANTONIO MERCHÁN ALVAREZ. *El Arbitraje. Estudio histórico-jurídico*. Sevilla: Universidad de Sevilla, 1981, pp.127-133.

<sup>1173</sup> Recomendación de la Comisión 1998/257/CE de 30-3-1998, DOCE L 115/31 de 17-4-1998. Se complementa con la Recomendación 2001/310/CE de 4-4-2001 relativa a los principios aplicables a los órganos extrajudiciales de resolución consensual de litigios en materia de consumo, DOCE 19-4-2001, centrada en procedimientos de mediación, no de arbitraje.

<sup>1174</sup> DO C 362 de 2-12-1996, página 275.

<sup>1175</sup> JESÚS CHECA BRAVO. "El sistema arbitral de consumo y los principios de la Comisión de las Comunidades Europeas aplicables a los órganos de solución extrajudicial de los litigios de consumo", en *Revista Estudios sobre Consumo* nº 52, Madrid, 2000, pp.147 y ss.

<sup>1176</sup> De la existencia de estos convenios arbitrales ya he dado noticia en JESÚS CHECA BRAVO. "Arbitraje con consumidores administrado por entidades ajenas al sistema arbitral de consumo (Incidencia del anteproyecto de Ley-2005 de Mejora de la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios, en el arbitraje de consumo)", en *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje* Nº 2 de 2006, Tomo XVIII-Mayo, p. 275. En contra de esta posibilidad, JOAQUÍN DE CARPI PÉREZ. "El Colegio arbitral y las partes del proceso arbitral de consumo", en IGNACIO QUINTANA CARLO Y ANGEL BONET NAVARRO. *El Sistema Arbitral de Consumo. Comentarios al Real Decreto 636/1993 de 3 de mayo*. Pamplona: Aranzadi, 1997, p. 147.

<sup>1177</sup> Cfr. JESÚS CHECA BRAVO. "Arbitraje con consumidores administrado por entidades ajenas al sistema arbitral de consumo (Incidencia del anteproyecto de Ley-2005 de Mejora de la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios, en el arbitraje de consumo)", en *Revista Vasca de Derecho*



del artículo 10.4 de la LGDCU<sup>1178</sup>, suprimiéndolo para trasladarlo con otra redacción a un nuevo apartado 4 del artículo 31<sup>1179</sup>, y en definitiva, prohibiendo tales convenios arbitrales con consumidores con la excepción de los sistemas arbitrales públicamente tutelados, como el de consumo y el de transportes<sup>1180</sup>.

---

*Procesal y Arbitraje* N° 2 de 2006, Tomo XVIII-Mayo, pp. 267-293. Se trataba de laudos dictados por la entidad AEADE casi siempre favorables a los intereses de las empresas y en contra de las pretensiones de los consumidores.

La problemática social derivada de estas cuestiones motivó que algunos autores hayan analizado la posibilidad de que se pudiese evitar la ejecución judicial de estos laudos cuando no se hubiese interpuesto el recurso de anulación en el brevísimo plazo de 10 días previsto en la entonces vigente Ley de Arbitraje de 1988. A favor, JOAN PICÓ I JUNOY, “El abuso del arbitraje por parte de ciertas instituciones arbitrales”. *Revista La Ley* n° 6198 de 25 de febrero de 2005 [año XXVI]. En contra, LORCA NAVARRETE, en “¿Puede el órgano jurisdiccional frente al que se insta la ejecución forzosa del laudo arbitral examinar su contenido?”, *Actualidad Jurídica Aranzadi* año XV, n° 671/2005, de 2 de junio de 2005, BIB 2005/1099.

Esta cuestión también ha sido resuelta de forma contradictoria por los Tribunales, vid. GUILLERMO OROZCO PARDO. “El pacto de sumisión arbitral como cláusula abusiva”: *Aranzadi Civil*, n° 22, 2009, pp. 15-46, quien además se pronuncia claramente a favor de la primera tesis. En su momento resultó paradigmático el posicionamiento que a favor de la segunda tesis realizó la Audiencia Provincial de Madrid. No obstante, aprobada la Ley 44/2006, de 29 de Diciembre, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios, cambió de criterio a partir de Auto de 24.5.2007 ratificado por Auto de 19.9.2007. El Tribunal de Primera Instancia n° 4 de Bilbao ha planteado ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea el 5.2.2008 (DOUE 12.4.2008) petición de decisión prejudicial en similar sentido, que igualmente parece se resolverá a favor de la primera tesis, ya que las Conclusiones del Abogado General en este caso, emitidas el 14.5.2009 adoptan tal postura, texto completo en castellano en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62008C0040:ES:NOT>.

Un completo estudio sobre el estado de la cuestión, DIANA MARCOS FRANCISCO. “La Ejecución del Laudo Arbitral de Consumo: ¿Cabe denegarla por Invalidez del Convenio Arbitral?” *Riedpa: Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje*, n° 2, 2009, en <http://www.riedpa.com/COMU/documentos/RIEDPA2091.pdf>, consulta realizada el 17.5.2010, 24 pp.

<sup>1178</sup> La anterior redacción del artículo 10.4, introducida por la Ley 7/1998 sobre Condiciones Generales de Contratación, que también añadió nuevo todo el art.10 bis, ambos sobre cláusulas abusivas, recordemos que disponía que “los convenios arbitrales establecidos en la contratación a que se refiere este artículo serán eficaces si, además de reunir los requisitos que para su validez exigen las leyes, resultan claros y explícitos. La negativa del consumidor o usuario a someterse a un sistema arbitral distinto del previsto en el artículo 31 de esta Ley no podrá impedir por sí misma la celebración del contrato principal.”

<sup>1179</sup> El motivo de ello fue la ineficacia de la anterior regulación para prevenir la imposición al consumidor de arbitrajes distintos del Sistema Arbitral de Consumo, tal y como afirmaba la exposición de motivos de la Ley 44/2006 citada.

<sup>1180</sup> Artículo 57.4 TRLGDCU vigente: “Los convenios arbitrales con los consumidores distintos del arbitraje de consumo previsto en este artículo, sólo podrán pactarse una vez surgido el conflicto material o controversia entre las partes del contrato, salvo que se trate de la sumisión a órganos de arbitraje institucionales creados por normas legales o reglamentarias para un sector o un supuesto específico. Los convenios arbitrales pactados contraviniendo lo dispuesto en el párrafo precedente serán nulos”, lo que impide definitivamente a entidades no públicas la administración de arbitraje con consumidores en base a convenios arbitrales sobre litigios futuros.

Otro ejemplo de “órgano de arbitraje institucional creado por norma legal para un sector o supuesto específico” son las Juntas Arbitrales del Transporte, reguladas en los artículos 37 y 38 de la Ley 16/1987 de 30-7, de Ordenación de los Transportes Terrestres, BOE 31-7-87, modificada la redacción del art.38 por Ley 13/1996 de 30-12 sobre medidas de política económica, BOE 31-12-1996. No parece que los sistemas arbitrales ajenos al de consumo, previstos en algunas leyes de Turismo de CCAA puedan considerarse a estos efectos, dado que las CCAA carecen de competencias para regular el arbitraje. Sobre éstos, cfr. FRANCISCO J. ROMERO HERRERO. “El arbitraje de consumo en la defensa del consumidor-turista”. *Anuario Justicia Alternativa. Derecho Arbitral*, n° 4. Barcelona: Bosch y Tribunal Arbitral de Barcelona, 2004, pp. 28-31.

#### 6.2.1.2.4 Las ofertas públicas de adhesión limitadas y las ofertas de Telefónica de España SA de 1989, 1993 y 2003

El 6 de octubre de 1989 Telefónica de España SA había suscrito un Acuerdo con el Instituto Nacional del Consumo para participar en la experiencia piloto del arbitraje de consumo a través de algunas Juntas, Acuerdo que contenía una oferta pública de adhesión al sistema arbitral de consumo limitada territorialmente en el sentido indicado, y que fue la vía que se utilizó para derivar a éste los conflictos derivados de los servicios de tarificación adicional<sup>1181</sup>.

Telefónica se adhirió con carácter generalizado a todas las Juntas del Sistema Arbitral de Consumo el 14 de diciembre de 1993, sometiendo por tanto a arbitraje de consumo tanto los conflictos por tarificación adicional como cualquier otro derivado de su actividad con sus abonados consumidores.

En años posteriores se produciría en el Sistema una adhesión generalizada de empresas mediante ofertas condicionadas<sup>1182</sup> sin que las Juntas estableciesen criterios de control ni límites a tales condiciones<sup>1183</sup>.

Si se permite la formulación de ofertas limitadas se debe aceptar la implícita existencia de un correlativo mecanismo de control<sup>1184</sup>, al menos para depurar las que incurran en fraude de ley o resulten *contra legem*, o en su defecto, para no otorgar Distintivo Oficial a las ofertas que las contengan<sup>1185</sup>. De hecho, la vigente regulación, artículos 25 y siguientes del Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, ya ha introducido previsiones en este sentido, si bien, como hemos señalado, omitiendo por completo los criterios que el correspondiente órgano administrativo debe utilizar para su control, lo que introduce un peligroso grado de arbitrariedad administrativa.

Cuando en 2003 la empresa Telefónica SAU modificó por tercera vez su Oferta, y siguiendo esta tendencia, introdujo numerosas limitaciones y exclusiones, la polémica derivada de la validez y control de las ofertas limitadas, que hasta entonces había sido teórica y, cuando práctica, de orden local, se convirtió en general y afectó a numerosas reclamaciones reales de los usuarios. Entre las exclusiones formuladas, y actualmente vigente, destaca una específica en relación a los servicios de tarificación adicional, excluyendo del arbitraje de consumo “las reclamaciones relativas a los servicios de tarificación

---

<sup>1181</sup> La Junta Arbitral Nacional de Consumo no fue constituida hasta el 29 de noviembre de 1993.

<sup>1182</sup> Sobre todo se trataba de limitaciones territoriales y por cuantías. Una breve reseña histórica de este proceso en JESÚS CHECA BRAVO. “Las Ofertas Públicas de Sometimiento al Sistema Arbitral de Consumo”, en M<sup>a</sup> DOLORES BAÑARES ACEDO (ET AL) *Cuadernos de Consumo n° 23. Curso de Mediación y Arbitraje. Nuevos retos del arbitraje de consumo*. Zaragoza: Gobierno de Aragón. Dirección General de Consumo, abril de 2005, pp. 118-123.

<sup>1183</sup> La necesidad de reforma normativa en este sentido ha sido destacada por ARTURO ÁLVAREZ ALARCÓN. *El Sistema Español de Arbitraje de Consumo*. Madrid: Instituto Nacional del Consumo, 1999, p. 183.

<sup>1184</sup> Cfr. ARTURO ÁLVAREZ ALARCÓN. *El Sistema Español de Arbitraje de Consumo*. Madrid: Instituto Nacional del Consumo, 1999, p.133 y p. 184.

<sup>1185</sup> Una propuesta sobre el contenido y procedimiento de este control en JESÚS CHECA BRAVO. “Las Ofertas Públicas de Sometimiento al Sistema Arbitral de Consumo”, en M<sup>a</sup> DOLORES BAÑARES ACEDO (ET AL) *Cuadernos de Consumo n° 23. Curso de Mediación y Arbitraje. Nuevos retos del arbitraje de consumo*. Zaragoza: Gobierno de Aragón. Dirección General de Consumo, abril de 2005, pp. 123-131.

adicional cuando la reclamación se fundamente en la forma de prestación del servicio por parte del proveedor”.

Algunas Juntas Arbitrales entendieron inicialmente que ello excluía cualquier arbitraje relativo a esta materia en general<sup>1186</sup>, criterio que encontramos recogido igualmente en dos escuetas sentencias de la Audiencia Provincial de Sevilla anulando los laudos dictados por la Junta de la Diputación por entender que sí se producía la exclusión alegada por el operador<sup>1187</sup>.

Sin embargo, debe observarse que la exclusión se restringe exclusivamente a los supuestos en que el consumidor fundamente su reclamación en la forma de prestación del servicio de tarificación adicional, no en los casos en los que la reclamación se base en otros motivos, por ejemplo, la no realización efectiva de las llamadas. Así se ha entendido por las Audiencias Provinciales de Murcia<sup>1188</sup> y Córdoba<sup>1189</sup>, que desestimaron la anulación solicitada en relación a laudos con tales argumentaciones<sup>1190</sup>.

Respecto de las Juntas que consideraron en todo caso aplicable la exclusión de la oferta pública de adhesión de Telefónica a cualquier conflicto derivado de servicios de tarificación adicional, se generó una línea de debate en relación al momento a partir del cual debería entenderse de aplicación tal exclusión, debate que llegó a los Tribunales.

La Audiencia Provincial de Vizcaya<sup>1191</sup>, desde un planteamiento contractual de la materia, se inclinó por entender que lo relevante era la fecha en que se realizaron las llamadas, no la fecha de presentación de la reclamación mediante la correspondiente solicitud de arbitraje, siempre posterior, entendiendo que “si en la fecha de prestación de los servicios objeto de contratación, la materia objeto de controversia, no se encontraba excluida del arbitraje, obvio es que el laudo dictado no se excede en su contenido y competencia”. Idéntico criterio mantuvo la Audiencia de Granada<sup>1192</sup>.

Por el contrario, la Audiencia Provincial de Cádiz<sup>1193</sup> consideró como relevante la fecha de presentación de la solicitud de arbitraje, planteamiento formal y procesalista radicalmente opuesto al anterior que anulaba el laudo que había conocido de llamadas realizadas antes de la entrada en vigor de las nuevas condiciones de adhesión argumentando que “la sumisión al arbitraje, acto que se realiza con carácter concreto a la fecha de presentación de la

---

<sup>1186</sup> Así lo recoge también EUGENIO RIBÓN SEISDEDOS, “La resolución de reclamaciones en materia de telecomunicaciones”, en *Curso de Mediación y Arbitraje. Nuevos retos del arbitraje de consumo*. Cuadernos de Consumo nº 23 de abril de 2005, editado por el Gobierno de Aragón, p. 322.

<sup>1187</sup> Sentencias de 24-9-2004 y de 24-5-2005 de la Sección 6 de la AP Sevilla, respectivamente, JUR 2004/286815 y LA LEY 116547/2005.

<sup>1188</sup> Sentencias de 18 de marzo de 2004 de la Sección 3ª, JUR 2004/155595 y de 23 de diciembre de 2004 de la Sección 1ª, JUR 2005/75389.

<sup>1189</sup> SAP de Córdoba de 13-7-2005, Sección 2, AC 2005/1582.

<sup>1190</sup> En esta línea, DÍEZ plantea que no cabe esgrimir que una controversia sobre tales servicios quede excluida del arbitraje de consumo, bajo el argumento de las potestades de vigilancia o control de la Administración, o bajo la consideración de que se haya articulado un procedimiento administrativo específico. Cfr. HELENA DÍEZ GARCÍA. “Admisión e inadmisión a trámite de solicitudes de arbitraje de consumo: regulación actual y perspectivas de reforma tras la Ley 44/2006”: *Aranzadi Civil*, nº 2, 2007, p. 15 de documento electrónico de Westlaw-es.

<sup>1191</sup> SAP de Vizcaya de 30-5-2005, LA LEY 121021/2005, y SAP de Vizcaya de 3-6-2005, JUR 2005/205670, ambas de la Sección 4. La cita es de la segunda.

<sup>1192</sup> SAP Granada de 5-5-2005, Sección 3, LA LEY 101000/2005.

<sup>1193</sup> SAP Cádiz de 19-10-2004, Sección 2, LA LEY 216547/2004.

solicitud de arbitraje, la empresa impugnante no había dado su conformidad a la formalización del mismo sobre las cuestiones a las que se extendían las exclusiones realizadas en la nueva oferta que entró en vigor en Julio de 2.003, razón ésta que obliga a manifestar que el laudo se ha pronunciado sobre materia convencionalmente excluida del arbitraje”.

En definitiva se trata de dilucidar si el convenio arbitral derivado de la aplicación de una oferta pública de adhesión nace con el contrato en relación a cuestión litigiosa futura, o nace con el conflicto y presentación del procedimiento arbitral.

Coherentemente con la línea que seguimos, considero más correcto el criterio contractual, que no todos comparten<sup>1194</sup>. Aunque el artículo 24.2 del Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, dispone que cuando exista oferta pública de adhesión el convenio arbitral estará válidamente formalizado por la mera presentación de la solicitud de arbitraje por el reclamante, siempre que dicha solicitud coincida con el ámbito de la oferta, la formalización es a efectos de fijación concreta de los términos del conflicto, porque el convenio arbitral nace con el negocio jurídico previamente celebrado, al que se incorpora el citado convenio como medio de resolución de cuestiones litigiosas futuras.

Mantener lo contrario permitiría a las empresas desvincularse unilateralmente de compromisos arbitrales ya adquiridos ante sus clientes consumidores, convencidos al contratar que cualquier problema derivado se resolvería por arbitraje de consumo, y por tanto se opondría al principio constitucional de seguridad jurídica y al principio de buena fe.

En coherencia, tampoco cabe entender nacido un convenio arbitral cuando la controversia surge con posterioridad a la oferta o adhesión empresarial si el negocio jurídico del que procede era anterior a la adhesión<sup>1195</sup>.

### 6.2.1.3.- El arbitraje de consumo es un arbitraje de equidad

El arbitraje de consumo se ha considerado desde sus comienzos como una institución que por naturaleza debía basarse en un juicio en equidad<sup>1196</sup>.

---

<sup>1194</sup> LUIS ABELLÁN TOLOSA aboga por la postura contractual en MARIA JOSÉ REYES LÓPEZ (Coord). *Derecho de Consumo*. 1ª edición. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1999, p. 457. Mantiene la visión procesalista ARTURO ÁLVAREZ ALARCÓN. *El Sistema Español de Arbitraje de Consumo*. Madrid: Instituto Nacional del Consumo, 1999, p. 184.

<sup>1195</sup> Cfr. JESÚS CHECA BRAVO. “Las Ofertas Públicas de Sometimiento al Sistema Arbitral de Consumo”, en *Curso de Mediación y Arbitraje. Nuevos retos del arbitraje de consumo*. Cuadernos de Consumo nº 23 de abril de 2005, editado por el Gobierno de Aragón, p. 133.

<sup>1196</sup> Así lo afirmaba ya en 1990 ANA CORCÉS PANDO. “Juntas Arbitrales de Consumo: Líneas principales de su futura regulación”, en IGNACIO QUINTANA CARLÓ (et al). *Jornadas Jurídicas sobre Juntas Arbitrales de Consumo. Las Palmas de Gran Canaria 22 y 23 de Marzo 1990*. Las Palmas de Gran Canaria: Gobierno de Canarias, 1990, p. 53. También SILVIA DÍAZ ALABART en la obra de RODRIGO BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Coord). *Comentarios a la Ley de arbitraje: Ley 36/1988, de 5 de diciembre*. Madrid: Tecnos, 1991, p. 933; RICARDO YÁÑEZ VELASCO. *Comentarios sistemáticos a la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 1054, y CARLOS J. MALUQUER DE MOTES BERNET. “Oferta pública de sometimiento al sistema arbitral”. *Revista Estudios sobre Consumo* nº 59, Madrid, 2001, p. 125.

Sobre el significado y alcance del juicio en equidad, JOSE ANTONIO COLMENERO GUERRA. *La resolución del arbitraje en equidad*. Sevilla: Junta de Andalucía, 2000, 67 pp. y JUAN MANUEL BÁDENAS CARPIO. “El juicio de equidad”, en ANTONIO MARIA LORCA NAVARRETE (Director).

Durante siglos, el derecho positivo español reguló separadamente el arbitraje de derecho y el de equidad sin establecer preferencia alguna, hasta que la Ley de Arbitraje de 1953 unificó ambas clases de arbitraje y optó expresamente por el arbitraje de derecho en defecto de acuerdo entre las partes.

Dado que la tradición en nuestro país se decantaba claramente hacia una preferencia social por el arbitraje de equidad, este criterio legal fue calificado en su día por la doctrina como poco realista, por lo que tuvo favorable acogida el hecho de que la Ley de Arbitraje de 1988 invirtiese la opción de 1953, estableciendo en su artículo 4.2 que cuando las partes no optasen expresamente por el arbitraje de derecho, los árbitros decidiesen la cuestión litigiosa en equidad<sup>1197</sup>.

La nueva Ley de Arbitraje de 2003 ha invertido de nuevo el criterio con su artículo 34.1, priorizando el arbitraje en derecho en ausencia de pacto expreso de las partes, de acuerdo con una tendencia fuertemente arraigada en el Derecho comparado y en la práctica internacional<sup>1198</sup>. Su exposición de motivos esgrime precisamente este “panorama comparado” y un segundo argumento, que resulta “muy discutible que la voluntad de las partes de someterse a arbitraje, sin más especificaciones, pueda presumirse que incluya la de que la controversia sea resuelta en equidad...”, lo que ni es compartido por todos<sup>1199</sup> ni impide que se mantenga la propia idiosincrasia del arbitraje de consumo como arbitraje de equidad.

Efectivamente, la Disposición Adicional Única de la Ley de Arbitraje, en relación al de consumo, añade “que en sus normas de desarrollo podrá establecer la decisión en equidad, salvo que las partes opten expresamente por el arbitraje en derecho”. Y así entiende la doctrina estaba implícitamente establecido en los artículos 11.3 y 16.2 del ya derogado Real Decreto 636/1993 que regulaba el sistema arbitral de consumo y así se declara solemnemente en el artículo 33 del vigente Real Decreto 231/2008, “el arbitraje de consumo se decidirá en equidad, salvo que las partes opten expresamente por la decisión en derecho”<sup>1200</sup>. Es más, MATEO SANZ, en relación a la Disposición Adicional

---

*Temas actuales de consumo: La resolución de conflictos en materia de consumo*. San Sebastián: Instituto Vasco de Derecho Procesal, 2001, pp. 183-221.

<sup>1197</sup> Cfr. ANTONIO HIERRO HERNÁNDEZ-MORA y RAFAEL HINOJOSA SEGOVIA. “Normas aplicables al fondo de la controversia” en JULIO GONZÁLEZ SORIA (Coord.). *Comentarios a la Nueva ley de arbitraje 60/2003, de 23 de diciembre*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2004, pp. 383-384, nota 1. Esta tendencia a favor del arbitraje en equidad es calificada por JUAN MONTERO AROCA como “multicentenario” y afirma ha sido aplicada en España desde la Edad Media, en la obra *Comentario breve a la Ley de Arbitraje*. 1ª edición: Madrid: Civitas, 1990, p. 41.

<sup>1198</sup> Cfr. MIGUEL GÓMEZ JENE. “Normas aplicables al fondo de la controversia”. DAVID ARIAS LOZANO, (Coord). Pérez-Llorca Abogados. *Comentarios a la Ley de Arbitraje de 2003*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2005, pp. 325-326

<sup>1199</sup> Cfr. CARLOS ESPLUGUES MOTA, en la obra SILVIA BARONA VILAR (Coord). *Comentarios a la Ley de Arbitraje: (Ley 60/2003, de 23 de diciembre)*. Barcelona: Civitas, 2004, pp. 1119-1121, afirmando que los motivos utilizados por el legislador no parecen justificar, por sí mismos, el cambio producido y que quizás hubiera sido conveniente introducir en este punto una solución diferenciada para el arbitraje interno y el internacional.

<sup>1200</sup> La doctrina parece reconocer que el de consumo es un arbitraje en equidad de modo unánime. FRANCISCO LA MONEDA DÍAZ. “La nueva Ley 60/2003, de Arbitraje, y su incidencia en el sistema arbitral de consumo”. *Diario La Ley* nº 6027 de 27-5-2004, p. 2. CARMEN SAMANES ARA. “El procedimiento”, en IGNACIO QUINTANA CARLO Y ANGEL BONET NAVARRO. *El Sistema Arbitral de Consumo. Comentarios al Real Decreto 636/1993 de 3 de mayo*. Pamplona: Aranzadi, 1997, p. 168. FRANCISCO JOSÉ LEÓN SANZ. “Arbitrajes de consumo”, en DAVID ARIAS LOZANO

citada, entiende que el legislador refleja “no sólo que en materia de consumo prefiere el arbitraje en equidad, sino también que su intención es que se deje constancia legal de esa solución para evitar una aplicación supletoria de la LA”<sup>1201</sup>.

No obstante, ya hay parte de la doctrina que considera que el arbitraje de consumo debería basarse en el derecho antes que en la equidad<sup>1202</sup>, lo que abre nuevas perspectivas ante la posible adhesión de empresas que prefieran la seguridad jurídica que ofrece éste sobre el juicio de equidad, y sin menoscabo de la posibilidad siempre existente de que la adhesión empresarial se realice con tal condición y excluyendo el fallo en equidad.

Todo ello en el conocimiento de que, en última instancia, sólo resulta posible someter un laudo a revisión judicial de fondo a través de la denominada “infracción de orden público”, ya sea dictado en derecho o equidad. Precisamente este motivo aparece en nuestro ordenamiento en la Ley de Arbitraje de 1988 como medio de paliar parcialmente la supresión del control de legalidad sobre el laudo dictado en derecho que se establecía en la anterior Ley de 1953<sup>1203</sup>.

GARBERÍ ha llegado a sistematizar hasta tres concepciones jurisprudenciales sobre el contenido del “orden público”, la estricta, la amplia y la amplísima. Su intrínseca indeterminación ha dado lugar a opiniones que van desde preconizar su supresión a observar la mayor cautela en su manejo, pero doctrina y jurisprudencia mayoritarias parecen finalmente haber circunscrito su ámbito al campo de los derechos fundamentales y libertades públicas constitucionalmente protegidos<sup>1204</sup>.

De hecho, este motivo ha sido la base de las impugnaciones más fundamentadas de laudos sobre llamadas a servicios de tarificación adicional

---

(Coord). Pérez-Llorca Abogados. *Comentarios a la Ley de Arbitraje de 2003*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2005, p. 460. Y JOSÉ MANUEL BUSTO LAGO (Coord), NATALIA ÁLVAREZ LATA y FERNANDO PEÑA LÓPEZ. *Reclamaciones de Consumo. Derecho de consumo desde la perspectiva del consumidor*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2005, pp. 126 y 135.

<sup>1201</sup> JACOBO B. MATEO SANZ, en la obra VICENTE GUILARTE GUTIERREZ (Dtor). *Comentarios prácticos a la Ley de Arbitraje*. 1ª edición: Valladolid. Lex Nova, 2004, p. 766. Cfr. también JOSÉ GARBERÍ LLOBREGAT (Dtor). *Comentarios a la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje. Doctrina, Jurisprudencia, Formularios, Legislación*. 1ª edición. Barcelona: Bosch, 2004, vol. 2., p. 1490. Y FÉLIX VALBUENA GONZÁLEZ. “Incidencia de la Ley 60/2003, de arbitraje, en el sistema arbitral de consumo. *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje* N° 2 de 2005, Tomo XVII-Mayo, p. 398.

<sup>1202</sup> Cfr. ANGEL CARRASCO PERERA (Dtor). *El Derecho de Consumo en España: presente y futuro*. Madrid: Instituto Nacional del Consumo, 2002, pp. 276-279. JUAN CADARSO PALAU, en la obra de JULIO GONZÁLEZ SORIA (Coord.). *Comentarios a la Nueva ley de arbitraje 60/2003, de 23 de diciembre*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2004, p. 570. Y A. M. LORCA NAVARRETE. “Algunos apuntes metodológicos sobre el proyecto de ley de arbitraje”. *Diario La ley* n° 5904 de 1 de diciembre de 2003, pp. 1 y ss.

<sup>1203</sup> Cfr. JOSÉ ALBERTO REVILLA GONZÁLEZ. “La anulación del laudo arbitral de consumo”. *Revista Estudios Sobre Consumo*, n° 34, 1995, pp. 57-58.

<sup>1204</sup> Cfr. JOSÉ GARBERÍ LLOBREGAT (Dtor). *Comentarios a la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje. Doctrina, Jurisprudencia, Formularios, Legislación*. 1ª edición. Barcelona: Bosch, 2004, vol. 2, pp. 1009-1016, en particular, p. 1014. Y JUAN CADARSO PALAU, en JULIO GONZÁLEZ SORIA (Coord.). *Comentarios a la Nueva ley de arbitraje 60/2003, de 23 de diciembre*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2004, pp. 435-439 y nota 61. SILVIA BARONA VILAR va más allá cuando afirma que “es indudable que puede hablarse de una vulneración del orden público material en aquellos supuestos en que se está produciendo una vulneración de las normas de *ius cogens* sustantivas, que pueden conformar esa parcela del derecho que exige la aplicabilidad de la norma imperativa”, en *Comentarios a la Ley de Arbitraje: (Ley 60/2003, de 23 de diciembre)*. Barcelona: Civitas, 2004, p. 1426.

ante las correspondientes Audiencias Provinciales<sup>1205</sup>, ya que las impugnaciones de fondo, sobre todo en los años 2000 y 2001, en que predominaban los laudos desfavorables a los consumidores, no podía sino confirmar las condenas a pagar las llamadas a 906 por no constituir el proceso una segunda instancia revisora del laudo<sup>1206</sup>.

### 6.3.- LA OFICINA NACIONAL DE ATENCIÓN AL USUARIO DE TELECOMUNICACIONES

Como señalamos, tras la supresión de la Delegación del Gobierno en Telefónica en 1998, la Administración optó por asignar al Sistema Arbitral de Consumo la responsabilidad principal de atención de reclamaciones de usuarios en materia de telecomunicaciones, cuyo número y porcentaje relativo se ha ido incrementando año tras año desde entonces, hasta llegar a suponer la mitad de la actividad total del Sistema<sup>1207</sup>.

No existe norma ni documento que así lo exprese, pero la conclusión no puede ser otra si comparamos las decenas de miles de reclamaciones tramitadas por el Sistema Arbitral de Consumo frente al millar y medio que tramitaba anualmente el Ministerio en esa época<sup>1208</sup>, tesis que también se

<sup>1205</sup> SAP de 7-6-2005-Audiencia Provincial de A Coruña- Sección 6, LA LEY 127845/2005, concluye que aunque “se trate de un sector fuertemente regulado no determina que los importes correspondientes a los servicios facturados constituyan materia indisponible...no menoscaba el orden público”. SAP Pontevedra de 23-6-2005, Sección 1, LA LEY 6587/2006, y de 5-4-2000, Sección 4. Y sentencias de la AP Madrid de 4-3-2002 y 20-1-2003.

<sup>1206</sup> Sentencias de 5-2-2002, y 8-6-2002 de la Sección 6ª de la Sala de lo Civil de la Audiencia Provincial de Valencia, BDB 12354/2002 y 21694/2002; sentencia de 28-2-2002 de la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Las Palmas, JUR 2002/161349, y sentencia de 7-5-2002 de la Sección Única de la Sala de lo Civil-Penal de la Audiencia Provincial de Huesca, BDB 17035/2002.

<sup>1207</sup> Tabla de elaboración propia. FUENTE: Memorias anuales del Sistema Arbitral de Consumo, publicadas por el Instituto Nacional del Consumo.

AÑO	NÚMERO DE CASOS TFNO/TELECOMUNICACIONES	% SOBRE EL TOTAL
1995	1.434	13,80%
1996	1.275	13,44%
1997	2.118	16,98 %
1998	3.318	18,7%
1999	5.359	24,14%
2000	7.351	27,69%
2001	10.936	31,99%
2002	13.930	33,07%
2003	19.630	33,50%
2004	23.731	37,60%
2005	Sin desglose por materias. Total sistema, 52.233	--
2006	Sin desglose por materias. Total sistema, 56.476	--
2007	28.306, teléfono, fijo y móvil e Internet	48,88%
2008	No publicada	
2009	No publicada	

<sup>1208</sup> El Ministerio competente en materia de telecomunicaciones conservó subsidiariamente la competencia para tramitar reclamaciones en vía administrativa. En 1998 tramitó un total de 1.538 reclamaciones por disconformidad con el servicio medido y en 1999 tramitó un total de 1.118 reclamaciones, cfr. DEFENSOR DEL PUEBLO. *Informe Anual 2000*. Madrid: Publicaciones del Congreso de los Diputados. Secretaría General (Dirección de Estudios). Serie Informes, 2001, p. 287. En el año 2000 fueron 1.611 reclamaciones, cfr. DEFENSOR DEL PUEBLO. *Informe Anual 2001*. Madrid:

apoya en la literalidad de la propia normativa de telecomunicaciones, que señalaba al Sistema Arbitral de Consumo como institución de referencia<sup>1209</sup> y por delante de la reclamación administrativa ante el Ministerio competente en materia de telecomunicaciones, competencia que nunca llegó a perder formalmente<sup>1210</sup>.

No obstante, este trasvase de funciones había comenzado años antes, en 1993, precisamente con el conflicto derivado de los servicios de tarificación adicional, que fueron los primeros servicios de telecomunicaciones cuyas reclamaciones fueron tramitadas en masa a través del Sistema Arbitral de Consumo<sup>1211</sup>.

De hecho, el Contrato tipo entre Telefónica y los prestadores de servicios de tarificación adicional aprobado en noviembre de 1993 ya citaba como institución para solventar reclamaciones al Sistema Arbitral de Consumo, sin citar ninguna otra, ni siquiera la Delegación, a la que aún le quedaban cuatro años de existencia<sup>1212</sup>. Y esta opción se confirmaría meses después cuando el Código de Conducta de enero de 1994 estableció en su artículo 4.3 que “todas las reclamaciones derivadas de incumplimientos del presente

---

Publicaciones del Congreso de los Diputados. Secretaría General (Dirección de Estudios). Serie Informes, 2002, p. 411.

<sup>1209</sup> Existen otros mecanismos de protección al consumidor, como la mediación que hacen las OMIC-Oficinas Municipales de Información al Consumidor. Vid. MARTA BLANCO CARRASCO. *Mediación y Consumidores*. Madrid: Instituto Nacional del Consumo, 2005, 583 pp.

<sup>1210</sup> Art. 61 del Real Decreto 1736/1998 de 31 de octubre, sustituido por el artículo 104.3 y 4 del RD. 425/2005 de 15-4, estableció que “los abonados podrán dirigir su reclamación a las Juntas Arbitrales de Consumo, en los términos establecidos en su normativa reguladora” y que en su defecto o subsidiariamente, “para el supuesto de que el operador o el abonado no se sometan a las Juntas Arbitrales, éste podrá dirigirse, en el plazo de tres meses desde la respuesta del operador o la finalización del plazo para responder, a la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información”.

<sup>1211</sup> DEFENSOR DEL PUEBLO. *Informe Anual 1993*. Madrid: Publicaciones del Congreso de los Diputados. Secretaría General (Dirección de Estudios). Serie Informes, 1994, pp. 465-467, “la tramitación de estas reclamaciones se nos indica que las mismas aún no han sido resueltas al haberse establecido un procedimiento de coordinación con la Comisión para la Supervisión del Servicio Telefónico con Tarificación Adicional, de forma que puedan ser dictaminadas por las Juntas Arbitrales de Consumo”.

ELENA SALGADO MÉNDEZ, Secretaria General de Comunicaciones, en comparecencia ante la Comisión de Obras Públicas, Ordenación del Territorio y Medio Ambiente, Urbanismo, Transportes y Comunicaciones del Senado celebrada el 16-12-1993, Diario de Sesiones del Senado, Comisiones, nº 52, p.4, afirmó que “estas reclamaciones se van a tramitar a través de las juntas arbitrales en los casos en los que así lo quieran las partes, como está establecido, o por el procedimiento ordinario a través de la Delegación del Gobierno en Telefónica para quien no quiera acogerse a estas juntas arbitrales de consumo”.

De hecho, cuando tenía entrada una reclamación de este tipo en la Delegación del Gobierno en Telefónica de España SA, se acusaba recibo de la misma al consumidor comunicando que la Comisión para la Supervisión del Servicio Telefónico con Tarificación Adicional “ha acordado que las reclamaciones relacionadas con dichos servicios se canalicen a través de la Junta Nacional Arbitral de Consumo...Por tanto, para la resolución de las reclamaciones...se pueden elegir una de las dos vías posibles: Juntas Arbitrales de Consumo o Delegación del Gobierno en Telefónica. Al objeto de no incurrir en duplicidad de actuaciones, la elección de una vía supone la renuncia a la otra...se ruega nos comuniquen en el plazo máximo de 30 días cual de las dos vías elige para la resolución de dicha reclamación...” Texto transcrito de uno de los oficios en tal sentido al que he tenido acceso en un expediente arbitral de la Junta Nacional.

<sup>1212</sup> La cláusula 13ª del Contrato Tipo establecía que “tanto Telefónica como el prestador del servicio se someten, para resolver las reclamaciones que los usuarios dirijan contra ellos por la prestación de los servicios suministrados a través del prefijo 903/906, al sistema arbitral de consumo. Todo ello sin perjuicio de que el usuario elija otro cauce para dirimir las cuestiones litigiosas”.



Código que impliquen un perjuicio económico para el usuario podrán resolverse a través del sistema arbitral de consumo”.

Pero hablamos en pasado porque consideramos que estos últimos años el Ministerio competente en materia de telecomunicaciones desea recuperar el protagonismo perdido.

El primer paso lo dio con la creación en 2005 de la Oficina Nacional de Atención al Usuario de Telecomunicaciones, que llegó a atender en 2009 un total de 240.290 consultas y tramitó 30.423 reclamaciones<sup>1213</sup>, un volumen que resulta muy significativo en relación a las 28.306 reclamaciones del sistema arbitral de consumo de 2007.

El segundo paso, lo ha dado con la aprobación en 2007 de un procedimiento administrativo especial para tramitar las reclamaciones de los usuarios desde esta Oficina Nacional del Ministerio<sup>1214</sup>.

Y el tercer y último paso lo adoptó en 2009 con la modificación de la normativa de telecomunicaciones, suprimiendo la subsidiariedad del procedimiento administrativo ante el Ministerio competente en materia de telecomunicaciones, que pasa a ser la referencia principal, y suprimiendo igualmente la referencia expresa al Sistema Arbitral de Consumo<sup>1215</sup>.

Desde nuestro punto de vista, esta opción ministerial está derivando a los ciudadanos hacia un medio de reclamación poco accesible y parcial.

### **6.3.1.-La naturaleza jurídica del procedimiento administrativo de reclamaciones en esta materia es la de un mero informe no vinculante**

En general, la doctrina ha criticado por diversos motivos el procedimiento administrativo a que hacemos referencia y se ha planteado en particular su naturaleza jurídica así como su relación con el procedimiento de arbitraje de consumo.

En el apartado de las críticas, LAGUNA se sorprende de que esta normativa restrinja el acceso al procedimiento a las personas físicas cuando la normativa de protección de los consumidores acepta expresamente a las jurídicas sin ánimo de lucro<sup>1216</sup>. GIMÉNEZ CERVANTES señala la

---

<sup>1213</sup> La Oficina ha atendido 43.286 consultas en 2005, 62.606 en 2006, 144.724 en 2007 y 234.780 en 2008. Respecto de reclamaciones, se han presentado en 2007 un total de 19.767 reclamaciones y 24.679 en 2008, datos obtenidos de [www.usuarioteleco.es](http://www.usuarioteleco.es).

<sup>1214</sup> Regulado por Orden ITC/1030/2007, de 12 de abril, por la que se regula el procedimiento de resolución de las reclamaciones por controversias entre usuarios finales y operadores de servicios de comunicaciones electrónicas y la atención al cliente por los operadores, BOE 20-4-2007.

<sup>1215</sup> El vigente Real Decreto 899/2009, CDUSCE, dedica su artículo 27 a regular los mecanismos de reclamación y ha suprimido toda referencia explícita al sistema arbitral de consumo, declarando que el organismo competente es la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información, sin perjuicio de los procedimientos de mediación o resolución de controversias que, en su caso, hayan establecido los órganos competentes en materia de consumo de las Comunidades Autónomas.

<sup>1216</sup> JOSÉ CARLOS LAGUNA DE PAZ. *Telecomunicaciones: Regulación y Mercado*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2004, p. 73, nota 166. Añado además que tal restricción resulta ilegal porque resulta de preferente aplicación, como la propia normativa de telecomunicaciones indica, la de arbitraje de consumo, que igualmente permite el acceso a las personas jurídicas, artículos 3 y 57 TRLGDCU.

conveniencia de su supresión a favor del arbitral y del judicial<sup>1217</sup> mientras que CARRASCO llega a afirmar que se trata de un “simple modo de escamotear la competencia autonómica protectora de los consumidores finales”<sup>1218</sup>. ALFONSO considera que debe limitarse a los aspectos administrativos de los derechos de los consumidores, no a los civiles<sup>1219</sup>, y MENDOZA pone el acento en su escaso éxito y, en contra de lo que se predica, afirma que no se trata de un procedimiento asequible (oficina administrativa sólo en Madrid), ni gratuito (se incurre en gastos si hay que pleitear recurriendo la resolución administrativa ante la jurisdicción contencioso-administrativa) ni rápido (pone de ejemplo los 5 años en el caso reflejado en la sentencia del TSJ Madrid de 13-11-2002, RJCA 2003, 573)<sup>1220</sup>.

Respecto de su naturaleza, tanto CARRASCO como ORTEGA señalan que se trata de un “pseudoarbitraje” que se impone a los operadores y critican con dureza que pueda llegar a excluir al arbitraje de consumo concentrando la gestión de estas reclamaciones en Madrid, lo que beneficia a las operadoras<sup>1221</sup>. MERINO entiende que se trata de un procedimiento cuya resolución, dictada por árbitros o componedores, no tiene valor vinculante y es impugnable ante la jurisdicción contencioso-administrativa<sup>1222</sup>. Y GERBOLÉS entiende que “no estamos ante un sistema arbitral, sino que se trata de un

---

<sup>1217</sup> Cfr. JOSÉ GIMÉNEZ CERVANTES, en JOSE MANUEL VILLAR URÍBARRI (Dtor). *La nueva regulación de las Telecomunicaciones, la Televisión e Internet*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2003, p. 61.

<sup>1218</sup> ANGEL CARRASCO. “La Administración de las telecomunicaciones. Régimen de infracciones y sanciones”, en ALMUDENA ARPÓN DE MENDÍVIL ALDAMA y ÁNGEL CARRASCO PERERA (Dtores). *Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones*. 1ª edición. Pamplona: Aranzadi, 1999, p. 877.

Como ocurre en todos los antiguos servicios públicos que van siendo liberalizados, la específica protección sectorial que el legislador otorga a todos los destinatarios o abonados del correspondiente servicio universal para evitar que el proceso provoque graves desprotecciones, ya sean consumidores finales o no, acaba solapándose con la legislación de protección de los consumidores, provocando una inaplicación de hecho de ésta dado que, aunque sus contenidos sean similares, nunca resultará tan concreta como la sectorial, y bien sabemos que la concreción facilita en grado sumo la aplicación inmediata de una norma. Este hecho podría provocar con el tiempo una paralela relegación de las instituciones de consumo por las instauradas por las autoridades de telecomunicaciones para la resolución de consultas y conflictos, que nunca van a aplicar a sus actuaciones el ordenamiento jurídico de un modo integral, sino exclusivamente su regulación sectorial. En este sentido también, ANGEL CARRASCO PERERA (Dtor). *El Derecho de Consumo en España: presente y futuro*. Madrid: Instituto Nacional del Consumo, 2002, pp. 33-34 y 401.

<sup>1219</sup> Vid. OLGA LUCÍA ALFONSO VELÁSQUEZ. *El contrato de servicio telefónico*. 1ª edición. Madrid: Reus, 2010, p. 256.

<sup>1220</sup> ANA ISABEL MENDOZA LOSANA. “Servicios telefónicos de tarificación adicional: luces y sombras de la nueva regulación”: *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, nº 8, 2005, p. 99.

<sup>1221</sup> LUÍS ORTEGA ÁLVAREZ, en EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA y TOMÁS DE LA QUADRA-SALCEDO (Coord.). *Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones, Ley 32/2003 de 3 de noviembre*. Madrid: Civitas, 2004, pp. 637-638.

ÁNGEL CARRASCO PERERA Y ANA I. MENDOZA LOSANA, “Los derechos de los usuarios de las telecomunicaciones” en ALMUDENA ARPÓN DE MENDÍVIL ALDAMA y ÁNGEL CARRASCO PERERA (Dtores). *Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones*. 1ª edición. Pamplona: Aranzadi, 1999, p. 667-669.

<sup>1222</sup> JOSÉ MERINO MERCHÁN. “Derecho de los usuarios en materia de telecomunicaciones”, en JOSÉ FERNANDO MERINO MERCHÁN y MARÍA PÉREZ-UGENA Y COROMINA (Coord.). *Curso de Derecho de las Telecomunicaciones*. Madrid: Dykinson, 2000, p. 53.

procedimiento administrativo que se inicia a instancia de parte, y del que no se ha previsto una forma de terminación ordinaria”<sup>1223</sup>.

Pese a las críticas, ningún autor parece discutir la virtualidad jurídica del procedimiento<sup>1224</sup>. Sin embargo entiendo que tal es precisamente su talón de Aquiles. Las resoluciones de estos procedimientos administrativos en modo alguno podrán vincular jurídicamente a las partes en conflicto dado la naturaleza privada de sus relaciones. En este sentido, GARBERÍ, quien también lo considera un arbitraje obligatorio para operadores, considera que “seguramente no encontrará seguimiento en los tribunales civiles cuando se demande su ejecución”<sup>1225</sup>.

Este procedimiento es idéntico al de otros organismos administrativos encargados de la tutela de ciertas parcelas económicas y que también atienden las reclamaciones privadas de los usuarios, como los Servicios de Reclamaciones del Banco de España y de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones.

Los correspondientes actos administrativos que finalizan estos procedimientos son la expresión de la opinión de un organismo administrativo, oídas ambas partes, cuya fuerza de obligar no puede ir más allá de la *auctoritas* derivada de la institución o los autores materiales de los mismos, y en modo alguno por el ejercicio de *potestas* alguna<sup>1226</sup>.

Nótese que uno de los conflictos más habituales es la discusión sobre la cuantía del consumo telefónico. La Administración no resulta competente para resolver conflictos entre particulares sometidos al Derecho Privado, monopolio

---

<sup>1223</sup> SILVIA GERBOLÉS RODRÍGUEZ, en la obra de JAVIER CREMADES y JAIME RODRÍGUEZ-ARANA (Dtores). *Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones (Aprobada por Ley 32/2003, de 3 de noviembre)*. Madrid: La Ley-Actualidad, 2004, pp. 525-526.

<sup>1224</sup> Cfr. ÁNGEL CARRASCO PERERA y ANA MENDOZA LOSANA. *La protección de los consumidores y usuarios en el nuevo régimen jurídico del mercado de las telecomunicaciones: estudio comparativo de las leyes 32/2003 y 11/1998*. Centro de Estudios de Consumo, Universidad de Castilla-La Mancha, febrero de 2004. En Internet, en <<http://www.uclm.es/cesco/investigacion/14.pdf>>, 121 pp. Consulta realizada el 4-4-2007, p. 70: “...se inviste a la Administración, en concreto al MCYT, de la potestad de resolver conflictos entre particulares por los cauces propios del procedimiento administrativo. Constituyendo este procedimiento un instrumento de intervención administrativa para la tutela de los derechos de los consumidores y usuarios finales, siempre que éstos se sometan voluntariamente a dicho procedimiento”. También se puede consultar en ÁNGEL CARRASCO PERERA (Coord). *Estudios sobre Telecomunicaciones y Derecho de Consumo*. Navarra: Aranzadi, 2005, p. 145.

<sup>1225</sup> Vid. JOSÉ GARBERÍ LLOBREGAT (Dtor). *Comentarios a la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje. Doctrina, Jurisprudencia, Formularios, Legislación*. 1ª edición. Barcelona: Bosch, 2004, vol. 2., p. 1505.

<sup>1226</sup> En Derecho romano se entiende por *auctoritas* el prestigio personal socialmente reconocido frente a la *potestas* o poder de gobierno de los magistrados, MANUEL JESUS GARCÍA GARRIDO. *Derecho Privado Romano. Casos Acciones e Instituciones*. 8ª edición. Madrid: Dykinson, 1999, p. 58, citando a ÁLVARO D’ORS. *Derecho Privado Romano*. 8ª edición. Pamplona. Universidad de Navarra, 1991, 635 pp., en cuyo parágrafo 8 señala “la diferencia... entre el saber socialmente reconocido (autoridad) y el poder socialmente reconocido (potestad); aquélla refuerza a ésta, pero le sirve al mismo tiempo de límite”.

En *Diccionario de Jurisprudencia Romana. Casos Acciones e Instituciones*. 3ª edición. Madrid: Dykinson, 1988, reimp. 1993, p.42, MANUEL JESUS GARCÍA GARRIDO definía *auctoritas* como “autoridad o sabiduría socialmente reconocida. Se contrapone a potestas o poder de mando socialmente reconocido. El término se utiliza con referencia a personas o grupos que gozan de prestigio social, por el carisma o la sabiduría que se les reconoce, y que por ello pueden avalar los actos de otros. Se habla de autoridad del pueblo (*auctoritas populi*), o del príncipe (*auctoritas principii*); de los juristas (*auctoritas prudentium*); del senado (*auctoritas patrum*); del padre de familia (*auctoritas patris*)”.

de Jueces y Tribunales y de los correspondientes órganos arbitrales cuando a ellos se hayan sometido las partes.

Además, el procedimiento administrativo de reclamación ante la Oficina Nacional se ha establecido exclusivamente para aplicar la legislación específica de telecomunicaciones, y por tanto, con total y absoluta omisión y consideración a la legislación contractual y de protección de los consumidores, lo que dificulta que se pueda confiar en la justicia y conformidad a derecho de la “resolución” resultante<sup>1227</sup>.

Así pues, la naturaleza jurídica del acto de terminación de este procedimiento, lejos de la resolución administrativa, se aproxima más a la de un informe que analiza el litigio exclusivamente desde la óptica de la legislación de telecomunicaciones, sin perjuicio de los procedimientos sancionadores que pudieran incoarse frente al operador como consecuencia del conocimiento que por esta vía tenga la Administración de la comisión de una infracción tipificada, extremo éste que también contribuye a “reforzar” la *auctoritas* del organismo administrativo<sup>1228</sup>.

En este sentido son muy clarificadoras las aportaciones de PARADA, que analiza la diferencia entre acto administrativo y resolución administrativa.

Podemos definir al primero con la clásica de ZANOBINI muy difundida en la doctrina española como “toda manifestación de voluntad, de deseo, de conocimiento o de juicio realizada por la Administración Pública en el ejercicio de una potestad administrativa”; y a la resolución administrativa como una subespecie de acto administrativo que se caracteriza por ser una manifestación de voluntad creadora de situaciones jurídicas susceptible de enjuiciamiento, a la que PARADA considera debe limitarse el concepto de acto<sup>1229</sup>.

Pues bien, el acto final del procedimiento administrativo sobre reclamaciones de telecomunicaciones no puede considerarse una resolución administrativa propiamente dicha, ya que la Administración carece de potestad para imponer soluciones entre un consumidor y un operador ligados por un contrato privado. De la multitud de actos administrativos existentes y diferentes a la resolución, como son las certificaciones, citaciones, comparencias,

---

<sup>1227</sup> El artículo 3.2 de la Orden ITC/1030/2007, de 12 de abril, dispone que “no podrán ser objeto del procedimiento regulado en este capítulo las controversias que se encuentren reguladas por normativa distinta de la de protección específica de los usuarios finales de servicios de comunicaciones electrónicas, tales como: a) La procedencia de indemnización por posibles daños y perjuicios causados por la prestación deficiente del servicio o por su falta de prestación. b) La posible existencia de cláusulas abusivas según la Ley 26/1984, de 19 de julio, General de defensa de los consumidores y usuarios. c) Las posibles infracciones de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad. d) Las materias relacionadas con la protección de datos personales. e) Las denuncias por incumplimiento de normativa reguladora de las relaciones entre operadores cuya competencia corresponda a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones. f) Todas aquellas otras materias que deban ser conocidas necesariamente por los Juzgados y Tribunales. g) Las reclamaciones dirigidas a otras Administraciones públicas con competencia en la protección de los consumidores y usuarios.”

<sup>1228</sup> El artículo 130.2 de la Ley 30/1992 de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, BOE 27-11-1992, establece que “las responsabilidades administrativas que se deriven del procedimiento sancionador serán compatibles con la exigencia al infractor de la reposición de la situación alterada por el mismo a su estado originario, así como con la indemnización por los daños y perjuicios causados que podrán ser determinados por el órgano competente, debiendo, en este caso, comunicarse al infractor para su satisfacción en el plazo que al efecto se determine, y quedando, de no hacerse así, expedita la vía judicial correspondiente”.

<sup>1229</sup> RAMÓN PARADA. *Derecho Administrativo I. Parte General*. 17ª edición. Madrid: Marcial Pons, 2008, pp. 100-102.

práctica de pruebas, etc., consideramos que la naturaleza jurídica del que analizamos es la de un informe administrativo.

De hecho, así se consideran las resoluciones de los procedimientos que tramita el Servicio de Reclamaciones del Banco de España y la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, que se denominan “informes”<sup>1230</sup>.

### **6.3.2.- El arbitraje de consumo y el procedimiento administrativo son vías totalmente independientes**

La doctrina también ha analizado si este procedimiento administrativo resulta alternativo o no respecto del arbitral de consumo<sup>1231</sup>.

Consideramos que se trata de procedimientos totalmente independientes, ya que el procedimiento administrativo se sustancia simplemente para manifestar una opinión y el arbitral, como el judicial, se tramita para emitir una decisión vinculante.

Esta independencia permitiría incluso su concurrencia, aunque resultará preferente en caso de discrepancia el laudo arbitral, cuya eficacia vinculante está fuera de toda duda frente a las carencias señaladas que en este sentido presenta la resolución-informe del procedimiento administrativo.

Este criterio es el que entendemos queda también recogido en la regulación administrativa de telecomunicaciones. Podemos constatar la independencia de ambos procedimientos si analizamos tres supuestos concretos.

En primer lugar, al plantearnos si el acceso al procedimiento arbitral exige como requisito previo la interposición de reclamación por el usuario ante el operador. Dado que tal requisito no está previsto en la normativa reguladora del arbitraje de consumo, la respuesta ha de ser negativa<sup>1232</sup>.

En segundo lugar, y a la inversa, de la literalidad de la norma se infiere que el acceso al procedimiento administrativo de reclamaciones en materia de telecomunicaciones tampoco requiere una previa interposición de la misma ante una Junta Arbitral de Consumo, aunque sí una previa interposición de la misma ante el operador. Mantener lo contrario sería violentar la voluntad de un

---

<sup>1230</sup> Anualmente el Servicio de Reclamaciones del Banco de España publica una memoria que incluye un resumen estadístico de los expedientes tramitados y la descripción de las reclamaciones cuyos expedientes hayan concluido con informe favorable al reclamante, en [http://www.bde.es/webbde/es/secciones/informes/Publicaciones\\_an/Memoria\\_del\\_Serv/](http://www.bde.es/webbde/es/secciones/informes/Publicaciones_an/Memoria_del_Serv/), consulta realizada el 28.10.2010.

En el caso de Seguros, la propia web del Ministerio afirma que “los criterios expuestos a continuación se utilizan por el Servicio de Reclamaciones de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones en la resolución de sus informes sin que tengan carácter vinculante ni la consideración de actos administrativos, y en consecuencia, contra ellos no cabe recurso alguno”, en <http://www.dgsfp.meh.es/reclamaciones/index.asp>, consulta realizada el 28.10.2010.

<sup>1231</sup> INMACULADA REVUELTA PÉREZ sostiene que ambas vías son alternativas ya que, como incompatibles son la vía jurisdiccional civil y la arbitral de consumo, “tampoco es posible plantear una misma reclamación ante las Juntas Arbitrales de consumo y la SETSI”, en “La protección de los consumidores frente a los nuevos servicios de telecomunicaciones”. *Civitas. Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 116, 2002, p. 554.

<sup>1232</sup> El artículo 104.3 del Real Decreto 424/2005 dispone que “los abonados podrán dirigir su reclamación a las Juntas Arbitrales de Consumo, en los términos establecidos en su normativa reguladora”

consumidor o un operador que legítimamente no desee aceptar un arbitraje, que recordemos es una institución de carácter voluntario<sup>1233</sup>.

Por último, debemos plantearnos si pueden resultar ambos procedimientos de simultánea utilización. El artículo 3.2 de la Orden ITC/1030/2007, de 12 de abril, dispone que “no podrán ser objeto del procedimiento regulado en este capítulo los asuntos sobre los que haya recaído laudo arbitral”, lo que *sensu contrario* significa que podrán ser simultáneos mientras en el procedimiento arbitral no recaiga laudo.

Es más, la Audiencia Provincial de Málaga considera en 2005 que la tramitación puramente administrativa de las reclamaciones de tarificación adicional es una vía subsidiaria al arbitraje de consumo y así prevista en la propia normativa de telecomunicaciones<sup>1234</sup>.

Todo ello es la mejor prueba de que en el fondo, y pese a las dicciones, son dos procedimientos totalmente independientes y compatibles, de naturaleza resolutoria el arbitral y de naturaleza consultiva el administrativo.

### **6.3.3.- El procedimiento arbitral es un mecanismo más accesible y eficaz que el procedimiento administrativo**

En conclusión, reiterando nuestra afirmación inicial y conforme incluso al criterio de nuestros Tribunales, el sistema arbitral de consumo ofrece mejor acceso, criterio y efectividad jurídica a los consumidores que el procedimiento administrativo ante la Oficina Nacional de atención al usuario de telecomunicaciones.

Ofrece numerosas Juntas distribuidas por todo el territorio nacional. Ofrece la posibilidad de elegir como criterio de resolución tanto el derecho como la equidad, cualquiera de ellos más acorde con la naturaleza de estos litigios por no quedar limitados a la aplicación exclusiva de la normativa de telecomunicaciones. Y ofrece un instrumento, el laudo, cuya eficacia y garantía de cumplimiento ante cualquier autoridad está fuera de toda duda.

Y respecto de los servicios de tarificación adicional, que aunque ya no son servicios de telecomunicaciones, están íntimamente relacionados con ellos y se mueven hoy en día fundamentalmente en el ámbito del comercio electrónico y las relaciones virtuales, consideramos con más razón que el arbitraje es por naturaleza el instrumento adecuado para dar respuesta a los conflictos que generen, ya que permite una tramitación igualmente virtual a través del arbitraje electrónico<sup>1235</sup>, modalidad en la que probablemente se

---

<sup>1233</sup> El derogado artículo 104.4 del Real Decreto 424/2005 preveía que, además del operador, pueda ser el abonado quien no desee someterse al arbitraje de consumo, “para el supuesto de que el operador o el abonado no se sometan a las Juntas Arbitrales, éste podrá dirigirse en el plazo de tres meses desde la respuesta del operador o la finalización del plazo para responder, a la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información”.

<sup>1234</sup> SAP de 21-6-2005- Audiencia Provincial de Málaga- Sección 5, LA LEY 139514/2005.

<sup>1235</sup> Cfr. ASUNCIÓN HERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, “Una experiencia paradigmática: el arbitraje de consumo on line en el marco del sistema español de protección de los consumidores”, en *Revista Estudios sobre Consumo* nº 65, 2003, pp. 37-52. ANA MONTESINOS GARCÍA. “Arbitraje on line”. *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje* Nº 1 de 2005, Tomo XVII-Enero, pp. 131-156. PIEDAD GONZÁLEZ GRANDA. “Protección judicial y extrajudicial de consumidores y usuarios en el ámbito del comercio electrónico”. *Diario La Ley* nº 6733 de 12 de junio de 2007, p. 8. LIDIA MORENO BLESA.

moverá la resolución de conflictos de comercio electrónico en un futuro próximo y en la que jugará un papel estelar el sistema arbitral de consumo<sup>1236</sup>.

#### 6.4.- LA COMISIÓN DE SUPERVISIÓN DE LOS SERVICIOS DE TARIFICACIÓN ADICIONAL

La Comisión de Supervisión de los Servicios de Tarificación Adicional, denominación similar a la de la Comisión creada en 1993, es un órgano administrativo colegiado e interministerial<sup>1237</sup>, dependiente del competente en materia de telecomunicaciones<sup>1238</sup>, creado con el objetivo fundamental de controlar la actividad de los prestadores de servicios de tarificación adicional.

Para ello se la dota de dos potestades fundamentales, una primera que le permite la elaboración de Códigos de Conducta reguladores de la actividad y otra que le permite retirar las numeraciones que incumplan estos Códigos, aunque esta segunda potestad administrativa ha sido recortada por la reforma de 2004 de la Orden PRE/361/2002, de 14 de febrero, ya que ahora es ejercida por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en todos los casos, y la Comisión de Supervisión se limita a realizar la instrucción del expediente previo mediante un procedimiento cuya propuesta de resolución se denomina “informe”.

---

“La solución extrajudicial de litigios de consumo a través del arbitraje *on line*”: *Revista de la Contratación Electrónica*, nº 97, 2008, pp. 3-59.

<sup>1236</sup> Cfr. SANTIAGO CAVANILLAS MÚGICA. “Propuestas para mejorar la protección de los consumidores en el comercio electrónico”. *IDP-Revista de Internet, Derecho y Política* de la UOC-Universitat Oberta de Catalunya, nº 2, 2006, pp. 28-29. PIEDAD GONZÁLEZ GRANDA. “Protección judicial y extrajudicial de consumidores y usuarios en el ámbito del comercio electrónico”. *Diario La Ley* nº 6733 de 12 de junio de 2007, p. 9. JESÚS CHECA BRAVO. “Arbitraje con consumidores administrado por entidades ajenas al sistema arbitral de consumo (Incidencia del anteproyecto de Ley-2005 de Mejora de la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios, en el arbitraje de consumo)”, en *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje* Nº 2 de 2006, Tomo XVIII-Mayo, pp. 281-283.

<sup>1237</sup> El artículo 6 de la Orden PRE/361/2002, de 14 de febrero, establece la composición de la Comisión de Supervisión de los Servicios de Tarificación Adicional. Son 14 miembros, Presidente, Vicepresidente y 12 vocales miembros (cuatro funcionarios, dos representantes de los consumidores, tres representantes de los operadores, dos representantes de los prestadores y un representante de las CCAA). La composición de la Comisión ha sufrido variaciones a lo largo del tiempo. En 1993 se otorgaba a la Administración el control absoluto de la Comisión, a la que correspondían de modo directo cuatro de las ocho vocalías, ya que el Presidente, elegido entre los miembros, ostentaba voto de calidad. En 2002 se establecen las líneas básicas de la actual composición, con una presidencia dependiente del Ministerio competente en materia de telecomunicaciones y una vicepresidencia dependiente del competente en materia de consumo. Entonces estaba compuesta por doce miembros, de los que seis pertenecían a la Administración. La reforma de 2004 introduce dos miembros más, un miembro nato, el representante del operador designado para la prestación del servicio universal de telecomunicaciones, y un segundo a designar por los prestadores de servicios de tarificación adicional. Con esta composición, la Administración General del Estado pierde poder de decisión en la Comisión, y necesita del apoyo de otros sectores para la aprobación de sus criterios.

<sup>1238</sup> La Disposición Adicional segunda de la Orden PRE/361/2002, establece que el funcionamiento de la Comisión de Supervisión de los Servicios de Tarificación Adicional no supondrá incremento del gasto público, y será atendido con los medios materiales y humanos existentes en la Dirección General de Telecomunicaciones.

La Comisión funciona en Pleno y en Comisión Permanente<sup>1239</sup>. La Comisión Permanente es realmente el órgano que lleva el peso de las funciones asignadas<sup>1240</sup>.

Analizamos a continuación la naturaleza jurídica de tan curiosa institución, competente para aprobar normas regulatorias sobre un sector de la actividad económica, pero a la vez incompetente para su aplicación, y en particular, si se podría asimilar a la figura de la denominada “Agencia”, o a la categoría de organismos que por Ley están dotados de potestad reglamentaria.

#### 6.4.1.1.1 La Comisión no es una Agencia

La Administración instrumental es una forma organizativa propia de la tradición jurídica anglosajona que se viste con muy diversas denominaciones<sup>1241</sup> de las que la más conocida quizás sea el término estadounidense de “Agency”, Agencia.

El ordenamiento jurídico español reserva desde hace poco este término para denominar a los tradicionales organismos públicos integrantes de la denominada Administración institucional o instrumental, figura utilizada para implementar una gestión administrativa funcionalmente descentralizada<sup>1242</sup> y que ha sido regulada recientemente por la Ley de Agencias Estatales para la mejora de los servicios públicos de 2006, que pretende instaurar esta figura como categoría de referencia<sup>1243</sup>.

---

<sup>1239</sup> La Comisión Permanente está integrada, al menos, por el Vicepresidente, que la presidirá, el Secretario y un representante, respectivamente, de los consumidores y usuarios, de los operadores de telecomunicaciones y de los prestadores de servicios de tarificación adicional, debiendo cada uno de ellos formar parte del Pleno.

<sup>1240</sup> Los Códigos de Conducta de 2004 y 2009 concretan sus funciones en el artículo 7.2, disponiendo que se delegue en la Comisión Permanente las siguientes funciones: 7.2.1 Control y seguimiento del cumplimiento del Código de Conducta. 7.2.2 Presentación al Pleno, para su aprobación, de cualquier modificación del Código de Conducta y de la Clasificación de los servicios, teniendo en cuenta lo dispuesto en las resoluciones de la SETSI por las que se determinan los códigos de numeración, en el supuesto que ello fuera necesario. 7.2.3 La Comisión Permanente previa audiencia de los interesados, emitirá un informe en el que se especificarán los motivos del incumplimiento y lo remitirá al Órgano Administrativo competente para que dicte Resolución, que será notificada al operador del servicio de red de tarificación adicional correspondiente, a los efectos previstos en el Código de Conducta aplicable. 7.2.4 Elaborar y presentar al Pleno de la Comisión de Supervisión de los Servicios de Tarificación Adicional de un informe anual relativo a los trabajos realizados por la Comisión Permanente. En aras de la transparencia informativa este Informe se hará público. 7.2.5 Estudiar los formatos de presentación de los mensajes y pantallas de servicios por Internet que los operadores del servicio de red de tarificación adicional remitan para ello. En el artículo 7.3 se añade que la Comisión Permanente realizará periódicamente un seguimiento sobre los prestadores u operadores que incumplan un Código de Conducta de forma reiterada, e informará al Órgano Administrativo competente al objeto de que adopte las medidas oportunas.

<sup>1241</sup> Cfr. ANTONIO JESÚS SÁNCHEZ RODRÍGUEZ. Prólogo de Tomás de la Quadra-Salcedo. *Derecho de las Telecomunicaciones. Nuevo Derecho y nuevo mercado*. Madrid: Dykinson 2002, pp. 175-176.

<sup>1242</sup> Hasta 2006 el ordenamiento jurídico administrativo establecía dos modelos de organismos públicos, los organismos autónomos administrativos y las entidades públicas empresariales.

<sup>1243</sup> Cfr. FRANCISCO MARTÍN-CARO GARCÍA, BLANCA BETTSCHEN CAPA, y ABEL ESTOA PÉREZ. *Las agencias estatales*. 1ª edición. Madrid: Iustel, 2007, pp.17-24. De hecho, la Ley autoriza al Gobierno para crear la Agencia Estatal de Evaluación de las Políticas Públicas y la Calidad de los Servicios con tal fin. Ley 28/2006, de 18 de julio, de Agencias estatales para la mejora de los servicios públicos, BOE 19-7-2006.



Para PÉREZ GÁLVEZ, las Agencias son un *tertium genes* muy parecido a los Organismos Autónomos tradicionales, aunque dotadas de mayor flexibilidad y capacidad de articular cierta participación de las Comunidades Autónomas en materias sobre las que carecen de competencias, constituyendo junto a las entidades públicas empresariales, las corporaciones y las fundaciones públicas, las cinco figuras básicas de administración instrumental de nuestro sistema administrativo<sup>1244</sup>.

Aunque la Comisión de Supervisión guarda ciertas similitudes con las Agencias, ya que se adscribe a un Ministerio, ejerce funciones administrativas mediante órganos colegiados y rinde un informe anual, son numerosísimos los elementos propios de éstas que no concurren, como la personalidad jurídica, presupuesto y patrimonio propios, la autorización mediante una norma con rango de Ley para su creación por Real Decreto acordado en Consejo de Ministros o el funcionamiento a través de un contrato de gestión.

#### 6.4.1.1.2 La Comisión no es una Administración independiente

El hecho de que a la Comisión de Supervisión se le reconozca la capacidad de dictar un Código de Conducta nos lleva a analizar si se trata de un organismo propio de la denominada Administración independiente, que se caracteriza porque el organismo ostenta potestad reglamentaria.

La Administración independiente responde a dos características fundamentales, la independencia del Gobierno y la neutralidad política de su gestión<sup>1245</sup>, por lo que MAGIDE la define como la organización administrativa de carácter institucional, no representativa, que desarrolla funciones propias de la Administración activa y que está configurada de forma que el Gobierno y el resto de la Administración gubernativa carecen de las facultades de dirección que configuran típicamente su relación con la Administración institucional instrumental, y ello con la finalidad de neutralizar políticamente una actividad integrada en la órbita del Poder ejecutivo<sup>1246</sup>.

La doctrina que se ha ocupado de esta categoría no es ni mucho menos unánime y se discute casi todo<sup>1247</sup>. Son de tal naturaleza las expresamente citadas en la Disposición Adicional décima de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado<sup>1248</sup>,

---

<sup>1244</sup> Cfr. JUAN FRANCISCO PÉREZ GÁLVEZ. *Las agencias estatales para la mejora de los servicios públicos*. Granada: Comares, 2007, pp. 95-101 y 26-27.

<sup>1245</sup> Cfr. ANDRÉS BETANCOR RODRÍGUEZ. *Las Administraciones independientes: un reto para el Estado social y democrático de derecho*. Madrid: Tecnos, 1994, p. 25.

<sup>1246</sup> MARIANO MAGIDE HERRERO. *Límites constitucionales de las administraciones independientes*. 1ª edición. Madrid: Ministerio de Administraciones Públicas, 2000, p. 33, pp. 55-58 y pp. 83-84.

<sup>1247</sup> ANTONIO MARTI DEL MORAL. *La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones*. 1ª edición. Madrid: Ministerio de Administraciones Públicas. Instituto Nacional de Administración Pública, 2000, p. 243, citando variada bibliografía. Un tratamiento breve pero completo sobre el tema, con derecho comparado, en RAMÓN PARADA. *Derecho Administrativo II. Organización y empleo público*. 19ª edición. Madrid: Marcial Pons, 2007, pp. 261-293.

<sup>1248</sup> Se trata de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, el Consejo de Seguridad Nuclear, RTVE, las Universidades no transferidas, la Agencia de Protección de Datos, el Instituto Español de Comercio Exterior (ICEX), el Consorcio de la Zona Especial Canaria, la Comisión Nacional de Energía, Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, la Comisión Nacional de la Competencia, la Comisión Nacional del Sector Postal y el Consejo Estatal de Medios Audiovisuales, disposición modificada en este sentido

entre las que se encuentra la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones<sup>1249</sup>, norma que garantiza que “el Gobierno y la Administración General del Estado ejercerán respecto de tales Organismos las facultades que la normativa de cada uno de ellos les asigne, en su caso, con estricto respeto a sus correspondientes ámbitos de autonomía”. En particular, y en relación a las demás que puedan crearse en un futuro, se exige en esta disposición que “se les reconozca expresamente por una Ley la independencia funcional o una especial autonomía respecto de la Administración General del Estado...”.

Estos organismos suelen tener reconocida por ley una potestad reglamentaria independiente de la del Gobierno. A las normas que pueden aprobar estos organismos las ha denominado FERNANDO PABLO “Reglamentos Regulatorios” por dirigirse sólo a determinados sujetos, los operadores del sector, y poder recaer sólo en el ámbito específicamente señalado por la legislación que los autoriza<sup>1250</sup>. En todo caso deben respetar los Reglamentos generales que en desarrollo de la ley dicte el Gobierno, titular originario de esta potestad por mandato constitucional<sup>1251</sup>, lo que provocó en su momento un debate doctrinal<sup>1252</sup> sobre la constitucionalidad de tal habilitación legal, ya declarada conforme por el Tribunal Constitucional en dos supuestos<sup>1253</sup> y también analizada de conformidad por la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo<sup>1254</sup>.

La gran diferencia entre estas Instituciones y la Comisión de Supervisión estriba en que la potestad normativa de las administraciones independientes está específicamente otorgada por la ley, mientras que en el caso de la

---

por la D.F. 1ª de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual, BOE 1-4-2010.

<sup>1249</sup> El caso del Banco de España es particular, pues su autonomía ha pasado de ser garantizada por ley a incluirse en un tratado internacional, vid. ANTONIO MARTI DEL MORAL. *La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones*. 1ª edición. Madrid: Ministerio de Administraciones Públicas. Instituto Nacional de Administración Pública, 2000, p. 244.

<sup>1250</sup> MARCOS M. FERNANDO PABLO. *Derecho General de las Telecomunicaciones*. 1ª edición. Madrid: Colex, 1998, p. 166.

<sup>1251</sup> Cfr. ANTONIO JESÚS SÁNCHEZ RODRÍGUEZ. Prólogo de Tomás de la Quadra-Salcedo. *Derecho de las Telecomunicaciones. Nuevo Derecho y nuevo mercado*. Madrid: Dykinson 2002, p. 195.

<sup>1252</sup> Por todos, MARIANO MAGIDE HERRERO. *Límites constitucionales de las administraciones independientes*. Madrid: Ministerio de Administraciones Públicas, 2000, 561 pp.

<sup>1253</sup> ANTONIO MARTI DEL MORAL analiza la STC 135/1992 de 5-10 (BOE 29-10-1992) en relación al Banco de España y la STC 133/1997 de 16-7 (BOE 6-8-1997) en relación a la Comisión Nacional del Mercado de Valores. *La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones*. 1ª edición. Madrid: Ministerio de Administraciones Públicas. Instituto Nacional de Administración Pública, 2000, pp. 151-154. En relación al Banco de España, GERMÁN FERNÁNDEZ FARRERES señala también en tal sentido las SSTC 178/1992 de 16-11 y 97/1993 de 11-3, cfr. en TOMÁS QUADRA-SALCEDO y FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, (Dtor). *Aspectos jurídicos de las telecomunicaciones*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2003, p. 63.

<sup>1254</sup> En relación a la CMT, STS de 1 de febrero de 2006, RJ 2006/466, que anula la Circular 1/1998 de 30 de Julio, de la CMT, sobre campañas publicitarias efectuadas por los operadores con posición de dominio. Vid. comentario en ANA BELÉN LUCAS TOBAJAS. “Las funciones en materia de competencia de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (análisis de la sentencia del Tribunal Supremo de 1 de febrero de 2006)”. *Revista General de Derecho Administrativo* nº 12, 2006, 16 pp. y JOSÉ VIDA FERNÁNDEZ. “Telecomunicaciones”. *Revista General de Derecho Administrativo* nº 12, 2006, pp. 6-8 del artículo. También se analiza esta potestad normativa en Sentencia de la Audiencia Nacional de 23 de octubre de 2001 frente a la Circular 1/1999, de 4 de noviembre, de la CMT, sobre preasignación, que el Supremo acabó casando en sentencia de 20-12-2004, RJ 2005/538.

Comisión de Supervisión se otorga *contra legem*, como en repetidas ocasiones hemos puesto de manifiesto al analizar la naturaleza de los Códigos de Conducta.

Tampoco encontramos las garantías de autonomía que la doctrina predica de las denominadas administraciones independientes, orgánicas, funcionales y normativas<sup>1255</sup>. No hay independencia orgánica garantizada mediante un mandato irrevocable para la permanencia en el cargo de los miembros frente a la discrecionalidad de la Administración matriz. Tampoco existe independencia funcional, que garantiza la autonomía de gestión, ya que la capacidad resolutoria pertenece siempre al Ministerio. Ni existe independencia normativa, ya que en cualquier momento, el Ministerio o el Gobierno pueden modificar el régimen jurídico al que se somete la Comisión de Supervisión.

Como última nota característica de estas administraciones destaca SÁNCHEZ RODRÍGUEZ el otorgamiento al organismo de *auctoritas* en la materia derivada del prestigio de sus miembros,<sup>1256</sup> lo único que parece garantizado en la Comisión de Supervisión cuando se exige a algunos de sus componentes rango mínimo de Subdirector General.

#### 6.4.1.1.3 La Comisión es un órgano colegiado de control administrativo al que se ha dotado ilegalmente de potestad reglamentaria

Dado que la Comisión es un órgano colegiado, porque “varias personas, de forma simultánea y en situación de igualdad, ejercitan la función del órgano que se trata”<sup>1257</sup>, y dado que también es un órgano de participación social, ya que también está integrado por representantes de organizaciones de consumidores, prestadores de servicios de tarificación adicional y operadores<sup>1258</sup>, su naturaleza jurídica podría buscarse en la órbita de la

---

<sup>1255</sup> Cfr. ANTONIO MARTI DEL MORAL. *La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones*. 1ª edición. Madrid: Ministerio de Administraciones Públicas. Instituto Nacional de Administración Pública, 2000, pp. 246-259. MARIANO MAGIDE HERRERO considera cuatro elementos o garantías de independencia, el funcional, el personal, el financiero y el organizativo. *Límites constitucionales de las administraciones independientes*. Madrid: Ministerio de Administraciones Públicas, 2000, pp. 83-120. Por su parte, JOSÉ GIMÉNEZ CERVANTES propone los siguientes rasgos para determinar el grado de independencia respecto del poder político: Estructurales (naturaleza colegiada, autonomía presupuestaria y potestad de autoorganización), Régimen de sus miembros (nombramiento, cese, cualificación, mandato e incompatibilidades) y Funciones (en particular, potestad normativa y régimen de recursos ante sus decisiones), en JOSE MANUEL VILLAR URÍBARRI (Dtor). *La nueva regulación de las Telecomunicaciones, la Televisión e Internet*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2003, pp. 45-52.

<sup>1256</sup> Se intenta que el sometimiento de los agentes a su *potestas* quede igualmente reforzado por el acierto de sus decisiones, cfr. ANTONIO JESÚS SÁNCHEZ RODRÍGUEZ. Prólogo de Tomás de la Quadra-Salcedo. *Derecho de las Telecomunicaciones. Nuevo Derecho y nuevo mercado*. Madrid: Dykinson 2002, p. 185.

<sup>1257</sup> Cfr. RAFAEL ENTRENA CUESTA. *Curso de Derecho Administrativo. Volumen I/2. Organización administrativa*. 12ª edición. Madrid: Tecnos, 1998, p. 56. El artículo 38.1 de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado establece que “son órganos colegiados aquellos que se creen formalmente y estén integrados por tres o más personas, a los que se atribuyan funciones administrativas de decisión, propuesta, asesoramiento, seguimiento o control, y que actúen integrados en la Administración General del Estado o alguno de sus Organismos públicos”.

<sup>1258</sup> Destaca Entrena que los órganos colegiados en que participen organizaciones representativas de intereses sociales tienen algunas singularidades, entre ellas, que quedan integrados en la Administración pública que corresponda aunque sin participar en la estructura jerárquica de ésta, salvo que así lo

Administración consultiva<sup>1259</sup>, sector que utiliza habitualmente estructuras de este tipo y que, en opinión de PARADA, está originando fenómenos patológicos cuya consecuencia más visible es una cierta paralización de la acción administrativa por miedo a la responsabilidad de decidir<sup>1260</sup>.

Sin embargo, sus funciones no son de este tenor, es simplemente un órgano administrativo encargado de la instrucción de un tipo de expedientes muy concreto, el de retirada de las numeraciones de servicios de tarificación adicional, y al que tras la correspondiente instrucción le corresponde formular la propuesta de resolución prevista en la ley que regula el procedimiento administrativo, el artículo 84.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, propuesta que será de retirada o no de numeraciones incumplidoras de obligaciones administrativas<sup>1261</sup>. A esta propuesta de resolución se la denomina en la normativa de servicios de tarificación adicional “informe”, pero ello no significa que sea un informe real, puesto que su naturaleza jurídica es la de una propuesta de resolución administrativa<sup>1262</sup>.

En definitiva, entendemos que la Comisión de Supervisión es un órgano colegiado de participación social, que contradictoriamente a su composición, propia de los órganos consultivos, no puede identificarse más que como una unidad orgánica más de la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información a la que se ha dotado ilegalmente de potestad reglamentaria, y por tanto, como tal, totalmente prescindible.

## 6.5.- LA RETIRADA DE LA NUMERACIÓN

Al margen de otras responsabilidades administrativas en que puedan incurrir los operadores por infracciones cometidas en materia de telecomunicaciones, fundamentalmente la imposición de multas pecuniarias<sup>1263</sup>, el régimen administrativo específico de los servicios de tarificación adicional se caracteriza por el establecimiento de una única sanción ante el incumplimiento de su normativa, la retirada del número, que se lleva a cabo a través de la tramitación de un procedimiento administrativo en el que, tras la denuncia correspondiente, intervienen los servicios de inspección del

---

establezcan sus normas o se desprenda de sus funciones o naturaleza, RAFAEL ENTRENA CUESTA. *Curso de Derecho Administrativo. Volumen I/2. Organización administrativa*. 12ª edición. Madrid: Tecnos, 1998, p. 62.

<sup>1259</sup> Puede ampliarse este tema mediante la bibliografía compilada por RAÚL CANOSA USERA. “La función consultiva: bibliografía”. *Revista Documentación Administrativa* nº 226 (Abril-Junio 1991), monográfico sobre “La función consultiva”, páginas 265-296. Así como los artículos contenidos en esta monografía.

<sup>1260</sup> RAMÓN PARADA. *Derecho Administrativo II. Organización y empleo público*. 19ª edición. Madrid: Marcial Pons, 2007, pp. 323-324.

<sup>1261</sup> Señala Entrena que por la índole de las funciones ejercidas se clasifican en órganos activos, consultivos y de control, y que en este sentido, “en ocasiones un mismo órgano participa de una doble naturaleza”, en RAFAEL ENTRENA CUESTA. *Curso de Derecho Administrativo. Volumen I/2. Organización administrativa*. 12ª edición. Madrid: Tecnos, 1998, p. 56.

<sup>1262</sup> Vid. STS, Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo, 2-6-2010, VLex 215150099.

<sup>1263</sup> Es el caso de las Sentencias de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso, de 24 de Marzo de 2009, VLex 60281773, y 14 de Septiembre de 2009, VLex 68249288, entre otras muchas.

Ministerio, la Comisión de Supervisión, la Secretaría de Estado y la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.

La retirada de la numeración está prevista en el artículo 7 de la Orden PRE/361/2002, de 14 de febrero, el artículo 6 del Código de Conducta de 2004 y el artículo 4.3 del Código de Conducta de 2009, y su proceso puede resumirse, en líneas generales, del siguiente modo:

1- De oficio o a instancia de parte, la Comisión para la Supervisión de los Servicios de Tarificación Adicional, previa audiencia a los interesados, instruye un expediente para acreditar los motivos del incumplimiento, la identificación de las partes intervinientes y la determinación del número telefónico sobre el que se ha producido el incumplimiento.

2- El expediente se somete a la consideración del Secretario de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información, quien, en su caso, dicta Resolución, que será notificada al operador del servicio de red de tarificación adicional correspondiente, quien estará obligado a retirar con carácter inmediato el número telefónico suministrado al prestador de servicios de tarificación adicional que ha incumplido el Código de Conducta<sup>1264</sup>.

La Resolución debe imponer una segunda y consecutiva sanción, en este caso al operador de red, consistente en que no podrá asignar ese mismo número a otro prestador al menos durante un año. En caso de mensajería premium se impone directamente la cancelación de la asignación del número durante un año.

3- Cabe aún una tercera sanción más dura aún, la cancelación del número durante dos años, si transcurridos 8 días naturales desde la notificación de la Resolución al operador de red, éste no hubiese procedido a la retirada del número telefónico. En el caso de mensajería premium, no se establece esta sanción.

A nuestro entender, la aparente naturaleza jurídica sancionadora de este régimen no es tal, pero su identificación exacta requiere previamente que fijemos la de la numeración de telecomunicaciones y su asignación a los operadores.

### **6.5.1.- La naturaleza jurídica pública de la numeración**

Las numeraciones telefónicas no son propiedad de las operadoras, son recursos o bienes públicos titularidad del Estado<sup>1265</sup> que se ordenan mediante

---

<sup>1264</sup> Por Resolución de 14 de septiembre de 2004, de la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información, sobre delegación de competencias, BOE 18-9-2004, se delegó la competencia en el Subdirector General de Inspección y Supervisión, ratificada por el art. 16.8.b) de la Orden ITC/3187/2004, de 4 de octubre, por la que se delegan competencias del Ministro de Industria, Turismo y Comercio y por la que se aprueban las delegaciones de competencias de otros órganos superiores y directivos del departamento, BOE 6-10-2004.

<sup>1265</sup> Así lo afirma también JAVIER CREMADES, en EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA y TOMÁS DE LA QUADRA-SALCEDO (Coord.). *Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones, Ley 32/2003 de 3 de noviembre*. Madrid: Thomson-Civitas, 2004, p. 295 y ANGEL CARRASCO Y ANA I. MENDOZA. “Numeración y selección de operador”, en ALMUDENA ARPÓN DE MENDÍVIL ALDAMA y ÁNGEL CARRASCO PERERA (Dtores). *Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones*. Pamplona: Aranzadi, 1999, p. 563.

Planes por la Administración<sup>1266</sup> de acuerdo con las directrices de coordinación internacionales de la UIT-Unión Internacional de Telecomunicaciones<sup>1267</sup> y que posteriormente se asignan a operadores y abonados para su utilización.

La naturaleza jurídico pública de la numeración queda reflejada con claridad en los artículos 16.7 y 48.4.b) de la LGT y el artículo 29 del Real Decreto 2296/2004, de 10 de diciembre, cuando disponen que “los recursos de numeración, direccionamiento y denominación necesarios para la prestación de los servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público tienen carácter público”, que “la asignación de recursos públicos de numeración, direccionamiento o denominación no supondrá el otorgamiento de más derechos que el de su uso conforme a lo establecido en este reglamento”, que “la utilización de recursos públicos de numeración, direccionamiento o denominación no implica el otorgamiento de derecho alguno de propiedad industrial o intelectual” y que “los derechos de numeración, direccionamiento y denominación no tendrán la consideración de derechos o intereses patrimoniales legítimos a efectos de lo previsto en el artículo 1 de la Ley de 16 de diciembre de 1954, de Expropiación Forzosa, y su modificación no dará derecho a indemnización alguna para los afectados”.

Resulta complejo en el ámbito de este trabajo precisar más la naturaleza jurídica de la numeración como bien público, en particular si estos recursos son dominio público y de qué especie, aplicando entonces todas las características del régimen propio de esta institución, y en particular, su carácter inalienable, inembargable e imprescriptible.

Que se trata de un recurso escaso y limitado es una verdad formal para la propia LGT cuando afirma en su artículo 3.d) que uno de sus objetivos es “hacer posible el uso eficaz de los recursos limitados de telecomunicaciones, como la numeración y el espectro radioeléctrico”<sup>1268</sup>. Y la reciente Ley 33/2003,

---

<sup>1266</sup> El Plan Nacional de Numeración está actualmente regulado por el Real Decreto 2296/2004 de 10-12, por el que se aprueba el Reglamento sobre mercados de comunicaciones electrónicas, acceso a las redes y numeración, BOE 30-12-2004. Esta norma declara transitoriamente vigentes las normas de desarrollo del anterior Plan Nacional de Numeración, que fue aprobado por Acuerdo del Consejo de Ministros de 14-11-1997, publicado por Resolución de 18-11-1997 de la Secretaría General de Comunicaciones, BOE 21-11-1997, y objeto de una acción de pública difusión inmediatamente anterior a su entrada en vigor, 4-4-1998, mediante Resolución de 9-3-1998 de la Secretaría General de Comunicaciones, que extracta el contenido del Plan Nacional de Numeración para los Servicios de Telecomunicaciones y publica determinadas medidas en relación con el nuevo Plan de Numeración, BOE 25-3-1998. Igualmente declara transitoriamente vigente el Registro Público de Numeración creado por el Real Decreto 225/1998 de 16-2 por el que se aprueba el Reglamento de Asignación y Reserva de Recursos Públicos de Numeración por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, BOE 25-2-1998, y el Real Decreto 1651/1998 de 24-7 que aprueba el Reglamento que desarrolla el Título II de la Ley 11/1998 de 24 de abril, General de Telecomunicaciones, en lo relativo a la interconexión y al acceso a las redes públicas y a la numeración, BOE 30-7-1998 (corrección de errores BOE 22-10-1998).

<sup>1267</sup> Cfr. JOSÉ CARLOS LAGUNA DE PAZ. *Telecomunicaciones: Regulación y Mercado*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2004, p. 126.

<sup>1268</sup> La escasez de la numeración, pese a que teóricamente la cantidad de números es infinita, es un rasgo que pone de manifiesto la mayoría de la doctrina, instituciones y operadores. Por todos, ANGEL CARRASCO Y ANA I. MENDOZA, “Numeración y selección de operador”, en ALMUDENA ARPÓN DE MENDÍVIL ALDAMA y ÁNGEL CARRASCO PERERA (Dtores). *Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones*. Pamplona: Aranzadi, 1999, pp. 543-546. También JOSÉ CARLOS LAGUNA DE PAZ. *Telecomunicaciones: Regulación y Mercado*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2004, pp. 109-110, quien precisa en la p. 127 que son las recomendaciones internacionales de la UIT las que realmente limitan las cifras a 15, que la numeración debe estar al servicio de la telecomunicación y no al revés y que desde esta perspectiva puede discutirse su carácter de recurso limitado.

de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas admite sin ambages la titularidad pública tanto sobre cosas corporales como incorporales<sup>1269</sup>, aunque mantiene el criterio de necesaria afectación del bien para su consideración como dominio público<sup>1270</sup>.

Pero la LGT no declara ninguna naturaleza demanial de la numeración ni su afectación expresa a ningún servicio público con la contundencia que esta misma Ley utiliza para el espacio radioeléctrico<sup>1271</sup>. En este sentido, a comienzos de los años ochenta la jurisprudencia constitucional comienza a utilizar por vez primera el término dominio público radioeléctrico entendiendo que se trata de un bien de tal naturaleza<sup>1272</sup>, calificación que adoptará el legislador con posterioridad y que actualmente encontramos en numerosas normas, por todas, el artículo 5.2 de la propia LGT, que se refiere al dominio público radioeléctrico<sup>1273</sup>, al dominio público en general y a los recursos de numeración, pero éstos sin más calificativo, por lo que, como destaca MARTI, el legislador no parece pretender su consideración demanial<sup>1274</sup>.

---

<sup>1269</sup> La Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, BOE 4-11-2003, dispone en su artículo 3 que el patrimonio de las Administraciones públicas está constituido por el conjunto de sus bienes y derechos, cualquiera que sea su naturaleza. Sobre la posibilidad de que sean objeto de dominio público las cosas incorporales, vid. FERNANDO GARRIDO FALLA. *Tratado de Derecho Administrativo. Volumen I. Parte General*, 13ª edición. Madrid: Editorial Tecnos, 2002, p. 477 y pp. 515 y 516 sobre telecomunicaciones.

<sup>1270</sup> El artículo 4 dispone que por razón del régimen jurídico al que están sujetos, los bienes y derechos que integran el patrimonio de las Administraciones públicas pueden ser de dominio público o demaniales y de dominio privado o patrimoniales y el artículo 5.1 que son bienes y derechos de dominio público los que, siendo de titularidad pública, se encuentren afectados al uso general o al servicio público, así como aquellos a los que una ley otorgue expresamente el carácter de demaniales.

<sup>1271</sup> Un minucioso análisis del dominio público radioeléctrico el de M<sup>a</sup> ASUNCION TORRES LOPEZ. *Las comunicaciones móviles y su régimen jurídico. Especial tratamiento de la telefonía móvil*. 1ª edición. Madrid: Civitas, 1998, pp. 137-224. Breve en JOSE LUIS CASTELLANO TREVILLA. “Servicio universal y los servicios obligatorios en la Ley General de Telecomunicaciones”, en JOSÉ FERNANDO MERINO MERCHÁN y MARÍA PÉREZ-UGENA Y COROMINA (Coord.). *Curso de Derecho de las Telecomunicaciones*. Madrid: Dykinson, 2000, pp. 153-165.

<sup>1272</sup> Cfr. ALMUDENA ARPÓN DE MENDÍVIL y MANUEL CRESPO, “El dominio público radioeléctrico”, en ALMUDENA ARPÓN DE MENDÍVIL ALDAMA y ÁNGEL CARRASCO PERERA (Dtores). *Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones*. Pamplona: Aranzadi, 1999, p. 358.

<sup>1273</sup> JOSÉ CARLOS LAGUNA DE PAZ señala que tal calificación del espectro radioeléctrico ha sido criticada por parte de la doctrina, en *Telecomunicaciones: Regulación y Mercado*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2004, pp. 112-114. Es el caso de MARCOS MATÍAS FERNANDO PABLO, “Sobre el dominio público radioeléctrico: espejismo y realidad”, en *Revista de Administración Pública* n° 143, 1997, pp. 107-148, para quien la aplicación de esta categoría es sólo un *nomen iuris* por su falta de adecuación a su función institucional; FERNANDO SÁINZ MORENO, quien considera que es un caso de calificación errónea, en *Teoría general del dominio público*. Documento electrónico en [www.iustel.com](http://www.iustel.com), sin fechar. Consulta realizada el 24-5-2007; los profesores García de Enterría y González Navarro, que lo consideran “res communis omnium”, según señala LUCIO LIAÑO BASCUÑANA *Elementos de la técnica digital determinantes de una nueva regulación*. Ponencia en las Jornadas de Nuevas Tecnologías, Madrid, 24-26 de mayo de 2000. Documento electrónico consultado en <http://www.rtve.es/eventos/jornadas/ponencia30.html>, consulta realizada el 24-9-2007; Y ANTONIO JESÚS SÁNCHEZ RODRÍGUEZ. Prólogo de Tomás de la Quadra-Salcedo. *Derecho de las Telecomunicaciones. Nuevo Derecho y nuevo mercado*. Madrid: Dykinson 2002, pp. 124-127.

<sup>1274</sup> ANTONIO MARTI DEL MORAL señala que el Plan Nacional de Numeración se abstiene de calificarlos como un bien de dominio público y que en todo caso puede afirmarse que no hay una afectación legal, en *La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones*. 1ª edición. Madrid: Ministerio de Administraciones Públicas. Instituto Nacional de Administración Pública, 2000, p. 181.

Tampoco encontramos pronunciamientos unívocos y claros de la doctrina en relación a la naturaleza jurídica exacta de la numeración. SÁNCHEZ RODRÍGUEZ considera que son *res communis omnium* sobre los que el Estado establece una reserva de gestión (se demanializa, no el bien, sino sus derechos de uso)<sup>1275</sup>, DE LA QUADRA señala que se trata de un recurso escaso o limitado que puede ser objeto de “una reserva que no tiene que comportar su pase a la categoría de bienes de dominio público, aunque sí un tipo de bienes que quedan sustraídos a un régimen jurídico privado normal”<sup>1276</sup>, CREMADES afirma que se trata de “bienes de naturaleza pública cuya titularidad corresponde al Estado”<sup>1277</sup> y LAGUNA entiende que “la reserva al sector público del espacio público de numeración, con el fin de asegurar su disponibilidad para los servicios de telecomunicaciones, probablemente, conduce a una demanialización implícita del bien”<sup>1278</sup>.

Por nuestra parte, resulta difícil concebir que un bien inmaterial obra del hombre como es la numeración pueda ser una *res communis omnium* o que pertenezca originariamente al patrimonio de operadores o usuarios (lo que en sí mismo ya sería otra disyuntiva discutible, ya que las numeraciones se asignan a los operadores, pero cuando se conceden a su vez a los usuarios, éstos tienen el derecho de conservarlas aunque se cambien de operador) por lo que nos alineamos con los posicionamientos de LAGUNA y CREMADES, es más, entendemos que nos encontramos en un momento primigenio de evolución hacia una nítida naturaleza jurídica demanial del espacio público de numeración similar al vivido hace unos años por el espacio público radioeléctrico.

### **6.5.2.- La concesión administrativa de numeraciones**

La normativa de telecomunicaciones utiliza la denominación de “autorización administrativa” para referirse a la figura por la que la Administración distribuye entre los operadores y demás agentes los números telefónicos.

SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, en coherencia con el planteamiento que defiende y hemos expuesto, también considera que se trata de autorizaciones administrativas<sup>1279</sup>.

---

<sup>1275</sup> ANTONIO JESÚS SÁNCHEZ RODRÍGUEZ. Prólogo de Tomás de la Quadra-Salcedo. *Derecho de las Telecomunicaciones. Nuevo Derecho y nuevo mercado*. Madrid: Dykinson 2002, pp. 118-124. Similar naturaleza afirma tiene el espacio radioeléctrico, pese a que éste sí queda claramente calificado por la ley como dominio público, pp. 124-127.

<sup>1276</sup> TOMÁS DE LA QUADRA-SALCEDO. “Comentario al artículo 128 CE”, en ÓSCAR ALZAGA VILLAAMIL (Dtor.), *Comentarios a la Constitución Española de 1978. Vol X. Arts. 128-142*. 1ª edición. Madrid: Edersa, 1998, p. 63.

<sup>1277</sup> JAVIER CREMADES y JAIME RODRÍGUEZ-ARANA (Dtores). *Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones (Aprobada por Ley 32/2003, de 3 de noviembre)*. Madrid: La Ley-Actualidad, 2004, p. 266.

<sup>1278</sup> JOSÉ CARLOS LAGUNA DE PAZ. *Telecomunicaciones: Regulación y Mercado*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2004, p. 127.

<sup>1279</sup> ANTONIO JESÚS SÁNCHEZ RODRÍGUEZ considera que no existe concesión o título habilitante para la utilización de estos bienes, sino autorizaciones de utilización en exclusiva, en *Derecho de las Telecomunicaciones. Nuevo Derecho y nuevo mercado*. Prólogo de Tomás de la Quadra-Salcedo Madrid: Dykinson 2002, p. 119.



Aunque no es objeto principal de este trabajo analizar a fondo la naturaleza jurídica de la numeración, al constatar al menos su naturaleza pública, la cesión de su uso a particulares debería realizarse por la Administración a través de figuras de tipo concesional, no de autorizaciones administrativas, ya que como señalamos, la autorización administrativa no confiere ningún derecho *ex novo* al administrado, sino que se limita a remover los obstáculos para el ejercicio de alguno de los que ya estaban dentro de su patrimonio jurídico, mientras que las concesiones operan a partir de una previa *publicatio* o reserva formal del sector a los entes públicos, que de este modo ostentan en el mismo una titularidad primaria de la que disponen libremente<sup>1280</sup>.

En consecuencia, consideramos que la asignación de numeraciones no puede tratarse sino de un tipo de las denominadas “*concesiones traslativas*”, que implican la subrogación del particular en las facultades de gestión o disfrute de que la Administración Pública es titular en relación con el servicio público o el dominio público”<sup>1281</sup>.

En el campo del espacio público de numeración existen diversas categorías o grados de concesiones administrativas, a saber, la asignación a operadoras, la asignación directa a usuarios, la subasignación y la que denominamos “designación”, y que pasamos a analizar.

#### 6.5.2.1.- La asignación de numeraciones

Se entiende por asignación “la autorización concedida a un operador para utilizar determinados recursos públicos de numeración, direccionamiento o denominación en la prestación de un servicio”<sup>1282</sup>.

Este acto administrativo es realmente una concesión, no una autorización administrativa, y es competencia de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones<sup>1283</sup>.

El titular de la asignación numérica en primera instancia es un operador de telecomunicaciones, como regla general operativa en esta materia<sup>1284</sup>, ya

---

<sup>1280</sup> Vid. *supra*, epígrafe sobre normativa vigente en 1993. Sobre la crisis del concepto de autorización, como figura central de un amplio género (permisos, licencias, visados, censuras, habilitaciones, colegiaciones...) vid. EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA y TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ. *Curso de Derecho Administrativo II*. 11ª edición. Madrid: Civitas, 2008, pp. 135-137.

<sup>1281</sup> FERNANDO GARRIDO FALLA. *Tratado de Derecho Administrativo. Volumen I. Parte General*, 13ª edición. Madrid: Editorial Tecnos, 2002, p. 569.

<sup>1282</sup> Anexo de definiciones del Real Decreto 2296/2004, de 10 de diciembre, número 7. No debemos confundir la asignación, cuyos destinatarios son los operadores, con otros actos administrativos internos de gestión de numeración con similares denominaciones, como las atribuciones de numeraciones por rango de servicios (por ejemplo, atribuir el 803 y no otro código para la tarificación adicional) o las adjudicaciones de numeraciones por zonas geográficas (por ejemplo, adjudicar el prefijo 91, y no otro, para números geográficos de Madrid), todas ellas también contempladas en el anexo de definiciones del Real Decreto 2296/2004, de 10 de diciembre.

<sup>1283</sup> Artículo 28.1 Real Decreto 2296/2004, de 10 de diciembre, potestad específicamente atribuida por el artículo 48.3.b) de la LGT.

<sup>1284</sup> Javier Cremades considera que “la asignación a los operadores debe considerarse como un derecho de uso limitado en el tiempo y dirigido a la prestación de un servicio público de telecomunicaciones”, en EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA y TOMÁS DE LA QUADRA-SALCEDO (Coord.). *Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones, Ley 32/2003 de 3 de noviembre*. Madrid: Thomson-Civitas, 2004, p. 295.

que la autoridad administrativa ha preferido distribuir las numeraciones entre los ciudadanos a través de los operadores.

Podría hacerse directamente, mediante solicitud individual de cada ciudadano interesado, tramitando el correspondiente expediente administrativo para conceder en cada caso un número. De hecho, la propia normativa de telecomunicaciones prevé excepcionalmente esta posibilidad<sup>1285</sup>.

Las asignaciones de números a operadores no se hacen de uno en uno, sino en bloques. Así, por ejemplo, el Plan Nacional de Numeración dispone que las asignaciones a los operadores para rangos de numeración geográfica se efectuarán para cada distrito telefónico en bloques de 10.000 números y en rangos de tarifas especiales, que incluye la tarificación adicional, se asignan a los operadores bloques numéricos de 1.000 números.

#### 6.5.2.2.- Propuesta de una nueva categoría, la designación de numeraciones

Una vez asignado un bloque de números a un operador, en segunda fase y en legítimo uso de la concesión administrativa de asignación, el operador asignatario adjudica la numeración a un abonado concreto, quien, por tanto, también debe reputarse titular de la asignación<sup>1286</sup>.

A este acto del operador, que la normativa no contempla expresamente, proponemos denominarlo “designación”<sup>1287</sup>. De hecho, la asignación sin posterior designación a abonados es motivo ordinario de revocación de la asignación.

La designación no es un acto de disposición privada del operador respecto de un recurso privativo suyo, sino un acto debido sobre un bien público, y entiendo que es una subespecie de la asignación.

Una vez que el recurso numérico queda en manos privadas, todos los que ostenten derechos e intereses legítimos sobre los mismos, operadores y abonados, quedan sometidos al régimen de obligaciones públicas que la asignación de un recurso numérico público implica y que se recogen en el artículo 30 del Reglamento, cuya rúbrica es “obligaciones de las partes”,

---

<sup>1285</sup> Artículo 16.7.2 de la propia LGT y artículo 27 del Real Decreto 2296/2004, de 10 de diciembre.

<sup>1286</sup> CREMADES afirma a este respecto que “los operadores subasignan dichos recursos a los usuarios, que tampoco ostentan derecho de propiedad alguno sobre la numeración que se les asigna, todo lo más, gozarán del derecho al uso pacífico de la misma derivado del contrato celebrado con el operador de los servicios y que, en todo caso, estará sometido a las mismas limitaciones impuestas para aquéllos”, en EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA y TOMÁS DE LA QUADRA-SALCEDO (Coord.). *Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones, Ley 32/2003 de 3 de noviembre*. Madrid: Thomson-Civitas, 2004, p. 295.

<sup>1287</sup> El diccionario de la RAE establece como segunda acepción del término “designar”, señalar o destinar a alguien o algo para determinado fin. Destinar un número concreto para que sea utilizado por un abonado concreto bien puede denominarse “designación”.

La Sentencia de 29 de enero de 2008 de la Sección 8ª de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional utiliza el término “subasignación” con el significado que proponemos de “designación”, cuando afirma que “la asignación a los operadores va dirigida a la prestación de un servicio público, por tanto, aquellos no ostentan derecho de propiedad sobre la numeración. Los usuarios son subasignatarios de estos números y tienen derecho a su uso pacífico, que debe ser respetado por los operadores”. Pero preferimos el utilizado porque la legislación otorga al término “subasignación” un significado diferente, que enseguida se comenta”, RJCA 2008/9

aunque ninguna referencia expresa se haga a las obligaciones de los abonados.

Si utilizamos un concepto más amplio que el reglamentario y consideramos “asignación” a todo acto administrativo concesional de atribución de derechos o intereses legítimos a los administrados (operadores, abonados y cualesquiera otros) respecto de un recurso numérico público, también podremos considerar asignación el acto por el que el operador entrega el número a un abonado concreto, la que hemos denominado “designación”.

#### 6.5.2.3.- La subasignación de numeraciones

También es una subespecie de la asignación el denominado acto de “subasignación”, éste sí expresamente previsto en el artículo 49 del Real Decreto 2296/2004, de 10 de diciembre, por el que los operadores pueden subasignar numeraciones a otros que no cumplan los requisitos necesarios para acceder directamente a ellos.

El precepto define la subasignación como “cualquier forma de encomienda de la gestión o comercialización de los números” a terceros.

A nuestros efectos hay que resaltar que se prohíbe expresamente utilizarla para “números pertenecientes a los rangos atribuidos a servicios de tarificación adicional, salvo que expresamente se contemple esta posibilidad en las disposiciones de desarrollo del plan nacional de numeración telefónica”<sup>1288</sup>. Es ésta una medida restrictiva de la libertad de mercado, aunque legítima, ya que tiene por objeto dotarlo de transparencia en protección de los consumidores, evitando la existencia de infinitos intermediarios o eslabones comerciales que artificialmente provoquen elevación de precios o diluyan la responsabilidad que se pueda exigir en cada momento<sup>1289</sup>.

La prohibición de subasignación para números pertenecientes a los rangos atribuidos a servicios de tarificación adicional, también existe en el ámbito de la mensajería premium, por expresa disposición del artículo 8.4 de la Orden ITC/308/2008, de 31 de enero.

Resultaría absurdo que la utilización *contra legem* del número telefónico por parte de un operador pueda generar una cancelación y que la utilización *contra legem* del número telefónico por parte de un abonado no pueda generar

---

<sup>1288</sup> Un supuesto de subasignación es la base del litigio resuelto por la sentencia nº 394/2006 de 20-9-2006 de la Audiencia Provincial de Islas Baleares (Sección 3ª), JUR 2006/279188. Deuda entre cesionario y cedente (UNI2) de números 906 de nivel 3 cedidos mediante contrato suscrito de 26 de septiembre de 2000. Y ejemplos de su prohibición en materia de servicios de tarificación adicional, los contemplados en dos Resoluciones de la CMT, de 11 y 25 de enero de 2007, acordando no iniciar expediente sancionador al respecto.

<sup>1289</sup> Cfr. LANDWELL, ABOGADOS Y ASESORES FISCALES. *Servicios de tarificación adicional. Problemática y nueva regulación.* En Internet, [http://www.landwellglobal.com/es/esp/sp\\_downloads/Informe\\_tarificacion\\_adicional.pdf](http://www.landwellglobal.com/es/esp/sp_downloads/Informe_tarificacion_adicional.pdf). Sin fechar, probablemente de 2005, p. 18. Consulta realizada el 15-5-2007.

Vid. Resolución de 3-7-2003 del Consejo de la CMT relativa a la solicitud de Retevisión móvil, S.A. de autorización para suspender la interconexión que permite el encaminamiento de las llamadas con origen en su red y destino en el número de tarificación adicional 906031537. En este caso, el operador de telecomunicaciones de acceso era UNI2, a la que había contratado dicho 906 una entidad denominada Sun Telecom, la que a su vez afirmó ser mera intermediaria del mismo, gestionado por SMS Internacional Ltd. No consta en la Resolución de la Comisión que se continuase la investigación de esta cadena.

una cancelación por no tratarse de una asignación propiamente dicha, por lo que entendemos ha de imponerse una interpretación amplia del término “asignación”, que es la única que permite posteriormente aplicar el régimen de cancelación de asignaciones por incumplimientos tanto a los operadores como a los abonados. Debe considerarse asignación en sentido lato tanto a la primigenia que realiza la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones a favor del operador (asignación en sentido estricto), como la subasignación y la designación.

### **6.5.3.- Retirada de numeración a servicios de tarificación adicional**

La inutilización del número telefónico que incumple un Código de Conducta u otra normativa asociada, en las diversas variantes dispuestas, es un “castigo” que se impone al prestador u operador que incumple sus obligaciones. Pero no es tal en ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración, y ahora estamos en condiciones de afirmarlo, sino que se trata de una revocación de la concesión administrativa previamente otorgada.

#### **6.5.3.1.- La retirada de numeración no es una sanción administrativa**

Considerar la retirada de numeración como un acto de naturaleza jurídica sancionadora exige el respeto a lo dispuesto por el Título IX de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, de la potestad sancionadora de las Administraciones públicas, cuyo artículo 129 dispone que “sólo constituyen infracciones administrativas las vulneraciones del ordenamiento jurídico previstas como tales infracciones por una Ley...” y que “...únicamente por la comisión de infracciones administrativas podrán imponerse sanciones que, en todo caso, estarán delimitadas por la Ley...” lo que en definitiva no es sino el respeto a los principios de legalidad y tipicidad<sup>1290</sup>.

Y aunque el artículo 53.w) de la LGT tipifica como infracción muy grave “el incumplimiento de las condiciones determinantes de la adjudicación y asignación de los recursos de numeración incluidos en los planes de numeración debidamente aprobados”, y el artículo 55.e) tipifica como infracción leve “cualquier otro incumplimiento de las obligaciones impuestas a operadores...”, en el cuadro de sanciones previstas en el artículo 56 de la Ley no figura la retirada o cancelación de la numeración adjudicada. Se prevén la sanción pecuniaria, la inhabilitación, la amonestación pública, amonestación privada, precintado o incautación de equipos o aparatos y clausura de instalaciones.

---

<sup>1290</sup> Cfr. RAMÓN PARADA. *Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (Estudio, comentarios y texto de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre)*. 2ª edición. Madrid: Marcial Pons, 1999, p.403, donde afirma que “la Ley regula de forma separada los principios de legalidad, irretroactividad y tipicidad como si se tratara de cuestiones distintas, y no fueran, por el contrario, simples manifestaciones del mismo principio de legalidad aplicable a la potestad sancionadora”.

Por ello, la retirada de la numeración no es una sanción administrativa ni acto en ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración.

#### 6.5.3.2.- La retirada de la numeración es una modificación o revocación de la concesión administrativa

Y ello obedece a que no estamos realmente ante el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración, sino ante una actividad de cancelación de una previa concesión administrativa<sup>1291</sup>.

Como toda concesión, la asignación de numeraciones resulta susceptible de modificación<sup>1292</sup> y revocación<sup>1293</sup> en los casos en que se alteren o no se cumplan las condiciones que motivaron su concesión o se incumpla la correspondiente normativa reguladora.

En este sentido, el artículo 62.1 del Real Decreto 2296/2004, de 10 de diciembre, regula el régimen de modificación y cancelación de asignaciones efectuadas. El precepto no menciona a los operadores, sino a los “titulares”, pese a que está pensando fundamentalmente en aquéllos, lo que nos permite interpretar que los titulares son cualesquiera administrados que ostenten derechos e intereses legítimos respecto de la asignación de una numeración concreta, tal y como anteriormente planteábamos, tanto un operador como un abonado, en nuestro caso, también el prestador de servicios de tarificación adicional que incumple un Código de Conducta.

El artículo 28.2 establece que la cancelación o modificación de asignaciones se llevará a cabo previa tramitación del oportuno procedimiento administrativo, y por tanto, previa audiencia de las partes interesadas y, añade que “cuando sea preciso, se abrirá un período de información pública de 20 días para que los posibles usuarios afectados puedan formular sus alegaciones”. La competencia, como en el caso de la asignación, corresponde a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones<sup>1294</sup>.

---

<sup>1291</sup> De modo similar al supuesto en que un ayuntamiento concede licencia para utilizar un bien público, como puede ser la utilización de la calle para poner un puesto de dulces de navidad, la Administración de telecomunicaciones otorga licencia respecto de un bien público inmaterial cual es el número telefónico.

<sup>1292</sup> Vid. EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA y TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ. *Curso de Derecho Administrativo I*. 14ª edición. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2008, p. 675, donde afirman que “en las licencias de tracto sucesivo, que disciplinan el ejercicio indefinido de ciertas actividades, la adecuación a las circunstancias de cada momento ha de entenderse como una condición implícita en el acto mismo de su otorgamiento”. Y en EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA y TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ. *Curso de Derecho Administrativo II*. 11ª edición. Madrid: Civitas, 2008, p. 150, donde afirman que la concesión permite imponer el ejercicio de las facultades transmitidas de una manera forzosa.

<sup>1293</sup> Vid. FERNANDO GARRIDO FALLA. *Tratado de Derecho Administrativo. Volumen II. Parte General: Conclusión*. 11ª edición. Madrid: Tecnos, 2002, p. 179, “tratándose, en cambio, de una revocación, el acto de *contrario imperio* podrá realizarse sin duda alguna por consecuencia de un cambio por vía legal o reglamentaria de las condiciones y requisitos para el ejercicio de la actividad autorizada...” En las pp. 535-536 analiza el régimen general de extinción de la concesión.

<sup>1294</sup> La Resolución de 9 de febrero de 2005, de la Presidencia de la CMT hace público el Acuerdo del Consejo de 3 de febrero de 2005, por el que se aprueba la delegación de determinadas competencias en el Secretario de la CMT, BOE 4-3-2005, cuyo artículo 4 dispone “delegar en el Secretario de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones la resolución de los procedimientos relativos a la asignación, modificación y cancelación de asignaciones de recursos públicos de numeración”. En consecuencia, para el supuesto de la subasignación, la competencia permaneció en el Consejo, pese a lo cual el Secretario ejerció tal competencia. Por Resolución de 8 de mayo de 2008, del Consejo de la CMT, por la que se

Los supuestos en los que procede la modificación o cancelación son variados<sup>1295</sup>, y el incumplimiento de la Orden PRE/361/2002, de 14 de febrero, o de los Códigos de Conducta podría encuadrarse en el denominado genéricamente como “incumplimiento de la normativa aplicable”. El Código de Conducta, pese a sus numerosos vicios formales y que hemos puesto de manifiesto, despliega una evidente eficacia jurídica en el ámbito administrativo mientras no sea anulado, por lo que puede reputarse “normativa aplicable”, y por tanto, su incumplimiento sería causa suficiente para que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones cancele una asignación numérica<sup>1296</sup>.

De hecho, el artículo 9 de la Orden ITC/308/2008, de 31 de enero, de mensajería premium, opta expresamente por este planteamiento y se intitula “modificación y cancelación de asignaciones”, regulando supuestos muy similares a los establecidos en general por el artículo 62.1 del Real Decreto 2296/2004, de 10 de diciembre, y contemplando expresamente en esta ocasión el incumplimiento del Código de Conducta<sup>1297</sup>.

RIBÓN ha analizado los conflictos más frecuentes que ha conocido la Comisión de Supervisión en retirada de numeración diferenciando los servicios de voz (dilación, publicidad engañosa, falsas ofertas de trabajo, videncia,

---

aprueba la delegación de determinadas competencias en el seno de la CMT, y publicada en el BOE 12.6.2008, se refunden y reorganizan los diversos Acuerdos de delegaciones de competencias otorgados con el paso del tiempo, y se procede también a convalidar todas aquellas resoluciones de subasignación de recursos de numeración dictadas por el Secretario con anterioridad, en aplicación del artículo 67 de la LRJPAC. Modificada por Resolución CMT de 18-12-2009, BOE 2-1-2010.

<sup>1295</sup> Son los siguientes: a) Cuando así lo exijan motivos de utilidad pública o interés general, en los que se incluye la necesidad de garantizar una competencia efectiva y justa. b) A petición del interesado. c) Por causas imputables al interesado, que serán las siguientes: 1. <sup>a</sup> Cuando el titular de los recursos públicos de numeración asignados incumpla la normativa aplicable, en particular la relativa a los derechos de los usuarios, o las condiciones generales o específicas. 2. <sup>a</sup> Cuando, transcurrido el plazo de 12 meses desde su otorgamiento, el titular de los recursos públicos de numeración asignados no haya hecho uso de ellos. 3. <sup>a</sup> Cuando exista una utilización de los recursos públicos de numeración manifiestamente ineficiente (en nuestro ámbito, un ejemplo es la Resolución de 22-06-2006 del Consejo de la CMT de cancelación de numeración asignada a AUNA para servicios de tarifas especiales, acceso a internet y códigos de operador de portabilidad). 4. <sup>a</sup> Cuando se pruebe que el interesado precisa menos recursos públicos de numeración que los asignados.

<sup>1296</sup> También es “normativa aplicable” la batería de normas jurídicas destinadas a la protección de los consumidores y usuarios, que difícilmente resultará respetada cuando se incumpla un Código de Conducta. Así por ejemplo, la ausencia de la previa locución informativa antes de iniciarse el servicio de tarificación adicional, también supone un incumplimiento de lo dispuesto en el artículo 60 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias de 2007, relativo a la información precontractual obligatoria.

<sup>1297</sup> Artículo 9 de la Orden ITC 308/2008.- Mediante resolución motivada, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones podrá modificar o cancelar las asignaciones efectuadas en los siguientes supuestos: a) Cuando así lo exijan motivos de utilidad pública o interés general, incluyéndose en éstos la necesidad de garantizar una utilización eficiente de los recursos y una competencia efectiva y justa. b) A petición del interesado. c) Por causas imputables al interesado, comprendiéndose en este apartado las siguientes: i. Cuando el titular de los recursos públicos de numeración asignados incumpla la normativa aplicable. ii. Cuando se constate que se está utilizando la numeración asignada para un fin distinto del especificado en la solicitud. iii. Cuando, transcurrido el plazo de seis meses desde su otorgamiento, el titular de los recursos públicos de numeración asignados no haya hecho uso de los mismos. iv. Cuando se pruebe que el interesado precisa menos recursos públicos de numeración que los asignados. d) Cuando lo comuniquen la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información por el incumplimiento del Código de Conducta. Dicho incumplimiento implicará la cancelación temporal de la asignación del número durante un año. Asimismo, la reiteración de este incumplimiento supondrá la cancelación temporal durante un año de todas las asignaciones de las que sea titular el operador.

consultorios profesionales, información sobre precio y falta de identificación del prestador) de los servicios telemáticos (*dialers* in consentidos y no desinstalables, precio, identificación del prestador y dilación)<sup>1298</sup>.

La actividad desplegada desde que se aprobó la Orden PRE/361/2002, de 14 de febrero, viene recogida en Informes anuales que se publicaron en la Web del Ministerio de Industria hasta 2003 y en la Web del Instituto Nacional del Consumo los años 2004 a 2006<sup>1299</sup>, y ha sido avalada por los Tribunales<sup>1300</sup>.

#### 6.5.3.3.- Retirada de numeración en servicios de voz e Internet

En el supuesto de servicios de tarificación adicional mediante voz o Internet, como señalamos, la normativa prevé en primera instancia que el incumplimiento de un Código de Conducta genere una retirada del número durante un año.

El prestador perderá la titularidad que ostentase sobre el número, pero el operador sólo sufre una suspensión, puesto que podrá volver a ceder el número al cabo de un año a cualquier prestador, incluido el incumplidor<sup>1301</sup>.

En el caso de que el operador no atienda la resolución administrativa de retirada, la Orden PRE/361/2002, de 14 de febrero, prevé una tercera “sanción”, que no es tal, como venimos manteniendo, “dará traslado de dicha Resolución a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones para que

---

<sup>1298</sup> Cfr. EUGENIO RIBÓN SEISDEDOS. *Los Cuadernos de CEACCU N° 3. Los servicios de tarificación adicional*. Madrid: Confederación Española de Organizaciones de Amas de Casa, Consumidores y Usuarios., 2004, pp. 29-34.

<sup>1299</sup> En 2003 se emitieron “informes de retirada”, como se denominan por la propia Comisión, que afectaron a 1.211 números telefónicos, de 1.684 casos denunciados. En 2004 se analizaron 777 números telefónicos de los que se propuso la retirada tan sólo de 365. En 2005 se analizaron 1.042 numeraciones y se propusieron retirar 640. En el año 2006, la Comisión de Supervisión comprobó un total de 556 números de los 602 denunciados y propuso la retirada de 457. El Gobierno, a fecha diciembre de 2009, no ha hecho públicos más datos a este respecto. Cfr. COMISIÓN DE SUPERVISIÓN DE LOS SERVICIOS DE TARIFICACIÓN ADICIONAL. *Datos sobre la actividad de la Comisión Permanente en los años 2002 y 2003*. Documento electrónico en <http://www.mityc.es/Telecomunicaciones/Organizacion/Consejos/ComisionSupervision.htm>, sin fechar. Consulta realizada el 30-4-2007. Y COMISIÓN DE SUPERVISIÓN DE LOS SERVICIOS DE TARIFICACIÓN ADICIONAL. *Informe público de las actuaciones realizadas. Años 2004 y 2005*. Internet, [http://www.consumo-inc.es/informes/interior/informes/frame/documentos/PDF/INFORME\\_ANUAL\\_COMISION\\_PERMANENTE\\_CSSTA\\_2004\\_2005.pdf](http://www.consumo-inc.es/informes/interior/informes/frame/documentos/PDF/INFORME_ANUAL_COMISION_PERMANENTE_CSSTA_2004_2005.pdf), consulta realizada el 15-5-2007.

<sup>1300</sup> Sentencia de Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-Administrativo, 25 de Marzo de 2009, VLex 57819839 y Sentencia de Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso, de 17 de Marzo de 2010, VLex 218424971, entre otras.

<sup>1301</sup> Ambos actos administrativos están atribuidos por la Orden PRE/361/2002, de 14 de febrero, al Secretario de Estado del Ministerio. Ello entra en contradicción con la competencia ordinaria de concesión, modificación y cancelación en materia de recursos de numeración, que corresponde a la CMT por norma de rango legal. De hecho, la Orden ITC/308/2008, de 31 de enero, reguladora de la mensajería premium, otorga la competencia, no al Secretario de Estado, sino a la CMT, quien al fin y a la postre la ejerce de hecho en todos los casos. Como ejemplo, Resolución de 28 de junio de 2007 del Consejo de la CMT sobre la cancelación de dos bloques de tarificación adicional 807 a E.T.C. por incumplimiento del Código de Conducta.

ésta adopte la decisión de cancelar, durante dos años, el número telefónico al operador del servicio de red de tarificación adicional...<sup>1302</sup>.

Pero no tiene ningún sentido que en este expediente la Comisión analice de nuevo si existe incumplimiento en materia de servicios de tarificación adicional, puesto que ello ya ha sido constatado y valorado en el procedimiento anterior del que trae causa.

El motivo real por el que se remite el asunto a la Comisión es la desobediencia del operador de red inteligente a la autoridad administrativa que dispone la cancelación de la designación a favor del prestador abonado, y éste es un incumplimiento totalmente diferente del anterior, tipificado en el artículo 30.1 del Real Decreto 2296/2004, de 10 de diciembre<sup>1303</sup>.

No sólo cambia el motivo, sino también el actor, ya que ahora es el operador de red inteligente el que incumple la normativa vigente, no el prestador del servicio de tarificación adicional.

Este incumplimiento, de diferente naturaleza, es el que permite a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones aplicar de nuevo el artículo 62.1.c.1ª del Real Decreto 2296/2004, de 10 de diciembre, y proceder a la cancelación definitiva de la asignación numérica al operador, e incluso ejercer cumulativamente la potestad sancionadora<sup>1304</sup>.

Tal y como establece la Orden PRE/361/2002, de 14 de febrero, la cancelación definitiva se establece por un período tasado de dos años, lo que significa que el operador asignatario la pierde definitivamente<sup>1305</sup> y que una vez transcurrido el plazo, la numeración podrá ser asignada de nuevo a cualquier operador mediante los procedimientos ordinarios.

Coincidimos con MENDOZA LOSANA en que se trata de un farragoso procedimiento excesivamente burocrático y dilatado que introduce un permisivo criterio que faculta al prestador para incumplir la normativa con cierta impunidad<sup>1306</sup>.

---

<sup>1302</sup> La normativa administrativa ahora sí menciona correctamente a la autoridad que por Ley ostenta las competencias en materia de gestión de la numeración, la CMT, quien deberá incoar un expediente de cancelación de la asignación numérica de referencia.

<sup>1303</sup> Este precepto dispone que “los operadores de redes y de servicios de comunicaciones electrónicas estarán obligados a poner en práctica las medidas necesarias para dar cumplimiento a las decisiones que adopten el Ministerio de Industria, Turismo y Comercio y la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, en el ámbito de sus respectivas competencias sobre numeración, direccionamiento y denominación”.

<sup>1304</sup> En la práctica, así ocurre, como ejemplo, Resolución de 28 de junio de 2007 del Consejo de la CMT por la que se cancelaron dos bloques de numeración de tarificación adicional 807 a Elephant Talk Communications, S.L. y se acordó la apertura de un procedimiento sancionador contra esta entidad. Posteriormente se le impuso una sanción de cincuenta y cuatro mil cuatrocientos seis euros por haber utilizado los números 807057057 y 807333333 para usos distintos de los servicios de tarificación adicional en la modalidad de servicios profesionales previstos en la normativa vigente, COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES. *Informe Anual 2008*. Barcelona, 2009, p. 205.

<sup>1305</sup> Así se establece en la Resolución de 28-06-2007 de la Presidencia de la CMT, sobre la cancelación de dos bloques de tarificación adicional 807 a ELEPHANT TALK COMMUNICATIONS, S.L., por incumplimiento del Código de Conducta, BOE 14-7-2007.

<sup>1306</sup> Esta autora propugna como medida más efectiva e inmediata utilizar una suspensión cautelar previa por parte de la Administración, cfr. ANA ISABEL MENDOZA LOSANA. “Servicios telefónicos de tarificación adicional: luces y sombras de la nueva regulación”: *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, nº 8, 2005, pp. 93 y 96.



#### 6.5.3.4.- Retirada de numeración en servicios de mensajería premium

El régimen en mensajería premium también debe calificarse de burocrático, dilatado y permisivo.

No se contempla designación o cesión alguna de numeraciones a prestadores porque quedan en titularidad de los operadores asignatarios, y el artículo 4.3.1 del Código de Conducta de 2009 establece una sola medida de reacción a caballo entre las anteriores, una retirada de la numeración incumplidora durante un año, pero en este caso no se trata de una suspensión temporal, sino de una revocación definitiva de la asignación de la que es titular el operador<sup>1307</sup>.

Además, en este tipo de servicios se ha implementado una medida nueva para los supuestos en los que se produzca un incumplimiento reiterado, la cancelación temporal durante un año de todos los números que tenga asignados para la prestación de tales servicios, no sólo del número afectado<sup>1308</sup>. La utilización de término tan confuso, “cancelación temporal”, no permite saber con certeza si se trata de una suspensión temporal de la asignación o de una cancelación definitiva, pero dada su naturaleza gravosa no cabe sino interpretar del modo menos restrictivo, y por tanto considerar que se trata de una suspensión sin pérdida de titularidad, y que al cabo del año, el operador podrá volver a utilizar todas las numeraciones.

El propio Código de Conducta establece qué deba entenderse por reiteración, el incumplimiento en cinco ocasiones, sucesivas o simultáneas, en el transcurso de un año natural, pero dentro de la misma modalidad de mensajería premium de las cinco existentes, por lo que no hay reiteración si los cinco incumplimientos se producen entre diferentes modalidades<sup>1309</sup>.

En consecuencia, el incumplimiento reiterado tampoco produce una cancelación temporal de todas las numeraciones del operador, sino sólo de “los números de que el operador titular de los mismos disponga para la modalidad de servicio en que se haya producido la reiteración”.

La cancelación temporal de todas las numeraciones que tenga asignadas el operador se reserva para el caso en que un operador titular de números incurra en incumplimiento reiterado en dos ocasiones, lo que supondría acreditación de al menos diez incumplimientos dentro de la misma modalidad.

También se cancelan todas las numeraciones del operador en el caso más típico en este tipo de servicios, cuando el operador incumplidor haya causado alarma social, aunque se haya ocasionado con un único número<sup>1310</sup>.

---

<sup>1307</sup> El precepto añade que “asimismo, la citada resolución se notificará al operador titular del número/s y a los operadores de redes telefónicas públicas, los cuales estarán obligados a bloquear dicho acceso al número correspondiente. A este respecto, los operadores de acceso, comunicarán al órgano administrativo competente, a través de la secretaria de la Comisión de Supervisión de los Servicios de Tarificación Adicional la fecha exacta en la que procedieron al bloqueo del número afectado”.

<sup>1308</sup> Artículos 4.3.2 a 4.3.4 del Código de Conducta de 2009.

<sup>1309</sup> La normativa clasifica la mensajería en cuatro modalidades, la de precio inferior o igual a 1,2 euros, la de precio entre 1,2 y 6 euros, la de servicios exclusivos para adultos y la de servicios de suscripción.

<sup>1310</sup> “Asimismo, se entenderá que existe reiteración cuando el incumplimiento del Código de Conducta se produzca por medio de un único número para la prestación de servicios de tarificación adicional basados en el envío de mensajes, que afecte a un colectivo determinado o indeterminado de usuarios, y que pudiera causar o haya causado alarma social”.



## **7.- CONCLUSIONES**

*Conforme a las normas de elaboración de Tesis, al final del texto se incluirán las conclusiones a que haya llegado el doctorando, así como posibles sugerencias y futuros desarrollos del tema tratado, indicando expresamente cuáles son las partes totalmente originales del trabajo.*

1. La regulación administrativa de los servicios de tarificación adicional contiene preceptos que son contrarios a lo dispuesto por la regulación contractual del Código Civil y las diversas leyes de protección del consumidor, destacando la insuficiente duración de la locución previa en la que se implementa la información precontractual obligatoria (apartado 3.2.4), recurrir a los depósitos de garantía para cobrar las deudas por la utilización de los servicios de tarificación adicional (apartado 5.3.1), la suspensión del acceso a estos servicios cuando el abonado no los pague (apartado 5.3.1), considerar la existencia de cierta suerte de vínculo, contrato o relación jurídica entre llamante o abonado y operador de red inteligente (apartado 2.2.4) y la obligación del operador de devolver al consumidor abonado los importes pagados simplemente mostrando su disconformidad con las llamadas facturadas (apartado 5.3.2).
2. Los Códigos de Conducta, entramado básico de esta regulación, son normas reglamentarias nulas de pleno derecho por estar dictadas por órgano manifiestamente incompetente y prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido. Pese a ello, los preceptos con relevancia contractual que contienen resultan de aplicación como concreción del principio de buena fe objetiva o en virtud del instituto jurídico de la estipulación contractual en beneficio de tercero (apartados 1.4.5 y 4.3).
3. La investigación revela que en cada llamada de tarificación adicional concurren dos contratos, por un lado el contrato telefónico o de comunicación electrónica que previamente ha celebrado el abonado con un operador de telecomunicaciones, que actúa como soporte o autopista para la celebración y ejecución de un segundo contrato, el contrato de servicio de tarificación adicional propiamente dicho entre consumidor-llamante y prestador de este servicio, cada uno de ellos con partes, objetos y precios diferentes (apartado 2.2).  
La naturaleza jurídica del segundo varía conforme a su contenido, arrendamiento o compraventa, sin que a ello afecte la tecnología de comunicación utilizada, ya sea la telefónica o de voz, la de Internet o la de mensajería premium (apartado 2.3.1).

4. La aplicación de la regulación contractual del Código Civil permite una equilibrada protección del consumidor, respetando a la vez los legítimos intereses y derechos de operadores y prestadores. Supone que el operador no tiene acción contractual de cobro frente al llamante ni el abonado en reclamación de pago del precio parcial del servicio, ya que no es parte del contrato, pero sí puede reclamar del abonado la tarifa por utilización del servicio soporte que encaminó la llamada. (apartado 4.1.1.3). Permite que el consumidor se oponga al pago de la factura telefónica que no identifique al prestador del servicio de tarificación adicional (apartado 5.3.2.3). Implica la nulidad del contrato cuando el llamante es un enajenado o un menor sin discernimiento y su anulabilidad cuando el llamante es un menor que accede a servicios reservados a adultos (apartados 4.1.1.3 y 5.1.1). Y permite la aplicación a los operadores del instituto de la responsabilidad extracontractual *in vigilando*, aunque no la responsabilidad extracontractual por riesgo (apartado 5.4), y la aplicación a padres y tutores de la responsabilidad extracontractual *in vigilando* ante el prestador por llamadas de incapaces bajo su guarda cuando el prestador haya desplegado toda la diligencia debida para evitar su acceso, aunque no existirá tal si el llamante es un menor con suficiente capacidad para contratar el servicio. (apartado 5.5).
5. Frente a la excepcionalidad del silencio como forma de manifestación del consentimiento contractual, la investigación revela que es la regla general en el contrato de servicio de tarificación adicional (apartado 4.2.4).
6. El lugar de celebración del contrato de tarificación adicional, celebrado entre ausentes, no debe identificarse sin más con el domicilio social del prestador, sino más bien con el del consumidor (apartado 4.2.5).
7. Proponemos denominar “oferta comercial” a toda publicidad que sea simultáneamente una genuina oferta contractual, constatando que en los servicios de tarificación adicional no existen publicidad ni oferta como figuras autónomas, sólo existen ofertas comerciales (apartado 3.1.7).
8. Proponemos una nueva categoría jurídica, diferenciando la contratación automática de la que denominamos contratación automatizada y cuyo criterio consensual es el de la recepción, y por tanto aplicable a los servicios de tarificación adicional, frente al criterio consensual de la emisión propio de contratación automática con previo pago e inmediato suministro de la prestación (apartado 2.3.3.4).
9. La naturaleza jurídica del muy relevante derecho de desconexión a servicios de tarificación adicional que ostentan los consumidores no es la propia de un derecho imperativo en el ámbito contractual, sino que se trata de un derecho subjetivo público. La investigación identifica la existencia de un auténtico régimen administrativo de acceso de los usuarios a estos servicios, siendo tal derecho de desconexión una de sus dos modalidades junto a la de suscripción, proponiéndose universalizar esta segunda a todas las numeraciones que den acceso a servicios de tarificación adicional (apartado 6.1).
10. La retirada del número en caso de incumplimientos de la normativa no tiene naturaleza jurídica de sanción administrativa, sino que se trata de una revocación o suspensión de la concesión otorgada sobre tal numeración, ya que, aunque no está fijada claramente su naturaleza

jurídica, todos los pronunciamientos en la materia le otorgan a la numeración al menos naturaleza de recurso público, y por tanto deben otorgarse a los destinatarios mediante mecanismos concesionales, no a través de autorizaciones administrativas (apartado 6.5).

11. De las diversas instituciones administrativas dedicadas a la atención de las reclamaciones de los consumidores en esta materia, consideramos que el sistema arbitral de consumo ofrece mejor acceso, criterio y efectividad jurídica que la Oficina Nacional de Atención al Usuario de las Telecomunicaciones (apartados 6.2 y 6.3), a la vez que proponemos la supresión de la Comisión de Supervisión de Servicios de Tarificación Adicional, órgano dotado ilegalmente de potestad reglamentaria, porque el resto de sus funciones son meramente administrativas y porque el control de esta materia corresponde por naturaleza a los organismos competentes en materia de protección del consumidor, excepto en lo referido a numeración (apartados 6.4 y 1.4.5).
12. Proponemos que la regulación administrativa de los servicios de tarificación adicional se aborde desde una perspectiva troncal de Consumo, no desde la perspectiva de Telecomunicaciones que se ha utilizado en las cinco regulaciones que se han sucedido en el tiempo y en las que han primado los intereses de los prestadores y operadores sobre los de los consumidores. (apartados 1.4.4 y 1.4.5).



## 8.- BIBLIOGRAFÍA<sup>1311</sup>

- ABELLÁN TOLOSA, LUIS. “Las Juntas Arbitrales, un reto para el mundo del consumo”: *Boletín de Consumo de la Consellería de Sanidad y Consumo de la Generalitat Valenciana*, nº 5 de 1.988.
- ABELLÁN TOLOSA, LUIS. “El nuevo proyecto de arbitraje virtual para consumidores de la Comunidad Valenciana”: JAVIER PLAZA PENADÉS. (Coord). *Cuestiones actuales de Derecho y Tecnologías de la Información y la Comunicación (TICs). Monografía asociada a Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías nº 4*. 1ª edición. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2006, pp. 367-394.
- ACOSTA ESTÉVEZ, JOSE B. *Los consumidores y el arbitraje. Contribución al estudio del arbitraje: la Ley de 5 de diciembre de 1988*. 1ª edición. Barcelona: PPU-Promociones y Publicaciones Universitarias, 1991, 111 pp.
- AGÈNCIA CATALANA DEL CONSUM. *Selecció de Laudes Any 2006*. 1ª edición. Barcelona, 2007, 591 pp.
- ALBÁCAR LÓPEZ, JOSE LUIS (Dtor). *Código Civil, Doctrina y Jurisprudencia. Tomo IV. Artículos. 1.088 a 1.444*. 4ª edición. Madrid: Trivium, 1995, 1.868 pp.
- ALBÁCAR LÓPEZ, JOSE LUIS (Dtor). *Código Civil, Doctrina y Jurisprudencia. Actualización 1999*. Madrid: Trivium, 2000, 1.422 pp.
- ALBALADEJO, MANUEL (Dtor.). *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales. Tomo XX, Vol. 2º. Artículos 1.583 a 1.603 del Código Civil. Comentados por Francisco Lucas Fernández*. Madrid: Edersa, 1986, 492 pp.
- ALBALADEJO, MANUEL. *Derecho Civil II. Derecho de Obligaciones*. 13ª edición. Madrid: Edisofer, 2008, 1006 pp.
- ALBALADEJO, MANUEL y DIAZ ALABART, SILVIA (Dtores.). *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales. Tomo XVII, Vol. 1-B. Artículos 1.261 a 1.280 del Código Civil*. Madrid: Edersa, 1993, 771 pp.

---

<sup>1311</sup> Las referencias bibliográficas se citan conforme a la norma internacional ISO 690, consultada en JOAQUIM PRATS. *Técnicas y recursos para la elaboración de tesis doctorales: Bibliografía y orientaciones metodológicas*. Universitat de Barcelona, Departament de Didàctica de les Ciències Socials. Junio de 2004. 89 pp. Documento electrónico en <[http://www.ub.es/histodidactica/libros/Doctorat\\_%20Apunts%20metodologia%20i%20tecniques.pdf](http://www.ub.es/histodidactica/libros/Doctorat_%20Apunts%20metodologia%20i%20tecniques.pdf)>, consulta realizada el 17-5-2006.

- ALFONSO VELÁSQUEZ, OLGA LUCÍA. *La interconexión de redes de telecomunicaciones*. 1ª edición. Madrid: Reus, 2006, 319 pp.
- ALFONSO VELÁSQUEZ, OLGA LUCÍA. *El contrato de servicio telefónico*. 1ª edición. Madrid: Reus, 2010, 327 pp.
- ALONSO ESPINOSA, FRANCISCO JOSÉ (et al, Coord). *Régimen Jurídico General del Comercio Minorista. Comentarios a la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista y a la Ley Orgánica 2/1996, de 15 de enero, complementaria de la de Ordenación del Comercio Minorista*. Madrid: McGraw Hill, 1999, 1011 pp.
- ALONSO SALTERAIN SYLVIA. “Las comunicaciones móviles”: *Redeti. Revista de derecho de las telecomunicaciones e infraestructuras en red*, nº 33, 2008, pp. 67-77.
- ÁLVAREZ ALARCÓN, ARTURO. *El Sistema Español de Arbitraje de Consumo*. Madrid: Instituto Nacional del Consumo, 1999, 254 pp.
- ÁLVAREZ HERNANDO, JAVIER. “Tarificación adicional: ¿Servicio o fraude telefónico?” en *Lex Nova. La Revista* nº 39, enero-marzo de 2005, pp. 28-32.
- ÁLVAREZ LATA, NATALIA. *Invalidez e Ineficacia en el Derecho Contractual de Consumo Español. Análisis de los Supuestos Típicos de Ineficacia en los Contratos con Consumidores*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2004, 269 pp.
- APARICIO VAQUERO, JUAN PABLO. “Los contratos electrónicos a la luz de la nueva ley de servicios de la sociedad de la información y del e-commerce: *Revista Electrónica de Derecho Informático*, nº 51, 2002, documento electrónico de 17 pp. en V-Lex.
- ARACIL VOLTES, VICENTE. *Introducción a la Investigación Científica. Ensayo sobre la elaboración de una tesis doctoral*. 1ª edición. Las Palmas de Gran Canaria. Anroart Ediciones, 2005, 199 pp.
- ARIAS LOZANO, DAVID (Coord). Pérez-Llorca Abogados. *Comentarios a la Ley de Arbitraje de 2003*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2005, 488 pp.
- ARIAS POU, MARÍA. *Manual práctico de comercio electrónico*. 1ª edición. Madrid: La Ley, 2006, 1061 pp.
- ARIMANY, MANUBENS Y ASOCIADOS (Coord). *Ordenación del comercio minorista. Comentarios a la Ley 7/1996 y a la Ley Orgánica 2/1996, ambas de fecha 15 de enero*. 1ª edición. Barcelona: Editorial Praxis, 1996, 561 pp.
- ARIÑO ORTIZ, G.; DE LA CUÉTARA, J. M. y MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J. L. *El Nuevo Servicio Público*. Madrid: Marcial Pons, 1997, 277 pp.
- ARIÑO ORTIZ, GASPAS (Dtor). *Privatizaciones y Liberalizaciones en España: Balance y Resultados (1996-2003). Tomo I: El Proceso Privatizador. Aspectos Jurídicos. La Liberalización de las Telecomunicaciones*. Granada: Comares, 2004, 239 pp.



- ARPÓN DE MENDÍVIL ALDAMA, ALMUDENA y CARRASCO PERERA, ÁNGEL (Dtores). *Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones*. Pamplona: Aranzadi, 1999, 1.021 pp.
- ARROYO AMAYUELAS, ESTHER. “¿Qué es “forma” en el derecho contractual comunitario de consumo?”: *Anuario de Derecho Civil*, Tomo LXI, fasc. II, 2008, pp.519-542.
- ARROYO MARTÍNEZ, IGNACIO y MIQUEL RODRÍGUEZ, JORGE (Coord). *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación. Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación, Modificaciones de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y de la Ley Hipotecaria*. Madrid: Tecnos, 1999, 514 pp.
- ASOCIACIÓN HISPANOAMERICANA DE CENTROS DE INVESTIGACIÓN Y EMPRESAS DE TELECOMUNICACIONES-AHCIET. *Encuentro Iberoamericano de Operadores y Consumidores de Servicios de Telecomunicaciones. Los efectos de la nueva economía*. Madrid, 26 y 27 de noviembre de 2001. Madrid: AHCIET, 2002, 111 pp.
- AYUNTAMIENTO DE BADALONA. *Consumo y Justicia. Laudos de la Junta Arbitral de Consumo de Badalona 1995-1996*. Barcelona, 1997, 48 pp.
- AYUNTAMIENTO DE BARCELONA. *Junta arbitral de Consumo de Barcelona, 10 años*. Barcelona, 2003, 221 pp.
- AYUNTAMIENTO DE GIJÓN. *Guía del usuario del sistema arbitral de consumo. Junta Arbitral de Gijón*. Gijón, 2006, 77 pp.
- AYUNTAMIENTO DE MADRID. *El Arbitraje de Consumo, 10 años de experiencia en el Ayuntamiento de Madrid*. Madrid, 1996, 88 pp.
- AYUNTAMIENTO DE MADRID. *Laudos de la Junta Arbitral de Consumo de Madrid*, 1993, 284 pp.
- AYUNTAMIENTO DE SALAMANCA. *Laudos de la Junta Arbitral de Consumo del Ayuntamiento de Salamanca*, 2002, 167 pp.
- AYUNTAMIENTO DE VALLADOLID. *Laudos de la Junta Arbitral de Consumo de Valladolid*, 1994.
- AZPARREN LUCAS, AGUSTÍN (Dtor). *Hacia un Código del Consumidor*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2006, 860 pp.
- AZPARREN LUCAS, AGUSTÍN y DE LLERA, EMILIO. *Legislación material de consumo con comentarios y jurisprudencia*. Sevilla: Junta de Andalucía, 2001, 388 pp.
- BADENAS CARPIO, JUAN MANUEL y BOLDÓ RODA, CARMEN. *Régimen jurídico de la llamada “venta directa”. Las ventas domiciliarias y a distancia*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2003, 243 pp.
- BADENAS CARPIO, JUAN MANUEL. *El sistema arbitral de reclamaciones de consumo*. 1ª edición. Valencia: Generalitat Valenciana, Conselleria de Sanitat i Consum, 1993, 251 pp.
- BALLARÍN HERNÁNDEZ, RAFAEL. *El cobro de lo indebido*. Documento electrónico en [www.iustel.com](http://www.iustel.com), sin fechar. Consulta realizada el 24-5-2007.

- BANDO CASADO, HONORIO-CARLOS. *Planteamientos básicos sobre la defensa del consumidor*. 2ª edición. Madrid: Instituto Nacional del Consumo, 1986, 101 pp.
- BAÑARES ACEDO, Mª DOLORES (et al) *Cuadernos de Consumo nº 23. Curso de Mediación y Arbitraje. Nuevos retos del arbitraje de consumo*. Zaragoza, 3, 4 y 5 de noviembre de 2004: Gobierno de Aragón. Dirección General de Consumo, abril de 2005, 399 pp.
- BARONA VILAR, SILVIA (Coord). *Comentarios a la Ley de Arbitraje: (Ley 60/2003, de 23 de diciembre)*. 1ª edición. Madrid: Civitas, 2004, 1.722 pp.
- BARRAL VIÑALS, INMACULADA (Coord). *La Regulación del comercio electrónico: totalmente adaptado a la LSSICE y a la modificación de la Ley del comercio minorista*. Madrid: Dykinson, 2003, 207 pp.
- BARRIUSO RUIZ, CARLOS. *La contratación electrónica*. Madrid: Dykinson, 1998, 359 pp.
- BASÜZABAL ARRUE, XABIER. “En torno a las obligaciones precontractuales de información”: *Anuario de Derecho Civil*, nº LXII-2, 2009, pp. 647-712.
- BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, A. “Modalidades especiales de venta y protección de los consumidores”: *Estudios sobre Consumo nº 4*, 1985, pp. 57-74.
- BERCOVITZ, ALBERTO y BERCOVITZ, RODRIGO. *Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores*. Madrid: Tecnos, 1987, 326 pp.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, RODRIGO (Coord). *Comentarios a la ley de arbitraje: Ley 36/1988, de 5 de diciembre*. Madrid: Tecnos, 1991, 1023 pp.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, RODRIGO (Coord). *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*. Elcano (Navarra): Aranzadi, 1999, 1567 pp.
- BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, RODRIGO (Coord.). *Comentarios al Código Civil*. 3ª edición. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2009, 2260 pp.
- BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, RODRIGO (Coord). *Manual de Derecho Civil. Contratos*. Madrid: Bercal, 2003, 392 pp.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, RODRIGO. “El texto refundido sobre legislación de consumo”. *Aranzadi Civil nº 3*, 2007, pp. 2561-2564.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, RODRIGO (Coord). *Comentarios del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007)*. 1ª edición. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2009, 2143 pp.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, RODRIGO. “Sentencia de 9 de diciembre de 2009: Responsabilidad de los prestadores de servicios de la sociedad de la información: servicios de alojamiento o de almacenamiento de datos”. *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, nº 84, 2010, pp. 1603-1615.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, RODRIGO y LEGUINA VILLA, JESÚS (Coord). *Comentarios a las leyes de Ordenación del Comercio*

*Minorista. Ley Orgánica 2/1996, de 15 de enero, complementaria de la de Ordenación del Comercio Minorista, y Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista.* Madrid: Tecnos, 1997, 1133 pp.

- BERCOVITZ, RODRIGO y SALAS, JAVIER (Coord). *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.* Madrid: Civitas, 1992, 1421 pp.
- BERROCAL LANZAROT, ANA I. “La autonomía del individuo en el ámbito sanitario: El deber de información y el consentimiento informado como derechos del paciente en la nueva Ley 41/2002, de 14 de noviembre”: *Foro, Revista de ciencias jurídicas y sociales*, nueva época nº 0, 2004, pp. 227-298.
- BERROCAL LANZAROT, ANA ISABEL. “Perfección del contrato en la ley 34/2002, de 11 de julio de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico: la unificación de criterios”: *Revista de Contratación Electrónica*, nº 100, 2009, pp. 3-102.
- BETANCOR RODRÍGUEZ, ANDRÉS. *Las Administraciones independientes: un reto para el Estado social y democrático de derecho.* Madrid: Tecnos, 1994, 276 pp.
- BLANCO CARRASCO, MARTA. *Mediación y Consumidores.* Madrid: Instituto Nacional del Consumo, 2005, 583 pp.
- BOTANA GARCÍA, GEMMA ALEJANDRA. Prólogo de Dr. D. Gabriel García Cantero. *Los contratos realizados fuera de los establecimientos mercantiles y la protección de los consumidores.* Barcelona: Bosch, 1994, 324 pp.
- BOTANA GARCÍA, GEMA ALEJANDRA (Coord). *Comercio electrónico y protección de los consumidores.* 1ª edición. Madrid: La Ley, 2001, 970 pp.
- BOTANA GARCÍA, GEMA ALEJANDRA. “Contratos con consumidores y usuarios”. *Diario La Ley*, nº 6990 de 16 de julio de 2008, pp. 4-12.
- BOTANA GARCÍA, GEMA ALEJANDRA. “El nuevo Texto Refundido de Consumidores y Usuarios”. *Diario La Ley*, nº 6990 de 16 de julio de 2008, pp. 13-21.
- BOTANA GARCÍA, GEMA y RUIZ MUÑOZ, MIGUEL (Coord). *Curso sobre protección jurídica de los consumidores.* 1ª edición. Madrid: Mc Graw Hill, 1999, 670 pp.
- BOURGOIGNIE, THIERRY (Traductora, GABISER). *Elementos para una teoría del Derecho de Consumo.* Vitoria: Gobierno Vasco, 1994, 384 pp.
- BUSTO LAGO, JOSÉ MANUEL (Coord), ÁLVAREZ LATA, NATALIA y PEÑA LÓPEZ, FERNANDO. *Reclamaciones de Consumo. Derecho de consumo desde la perspectiva del consumidor.* Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2005, 1118 pp.
- CABALLERO HARRIET, FCO. JAVIER (et al). *Encuentros Internacionales sobre Justicia Alternativa.* San Sebastián: Gobierno Vasco, 1989, 102 pp.
- CAMACHO CLAVIJO, SANDRA. “Breves comentarios al borrador de Anteproyecto de Ley de impulso de la sociedad de la información”: *Diario La Ley* nº 6672 de 15-3-2007, pp. 1-4.

- CÁMARA LAPUENTE, SERGIO. *El control de las cláusulas «abusivas» sobre elementos esenciales del contrato. ¿Incorrecta transposición, opción legal legítima o mentís jurisprudencial?* Ed. Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2006, 205 pp.
- CAMPUZANO TOMÉ, HERMINIA. “La relación contractual derivada de la prestación de servicios de telefonía. Especial referencia a la protección de los consumidores frente a la prestación de servicios de tarificación adicional”: JUAN MANUEL ABRIL CAMPOY y MARÍA EULALIA AMAT LLARI (Coord). *Homenaje al profesor Lluís Puig i Ferriol Vol. 1*. 1ª edición. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2006, pp. 689-732.
- CARLÓN RUIZ, MATILDE. *El servicio universal de telecomunicaciones*. Cizur Menor, Navarra: Thomson-Civitas, 2007, 348 pp.
- CARLÓN RUIZ, MATILDE. *Régimen jurídico de las telecomunicaciones: una perspectiva convergente en el Estado de las Autonomías*. Las Rozas-Madrid: La Ley, 2000, 563 pp.
- CARRASCO PERERA, ÁNGEL y DÍAZ-REGAÑÓN GARCÍA-ALCALÁ, CALIXTO. *El arbitraje de consumo: la experiencia de Castilla-La Mancha (1992-1996)*. Madrid: Tecnos, 1998, 196 pp.
- CARRASCO PERERA, ANGEL (Dtor). *El Derecho de Consumo en España: presente y futuro*. Madrid: Instituto Nacional del Consumo, 2002, 423 pp.
- CARRASCO PERERA ÁNGEL y MENDOZA LOSANA, ANA. *La protección de los consumidores y usuarios en el nuevo régimen jurídico del mercado de las telecomunicaciones: estudio comparativo de las leyes 32/2003 y 11/1998*. Centro de Estudios de Consumo, Universidad de Castilla-La Mancha, febrero de 2004. En Internet, en <<http://www.uclm.es/cesco/investigacion/14.pdf>>, 121 pp. Consulta realizada el 4-4-2007.
- CARRASCO PERERA, ÁNGEL; ARROYO JIMÉNEZ, LUIS y MENDOZA LOSANA, ANA ISABEL. *Impacto de la evolución de la liberalización de las telecomunicaciones en la protección del consumidor*. Toledo: Centro de Estudios de Consumo, Universidad de Castilla-La Mancha, noviembre de 2004. En Internet, en <<http://www.uclm.es/cesco/investigacion/24.pdf>>, 59 pp. Consulta realizada el 4-4-2007.
- CARRASCO PERERA, ÁNGEL (Coord). *Estudios sobre Telecomunicaciones y Derecho de Consumo*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2005, 617 pp.
- CARRASCO PERERA, ANGEL. “Texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (Real Decreto Legislativo 1/2007). Ámbito de aplicación y alcance de la refundición”. *Aranzadi Civil*, nº 1, 2008, pp. 2215-2225.
- CASTÁN TOBEÑAS, JOSÉ. *Derecho Civil Español, Común y Foral, Tomo Cuarto. Derecho de Obligaciones. Las particulares relaciones obligatorias*. 15ª Edición revisada y puesta al día por José Ferrandis Vilella. Madrid: Editorial Reus, 1993, 1.062 pp.

- CAVANILLAS MÚGICA, SANTIAGO. “Las prestaciones propias de cada producto o servicio”: *Aranzadi Civil*, vol I, Pamplona, 1993.
- CAVANILLAS MÚGICA, SANTIAGO. “Propuestas para mejorar la protección de los consumidores en el comercio electrónico”: *IDP-Revista de Internet, Derecho y Política* de la UOC-Universitat Oberta de Catalunya, nº 2, 2006, pp. 23-31.
- CAVANILLAS MÚGICA, SANTIAGO. *Responsabilidad civil (I). Supuestos*. Documento electrónico en [www.iustel.com](http://www.iustel.com), sin fechar. Consulta realizada el 24-5-2007.
- CAVANILLAS MÚGICA, SANTIAGO. “El Real Decreto Legislativo 1/2007 por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias: *Aranzadi Civil*, nº 1, 2008, pp. 2133-2166.
- CEACCU-Confederación Española de Organizaciones de Amas de Casa, Consumidores y Usuarios. *Informe de Prensa: CEACCU denuncia a más de doscientos números irregulares y pide su corte*. Documento electrónico consultado el 10-7-2007 en [www.ceaccu.org/docspdf/INFORME\\_CEACCU\\_TARIFICACION\\_ADICIONAL\\_07.doc](http://www.ceaccu.org/docspdf/INFORME_CEACCU_TARIFICACION_ADICIONAL_07.doc). Madrid, 18 de junio de 2007, 18 pp.
- CERVANTES BRAVO, IRINA GRACIELA. “El arbitraje como origen del proceso y su evolución histórica hasta la etapa de la codificación del derecho procesal español”: *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje* Nº 2 de 2006, Tomo XVIII-Mayo, pp. 295-317.
- CHECA BRAVO, JESÚS. “Arbitraje con consumidores administrado por entidades ajenas al sistema arbitral de consumo (Incidencia del anteproyecto de Ley-2005 de Mejora de la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios, en el arbitraje de consumo)”: *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje* Nº 2 de 2006, Tomo XVIII-Mayo, pp. 267-293.
- CHECA BRAVO, JESÚS. “El sistema arbitral de consumo y los principios de la Comisión de las Comunidades Europeas aplicables a los órganos de solución extrajudicial de los litigios de consumo”: *Revista Estudios sobre Consumo* nº 52, Madrid, 2000, pp.147-159.
- CHECA BRAVO, JESÚS. “Las Ofertas Públicas de Sometimiento al Sistema Arbitral de Consumo”: *Curso de Mediación y Arbitraje. Nuevos retos del arbitraje de consumo*. Cuadernos de Consumo nº 23 de abril de 2005, editado por el Gobierno de Aragón, pp. 109-150.
- CHECA BRAVO, JESÚS. *Manual de Procedimiento Administrativo para la gestión de reclamaciones de consumo*. Murcia: Dirección General de Comercio, Consumo y Artesanía, 1998, 73 pp.
- CID LUQUE, ANDRÉS. *El marco administrativo de la defensa de los consumidores y usuarios*. Sevilla: Junta de Andalucía, 1998, 226 pp.
- CLEMENTE MEORO MARIO E. y CAVANILLAS MÚGICA, SANTIAGO (Coord.). *Responsabilidad civil y contratos en Internet: su regulación en la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio electrónico*. Granada: Comares, 2003, 201 pp.

- COLMENERO GUERRA, JOSE ANTONIO. *La resolución del arbitraje en equidad*. Sevilla: Junta de Andalucía, 2000, 67 pp.
- COMISIÓN DE SUPERVISIÓN DE LOS SERVICIOS DE TARIFICACIÓN ADICIONAL. *Datos sobre la actividad de la Comisión Permanente en los años 2002 y 2003*. Documento electrónico en <http://www.mityc.es/Telecomunicaciones/Organizacion/Consejos/ComisionSupervision.htm>, sin fechar. Consulta realizada el 30-4-2007.
- COMISIÓN DE SUPERVISIÓN DE LOS SERVICIOS DE TARIFICACIÓN ADICIONAL. *Informe público de las actuaciones realizadas. Años 2004 y 2005*. Documento electrónico en [http://www.consumo-inc.es/informes/interior/informes/frame/documentos/PDF/INFORME\\_ANUAL\\_COMISION\\_PERMANENTE\\_CSSTA\\_2004\\_2005.pdf](http://www.consumo-inc.es/informes/interior/informes/frame/documentos/PDF/INFORME_ANUAL_COMISION_PERMANENTE_CSSTA_2004_2005.pdf), consulta realizada el 15-5-2007.
- COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES. *Informe Anual 1998*. Madrid, 1999.
- COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES. *Informe Anual 1999*. Madrid, 2000, 349 pp.
- COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES. *Informe Anual 2000*. Madrid, 2001, 416 pp.
- COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES. *Informe Anual 2001*. Madrid, 2002, 532 pp.
- COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES. *Informe Anual 2002*. Madrid, 2003, 431 pp.
- COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES. *Informe Anual 2003*. Madrid, 2004, 416 pp.
- COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES. *Informe Anual 2004*. Madrid, 2005, 472 pp.
- COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES. *Informe Anual 2005*. Barcelona, 2006, 399 pp.
- COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES. *Informe Anual 2006*. Barcelona, 2007, 242 pp.
- COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES. *Informe Anual 2007*. Barcelona, 2008, 278 pp.
- COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES. *Informe Anual 2008*. Barcelona, 2009, 302 pp.
- COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES. *Informe Anual 2009*. Barcelona, 2010, 331 pp.
- COMUNIDAD DE MADRID. DIRECCIÓN GENERAL DE COMERCIO Y CONSUMO. *Curso de doctorado sobre Derecho de los Consumidores, Constitución económica y Derecho del Consumo*. Madrid: 1987, 261 pp.
- COMUNIDAD DE MADRID. *La Guía Naranja del Arbitraje de Consumo de la Comunidad de Madrid*. Madrid, 2004, 285 pp.

- COMUNIDAD DE MADRID. *Páginas Naranjas del Consumidor de la Comunidad de Madrid. Guía de empresas adheridas al sistema arbitral de consumo*. Madrid, 2003, 224 pp.
- CONSEJO DE CONSUMIDORES Y USUARIOS. *Comercio electrónico y protección del consumidor*. Madrid: 2001, 53 pp.
- CONSEJO DE CONSUMIDORES Y USUARIOS. *Evolución de la competencia en los servicios de interés general*. Madrid: 2001, 50 pp.
- CONSEJO DE CONSUMIDORES Y USUARIOS. *Los servicios de interés general en Europa*. Madrid: 2000, 96 pp.
- CORDÓN MORENO, FAUSTINO. *El Arbitraje de Derecho Privado (Estudio breve de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje)*. 1ª edición. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2005, 428 pp.
- CORRIENTE CORDOBA, JOSÉ ANTONIO (et al). *Estudios sobre el Derecho de Consumo*. 2ª edición. Bilbao: Iberdrola, 1994, 425 pp.
- CREMADES JAVIER y GONZÁLEZ MONTES, JOSÉ LUIS (Coord). *La Nueva Ley de Internet (Comentarios a la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico)*. Madrid-Las Rozas: La Ley-Actualidad, 2003, 666 p.
- CREMADES, JAVIER (Coord). *Derecho de las Telecomunicaciones*. Las Rozas, Madrid: Ley-Actualidad y Ministerio de Fomento, 1997, 1.357 pp.
- CREMADES, JAVIER y RODRÍGUEZ-ARANA, JAIME (Dtores). *Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones (Aprobada por Ley 32/2003, de 3 de noviembre)*. Madrid: La Ley-Actualidad, 2004, 1.070 pp.
- CREMADES, JAVIER. *Telecomunicaciones: 1.000 conceptos básicos*. Madrid: La Ley-Actualidad, 2000, 295 pp.
- CUADRADO PÉREZ, CARLOS. *Oferta, aceptación y conclusión del contrato*. Bolonia: Publicaciones del Real Colegio de España, 2003, 396 pp.
- CUESTA GARCÍA DE LEONARDO, ANGEL. "El art. 8 LCU en la Jurisprudencia". *Aranzadi Civil*, nº 2, 1996, pp. 129-148.
- CUESTA GARCÍA DE LEONARDO, ANGEL. "La publicidad engañosa en la doctrina de los Tribunales": *Aranzadi Civil*, nº 3, 1996, pp. 139-160.
- DE CASTRO Y BRAVO, FEDERICO. *Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las Leyes*. 2ª edición. Madrid: Civitas, 1985, 94 pp.
- DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ, JUAN MIGUEL. "Informe especial: la Ley General de Telecomunicaciones de 2003 en el contexto de la liberalización europea y española del sector": *Redeti. Revista de derecho de las telecomunicaciones e infraestructuras en red*, nº 18, 2003, pp. 71-149.
- DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ, JUAN MIGUEL. "La tercera generación de normas regulatorias en telecomunicaciones": *Redeti. Revista de derecho de las telecomunicaciones e infraestructuras en red*, nº 25, 2006, pp. 11-27.
- DE LA CUÉTARA, JUAN MIGUEL. "La convergencia, diez años después". *Redeti. Revista del Derecho de las Telecomunicaciones, Transportes e Infraestructuras*, nº 33, 2008, pp. 37-52.

- DE LA IGLESIA PRADOS, EDUARDO. "Derechos contractuales del usuario de servicios de comunicaciones electrónicas": *Revista de la Contratación Electrónica*, nº 105, 2009, pp. 79-113.
- DE LEÓN ARCE, ALICIA (Directora). *Derechos de los consumidores y usuarios. (Doctrina, normativa, jurisprudencia, formularios)*. 2ª edición. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2007, 2 tomos, 3028 pp.
- DE LEÓN ARCE, ALICIA, MORENO-LUQUE, CARMEN, y AZA CONEJO, Mª JESÚS. *Derecho de Consumo*. Oviedo: Forum, 1995, 326 pp.
- DE MIGUEL ASENSIO, PEDRO ALBERTO. *Derecho Privado de Internet*. 3ª edición. Madrid: Civitas, 2002, 643 pp.
- DE SALAS MURILLO, SOFIA. *Responsabilidad civil e incapacidad. La responsabilidad civil por daños causados por personas en las que concurre causa de incapacitación*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2003, 349 pp.
- DE VICENTE MARTÍNEZ, ROSARIO. *Infracciones y sanciones en materia de consumo: guía de actuación de la administración sancionadora*. Madrid: Tecnos 2000, 127 pp. (Obra resultado de una propuesta de la Consejería de Sanidad de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha al Centro de Estudios de Consumo de la Universidad Regional)
- DEFENSOR DEL PUEBLO ANDALUZ. *Guía de los derechos de los usuarios de las tecnologías de la información y de la comunicación (T.I.C.)*. Sevilla: junio 2007, 48 pp.
- DEFENSOR DEL PUEBLO. *Informe Anual 1992*. Madrid: Publicaciones del Congreso de los Diputados. Secretaría General (Dirección de Estudios). Serie Informes, 1993, pp. 376-379.
- DEFENSOR DEL PUEBLO. *Informe Anual 1993*. Madrid: Publicaciones del Congreso de los Diputados. Secretaría General (Dirección de Estudios). Serie Informes, 1994, pp. 467-470.
- DEFENSOR DEL PUEBLO. *Informe Anual 1994*. Madrid: Publicaciones del Congreso de los Diputados. Secretaría General (Dirección de Estudios). Serie Informes, 1995, pp. 388-389.
- DEFENSOR DEL PUEBLO. *Informe Anual 1995*. Madrid: Publicaciones del Congreso de los Diputados. Secretaría General (Dirección de Estudios). Serie Informes, 1996, pp. 48-52.
- DEFENSOR DEL PUEBLO. *Informe Anual 1996*. Madrid: Publicaciones del Congreso de los Diputados. Secretaría General (Dirección de Estudios). Serie Informes, 1997, p. 63.
- DEFENSOR DEL PUEBLO. *Informe Anual 1997*. Madrid: Publicaciones del Congreso de los Diputados. Secretaría General (Dirección de Estudios). Serie Informes, 1998, pp. 412-413.
- DEFENSOR DEL PUEBLO. *Informe Anual 1998*. Madrid: Publicaciones del Congreso de los Diputados. Secretaría General (Dirección de Estudios). Serie Informes, 1999, pp. 443-445.



- DEFENSOR DEL PUEBLO. *Informe Anual 1999*. Madrid: Publicaciones del Congreso de los Diputados. Secretaría General (Dirección de Estudios). Serie Informes, 2001, pp. 461-464.
- DEFENSOR DEL PUEBLO. *Informe Anual 2000*. Madrid: Publicaciones del Congreso de los Diputados. Secretaría General (Dirección de Estudios). Serie Informes, 2001, pp. 285-288.
- DEFENSOR DEL PUEBLO. *Informe Anual 2001*. Madrid: Publicaciones del Congreso de los Diputados. Secretaría General (Dirección de Estudios). Serie Informes, 2002, pp. 410-413.
- DEFENSOR DEL PUEBLO. *Informe Anual 2002*. Madrid: Publicaciones del Congreso de los Diputados. Secretaría General (Dirección de Estudios). Serie Informes, 2003, pp. 432-434.
- DEFENSOR DEL PUEBLO. *Informe Anual 2003*. Madrid: Publicaciones del Congreso de los Diputados. Secretaría General (Dirección de Estudios). Serie Informes, 2004, pp. 900-905.
- DEFENSOR DEL PUEBLO. *Informe Anual 2004*. Madrid: Publicaciones del Congreso de los Diputados. Secretaría General (Dirección de Estudios). Serie Informes, 2005, pp. 838-853.
- DEFENSOR DEL PUEBLO. *Informe Anual 2005*. Madrid: Publicaciones del Congreso de los Diputados. Secretaría General (Dirección de Estudios). Serie Informes, 2006, pp. 575-589.
- DEFENSOR DEL PUEBLO. *Informe Anual 2006*. Madrid: Publicaciones del Congreso de los Diputados. Secretaría General (Dirección de Estudios). Serie Informes, 2007, pp. 834-852.
- DEL VAS GONZÁLEZ, JUANA MARÍA. *Instituciones Jurídicas de Protección del Menor en el Derecho Civil Español*. Madrid: Fundación Registral, 2009, 407 pp.
- DELGADO DE MIGUEL, JUAN FRANCISCO (Coord.). *Instituciones de Derecho Privado. Tomo III. Obligaciones y contratos. Vol 1º*. 1ª edición. Madrid: Civitas, 2002, 669 pp.
- DELGADO DE MIGUEL, JUAN FRANCISCO (Coord.). *Instituciones de Derecho Privado. Tomo III. Obligaciones y contratos. Vol 2º*. 1ª edición. Madrid: Civitas, 2005, 1352 pp.
- DELGADO DE MIGUEL, JUAN FRANCISCO (Coord.). *Instituciones de Derecho Privado. Tomo III. Obligaciones y contratos. Vol 3º*. 1ª edición. Madrid: Civitas, 2003, 1236 pp.
- DIEZ BALLESTEROS, JUAN ALBERTO. "Obligaciones precontractuales de información en la contratación electrónica y protección de los consumidores": *Estudios sobre Consumo*, nº 85, 2008, pp. 61-75.
- DÍEZ GARCÍA, HELENA. "Admisión e inadmisión a trámite de solicitudes de arbitraje de consumo: regulación actual y perspectivas de reforma tras la Ley 44/2006": *Aranzadi Civil*, nº 2, 2007, pp. 2489-2544.

- DÍEZ-PICAZO, LUIS. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Volumen I. Introducción. Teoría del contrato*. 6ª edición. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2007, 657 pp.
- DÍEZ-PICAZO, LUIS. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Volumen II. Las relaciones obligatorias*. 6ª edición. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2008, 1092 pp.
- ENTRENA CUESTA, RAFAEL. *Curso de Derecho Administrativo. Volumen I/1. Concepto, fuentes, relación jurídico-administrativa y justicia administrativa*. 13ª edición. Madrid: Tecnos, 1999, 382 pp.
- ENTRENA CUESTA, RAFAEL. *Curso de Derecho Administrativo. Volumen I/2. Organización administrativa*. 12ª edición. Madrid: Tecnos, 1998, 333 pp.
- FELIU REY, MANUEL IGNACIO. “La protección del menor en las telecomunicaciones”: *Estudios sobre Consumo* nº 48, 1999, pp. 9-20.
- FELIU REY, MANUEL IGNACIO. *La protección del consumidor en Internet. Informe emitido a petición del Consejo de Consumidores y Usuarios*. Madrid: Consejo de Consumidores y Usuarios, 2002, 152 pp.
- FERNÁNDEZ GARCÍA, LIONEL D. “La regulación de las redes de telecomunicaciones de nueva generación (NGN). Perspectivas de evolución en España”: *Redeti. Revista del Derecho de las Telecomunicaciones, Transportes e Infraestructuras*, nº 32, 2008, pp. 75-126.
- FERNANDO MAGARZO, Mª DEL ROSARIO. “Concepto de publicidad y publicidad engañosa en Internet”: *Revista de la Contratación Electrónica*, nº 21, 2001, pp. 3-66.
- FERNANDO PABLO, MARCOS M. *Derecho General de las Telecomunicaciones*. 1ª edición. Madrid: Colex, 1998, 212 pp.
- FERNANDO PABLO, MARCOS MATÍAS. “Sobre el dominio público radioeléctrico: espejismo y realidad”: *Revista de Administración Pública* nº 143, 1997, pp. 107-148.
- FIDALGO LÓPEZ, ANA. “La problemática de la protección de los consumidores en la prestación de los servicios de tarificación adicional”: *Boletín de Información del Ministerio de Justicia* nº 1991, 2005, pp. 5-18.
- FONT GALÁN, JUAN IGNACIO (et al). *II Jornadas de Derecho y Consumo, 1989*. Ayuntamiento de Puerto de Santa María (Cádiz): 1991, 194 pp.
- FONT GALÁN, JUAN IGNACIO y LÓPEZ MENUDO, FRANCISCO (Coord.). *Curso sobre el Nuevo Derecho del Consumidor*. 1ª edición. Madrid: Instituto Nacional del Consumo, 1990, 514 pp.
- GÁLLEGO HIGUERAS, GONZALO F. “Comercio electrónico y ventas a distancia tras la nueva redacción del artículo 38 de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista”: *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 588, 2003, pp. 4-6.
- GARBERÍ LLOBREGAT, JOSÉ (Dtor). *Comentarios a la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje. Doctrina, Jurisprudencia, Formularios, Legislación*. 1ª edición. Barcelona: Bosch, 2004, 2 v., 830-1572 pp.

- GARCÍA ABURUZA, M<sup>a</sup> PAZ. “Prácticas comerciales desleales: ¿una sólida protección al consumidor?”. *Revista Aranzadi Doctrinal* nº 6, 2009, pp. 127-158.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO y DE LA QUADRA-SALCEDO, TOMÁS. *Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones, Ley 11/1998, de 24 de abril*. Madrid: Civitas, 1999, 903 pp.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO y DE LA QUADRA-SALCEDO, TOMÁS. *Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones, Ley 32/2003 de 3 de noviembre*. Madrid: Thomson-Civitas, 2004, 1337 pp.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO y FERNÁNDEZ, TOMÁS-RAMÓN. *Curso de Derecho Administrativo I*. 14<sup>a</sup> edición. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2008, 847 pp.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO y FERNÁNDEZ, TOMÁS-RAMÓN. *Curso de Derecho Administrativo II*. 11<sup>a</sup> edición. Madrid: Civitas, 2008, 754 pp.
- GARCÍA FERNÁNDEZ, FRANCISCO JAVIER (et al). *La función consultiva*. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública-INAP. Monográfico de la Revista Documentación Administrativa nº 226, Abril-Junio 1991.
- GARCÍA GARRIDO, MANUEL JESUS. *Derecho Privado Romano. Casos Acciones e Instituciones*. 8<sup>a</sup> edición. Madrid: Dykinson, 1999, 946 pp.
- GARCÍA GARRIDO, MANUEL JESUS. *Diccionario de Jurisprudencia Romana. Casos Acciones e Instituciones*. 3<sup>a</sup> edición. Madrid: Dykinson, 1988, reimp. 1993, 459 pp.
- GARCÍA MACHO, RICARDO. *Las relaciones de especial sujeción en la Constitución española*. Madrid: Tecnos, 1992, 259 pp.
- GARCÍA MEXÍA, PABLO (Dtor). *Principios de Derecho de Internet*. 2<sup>a</sup> edición. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2005, 605 pp.
- GARCÍA VICENTE, JOSÉ RAMÓN. *Ley de Contratos Celebrados Fuera de los Establecimientos Mercantiles: el Derecho de Revocación*. Pamplona: Aranzadi, 1997, 335 pp.
- GARCÍA-PITA Y LASTRE, JOSÉ LUIS. “La mercantilidad del contrato de comisión y las obligaciones de diligencia del comisionista”: JUAN LUIS IGLESIAS PRADA (Coord). *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez, Vol. 3*, 1996, pp. 2817-2869.
- GARRIDO FALLA, FERNANDO, *Tratado de Derecho Administrativo. Volumen I. Parte General*, 13<sup>a</sup> edición. Madrid: Tecnos, 2002, 681 pp.
- GARRIDO FALLA, FERNANDO, *Tratado de Derecho Administrativo. Volumen II. Parte General: Conclusión*, 11<sup>a</sup> edición. Madrid: Tecnos, 2002, 556 pp.
- GARRIGUES, ABOGADOS Y ASESORES TRIBUTARIOS. “Código de Servicios de Tarificación Adicional”: *Revista Redes & Telecom* de 1-11-2004, p. 6.
- GINER PARREÑO, CÉSAR. *La liberalización de las telecomunicaciones y el concepto de servicio de interés general: una perspectiva desde la política*

de protección de los consumidores. Madrid: Consejo de Consumidores y Usuarios, 2002, 157 pp.

- GOBIERNO DE ARAGÓN. Dirección General de Consumo. *Laudos año 2000 de la Junta Arbitral de Consumo de Aragón, Cuadernos de Consumo* nº 13, 2001, 240 pp.
- GOBIERNO DE ARAGÓN. *Junta Arbitral de Consumo de Aragón: Décimo Aniversario 1995-2005. Cuadernos de Consumo* nº 27, febrero de 2006, 160 pp.
- GOBIERNO DE CANARIAS. *Censo de empresas adheridas al sistema arbitral de consumo de Canarias*, 1999, 110 pp.
- GOBIERNO DE NAVARRA. *Recopilación de laudos 2000-2003 de la Junta Arbitral de Consumo de Navarra*, 2004, 199 pp.
- GOBIERNO DE NAVARRA. *Recopilación de laudos 2004 de la Junta Arbitral de Consumo de Navarra*, 2005, 233 pp.
- GOMÁ SALCEDO, JOSÉ ENRIQUE. *Instituciones de Derecho Civil Común y Foral. Tomo I. Parte General y Derechos Reales*. 2ª edición. Barcelona: Bosch, 2010, 991 pp.
- GÓMEZ CALERO, JUAN. *Los Derechos de los Consumidores y Usuarios*. Madrid: Dykinson, 1994, 220 pp.
- GONZÁLES AGUILAR, AUDILIO, FERREYROS SOTO, CARLOS y CARRASCOSA LÓPEZ, VALENTÍN. *Los contratos en la sociedad de la información. Formularios de contratos informáticos e Internet*. Granada: Comares, 2004, 992 pp.
- GONZÁLES CARRASCO, M<sup>a</sup> DEL CARMEN. *Informe sobre contratación de línea de telefonía móvil por menores con deficiencias psíquicas*. Albacete: Centro de Estudios de Consumo, Universidad de Castilla-La Mancha, mayo de 2006. En Internet, en <<http://www.uclm.es/cesco/investigacion/2006/8.pdf>>, 3 pp. Consulta realizada el 4-4-2007.
- GONZÁLES GOZALO, ALFONSO. *La formación del contrato tras la Ley de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico*. Granada: Comares, 2004, 265 pp.
- GONZÁLES PÉREZ, JESÚS. *Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo*. 2ª edición. Madrid: Civitas, 1988, 1376 pp.
- GONZÁLES PÉREZ, JESUS y GONZÁLES NAVARRO, FRANCISCO. *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (Ley 30/1992, de 26 de noviembre)*. 4ª edición. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2007, 2 tomos, 1793/3870 pp.
- GONZÁLES SORIA, JULIO (Coord). *Comentarios a la nueva Ley de arbitraje 60/2003, de 23 de diciembre*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2004, 680 pp.
- GONZÁLES VAQUÉ, LUIS. "La noción de consumidor en el Derecho Comunitario de Consumo": *Estudios sobre Consumo* nº 75, 2005, pp. 25-41.
- GUILARTE GUTIÉRREZ, VICENTE (Dtor). *Comentarios prácticos a la Ley de Arbitraje*. 1ª edición: Valladolid. Lex Nova, 2004, 869 pp.

- GUILLÉN CARAMÉS, JAVIER. (Prólogo de Lorenzo Martín-Retortillo Baquer). *El Estatuto Jurídico del Consumidor (Política comunitaria, bases constitucionales y actividad de la administración)*. Madrid: Civitas, 2002, 625 pp.
- GUILLÉN CATALÁN, RAQUEL. *El régimen jurídico de la oferta contractual dirigida a consumidores*. Madrid: Fundación Registral, 2010, 220 pp.
- GUIADO MORENO, ÁNGELA. *Formación y perfección del contrato en Internet*. Madrid: Marcial Pons, 2004, 229 pp.
- HERAS HERNÁNDEZ, MARÍA DEL MAR. “La forma de los contratos: el neoformalismo en el derecho de consumo”: *Revista de Derecho Privado*, Año nº 89, Mes 3, 2005, pp. 27-50.
- HERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, ASUNCIÓN. “Una experiencia paradigmática: el arbitraje de consumo on line en el marco del sistema español de protección de los consumidores”: *Estudios sobre Consumo* nº 65, 2003, pp. 37-52.
- HINOJOSA SEGOVIA, RAFAEL (Coord). *Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje*. Barcelona: DIJUSA, 2004, 329 pp.
- ILLESCAS ORTIZ, RAFAEL. *Derecho de la contratación electrónica*. 2ª edición. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2009, 367 pp.
- INSTITUTO DE EMPRESA, INSTITUTO DE ESTUDIOS ECONÓMICOS E INSTITUTO DE ESTUDIOS DEL LIBRE COMERCIO. *La Regulación del Comercio Minorista en las Comunidades Autónomas de España*. Madrid: Marcial Pons, 2001, 405 pp.
- ÍÑIGO FUSTER, ANDRÉS. “La contratación electrónica como contratación a distancia”: *Redeti. Revista del Derecho de las Telecomunicaciones e Infraestructuras en Red*, nº 17, 2003, pp. 33-87.
- JORDANO FRAGA, F. “La capacidad general del menor”: *Revista de Derecho Privado*, 1984.
- JUNTA DE CASTILLA Y LEÓN. *Laudos de la Junta Arbitral de Consumo de Castilla y León 1995-1997*, editado en 1998, 82 pp.
- JUNTA DE CASTILLA Y LEÓN. *Laudos de la Junta Arbitral de Consumo de Castilla y León 2002*, editado en 2003, 62 pp.
- JUNTA DE CASTILLA Y LEÓN. *Laudos de la Junta Arbitral de Consumo de Castilla y León 2003*, editado en 2004, 64 pp.
- JUNTA DE CASTILLA Y LEÓN. *Laudos de la Junta Arbitral de Consumo de Castilla y León 2004*, editado en 2005, 67 pp.
- JUNTA DE CASTILLA Y LEÓN. *Laudos de la Junta Arbitral de Consumo de Castilla y León 2005*, editado en 2005, 97 pp.
- JUNTA DE COMUNIDADES DE CASTILLA LA MANCHA. Dirección General de Consumo. *Manual práctico sobre arbitraje de consumo en Castilla La Mancha*. Toledo: Servicio de Publicaciones de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, 1992, 117 pp.
- LABACA ZABALA, MARÍA LOURDES. “El consentimiento informado en el ámbito de la sanidad, a propósito de la Ley 41/2002, Básica Reguladora de la

autonomía del paciente y de los derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica”: *Saberes: Revista de estudios jurídicos, económicos y sociales*, Separata, vol 4, 2006, 30 pp.

- LA MONEDA DÍAZ, FRANCISCO. “La nueva Ley 60/2003, de Arbitraje, y su incidencia en el sistema arbitral de consumo”: *Diario La Ley* nº 6027 de 27-5-2004, pp. 1 y ss y *La Ley-Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, nº 3, 2004, pp. 1777-1782.
- LAGUNA DE PAZ, JOSÉ CARLOS. “Liberalización y neorregulación de las telecomunicaciones en el Derecho comunitario”: *Revista Española de Derecho Administrativo-REDA* nº 88, 1995, pp. 491-508.
- LAGUNA DE PAZ, JOSÉ CARLOS. *Telecomunicaciones: Regulación y Mercado*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2004, 254 pp.
- LAGUNA DE PAZ, JOSÉ CARLOS. *La autorización administrativa*. 1ª edición. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2006, 378 pp.
- LAGUNA DE PAZ, JOSÉ CARLOS. “Redes de acceso de nueva generación”: *Redeti. Revista del Derecho de las Telecomunicaciones, Transportes e Infraestructuras*, nº 32, 2008, pp. 41-74.
- LANDWELL, ABOGADOS Y ASESORES FISCALES. *Servicios de tarificación adicional. Problemática y nueva regulación*. 21 pp. Documento electrónico en [http://www.landwellglobal.com/es/esp/sp\\_downloads/Informe\\_tarificacion\\_adicional.pdf](http://www.landwellglobal.com/es/esp/sp_downloads/Informe_tarificacion_adicional.pdf). Sin fechar, probablemente de 2005. Consulta realizada el 15-5-2007.
- LARA, RAFAEL. “Los efectos de la declaración de concurso de acreedores sobre el sistema y sobre el procedimiento arbitral de consumo”: *Anuario de Derecho Concursal*, nº 6 de 2005, pp. 249-274.
- LASAGABASTER HERRARTE, IÑAKI. *Las relaciones de sujeción especial*. Madrid: Civitas, IVAP, 1994, 457 pp.
- LASARTE ÁLVAREZ, CARLOS, “La protección del consumidor como principio general del derecho”: *Estudios sobre Consumo*, nº 73 de 2005, pp. 55-68.
- LASARTE ÁLVAREZ, CARLOS. *Manual sobre protección de consumidores y usuarios*. 3ª edición. Madrid: Dykinson, 2007, 377 pp.
- LASARTE, CARLOS. *Principios de Derecho Civil II. Derecho de Obligaciones*. 13ª edición. Madrid: Marcial Pons, 2009, 354 pp.
- LASARTE, CARLOS. *Principios de Derecho Civil III. Contratos*. 12ª edición. Madrid: Marcial Pons, 2009, 407 pp.
- LASARTE, CARLOS. *Curso de Derecho Civil Patrimonial. Introducción al Derecho*. 16ª edición. Madrid: Tecnos, 2010, 508 pp.
- LIAÑO BASCUÑANA, LUCIO. *Elementos de la técnica digital determinantes de una nueva regulación*. Ponencia en las Jornadas de Nuevas Tecnologías, Madrid, 24-26 de mayo de 2000. Documento electrónico consultado en <http://www.rtve.es/eventos/jornadas/ponencia30.html>, consulta realizada el 24-9-2007.

- LLAMAS POMBO, EUGENIO (Coord). *Ley General para la Defensa de los consumidores y usuarios: Comentarios y jurisprudencia de la Ley veinte años después*. Madrid. La Ley, 2005, 1045 pp.
- LLANEZA GONZÁLEZ, PALOMA. *Nuevo marco regulatorio de las Telecomunicaciones*. 1ª edición. Barcelona: Bosch, 2002, 740 pp.
- LOIS CABALLE, ANA ISABEL. “Comentarios a la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje”: *Revista General de Derecho* nº 543, Valencia, diciembre de 1989, pp. 7789-7816.
- LOIS CABALLÉ, ANA ISABEL. *Introducción al Derecho del Consumo*. 1ª edición. Valencia: Generalitat Valenciana, 1991, 198 pp.
- LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, CARMEN. *La nulidad de los contratos*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2009, 383 pp.
- LÓPEZ JIMÉNEZ, DAVID y MARTÍNEZ LÓPEZ, FRANCISCO JOSÉ. “La formación del contrato electrónico”: *Revista de la Contratación Electrónica*, nº 105, 2009, pp. 3-58.
- LÓPEZ JIMÉNEZ, DAVID. “El derecho de desistimiento en el ámbito de la contratación electrónica”. *Aranzadi Civil*, nº 18, 2010, pp. 15-30.
- LOPEZ SAN LUIS, ROCIO. *La capacidad contractual del menor*. Madrid: Dykinson, 2001, 269 pp. Documento electrónico de V-Lex generado el 18.3.2010.
- LORCA NAVARRETE, A. M. “Algunos apuntes metodológicos sobre el proyecto de ley de arbitraje”: *Diario La ley* nº 5904 de 1 de diciembre de 2003, pp. 1 y ss.
- LORCA NAVARRETE, ANTONIO M<sup>a</sup>. *Tratado de Derecho de Arbitraje*. San Sebastián: Instituto Vasco de Derecho Procesal, 2001, 2 vol., 489-983 pp.
- LORCA NAVARRETE, ANTONIO MARIA. “¿Puede el órgano jurisdiccional frente al que se insta la ejecución forzosa del laudo arbitral examinar su contenido?": *Actualidad Jurídica Aranzadi*, año XV, nº 671/2005, de 2 de junio de 2005, BIB 2005/1099.
- LORCA NAVARRETE, ANTONIO MARIA. “La ejecución del laudo arbitral en los supuestos en que se ha ejercitado acción de anulación ¿es definitiva o provisional?": *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, Nº 2, 2005, pp. 1705-1711.
- LORCA NAVARRETE, ANTONIO MARIA. *Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje 60/2003 de 23 de diciembre*. San Sebastián: Instituto Vasco de Derecho Procesal, 2004, 623 pp.
- LORCA NAVARRETE, ANTONIO MARIA. *Temas actuales de consumo: La resolución de conflictos en materia de consumo*. San Sebastián: Instituto Vasco de Derecho Procesal, 2001, 249 pp.
- LYCZKOWSKA, KAROLINA. “Terceros en el contrato: análisis de casos del art. 1257 II CC”: *Aranzadi Civil*, nº 1, 2008, pp. 2227-2242.
- MACÍA MORILLO, ANDREA. Recensión de la obra de SERGIO CÁMARA LAPUENTE, *El control de las cláusulas «abusivas» sobre elementos esenciales del contrato. ¿Incorrecta transposición, opción legal legítima o mentís*

*jurisprudencial*. Cizur Menor, Navarra: Thomson-Aranzadi, 2006, 205 pp. *Anuario de Derecho Civil*, Tomo LX, fasc. I, 2007, pp. 309-314.

- MAGIDE HERRERO, MARIANO. *Límites constitucionales de las administraciones independientes*. 1ª edición. Madrid: Ministerio de Administraciones Públicas, 2000, 561 pp.
- MALUQUER DE MOTES BERNET, CARLOS J. “Oferta pública de sometimiento al sistema arbitral”: *Estudios sobre Consumo* nº 59, Madrid, 2001, pp. 117-126.
- MALUQUER DE MOTES BERNET, CARLOS J. “Los códigos de conducta como fuente de derecho”: *Derecho Privado y Constitución*, nº 17, 2003, pp. 361-376.
- MARCOS FRANCISCO, DIANA. “La Ejecución del Laudo Arbitral de Consumo: ¿Cabe denegarla por Invalidez del Convenio Arbitral?” *Riedpa: Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje*, nº. 2, 2009, en <http://www.riedpa.com/COMU/documentos/RIEDPA2091.pdf>, consulta realizada el 17.5.2010, 24 pp.
- MÁRQUEZ DE PRADO PÉREZ, JULIO. *El derecho de los consumidores y usuarios: su incardinación en el ordenamiento jurídico privado*. Sevilla: Junta de Andalucía, 1998, 103 pp.
- MARÍN LÓPEZ, MANUEL JESÚS y MARTÍNEZ ESPÍN, PASCUAL. *Instrumentos para la protección jurídica del consumidor*. Toledo: Centro de Estudios de Consumo (UCLM), 2006, 108 pp.
- MARTÍ DEL MORAL, ANTONIO. *La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones*. 1ª edición. Madrid: Ministerio de Administraciones Públicas. Instituto Nacional de Administración Pública, 2000, 287 pp.
- MARTÍN BRICEÑO, MARÍA DEL ROSARIO. “La protección de los intereses del consumidor a través de la forma de contrato”: *Aranzadi Civil* nº 1, 2001, pp. 1971-1996.
- MARTÍN-CARO GARCÍA, FRANCISCO; BETTSCHEN CAPA, BLANCA y ESTOA PÉREZ, ABEL. *Las agencias estatales*. 1ª edición. Madrid: Iustel, 2007, 167 pp.
- MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, JOSÉ LUIS. *El servicio público. Origen y significación*. Documento electrónico en [www.iustel.com](http://www.iustel.com), sin fechar. Consulta realizada el 24-5-2007.
- MARTÍNEZ MATESANZ, CARMEN y RUIZ MUÑOZ, MIGUEL. “Algunos aspectos jurídico-privados del Proyecto de LSSI de 8 de febrero de 2002”: *Revista de la Contratación Electrónica* nº 27, 2002, pp. 27 y ss.
- MARTÍNEZ VAZQUEZ DE CASTRO, LUIS. *La cláusula compromisoria en el arbitraje civil*. 2ª edición. Madrid: Civitas, 1991, 254 pp.
- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, SEBASTIÁN. “De la simplificación de la Administración Pública”: *Revista de Administración Pública* nº 147, 1998, pp. 7-38.



- MATA GONZÁLEZ, MIGUEL ANGEL. “Transmisión de voz sobre redes IP: una nueva forma de comunicación”: *Revista de la Contratación Electrónica*, nº 54, 2004, pp. 33-47.
- MATEU DE ROS, RAFAEL y CENDOYA MÉNDEZ DE VIGO, JUAN MANUEL (Coord.). *Derecho de Internet: contratación electrónica y firma digital*. Elcano (Navarra): Aranzadi, 2000, 1094 pp.
- MATEU DE ROS, RAFAEL y LÓPEZ-MONÍS GALLEGU, MÓNICA (Coord). *Derecho de Internet. La Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2003, 839 pp.
- MENDOZA LOSANA, ANA ISABEL. “El arbitraje de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones”: *Aranzadi Civil*, nº 2, 2003, pp. 1967-1986.
- MENDOZA LOSANA, ANA I., “Pago por adelantado de cuota de abono telefónico”: *Estudios sobre Consumo* nº 71, 2004, pp. 21-36.
- MENDOZA LOSANA, ANA ISABEL. “Competencias civiles y administrativas en los conflictos de acceso a redes de telecomunicaciones. En particular, los conflictos de interconexión”: *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, nº 5, 2004, pp. 119-157.
- MENDOZA LOSANA, ANA ISABEL. “Servicios telefónicos de tarificación adicional: luces y sombras de la nueva regulación”: *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, nº 8, 2005, pp. 73-99.
- MENDOZA LOSANA, ANA ISABEL. “Servicios telefónicos de tarificación adicional: motivos para la modificación de la normativa. Respuesta a consulta planteada por la Consejería de Sanidad de la Junta de Comunidades de Castilla La Mancha”: ANGEL CARRASCO PERERA (Coord). *Estudios sobre Telecomunicaciones y Derecho de Consumo*. 1ª edición. Cizur Menor (Navarra): Editorial Thomson-Aranzadi, 2005, pp. 307-348. También en documento electrónico en Internet en URL <<http://www.uclm.es/cesco/investigacion/18.pdf>>, julio de 2004. Consulta realizada el 28-3-2007.
- MENDOZA LOSANA, ANA ISABEL. “Sentencia de 9 de junio de 2005: Arrendamiento de servicios: incumplimiento contractual del arrendatario: inexistencia: servicio de comunicaciones eróticas o multiconferencia a través del prefijo 903 no constituye incumplimiento; revisión en casación; Abuso de derecho: inexistencia; Indemnización por daños y perjuicios: procedencia: culpa contractual: resolución unilateral sin causa; lucro cesante”: *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, nº 70, 2006, pp. 561-592.
- MENDOZA LOSANA, ANA ISABEL. “Ley 56/2007, de 28 de diciembre, de medidas de impulso de la Sociedad de la Información: modificaciones relevantes para los operadores del sector de las telecomunicaciones”: *Aranzadi Civil*, nº 1, 2008, pp. 2195-2214.
- MENÉNDEZ AURELIO, Y ROJO, ÁNGEL (Dtores). *Lecciones de Derecho Mercantil*. 8ª edición. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2010, 1214 pp.
- MENÉNDEZ MATO, JUAN CARLOS. *La oferta contractual*. Pamplona: Aranzadi, 1998, 310 pp.

- MENÉNDEZ MATO, JUAN CARLOS. *El contrato vía Internet*. Barcelona: Bosch, 2005, 444 pp.
- MERCHÁN ALVAREZ, ANTONIO. *El Arbitraje. Estudio histórico-jurídico*. Sevilla: Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1981, 356 pp.
- MERINO MERCHÁN, JOSÉ FERNANDO y PÉREZ-UGENA Y COROMINA, MARÍA (Coord). *Curso de Derecho de las Telecomunicaciones*. Madrid: Dykinson, 2000, 303 pp.
- MINISTERIO DE SANIDAD Y CONSUMO. Instituto Nacional del Consumo. *Sistema Arbitral de Consumo. Balance de la experiencia 1993-1994*. Madrid: Instituto Nacional del Consumo, 1995, 87 pp.
- MINISTERIO DE SANIDAD Y CONSUMO. Instituto Nacional del Consumo. *Memoria del Sistema Arbitral de Consumo 1995-1996*. Inédita, 121 pp.
- MINISTERIO DE SANIDAD Y CONSUMO. Instituto Nacional del Consumo. *Memoria del Sistema Arbitral de Consumo 1997*. Inédita, 121 pp.
- MINISTERIO DE SANIDAD Y CONSUMO. Instituto Nacional del Consumo. *Memoria del Sistema Arbitral de Consumo 1998*. Inédita, 133.
- MINISTERIO DE SANIDAD Y CONSUMO. Instituto Nacional del Consumo. *Memoria del Sistema Arbitral de Consumo 1999*. Inédita, 125.
- MINISTERIO DE SANIDAD Y CONSUMO. Instituto Nacional del Consumo. *Memoria del Sistema Arbitral de Consumo 2000*. Inédita, 132.
- MINISTERIO DE SANIDAD Y CONSUMO. Instituto Nacional del Consumo. *Memoria del Sistema Arbitral de Consumo 2001*. Inédita, 123.
- MINISTERIO DE SANIDAD Y CONSUMO. Instituto Nacional del Consumo. *Memoria del Sistema Arbitral de Consumo 2002*. Inédita, 124.
- MINISTERIO DE SANIDAD Y CONSUMO. Instituto Nacional del Consumo. *Memoria del Sistema Arbitral de Consumo 2003*. Documento electrónico en <http://www.consumo-inc.es/arbitraje/INTERIOR/MEMORIA/MemArbi03.pdf>, consulta realizada el 28-3-2007, 143 pp.
- MINISTERIO DE SANIDAD Y CONSUMO. Instituto Nacional del Consumo. *Memoria del Sistema Arbitral de Consumo 2004*. Documento electrónico en <http://www.consumo-inc.es/arbitraje/INTERIOR/MEMORIA/MemArb04.doc>, consulta realizada el 28-3-2007, 111pp.
- MINISTERIO DE SANIDAD Y CONSUMO. Instituto Nacional del Consumo. *Resumen Memoria del Sistema Arbitral de Consumo 2005-2006*. Documento electrónico en <http://www.consumo-inc.es/Arbitraje/docs/arbitraje0506.doc>, consulta realizada el 2-10-2007, 31 pp.
- MINISTERIO DE SANIDAD Y CONSUMO. Instituto Nacional del Consumo. *Memoria del Sistema Arbitral de Consumo 2007*. Documento electrónico en <http://www.consumo-inc.es/arbitraje/docs/memarb072.pdf>, consulta realizada el 21-4-2010, 60 pp.

- MINISTERIO DE SANIDAD Y CONSUMO. Instituto Nacional del Consumo. *Arbitraje de Consumo: Pronunciamientos judiciales*. Madrid, 1999, 350 pp.
- MINISTERIO DE SANIDAD Y CONSUMO. Instituto Nacional del Consumo. *El sistema Arbitral de Consumo*. Madrid, 1993, 117 pp.
- MINISTERIO DE SANIDAD Y CONSUMO. *Jurisprudencia Constitucional en materia de Sanidad y Consumo*. Madrid: 1989, 493 pp.
- MINISTERIOS DE SANIDAD Y CONSUMO e INDUSTRIA, TURISMO Y COMERCIO. *Guía básica sobre los servicios de tarificación adicional*. Madrid: 2004, 12 pp.
- MIRANDA SERRANO, LUIS MARÍA y PAGADOR LÓPEZ, JAVIER: “La formación y ejecución del contrato electrónico: aproximación a una realidad comercial emergente”: *Estudios sobre Consumo*, nº 85, 2008, pp. 77-92.
- MONTERO AROCA, JUAN (Dtor). *Comentario breve a la Ley de Arbitraje*. 1ª edición: Madrid: Civitas, 1990, 402 pp.
- MONTERO PASCUAL, JUAN JOSÉ. “Las telecomunicaciones: servicios de interés general”: *Revista de Derecho de la Unión Europea*, nº 7, 2004, pp. 235-256.
- MONTERO PASCUAL, JUAN JOSÉ. “La regulación de los servicios de voz por Internet”. *Redeti. Revista de derecho de las telecomunicaciones e infraestructuras en red*, nº 22, 2005, pp. 39-55.
- MONTERO PASCUAL, JUAN JOSÉ. “Regulación, desregulación y la última crisis del servicio público”: *Redeti. Revista de derecho de las telecomunicaciones e infraestructuras en red*, nº 30, 2007, pp. 41-66.
- MONTESINOS GARCÍA, ANA. “Arbitraje on line”: *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje* nº 1 de 2005, Tomo XVII-Enero, pp. 131-156.
- MONTOYA MELGAR, ALFREDO. *Derecho del Trabajo*. 28ª edición. Madrid: Tecnos, 2007, 819 pp.
- MORENO BLESA, LIDIA. “La solución extrajudicial de litigios de consumo a través del arbitraje on line”: *Revista de la Contratación Electrónica*, nº 97, 2008, pp. 3-59.
- MORENO QUESADA, BERNARDO. “La oferta de contrato”: *Revista de Derecho Notarial*, 13 y 14. Madrid, 1956, p.146.
- MORENO QUESADA, BERNARDO. “La oferta de contrato cuarenta años después”, en JUAN LUIS IGLESIAS PRADA (coord). *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*. Tomo IV. *Derecho Civil y Derecho Público*. 1ª edición. Madrid: Civitas, 1996, pp. 4979-4994.
- MUÑOZ MACHADO, SANTIAGO. *Servicio Público y mercado II. Las telecomunicaciones*. 1ª edición. Madrid: Civitas, 1998, 245 pp.
- MUÑOZ MACHADO, SANTIAGO. *Tratado de derecho administrativo y derecho público general I. La formación de las instituciones públicas y su sometimiento al derecho*. 2ª edición. Madrid: lustel, 2006 (reimp 2009), 1428 pp.

- MUÑOZ MACHADO, SANTIAGO. *Tratado de derecho administrativo y derecho público general II. El ordenamiento jurídico*. 2ª edición. Madrid: lustel, 2006, 1405 pp.
- MUÑOZ SABATE, LUIS (et al). *Especial Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje*. Anuario Justicia Alternativa. Derecho Arbitral, nº 5. Barcelona: Bosch y Tribunal Arbitral de Barcelona, 2004, 199 pp.
- NACIONES UNIDAS. *Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico con la Guía para su incorporación al derecho interno 1996 con el nuevo artículo 5 bis aprobado en 1998*. Nueva York, 1999, 82 pp. Documento electrónico en [http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/electcom/05-89453\\_S\\_Ebook.pdf](http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/electcom/05-89453_S_Ebook.pdf), consulta realizada el 23-5-2007.
- NAVARRO PÉREZ, JOSE LUIS. *Ley de Arbitraje (Comentarios, jurisprudencia y textos positivos complementarios)*. Granada: Comares, 1990, 179 pp.
- NIETO, ALEJANDRO. *Derecho administrativo sancionador*. 4ª edición. Madrid: Tecnos, 2005, 591 pp.
- O'CALLAGHAN, XAVIER. *Compendio de Derecho Civil. Tomo II. Derecho de Obligaciones*. 6ª edición. Madrid: Dijusa, 2009, 747 pp.
- OCU-Organización de Consumidores y Usuarios. *Las principales irregularidades de los 906*. Documento electrónico sin fechar, probablemente de 1999 o 2000. Documento electrónico en <http://www.ocu.org/map/src/36661.htm>. Consulta realizada el 15-5-2007.
- ORDUÑA MORENO, FRANCISCO JAVIER. "Derecho de la contratación y condiciones generales (I)": *Revista de Derecho Patrimonial* nº 4, Aranzadi, 2000, pp. 21-58.
- ORDUÑA MORENO, FRANCISCO JAVIER. "Derecho de la contratación y condiciones generales (II)": *Revista de Derecho Patrimonial* nº 5, Aranzadi, 2000, pp. 49-58.
- ORDUÑA MORENO, FRANCISCO JAVIER (Dirección). *Contratación y comercio electrónico (Obra concordada con la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la sociedad de la Información y de Comercio Electrónico)*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003, 1236 pp.
- OROZCO PARDO, GUILLERMO. "El pacto de sumisión arbitral como cláusula abusiva": *Aranzadi Civil*, nº 22, 2009, pp. 15-46.
- ORTEGA DÍAZ, JUAN FRANCISCO. "Contratos electrónicos: la cuestión de la perfección y del soporte contractual": *Revista de la Contratación Electrónica*, nº 86, 2007, pp. 51-111.
- OSUNA CARRILLO DE ALBORNOZ, EDUARDO J. "El derecho a la información sanitaria en la ley 41 / 2002": *Cuadernos de bioética*, Vol. 17, nº 59, 2006, pp. 27-42.
- OTONÍN BARRERA, FERNANDO (Prólogo de Enrique Sánchez Goyanes). *La ordenación de los establecimientos comerciales. Especial referencia a las licencias comerciales*. Madrid: La Ley, 2005, 1053 pp.

- PARADA, RAMÓN. *Derecho Administrativo I. Parte General*. 17ª edición. Madrid: Marcial Pons, 2008, 718 pp.
- PARADA, RAMÓN. *Derecho Administrativo II. Organización y empleo público*. 19ª edición. Madrid: Marcial Pons, 2007, 597 pp.
- PARADA, RAMÓN. *Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (Estudio, comentarios y texto de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre)*. 2ª edición. Madrid: Marcial Pons, 1999, 568 pp.
- PARDO GATO, JOSÉ RICARDO. *Las Páginas Web como Soporte de Condiciones Generales de Contratación*. Cizur Menor, Navarra: Aranzadi, 2003, 162 pp.
- PARDO GATO, JOSÉ RICARDO. *Las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión (Análisis legislativo y jurisprudencial)*. 1ª edición. Madrid: Dijusa, 2004, 744 pp.
- PATRONI VIZQUERRA, URSULA. "Apuntes sobre comercio electrónico": *Revista Electrónica de Derecho Informático*, nº 56, 2003, documento electrónico de V-Lex.
- PAZ-ARES RODRÍGUEZ, JOSÉ CÁNDIDO; BERMEJO GUTIÉRREZ, NURIA; y SAENZ LACAVE, MARÍA ISABEL. "La formación electrónica del contrato: nada nuevo bajo el sol" en: JOSÉ MANUEL SALA ARQUER y JULIÁN MARTÍNEZ-SIMANCAS SÁNCHEZ (coord.). *Derecho sobre internet: www.derechosobreinternet.com*. Madrid, Banco Santander Central Hispano, 2008, pp. 125-139.
- PEGUERA POCH, MIQUEL. *La exclusión de responsabilidad de los intermediarios en Internet*. Granada: Comares, 2007, 381 pp.
- PEGUERA POCH, MIQUEL. "Servicios de la Sociedad de la Información: Su caracterización legal en Europa": *AR-Revista de Derecho Informático*, nº 100, noviembre de 2006, <http://www.alfa-redi.org/rdi-articulo.shtml?x=7842>, consulta realizada el 21-5-2007.
- PENDÓN MELÉNDEZ, MIGUEL ÁNGEL. *La perfección del contrato en Derecho Privado (Reflexiones sobre su régimen legal a la luz de las nuevas formas de distribución y contratación)*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009, 401 pp.
- PERALES VISCASILLAS, MARÍA DEL PILAR. "Publicidad y formación del contrato: la formación electrónica del contrato en el "Draft Common Frame of Reference": *Revista de la Contratación Electrónica*, nº 100, 2009, pp. 103-111.
- PÉREZ CONESA, CARMEN. "Contratación electrónica (contratación celebrada por medios telemáticos)": *Aranzadi Civil* nº 3, 2001, pp. 2327-2348.
- PÉREZ GÁLVEZ, JUAN FRANCISCO. *Las agencias estatales para la mejora de los servicios públicos*. Granada: Comares, 2007, 233 pp.
- PÉREZ GARCÍA, PEDRO ANTONIO. *La información en la contratación privada (En torno al deber de informar en la ley general para la defensa de los consumidores y usuarios)*. 1ª edición. Madrid: Instituto Nacional del Consumo, 1990, 407 pp.

- PÉREZ MORENO, ALFONSO (et al). *Jornadas de Derecho y Consumo, 17-18 de marzo de 1988*. Ayuntamiento de Puerto de Santa María (Cádiz). 1989, 144 pp.
- PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, FRANCISCO. “Los elementos esenciales del contrato y el control de las condiciones generales”: *Aranzadi Civil*, nº 3, 2003, pp. 2171-2183.
- PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, FRANCISCO. *Las cláusulas abusivas por un defecto de transparencia*. Cizur Menor, Navarra: Thomson-Aranzadi, 2004, 262 pp.
- PICÓ I JUNOY, JOAN. “El abuso del arbitraje por parte de ciertas instituciones arbitrales”: *Revista La Ley* nº 6198 de 25 de febrero de 2005 [año XXVI], y en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, nº 2, 2005, pp. 1427-1441.
- PIÑAR MAÑAS, JOSE LUIS y BELTRÁN SÁNCHEZ, EMILIO (Dtores). *Comentarios a la Ley de Ordenación del Comercio Minorista y a la Ley Orgánica complementaria*. 1ª edición. Madrid: Civitas, 1997, 727 pp.
- PLAZA PENADÉS, JAVIER (Coord). *Cuestiones actuales de Derecho y Tecnologías de la Información y la Comunicación (TICs). Monografía asociada a Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías nº 4*. 1ª edición. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi: 2006, 430 pp.
- POLO SÁNCHEZ, EDUARDO. *La protección del consumidor en el derecho privado*. 1ª edición. Madrid: Civitas, 1980, 134 pp.
- POLO, EDUARDO. *Protección del contratante débil y condiciones generales de los contratos*. 1ª edición. Madrid: Civitas, 1990, 138 pp.
- POUS DE LA FLOR, MARÍA PAZ, LEONSEGUI GUILLOT, ROSA ADELA Y YÁÑEZ VIVERO, FÁTIMA (Coords.); presentación Carlos Lasarte Álvarez. *La capacidad de obrar del menor: nuevas perspectivas jurídicas*. Madrid: Ex Libris, 2009, 174 pp.
- PRATS, JOAQUIM. *Técnicas y recursos para la elaboración de tesis doctorales: Bibliografía y orientaciones metodológicas*. Universitat de Barcelona, Departament de Didàctica de les Ciències Socials. Junio de 2004. 89 pp. Documento electrónico en <[http://www.ub.es/histodidactica/libros/Doctorat\\_%20Apunts%20metodologia%20i%20tecnicas.pdf](http://www.ub.es/histodidactica/libros/Doctorat_%20Apunts%20metodologia%20i%20tecnicas.pdf)>, consulta realizada el 17-5-2006.
- PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, L. *Derecho Procesal Civil, Vol.1º (Conceptos generales. Procesos declarativos. Recursos)*. 3ª edición. Madrid: Tecnos, 1975, 2ª reimp 1980, 298 pp.
- PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, LEONARDO. *Derecho Procesal Civil, Vol.2º (Procesos sumarios y especiales, ejecución singular)*. 3ª edición. Madrid: Tecnos, 1979, 251 pp.
- PUNZÓN MORALEDA JESÚS. *Llamadas a números de tarificación adicional*. Toledo: Centro de Estudios de Consumo, Universidad de Castilla-La Mancha. Octubre 2003. Documento electrónico en <<http://www.uclm.es/cesco/investigacion/11.pdf>>, 2 pp. Consulta realizada el 4-4-2007.

- QUADRA-SALCEDO Y FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, TOMÁS (Dtor). *Aspectos jurídicos de las telecomunicaciones*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2003, 400 pp.
- QUADRA-SALCEDO, TOMÁS. “Comentario al artículo 128 CE”: ÓSCAR ALZAGA VILLAAMIL (Dtor). *Comentarios a la Constitución Española de 1978. Vol X. Arts. 128-142*. 1ª edición. Madrid: Edersa, 1998, 570 pp.
- QUADRA-SALCEDO, TOMÁS. *Liberalización de las Telecomunicaciones*. Documento electrónico en [www.iustel.com](http://www.iustel.com), sin fechar, probablemente de 2000. Consulta realizada el 24-5-2007.
- QUINTANA CARLÓ, IGNACIO (et al). *Jornadas Jurídicas sobre Juntas Arbitrales de Consumo. Las Palmas de Gran Canaria 22 y 23 de Marzo 1990*. Las Palmas de Gran Canaria: Gobierno de Canarias, 1990, 105 pp.
- QUINTANA CARLO, IGNACIO y BONET NAVARRO, ANGEL (Dtores). *El Sistema Arbitral de Consumo. Comentarios al Real Decreto 636/1993 de 3 de mayo*. 1ª edición. Pamplona: Aranzadi, 1997, 302 pp.
- QUINTELA GONÇALVES, MARIA TERESA. *La protección de los consumidores y usuarios y la Constitución Española de 1978*. Madrid: Instituto Nacional del Consumo, 1986, 311 pp.
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Diccionario de la Lengua Española*. 22ª edición. Madrid, 2001.
- REBOLLO PUIG, MANUEL e IZQUIERDO CARRASCO, MANUEL. *Manual de la Inspección de Consumo (Con especial referencia a la inspección local)*. Madrid: Instituto Nacional del Consumo, 1998, 255 pp.
- REGIÓN DE MURCIA. Consejería de Industria, Trabajo y Turismo. Dirección General de Comercio, Consumo y Artesanía. *Laudos dirimientes de la Junta Arbitral de Consumo de la Región de Murcia 1993-1997*, editado en 1998, 147 pp.
- REGIÓN DE MURCIA. Consejería de Industria, Trabajo y Turismo. Dirección General de Comercio, Consumo y Artesanía. *Laudos dirimientes de la Junta Arbitral de Consumo de la Región de Murcia 1998*, editado en 1999, 165 pp.
- REGIÓN DE MURCIA. Consejería de Sanidad y Consumo. Dirección General de Consumo. *Laudos dirimientes de la Junta Arbitral de Consumo de la Región de Murcia 1999*, editado en 2000, 179 pp.
- REGIÓN DE MURCIA. Consejería de Sanidad y Consumo. Dirección General de Consumo. *Laudos dirimientes de la Junta Arbitral de Consumo de la Región de Murcia 2000*, editado en 2001, 388 pp.
- REGIÓN DE MURCIA. Consejería de Sanidad y Consumo. Dirección General de Consumo. *Laudos dirimientes de la Junta Arbitral de Consumo de la Región de Murcia 2001*, editado en 2003, 614 pp.
- REGIÓN DE MURCIA. Consejería de Trabajo, Consumo y Política Social. Dirección General de Consumo. *Laudos dirimientes de la Junta Arbitral de Consumo de la Región de Murcia 2002*, editado en 2003. Documento electrónico en <http://www.carm.es/ctyc/institucional/consumo/Laudos2002.pdf>, consulta realizada el 28-3-2007, 1082 pp.

- REGIÓN DE MURCIA. *Laudos dirimientes de la Junta Arbitral de Consumo de la Región de Murcia 2003*. Documento electrónico en <<http://www.carm.es/ctyc/institucional/consumo/laudos2003.pdf>>, consulta realizada el 28-3-2007, 1664 pp.
- REGIÓN DE MURCIA. *Laudos dirimientes de la Junta Arbitral de Consumo de la Región de Murcia 2004*. Documento electrónico en <<http://www.carm.es/ctyc/institucional/consumo/LAUDOS1015.zip>>, consulta realizada el 28-3-2007, 1549 pp.
- REGIÓN DE MURCIA. Consejería de Turismo, Comercio y Consumo. Dirección General de Consumo. *Laudos dirimientes de la Junta Arbitral de Consumo de la Región de Murcia 2005*. Documento electrónico en <<http://www.carm.es/ctyc/institucional/consumo/LAUDOS1902.pdf>>, consulta realizada el 28-3-2007, 986 pp.
- REGIÓN DE MURCIA. Dirección General de Consumo. *Páginas Naranjas del Consumidor. Guía de empresas adheridas al sistema arbitral de consumo en 2002*. Murcia, 2002, 96 pp.
- REGLERO CAMPOS, L. FERNANDO (Coord). *Tratado de Responsabilidad Civil. Tomo I. Parte General*. 4ª edición. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2008, 1594 pp.
- REGLERO CAMPOS, L. FERNANDO (Coord). *Tratado de Responsabilidad Civil. Tomo III. Parte Especial Segunda*. 4ª edición. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2008, 1132 pp.
- REVILLA GONZÁLEZ, JOSÉ ALBERTO. “La anulación del laudo arbitral de consumo”: *Estudios sobre Consumo*, nº 34, 1995, pp. 45-58.
- REVUELTA PÉREZ, INMACULADA. “La protección de los consumidores frente a los nuevos servicios de telecomunicaciones”: *Civitas. Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 116, 2002, pp. 529-555.
- REYES LÓPEZ, Mª JOSÉ (et al) *Jurisprudencia en materia de protección de consumidores y usuarios*. Valencia: Editorial Práctica de Derecho, 1995, 817 pp.
- REYES LÓPEZ, MARIA JOSÉ (Coord). *Nociones básicas de derecho de consumo*. Valencia: Editorial Práctica de Derecho, 1996, 296 pp.
- REYES LÓPEZ, MARIA JOSÉ (Coord). *Derecho de Consumo*. 1ª edición. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1999, 536 pp.
- REYES LÓPEZ, MARIA JOSÉ (Coord). *Derecho de Consumo*. 2ª edición. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2002, 583 pp.
- REYES LÓPEZ, MARIA JOSÉ. *Manual de Derecho Privado de Consumo*. 1ª edición. Madrid: La Ley, 2009, 533 pp.
- RIBAS ALEJANDRO, XABIER. *Comercio electrónico en Internet. Guía del consumidor*. Vitoria: Centros Europeos del Consumidor de Barcelona y del País Vasco, 2000, 135 pp.
- RIBÓN SEISDEDOS, EUGENIO. “Servicios de tarificación adicional”: *Consumir con seguridad*, monográfico de la Revista cuatrimestral CONSUMO ARAGÓN Nº 25. Zaragoza: Gobierno de Aragón (Dirección General de



Consumo), agosto de 2004. Documento electrónico en <http://www.aragon.es/consumo/bibliodigital/R25.pdf>, consulta realizada el 15-5-2007.

- RIBÓN SEISDEDOS, EUGENIO. *Derechos de los usuarios de la telefonía*. Madrid: CEACCU-Confederación Española de Organizaciones de Amas de Casa, Consumidores y Usuarios. Colección de Guías prácticas, 2001, 26 pp.
- RIBÓN SEISDEDOS, EUGENIO. *La Protección del Usuario de Servicios prestados a través de la Red Telefónica*. Colección Cuadernos de CEACCU. Madrid: CEACCU-Confederación Española de Organizaciones de Amas de Casa, Consumidores y Usuarios, 2007, 80 pp.
- RIBÓN SEISDEDOS, EUGENIO. *Los Cuadernos de CEACCU Nº 3. Los servicios de tarificación adicional*. Madrid: Confederación Española de Organizaciones de Amas de Casa, Consumidores y Usuarios, 2004, 36 pp.
- RIVERO ALEMÁN, SANTIAGO. *Crédito, Consumo y Comercio electrónico*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2002, 705 pp.
- ROCA SASTRE, RAMÓN M<sup>a</sup> Y PUIG BRUTAU, JOSÉ. *Estudios de Derecho Privado. Volumen I. Obligaciones y Contratos*. 1<sup>a</sup> edición. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2009, 668 pp.
- RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, JOSE LUIS. *Origen, estructura y funcionamiento de las Juntas Arbitrales de Consumo*. San Sebastián: Instituto Vasco de Derecho Procesal, 2006, 608 pp.
- RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, DANIEL. "Tiempo y lugar de perfección de los contratos electrónicos y demás contratos a distancia": *Revista de la Contratación Electrónica*, nº 52, 2004, pp. 37-91.
- ROMERO GARCÍA-MORA, GUILLERMO. *Perspectivas para el consumidor ante el Derecho europeo de contratos*. Madrid: Instituto Nacional del Consumo, 2003, 286 pp.
- ROMERO HERRERO, FRANCISCO J. "El arbitraje de consumo en la defensa del consumidor-turista": *Anuario Justicia Alternativa. Derecho Arbitral*, nº 4. Barcelona: Bosch y Tribunal Arbitral de Barcelona, 2004, pp. 9-52.
- RUBIDO DE LA TORRE, CARLOS. *Derecho del Consumo*. Valencia: Revista General de Derecho, 2000, 213 pp.
- RUBIO TORRANO, ENRIQUE. "Consentimiento informado y agente informador": *Aranzadi Civil*, nº 18, 2009, pp. 11-13.
- RUIZ JIMÉNEZ, JOSÉ ÁNGEL. *Análisis crítico del Sistema Nacional Español de Arbitraje de Consumo*. San Sebastián: Instituto Vasco de Derecho Procesal, 2007, 481 pp.
- RUIZ JIMÉNEZ, JUANA y TEJEDOR MUÑOZ, LOURDES. "La divulgación de una información inveraz como causa del daño resarcible. Una aproximación a los distintos tipos de daños (la golosina inocente)". *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 707, 2008, pp. 1388-1395.
- RUIZ JIMÉNEZ, JUANA. "Responsabilidad por riesgo de la entidad gestora de una estación de esquí por falta de protección de los elementos

integrantes de la misma”. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 693, 2006, documento electrónico de V-Lex generado el 15.6.2010, 7 pp.

- RUIZ JIMÉNEZ, JUANA. “La responsabilidad de los tutores por los daños cometidos por sus tutelados”. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 715, 2009, pp. 2671-2677.
- RUIZ MUÑOZ, MIGUEL. *La nulidad parcial del contrato y la defensa de los consumidores*. Valladolid: Lex nova, 1993, 325 pp.
- RUIZ MUÑOZ, MIGUEL. *Los contratos mercantiles*. Documento electrónico sin fechar en [www.iustel.com](http://www.iustel.com). Consulta realizada el 24-5-2007.
- RUIZ MUÑOZ, MIGUEL. “Tutela de los consumidores en el comercio electrónico”: *Revista de la Contratación Electrónica*, nº 90, 2008, pp. 3-90.
- SÁINZ MORENO, FERNANDO. *Teoría general del dominio público*. Documento electrónico en [www.iustel.com](http://www.iustel.com), sin fechar. Consulta realizada el 24-5-2007.
- SAMANES ARA, CARMEN (et al). *Cuadernos de Consumo nº 1. VIII Jornadas Aragonesas de Consumo. El acceso de los consumidores a la Justicia*. Zaragoza, 13 de marzo de 2001: Gobierno de Aragón. Dirección General de Consumo 2001, 160 pp.
- SAMANES ARA, CARMEN (et al). *Cuadernos de Consumo nº 2. XI Jornadas Aragonesas de Consumo. Arbitraje de consumo: nuevas perspectivas*. Zaragoza, 20 de noviembre de 2001: Gobierno de Aragón. Dirección General de Consumo, 2002, 143 pp.
- SAMANES ARA, CARMEN, “La acción de anulación contra el laudo arbitral de consumo a la luz de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje”: *Estudios sobre Consumo* nº 74, 2005, pp. 9-20.
- SÁNCHEZ CALERO, FERNANDO y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, JUAN. *Instituciones de Derecho Mercantil. Volumen I*. 32ª edición. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2009, 807 pp.
- SÁNCHEZ CALERO, FERNANDO y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, JUAN. *Instituciones de Derecho Mercantil. Volumen II*. 32ª edición. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2009, 741 pp.
- SÁNCHEZ DEL CASTILLO, VILMA. *La Publicidad en Internet. Régimen Jurídico de las comunicaciones comerciales*. 1ª edición. Madrid: La Ley, 2007, 442 pp.
- SÁNCHEZ DEL CASTILLO, VILMA. “La Sociedad de la Información, la convergencia de las telecomunicaciones y los servicios de la Sociedad de la Información en la Ley 34/2002 sobre comercio electrónico”: *Revista de la Contratación Electrónica*, nº 73, 2006, pp. 3-83
- SÁNCHEZ MORÓN, MIGUEL. *Derecho Administrativo. Parte General*. 5ª edición. Madrid: Tecnos, 2009, 938 pp.
- SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, ANTONIO JESÚS. Prólogo de Tomás de la Quadra-Salcedo. *Derecho de las Telecomunicaciones. Nuevo Derecho y nuevo mercado*. Madrid: Dykinson 2002, 239 pp.

- SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, FRANCISCO y PUNZÓN MORALEDA, JESÚS. "Autorregulación en Internet": *Revista de Derecho de las Telecomunicaciones e Infraestructuras en red*, nº 21, 2004, pp. 73-102.
- SÁNCHEZ RUBIO, MARÍA AQUILINA. "Marco jurídico del derecho a la información en las relaciones sanitarias: especial consideración del consentimiento informado". Cáceres: Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura, 2007. (Tesis doctoral). Documento electrónico en <http://dialnet.unirioja.es>. Consulta realizada el 26-10-2009, 550 pp.
- SANCHO GARGALLO, IGNACIO. "Tratamiento legal y jurisprudencial del consentimiento informado". *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, nº 2, 2004, 24 pp. Documento electrónico en [www.indret.com](http://www.indret.com). Consulta realizada el 26-10-2009.
- SANTOS MORÓN, MARÍA JOSÉ. *La forma de los contratos en el Código Civil*. Universidad Carlos III, Boletín Oficial del Estado, Madrid 1996, 419 pp.
- SANTOS BRIZ, J. (Dtor). *Tratado de Derecho Civil. Teoría y práctica. Tomo III. Derecho de Obligaciones*. 1ª edición. Barcelona: Bosch, 2003, 757 pp.
- SERRA RODRÍGUEZ, ADELA. *Cláusulas abusivas en la contratación. En especial, las cláusulas limitativas de responsabilidad*. 2ª edición. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2002, 249 pp.
- SERRANO BUTRAGUEÑO, IGNACIO (et al). *La protección penal de los consumidores*. Madrid: CEACCU, 2008, 385 pp.
- SIERRA BRAVO, R. *Tesis doctorales y trabajos de Investigación Científica*. Madrid. Paraninfo, 1986, 411 pp.
- TEJEDOR MUÑOZ, LOURDES. "Notas sobre la publicidad comparativa". *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 695, 2006, pp. 1226-1237.
- TEJEDOR MUÑOZ, LOURDES. "La incidencia de la publicidad en la adquisición de la vivienda". *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 698, 2006, p. 2527-2537.
- TOMILLO URBINA, JORGE (Dtor). *Práctica arbitral de consumo. Selección de laudos comentados de la Junta Arbitral de Consumo de Cantabria*. 1ª edición. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2007, 869 pp.
- TORRES LOPEZ, M<sup>a</sup> ASUNCION. *Las comunicaciones móviles y su régimen jurídico. Especial tratamiento de la telefonía móvil*. 1ª edición. Madrid: Civitas, 1998, 488 pp.
- TRINIDAD MARTÍN, MANUEL. *Cómo hacer una Tesis en Derecho*. Biblioteca de la Facultad de Derecho de Cáceres, 25-6-2002. Documento electrónico en <http://www-derecho.unex.es/biblioteca/tesina.htm>, consulta realizada el 7-5-2007.
- VALBUENA GONZÁLEZ, FÉLIX. "Incidencia de la Ley 60/2003, de arbitraje, en el sistema arbitral de consumo: *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje* Nº 2 de 2005, Tomo XVII-Mayo, pp. 395-408.
- VALLINA VELARDE, JUAN LUIS DE LA. *Régimen jurídico-administrativo del servicio público telefónico*. 1ª edición. Madrid: Instituto de Estudios Administrativos, 1971, 206 pp.

- VATTIER FUENZALIDA, CARLOS (et al). *Jornadas sobre la problemática jurídica de Consumo*. Valladolid: Junta de Castilla y León, 1992, 133 pp.
- VATTIER FUENZALIDA, CARLOS. “En torno a los contratos electrónicos”: *RGLJ-Revista General de Legislación y Jurisprudencia* nº 1, 1999, pp. 75-92.
- VATTIER FUENZALIDA, CARLOS. Recensión de la obra de CLAVERÍA GOSÁLBEZ, LUIS HUMBERTO: *Condiciones generales y cláusulas contractuales impuestas*, ed. Bosch, Colección Notariado Hoy, Barcelona, 2008, 77 pp.: *Anuario de Derecho Civil*, Tomo LXI, fasc. II, 2007, pp. 861-864.
- VÁZQUEZ DE CASTRO, EDUARDO. *Ilícitud Contractual. Supuestos y efectos*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2003, 605 pp.
- VEGA VEGA, JOSE ANTONIO. *Contratos electrónicos y protección de los consumidores*. 1ª edición. Madrid: Reus, 2005, 495 pp.
- VEGA VEGA, JOSÉ ANTONIO. “Las condiciones generales en la contratación electrónica”: *Revista de la Contratación Electrónica*, nº 101, 2009, pp. 3-55.
- VELA SÁNCHEZ, ANTONIO JOSÉ. “La sede normativa del Derecho Civil común: Los estragos de la descodificación”: *Anuario de Derecho Civil*, Tomo LX, fasc. III, 2007, pp. 1257-1293.
- VICARIO ZEARSOLO, FELIPE. *Manual de Consumo. Aspectos jurídicos, institucionales, sociológicos y económicos*. Vitoria: Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz, 1992, 286 pp.
- VIDA FERNÁNDEZ, JOSÉ. “Actividad de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (mayo 2006–septiembre 2006)”: *Revista General de Derecho Administrativo* nº 13, 2006.
- VIDA FERNÁNDEZ, JOSÉ. “Actividad de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (octubre 2006–diciembre 2006)”: *Revista General de Derecho Administrativo* nº 14, febrero de 2007.
- VIDA FERNÁNDEZ, JOSÉ. “Telecomunicaciones”: *Revista General de Derecho Administrativo* nº 12, 2006.
- VIDA FERNÁNDEZ, JOSÉ. “Telecomunicaciones”: *Revista General de Derecho Administrativo* nº 13, 2006.
- VIDA FERNÁNDEZ, JOSÉ. “Telecomunicaciones”: *Revista General de Derecho Administrativo* nº 14, febrero de 2007.
- VIGUERA REVUELTA, RODRIGO. “Los contratos informáticos”: *Revista de la Contratación Electrónica*, nº 97, 2008, pp. 61-92.
- VILLANUEVA LUPIÓN, CARMEN. *Los contratos de servicios*. 1ª edición. Madrid: La Ley, 2009, 745 pp.
- VILLAR URÍBARRI, JOSE MANUEL (Dtor). *La nueva regulación de las Telecomunicaciones, la Televisión e Internet*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2003, 625 pp.

*Bibliografía*

- YÁÑEZ VELASCO, RICARDO. *Comentarios sistemáticos a la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, 1142 pp.



## **9.- APÉNDICE DOCUMENTAL**

### **9.1.- EVOLUCIÓN NORMATIVA DEL RÉGIMEN DE PRECIOS Y TARIFAS EN RELACIÓN A LOS SERVICIOS DE TARIFICACIÓN ADICIONAL**

Modificando un Decreto de 31 de octubre de 1946, el marco de regulación de las tarifas telefónicas a principios de los años noventa procedía del Real Decreto 3332/1978, que diferenciaba conforme a una larga tradición en el ordenamiento jurídico telefónico entre los servicios y equipos básicos y los auxiliares o complementarios<sup>1312</sup>.

La Orden de 12-4-1991 establece por primera vez las tarifas relativas a servicios 903, junto a tarifas de servicios y llamadas relativos a prefijos 900, 901, 902 y 904<sup>1313</sup>. Sólo existía en esta primitiva regulación un único precio y tan sólo se indicaba el global que debería pagar el usuario llamante, sin diferenciar la parte de precio que debería entregar el operador de telefonía al prestador del servicio de tarificación adicional. Así pues, todos eran retribuidos por su servicio mediante un idéntico precio fuese cual fuese el tipo de servicio prestado, precio que en estos momentos resultaba desconocido para el usuario, quien sólo podía saber el precio global que debía pagar.

La Orden de tarifas de 1992<sup>1314</sup> introdujo dos precios en las líneas Premier 903, los 9033 y 9035, y reguló por primera vez el precio de los 9051 y los 9055, ya que entonces no existían los 9054.

La Orden de tarifas de 1993<sup>1315</sup>, la primera vigente tras la Ley 32/1992 que liberalizó por completo el régimen de los servicios de valor añadido, estableció en su Anexo un nuevo cuadro tarifario mucho más evolucionado, ofreciendo también dos precios en ambos rangos, 903 y 905, pero indicando por primera vez la cantidad del mismo que correspondía a Telefónica SA como contraprestación por la comunicación establecida y la cantidad que correspondía al prestador del servicio de tarificación adicional. En esta época las tarifas se fijaban todavía en función del denominado coloquialmente “paso” que técnicamente se denominaba “Unidad de Tarificación” o U.T., un valor que la propia Orden fijaba en su punto primero en 4,36 pesetas. Según el tipo o destino de la llamada resultaba más o menos cara, lo que se hacía efectivo mediante el “correr de los pasos”, es decir, que conforme corría el tiempo, corrían también los pasos, y cuanto más cara era un llamada, con mayor rapidez corrían los pasos.

---

<sup>1312</sup> Real Decreto 3332/1978, de 7 de diciembre, por el que se regula el régimen tarifario y concesional de determinados servicios de telecomunicación, BOE 5-2-1979.

<sup>1313</sup> Orden de 12-4-1991 del Ministerio de Obras Públicas y Transportes por la que se autoriza la modificación de determinadas tarifas de "Telefónica de España, Sociedad Anónima", BOE 13-4-1991.

<sup>1314</sup> Orden de 12-5-1992 del Ministerio de Obras Públicas y Transportes por la que se autoriza la modificación de determinadas tarifas de "Telefónica de España, Sociedad Anónima", BOE 14-5-1992.

<sup>1315</sup> Orden de 27-4-1993 del Ministerio de Obras Públicas y Transportes de modificación de determinadas tarifas de Telefónica de España, BOE 28-4-1993.

Por poner dos ejemplos extremos, una llamada de tres minutos de duración a un 9031 (nivel 1) en horario reducido costaba 131,34 pesetas y a un 9035 (nivel 2) en horario normal costaba 270,32 pesetas, ambos precios astronómicos para aquella época, cuando una llamada metropolitana de 3 minutos costaba 8,72 pesetas. De este segundo precio global, aplicando la tabla anterior, la tarifa por el servicio soporte prestado por la compañía telefónica suponía 131,35 pesetas. La diferencia, 138,97 pesetas, era la remuneración o precio parcial que recibía el prestador del servicio de tarificación adicional.

La Orden de tarifas de 1994<sup>1316</sup> destaca por recoger por primera vez tanto la tarifa específica del prefijo 906, como la retribución por tanto fijo (independiente del tiempo de duración) para los 9055.

Hasta 1997 no aparecen nuevas tarifas telefónicas sobre servicios de tarificación adicional. Además este año se producen dos distintas regulaciones, en enero<sup>1317</sup> y en abril<sup>1318</sup>, y la Orden Ministerial de abril establecía dos tarifas, una transitoria y otra definitiva que se aplicaría a partir de 1 de julio de 1997. Como novedad, este año se introdujo un tercer precio mediante un nuevo prefijo (9064) y las tarifas se diferenciaron en tres franjas horarias, en vez de las dos tradicionales, normal, reducida y hora punta.

Las tarifas del año 1998<sup>1319</sup> no ofrecieron novedad estructural alguna, si bien el artículo 3.5 de la Orden estableció por primera vez previsiones tarifarias respecto de las llamadas a servicios de tarificación adicional prestados desde teléfonos móviles.

Estas tarifas fueron las últimas que se aprobaron en el marco de la Ley de Ordenación de las Telecomunicaciones de 1987, pues el 24 de abril de ese año se aprobó la Ley 11/1998 General de Telecomunicaciones, que liberalizó este mercado. En consecuencia, el cuadro tarifario aprobado en marzo de 1998 quedó obsoleto, por lo que se aprobó una Orden de reequilibrio de tarifas a finales de julio<sup>1320</sup> de forma que éstas se orientasen al coste de prestación de dichos servicios y ordenando el cambio del sistema de tarificación del tráfico telefónico por impulsos, pasos o U.T. al sistema de tarificación por tiempo en segundos, en beneficio de los usuarios, excepto las cabinas y demás servicios telefónicos de uso público con terminales situados en dominio público de uso común, que tuvieron una moratoria de un período máximo de tres años.

Una llamada de tres minutos de duración a prefijo de nivel 1 en horario reducido, costaba 126,75 pesetas y una llamada a prefijo de nivel 3 en horario punta, 503,52 pesetas.

La liberalización de la nueva Ley General de Telecomunicaciones de 1998 también trajo consigo la posibilidad de realizar llamadas a servicios de tarificación adicional desde cabinas situadas en la vía pública, regulándose por Resolución de agosto de 1998 las correspondientes tarifas<sup>1321</sup>.

En octubre de 1999 el Gobierno fomentó el progresivo abaratamiento en los precios de las llamadas telefónicas a través de la política tarifaria y, al mismo tiempo, la reducción de la inflación, mediante la aprobación del Real Decreto-Ley 16/1999<sup>1322</sup>, y consecuencia del mismo

---

<sup>1316</sup> Orden de 28-7-1994 del Ministerio de Obras Públicas, Transportes y Medio Ambiente por la que se aprueban determinadas tarifas de "Telefónica de España, Sociedad Anónima", BOE 30-7-1994.

<sup>1317</sup> Orden de 9-1-1997 del Ministerio Fomento sobre determinadas tarifas de los servicios de inteligencia de red que presta "Telefónica de España, Sociedad Anónima", BOE 16-1-1997.

<sup>1318</sup> Orden de 10-4-1997 del Ministerio Fomento sobre determinadas tarifas de "Telefónica de España, Sociedad Anónima", BOE 18-4-1997.

<sup>1319</sup> Orden de 4-3-1998 del Ministerio de Fomento sobre modificación de tarifas de la red digital de servicios integrados, servicios de acceso digital para centralitas, servicio de inteligencia de red y servicio telefónico básico cursado con cargo a tarjeta personal de «Telefónica de España, Sociedad Anónima», BOE 12-3-1998.

<sup>1320</sup> Orden de 31-7-1998 sobre reequilibrio tarifario de servicios prestados por «Telefónica, Sociedad Anónima», BOE 7-8-1998, corrección de errores en BOE 24-9-1998.

<sup>1321</sup> Resolución de 10-8-1998 de la Secretaría General de Telecomunicaciones del Ministerio de Fomento, por la que se hacen públicos los parámetros para la tarificación del servicio telefónico en cabinas de «Telefónica, Sociedad Anónima», situadas en la vía pública, BOE 22-8-1998, corrección de erratas en BOE 3-9-1998 que transcribe íntegro y debidamente rectificado el mencionado anexo.

<sup>1322</sup> Real Decreto-Ley 16/1999 de 15-10, por el que se adoptan medidas para combatir la inflación y facilitar un mayor grado de competencia en las telecomunicaciones, BOE 16-10-1999.



fue la Orden de tarifas de octubre de 1999<sup>1323</sup>, que vuelve a utilizar para los servicios de tarificación adicional sólo dos bandas horarias, normal y reducida, frente a las tres que se implantaron desde abril de 1994 (normal, reducida y punta).

Es el propio Real Decreto-Ley 16/1999, en su artículo 2, el que se encargó de suprimir el marco tradicional de fijación de precios telefónicos que durante tantos años había estado vigente en España. Dispuso que desde 1 de agosto de 2000 se establecería un nuevo marco regulatorio de precios máximos para los servicios telefónico fijo y de líneas susceptibles de arrendamiento, prestados por «Telefónica de España, Sociedad Anónima Unipersonal», basado en un modelo de límites máximos de precios anuales, conocido como “*price cap*”, tope de precios<sup>1324</sup>, que permitía a Telefónica cierta libertad en la fijación de tarifas en gran parte de sus servicios siempre y cuando su cómputo anual, a calcular mediante complicados sistemas matemáticos de cestas y subcestas de precios, no excediese del límite fijado<sup>1325</sup>, aunque como señala LAGUNA, permite un amplio margen de discrecionalidad a la Administración, que debe decidir qué conceptos forman parte de la cesta, en lo que no resulta nada desdeñable la cuota de abono de telefonía fija (40% de ingresos del sector) y la de ADSL<sup>1326</sup>.

Dado que este sistema impedía que los usuarios pudiesen conocer todos los precios exactos mediante el Boletín Oficial del Estado como hasta entonces había ocurrido, se imponía

<sup>1323</sup> Orden de 26-10-1999 por la que, en aplicación del Real Decreto-ley 16/1999, de 15 de octubre, por el que se adoptan medidas para combatir la inflación y facilitar un mayor grado de competencia en las telecomunicaciones, se determinan y publican los precios del servicio telefónico fijo disponible al público en sus ámbitos metropolitano, provincial, interprovincial e internacional, y se adaptan a dichos precios los correspondientes a los servicios de inteligencia de red y los del servicio telefónico cursado desde teléfonos de uso público, situados en el dominio público de uso común, prestados por «Telefónica de España, Sociedad Anónima Unipersonal, BOE 30-10-1999, corrección de errores en el BOE 19-11-1999.

<sup>1324</sup> Orden de 31-7-2000 por la que se dispone la publicación del Acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos de 27 de julio de 2000, por el que se establece un nuevo marco regulatorio de precios para los servicios prestados por «Telefónica de España, Sociedad Anónima Unipersonal», BOE 1-8-2000. Sobre el *price cap*, vid. PALOMA LLANEZA GONZÁLEZ. *Nuevo marco regulatorio de las Telecomunicaciones*. 1ª edición. Barcelona: Bosch, 2002, pp. 439-446.

<sup>1325</sup> ÁNGEL CARRASCO PERERA, LUIS ARROYO JIMÉNEZ y ANA ISABEL MENDOZA LOSANA precisan que así “el operador puede subir o bajar los precios de cada servicio aisladamente, siempre que no supere el tope máximo previsto para el conjunto. Ello permite conjugar la intervención administrativa y la libertad del operador al fijar sus precios. Restringe la natural tendencia del operador dominante a reducir, en perjuicio de sus competidores, los precios de los servicios sobre los que existe una mayor presión competitiva y a incrementar aquellos sobre los que no existe competencia. Sin embargo, sus efectos reales no parecen tan loables como sus objetivos teóricos. La imposición regulatoria del reequilibrio de tarifas (incremento progresivo de la cuota de abono), unida a la inclusión de la cuota de abono en el régimen del *price cap*, como ocurrió en el 2003, ha permitido a Telefónica rebajar los precios sobre los que existe mayor competencia (tráfico telefónico de larga distancia) y mantener o incrementar los precios de los servicios menos competitivos (v.gr. tarifas metropolitanas y cuotas fijas)”, en *Impacto de la evolución de la liberalización de las telecomunicaciones en la protección del consumidor*. Toledo: Centro de Estudios de Consumo, Universidad de Castilla-La Mancha, noviembre de 2004. En Internet, en <<http://www.uclm.es/cesco/investigacion/24.pdf>>, p. 27. Consulta realizada el 4-4-2007. Igualmente se puede consultar en ÁNGEL CARRASCO PERERA (Coord). *Estudios sobre Telecomunicaciones y Derecho de Consumo*. Navarra: Aranzadi, 2005, p. 204.

<sup>1326</sup> Cfr. JOSÉ CARLOS LAGUNA DE PAZ. *Telecomunicaciones: Regulación y Mercado*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2004, p. 213.

DSL, Digital Subscriber Line (línea o bucle de abonado digital), es una tecnología que utiliza el par trenzado de hilos de cobre convencionales de la red telefónica local para servicios de banda ancha. Tiene variadas versiones, ADSL, ADSL2, ADSL2+, SDSL, IDSL, HDSL, SHDSL, VDSL y VDSL2. ADSL, Asymmetric Digital Subscriber Line (línea de abonado digital asimétrica) se denomina asimétrica porque la velocidad de descarga no es idéntica a la de subida de datos. Normalmente, la primera es mayor. Existen otras tecnologías como LMDS, Local Multipoint Distribution Service (sistema de distribución local multipunto), una tecnología de comunicación electrónica de banda ancha vía radio inalámbrica y PLC, Power Line Communications (comunicaciones mediante línea de energía), expresión que describe diferentes tecnologías de comunicación electrónica que utilizan las líneas de energía eléctrica convencionales para transmitir señales.

a Telefónica la obligación de informar a sus abonados de los distintos conceptos tarifarios de los servicios con antelación a su aplicación mediante tres instrumentos, a través de los medios y oficinas comerciales del operador en las que pudiesen contratarse, mediante publicación de un catálogo de servicios y mediante comunicación a la CMT.

A partir del año 2001 los operadores de telecomunicaciones alternativos a Telefónica empezaron a obtener recursos públicos de numeración para prestación de servicios de tarificación adicional y a ofertar a sus clientes la posibilidad de realizar llamadas a servicios de tarificación adicional, servicios que, como cualesquiera otros de estos operadores, quedaban exentos de control administrativo en materia de fijación de precios o tarifas. Así pues, a partir de esta fecha podemos afirmar en general que la indicación de los precios de los servicios de tarificación adicional, modificables en el tiempo como cualquier otro producto o servicio liberalizado, habían de buscarse en las propias ofertas y publicidad de los mismos<sup>1327</sup>.

El marco regulatorio de precios de Telefónica fue modificado por Acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos de 19 de abril de 2001<sup>1328</sup>, en el que se amplió su vigencia hasta el 31 de diciembre de 2003.

El último hito histórico de precio intervenido de servicios de tarificación adicional se produce el año 2003 cuando entraron en funcionamiento los servicios de código 9054 creados por Acuerdo de la CDGAE y publicado por Orden PRE/2190/2002, que entró en vigor en el plazo de tres meses desde su publicación en el Boletín Oficial del Estado<sup>1329</sup>.

El marco regulador de tarifas de Telefónica SAU correspondiente al año 2004<sup>1330</sup> varió sustancialmente el régimen de regulación de muchos servicios, incluidos los relacionados con tarificación adicional. Y es que se liberalizaron por completo muchos de los aún intervenidos, incluido el servicio soporte de los servicios de tarificación adicional que hasta ahora estaba sometido a un control público de tarifa mediante la fijación pública de un precio máximo<sup>1331</sup>.

---

<sup>1327</sup> Para ilustrar lo afirmado, el día 27-1-2004 pude consultar en la Web de la CMT, entre otras, la tarifa de precios de Retevisión del año 2001 para llamadas a números con prefijos 903 y 906. No constaba más que el precio global de las llamadas, sin desglose entre precio del soporte y precio parcial. Las operadoras que ofertaban la realización de llamadas a servicios de tarificación adicional no ofrecían en sus páginas web información de precios tan completa como la de Telefónica.

<sup>1328</sup> Orden de 10-5-2001 por la que se dispone la publicación del Acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos del Acuerdo por el que se modifica el Acuerdo de 27 de julio de 2000 por el que se establece un nuevo marco regulatorio de precios para los servicios prestados por «Telefónica de España, Sociedad Anónima Unipersonal», BOE 17-5-2001.

<sup>1329</sup> Orden PRE/2190/2002, de 5 de septiembre, por la que se dispone la publicación del Acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, de 25 de julio de 2002, por el que se aprueba la tarifa máxima para el nuevo servicio Nivel 3 de la línea 905 prestado por Telefónica de España, Sociedad Anónima Unipersonal, BOE 7-9-2002.

<sup>1330</sup> ORDEN PRE/3103/2003, de 5 de noviembre, por la que se dispone la publicación del Acuerdo, de 25 de septiembre de 2003, de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, por el que se aprueba el marco de regulación de los precios de determinados servicios prestados por Telefónica de España, Sociedad Anónima Unipersonal, para el año 2004, BOE 8-11-2003.

<sup>1331</sup> Sólo quedaron sometidos a la modalidad regulatoria de límites máximos anuales de precios, en los términos dispuestos en el anexo 1.1 y en el apéndice matemático del Acuerdo, los siguientes conceptos tarifarios del servicio telefónico fijo: metropolitano, provincial, interprovincial, internacional y llamadas de fijo a móvil. Y quedaron sometidos a la regulación de precios máximos, en los términos dispuestos en el anexo 1.2, los siguientes conceptos tarifarios del servicio telefónico fijo y del servicio de líneas susceptibles de arrendamiento: cuota de conexión de líneas individuales, servicio móvil marítimo de correspondencia pública, cuotas de alta y abono mensual para circuitos punto a punto nacionales por distancia y cuotas de alta y abono mensual de circuitos digitales nacionales por distancia. El artículo 2 del Anexo 1 del Acuerdo establecía que los precios del resto de conceptos tarifarios del servicio telefónico fijo no incluidos en las anteriores modalidades de regulación quedaban liberalizados, excepto los precios del servicio de información nacional sobre el contenido de las guías, los precios de las llamadas desde teléfonos de uso público situados en el dominio público de uso común incluidos en el servicio universal de telecomunicaciones y el resto de los conceptos tarifarios de los servicios incluidos en el servicio universal de telecomunicaciones.

El Marco para 2005 no introdujo variación alguna respecto de 2004<sup>1332</sup>. En el mes de mayo se liberalizaron los precios de las llamadas de acceso a Internet y del servicio informativo del contenido de las guías<sup>1333</sup>.

El Marco regulatorio para 2006<sup>1334</sup> introdujo la facturación por segundos tanto tiempo reclamada desde diversas instancias de protección de los consumidores, modificando las llamadas metropolitanas y de fijo a móvil, y en materia de servicios de tarificación adicional, las tarifas de Telefónica para 2006 ofrecieron la novedad de que se habilitaron por primera vez precios hasta un total de 6 niveles, conforme fueron en su día fijados por la normativa administrativa de finales de 2003.

Las tarifas de Telefónica de 2007 en adelante se pueden consultar con suma facilidad en su Web. La información sobre tarifas del servicio soporte y precios parciales de los servicios de tarificación adicional resulta mucho más difícil de obtener de cualquier otro operador a través de la información al público que ofrecen en sus respectivas páginas Web. Como mucho se suele ofrecer el precio global de las llamadas de este tipo.

---

<sup>1332</sup> ORDEN PRE/4287/2004, de 30 de diciembre, por la que se dispone la publicación del Acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, de 22 de diciembre de 2004, por el que se aprueba el marco de regulación de los precios de determinados servicios prestados por Telefónica de España, Sociedad Anónima Unipersonal, para el año 2005, BOE 31-12-2004.

<sup>1333</sup> ORDEN PRE/1471/2005, de 24 de mayo, por la que se dispone la publicación del Acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, de 21 de abril de 2005, por el que se liberalizan los precios de las llamadas de acceso a Internet a través de la red telefónica conmutada de Telefónica de España, Sociedad Anónima Unipersonal, y del servicio de información nacional sobre el contenido de las guías, prestado por Telefónica de España, Sociedad Anónima Unipersonal, BOE 26-5-2005.

<sup>1334</sup> ORDEN PRE/4079/2005, de 27 de diciembre, por la que se dispone la publicación del Acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, de 22 de diciembre de 2005, por el que se aprueba el marco de regulación de los precios de determinados servicios prestados por Telefónica de España, Sociedad Anónima Unipersonal, para el año 2006, BOE 29-12-2005.



## 9.2.- TEXTO DEL CONTRATO TIPO PARA LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE VALOR AÑADIDO DE TARIFICACIÓN ADICIONAL DE 1993<sup>1335</sup>

DON.... Y Telefónica de España SA (en adelante, Telefónica).

En este contrato el usuario abonado al servicio final telefónico aparece como “usuario”.

Ambas partes suscriben el presente contrato y

### EXPONEN

Primero: Que el prestador del servicio se dispone a explotar un servicio de valor añadido soportado en el servicio final telefónico, supuesto contemplado en el artículo 21 de la Ley de Ordenación de las Telecomunicaciones (LOT). El prestador del servicio, mediante su prestación, acredita estar provisto de la autorización administrativa correspondiente.

Segundo: Que Telefónica es concesionaria del servicio final telefónico, soporte de los servicios de valor añadido que se han mencionado en el apartado primero.

Tercero: que el prestador del servicio de valor añadido, precisa que el servicio final telefónico le sea suministrado en su modalidad de Tarificación Adicional a través del prefijo 906.

Estas líneas se suministrarán con las conexiones específicas para dicha modalidad y en los términos establecidos en las estipulaciones que a continuación se recogen.

Cuarto: Que las relaciones entre Telefónica y el prestador del servicio se regirán por lo dispuesto en la Ley de Ordenación de las Telecomunicaciones, sus normas de desarrollo y por lo dispuesto en el presente Contrato de servicio telefónico en su modalidad de tarificación adicional.

### ESTIPULACIONES

Primera: Mediante el presente Contrato, Telefónica se compromete frente al prestador del servicio, que suscribe el presente contrato, a la prestación del servicio soporte para prestación del servicio añadido, consistiendo dicho servicio soporte en el servicio telefónico, en su modalidad de Tarificación Adicional, conforme a las tarifas vigentes y condiciones que el prestador del servicio declara expresamente conocer y aceptar, así como a las que, en lo sucesivo, se pongan en vigor.

Segunda: El servicio se prestará a través del prefijo 903/906 de conformidad con lo que se establezca en la autorización administrativa que el prestador del servicio presenta.

Telefónica asigna al prestador del servicio los números que quedan reseñados en la configuración básica contratada que se adjunta como Anexo I a este contrato, a los que podrán acceder los usuarios del servicio telefónico teniendo en cuenta que tendrán acceso a los servicios de valor añadido a través del prefijo 903 sólo aquellos usuarios que soliciten expresamente la conexión a este tipo de servicios<sup>1336</sup>. En consecuencia, no será posible acceder a estos servicios a través de los teléfonos de uso público.

---

<sup>1335</sup> El texto está copiado de unas fotocopias de dos Resoluciones del Director General de Telecomunicaciones, D. Javier Nadal Ariño, de 30-11-2003, denominadas “Contrato Tipo A para 903” y “Contrato Tipo B para 906”, facilitadas por la Dirección General de Consumo de la Región de Murcia en 2003. El texto de ambos es idéntico, salvo en el contenido del párrafo segundo de la estipulación segunda, que en su momento se indicará.

<sup>1336</sup> En el caso del Contrato Tipo B para los 906, el párrafo segundo de la estipulación segunda dispone: “Telefónica asigna al prestador del servicio los números que quedan reseñados en la configuración básica contratada que se adjunta como Anexo I a este contrato, a los que podrán acceder los usuarios del servicio

En orden a la adecuada difusión de los números contratados y de sus servicios de información asociados, y al mejor conocimiento de los mismos por parte de los usuarios finales, Telefónica y el prestador del servicio convienen en su inclusión y divulgación a través de los medios soporte de información habituales de la primera (guías, información a través de operadora, etc.) así como otros sistemas de difusión o publicidad en la forma y condiciones que determine el Código de Conducta elaborado por la Comisión para la Supervisión del Servicio Telefónico con Tarificación Adicional y sin perjuicio de las restantes obligaciones de información al usuario.

Tercera: El prestador del servicio explotará los servicios de valor añadido soportados en la red telefónica de acuerdo con lo establecido en la autorización administrativa correspondiente y con sometimiento al Código de Conducta que, para la prestación de estos servicios, ha elaborado la Comisión para la Supervisión del Servicio Telefónico con Tarificación Adicional.

El prestador del servicio se somete igualmente a la clasificación que la Comisión para la Supervisión del Servicio Telefónico con Tarificación Adicional realiza en relación con estos servicios, de manera que sólo podrá prestar aquellos servicios que tengan asignado el prefijo 903/906 y que puedan explotar en función de la autorización de que disponga.

Cuarta: La facilidad añadida por el prestador del servicio a los usuarios que acceden a la misma, será remunerada por éstos mediante un incremento añadido a las tarifas establecidas para la comunicación telefónica, que dependerá del nivel en que se encuadre la información suministrada por el abonado.

La remuneración de la información sólo se podrá modificar por acuerdo entre Telefónica y la/s Asociación/es de Proveedores de Información que acrediten su representación, con sujeción al marco tarifario aprobado para este tipo de servicio.

Dicha Asociación se encargará de notificar a sus asociados las modificaciones acordadas.

En el anexo de este Contrato, se recoge la retribución vigente para los niveles existentes a la firma del contrato (tributos excluidos).

Quinta: Por cada número contratado, Telefónica enviará mensualmente al prestador del servicio los datos relativos a las llamadas recibidas en dicho número durante los dos meses anteriores y generadas en las provincias incluidas en el proceso de facturación correspondiente al mes considerado, teniendo en cuenta los procedimientos usuales de Telefónica a este respecto.

En base a estos datos y de acuerdo con la retribución de información en vigor para cada nivel y momento, el prestador del servicio presentará una factura a Telefónica que corresponderá al servicio del valor añadido proporcionado a los usuarios de las provincias citadas y durante el periodo considerado.

Telefónica abonará en cualquier caso el importe íntegro de esta factura, menos el porcentaje ingresado en el Fondo de Garantía que se constituye en la estipulación siguiente.

En caso de discrepancia entre Telefónica y el prestador del servicio, aquélla procederá a efectuar un abono por la parte no discutida, haciéndose, en su caso, un abono complementario una vez resuelta la controversia.

Sexta: Telefónica asume, por cuenta y en nombre del prestador del servicio, el cobro a los usuarios de las cuotas correspondientes al uso de los servicios que dé el prestador del servicio.

En el supuesto en que el usuario se negare al pago de las cantidades correspondientes al uso del servicio telefónico en su modalidad de tarificación adicional, en los casos de acceso a las líneas 903/906, Telefónica podrá suspender el acceso a dichos usuarios a este tipo de servicios de valor añadido.

Telefónica podrá ejercitar contra el usuario todas aquéllas acciones legales que correspondan al prestador del servicio.

Para atender las reclamaciones de los abonados al servicio telefónico en su modalidad de tarificación adicional, se crea un Fondo de Garantía en el que participan tanto Telefónica como los prestadores del servicio en los siguientes términos:

---

telefónico teniendo en cuenta que el acceso a los servicios que se presten a través del prefijo 906 está abierto a todos los usuarios del servicio telefónico en general”.

Telefónica detraerá e ingresará en el mismo el 1% del conjunto de la facturación total correspondiente al servicio telefónico en su modalidad de tarificación adicional.

El porcentaje a ingresar en el Fondo será revisable en consonancia con los siguientes principios:

-Suficiencia para hacer frente a las distintas resoluciones de las reclamaciones planteadas.

-No inmovilización excesiva.

-Trato equilibrado a los prestadores del servicio y Telefónica.

La revisión se aprobará por la Comisión para la Supervisión del Servicio Telefónico con Tarificación Adicional a iniciativa de cualquiera de las partes integrantes de la propia Comisión.

Telefónica detraerá del Fondo aquellas cantidades correspondientes al pago de los servicios telefónicos en su modalidad de tarificación adicional (línea 903/906) que debe realizar el usuario, cuando éste no las satisfaga.

En los supuestos en los que exista facturación detallada se estará a lo que ésta determine, en los demás casos Telefónica detraerá del Fondo la cantidad que se presume procede del uso del servicio telefónico en su modalidad de tarificación adicional de acuerdo con lo establecido en el punto undécimo, párrafo segundo de la Resolución de 29 de enero de 1993 de la Secretaría General de Comunicaciones (BOE de 6 de febrero de 1993).

El pago a posteriori por el usuario de la cantidad debida supondrá el ingreso de la misma por parte de Telefónica en el Fondo de Garantía.

Séptima: Para la debida protección al usuario ante posibles consumos excesivos e involuntarios, la duración máxima de cada llamada dirigida al Servicio será de 30 minutos, viniendo el prestador del servicio obligado a arbitrar los mecanismos técnicos necesarios para ello. En cualquier caso, el prestador del servicio acepta expresamente que Telefónica sólo retribuya el importe de la facilidad añadida durante un tiempo máximo de 30 minutos por llamada, Todo ello sin perjuicio de límites más restrictivos impuestos por el Código de Conducta elaborado por la Comisión para la Supervisión del Servicio Telefónico con Tarificación Adicional.

La Comisión, para determinados servicios considerados de utilidad pública y especiales características, podrá ampliar el límite máximo de 30 minutos.

Octava: Las tarifas a las que hace referencia la estipulación primera, serán facturadas por Telefónica conforme a la configuración contratada que se adjunta a este contrato.

Las cuotas de conexión y las cuotas por cambio de configuración se devengarán por una sola vez.

Las cuotas de abono se devengarán por periodos mensuales y con carácter anticipado y su facturación se practicará bimestralmente.

En el momento de la firma de este Contrato, el abonado deberá constituir una fianza o aval bancario por importe de 1.000.000 PTA. por cada acceso digital y/o 50.000 PTA. por cada acceso analógico, que responderá del pago de las responsabilidades dimanantes del presente contrato.

Telefónica devolverá la fianza de cada acceso en un plazo máximo de 4 meses, a partir de la baja efectiva de dicho acceso, una vez comprobada la inexistencia de responsabilidad alguna dimanante del contrato.

El prestador del servicio tendrá derecho, asimismo, en un plazo de 4 meses desde la finalización del contrato y si procede, a la devolución que corresponda de las cantidades de dinero ingresadas en el Fondo sin perjuicio de su minoración por los impagos acaecidos durante el período de vigencia del contrato.

Dicha minoración se obtendrá como resultado de multiplicar el importe total de impagos acaecidos durante el período de vigencia del contrato por el coeficiente que resulta de la cantidad aportada al Fondo por el prestador del servicio sobre el total del Fondo generado en dicho período de vigencia.

Telefónica también podrá recuperar las cantidades que ella ingrese en el Fondo. Dado que Telefónica presta el servicio portador de forma continua tendrá derecho a la devolución una vez transcurrido un año desde la fecha de ingreso de la cantidad de que se trate en cada caso.

Novena: 9.1.-Telefónica podrá requerir al titular del servicio información sobre los equipos que se vayan a conectar por éste a la red, así como la presentación de los correspondientes

certificados de aceptación de cumplimiento de especificaciones técnicas a las que se refiere el artículo 24.1 de la Ley de Ordenación de las Telecomunicaciones.

9.2-Asimismo, Telefónica podrá solicitar siempre que exista causa que lo justifique, el acceso al lugar donde se encuentre situado el equipo del prestador del servicio y las instalaciones existentes.

9.3-Cuando no sea posible la intervención inmediata de los servicios de inspección del Ministerio de Obras Públicas, Transportes y Medio Ambiente, y en casos de reconocida urgencia en los que cualquier equipo o sistema del prestador del servicio pueda producir daños muy graves en las redes de telecomunicación o pueda afectar gravemente al normal funcionamiento de los servicios prestados, Telefónica podrá proceder cautelarmente a su desconexión de la red. De ello dará cuenta en el plazo máximo de 48 horas a la autoridad administrativa, que adoptará las medidas oportunas.

9.4-Será obligación de Telefónica la recogida de datos que posibilite el mecanismo de retribución.

Décima:10.1-El prestador del servicio vendrá obligado al pago a Telefónica de las tarifas correspondientes vigentes en cada momento.

10.2-El prestador del servicio estará obligado a la utilización efectiva del servicio contratado, en su modalidad línea 903/906, para la provisión efectiva de servicios de valor añadido en los términos establecidos en la estipulación tercera.

La no utilización o manifiesta infrutilización del servicio contratado durante un tiempo superior a tres meses o la utilización para fines distintos de los reseñados en la estipulación tercera, dará derecho a Telefónica a la resolución del Contrato.

10.3-Los equipos técnicos que conecte el prestador del servicio a la Red deberán haber obtenido los correspondientes certificados de aceptación a emitir por el organismo competente.

10.4-Si la demanda de la información o servicio ofrecido por el prestador del servicio, una vez realizadas las medidas técnicas oportunas, fueran causa de saturación o graves alteraciones del normal funcionamiento de las Centrales Telefónicas, el prestador del servicio, a requerimiento de Telefónica, deberá modificar su configuración del servicio de forma que permita subsanar las anomalías detectadas en el servicio telefónico.

10.5-En el caso de que la facilidad añadida se preste sólo durante un periodo de horas al día, o se suspenda temporalmente el suministro de aquél, el prestador del servicio deberá establecer los mecanismos oportunos para evitar que se produzca el inicio de la tarificación al usuario llamante fuera del horario indicado.

10.6-Los equipos que el prestador del servicio conecte a la red deberán proporcionar los pertinentes tonos de señalización (al menos un ciclo de llamada completa) que permitan reconocer a los usuarios llamantes el establecimiento de la comunicación y, por tanto, el inicio de la correspondiente tarificación.

10.7-Telefónica de España SA quedará exonerada de toda responsabilidad que pudiera derivarse del uso o publicidad que el prestador del servicio hiciera de conversaciones telefónicas y, en general de cuantas acciones y omisiones no imputables a la misma, quebranten el secreto de las comunicaciones, propiedad intelectual, derecho al honor y a la intimidad personal y familiar, así como cualquier otra obligación dimanante de la legalidad vigente.

10.8-El prestador del servicio deberá prestar el servicio de acuerdo con lo establecido en la estipulación tercera.

El incumplimiento por el prestador del servicio de esta obligación dará derecho a Telefónica a la resolución del contrato.

La inexistencia o revocación de la autorización administrativa para la prestación de estos servicios supondrá la extinción del contrato.

Undécima: Vigencia y duración del Contrato.

11.1-El presente Contrato entrará en vigor en el momento de su firma.

11.2-El presente Contrato tiene una duración de un año a contar desde la firma del mismo.

Transcurrido dicho plazo, el Contrato se prorrogará tácitamente por periodos sucesivos de un año, si ninguna de las partes lo denuncia de forma fehaciente con una antelación mínima de 15 días a la fecha de finalización del contrato o de la prórroga en su caso.



Duodécima: Extinción del Contrato.

El presente Contrato se extinguirá por las causas admitidas en derecho y en concreto por las siguientes:

Finalización del plazo o de sus prórrogas conforme a lo dispuesto en la cláusula anterior.

Por resolución del propio Contrato fundada en grave incumplimiento por cualquiera de las partes de las obligaciones derivadas del mismo, y, en especial, en los supuestos previstos en las cláusulas 9.3, 10.1, 10.2, 10.3, 10.4, 10.5, 10.6 y 10.8 así como en el caso en que el prestador del servicio haga un mal uso del servicio contratado que pudiera considerarse atentatorio contra el respeto e intimidad de terceros o en cualquier otra forma contraria a la finalidad de aquel servicio.

En cualquier caso, la extinción del Contrato no exonerará a las partes del cumplimiento de las obligaciones pendientes.

Decimotercera: Tanto Telefónica como el prestador del servicio se someten, para resolver las reclamaciones que los usuarios dirijan contra ellos por la prestación de los servicios suministrados a través del prefijo 903/906, al sistema arbitral de consumo. Todo ello sin perjuicio de que el usuario elija otro cauce para dirimir las cuestiones litigiosas.

Decimocuarta: Los tributos que se devenguen por la aplicación de este Contrato serán satisfechos por las partes con arreglo a la Ley.  
Se incorpora, como Anexo II a este contrato, el Código de Conducta elaborado por la Comisión para la Supervisión del Servicio Telefónico con Tarificación Adicional.



## 9.3.- TEXTO DEL CÓDIGO DE CONDUCTA DE 20 DE ENERO DE 1994 PARA LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS TELEFONICOS DE VALOR AÑADIDO CON TARIFICACION ADICIONAL (LINEA 903-906)

1337

### INDICE

#### 1.- PREFACIO

- 1.1 Introducción
- 1.2 Definiciones y responsabilidades

#### 2.- CONTENIDO

Totalidad de Servicios  
Servicios Especializados  
Infancia y Juventud  
Promociones, Compra Venta, Alquiler  
Concursos  
Mensajería telefónica  
Fono Buzón  
Mensajería telefónica profesional  
Servicios eróticos  
Multi-Conferencia de ocio  
Personas dependientes  
Tele reunión cerrada

#### 3.- NORMAS DE PUBLICIDAD COMUNES PARA TODOS LOS SERVICIOS

Ámbito y Definiciones  
Información relativa a precios  
Contenido

#### 4.- APLICACIÓN E INTERPRETACIÓN DEL CODIGO. PROCEDIMIENTO DE SOLUCION DE RECLAMACIONES DE USUARIOS

### 1. PREFACIO

#### 1.1. INTRODUCCION

1.1.1 El presente Código de Conducta cubre exclusivamente la prestación de los servicios telefónicos conocidos como "Línea 903 y Línea 906", también denominados "Servicios AUDIOTEX".

Este Código tiene carácter vinculante para todos los prestadores de servicio, según se ha definido en el apartado siguiente, debiendo ser aplicado de conformidad con las reglas de la buena fe.

1.1.2 El objetivo de este Código es fijar unas reglas obligatorias de actuación y comportamiento para el desarrollo de los servicios conocidos como 903 y 906 en España, en beneficio de la protección de los derechos de los consumidores y el libre ejercicio del comercio dentro del marco de la legislación vigente.

#### 1.2. DEFINICIONES Y RESPONSABILIDADES

1.2.1 Los servicios telefónicos de la línea 903 y 906 son servicios con un coste superior a las llamadas ordinarias (conforme a tarifas oficiales del BOE) en los que parte del coste total es pagado por Telefónica de España, S.A. al individuo u organización que proporciona el servicio.

---

<sup>1337</sup> Versión copiada de una fotocopia facilitada por la Dirección General de Consumo de la Región de Murcia, año 2003.

1.2.2 A efectos de este Código de Conducta se entiende por “prestadores de servicios” a las compañías que suministran servicios telefónicos de valor añadido con tarificación adicional (línea 903 y 906) que hayan celebrado un contrato con Telefónica de España, S.A. para la prestación de los mencionados servicios.

Los prestadores de servicios serán los responsables de que el contenido y la promoción de sus servicios (los produzcan o no ellos mismos) cumplan con las estipulaciones de este Código de Conducta, así como de la legislación vigente en cada momento. Tal responsabilidad se ratificará en los contratos celebrados por los Prestadores de Servicios con Telefónica de España, S.A., en los que las partes habrán aceptado previamente el presente Código de Conducta.

## 2 CONTENIDO

### 2.1. TOTALIDAD DE SERVICIOS

2.1.1 Los servicios no deberán:

Indicar o promover discriminación sexual, racial o religiosa o cualquier otra vulneración de los derechos fundamentales y de las libertades públicas reconocidas por la Constitución Española y el resto del ordenamiento jurídico.

Inducir o incitar a actuar de forma ilegal.

Llevar a conclusiones erróneas a consecuencia de su inexactitud, ambigüedad, exageración, omisión o similares.

Inducir a un estado inaceptable de ansiedad o temor.

Inducir o incitar a cualquier persona a involucrarse en prácticas peligrosas de riesgo o que atenten contra la salud y el equilibrio psíquico.

Infringir las normas legales o reglamentarias sobre secreto de las comunicaciones, propiedad intelectual, derecho al honor y a la intimidad personal o familiar o cualquier otra disposición aplicable a la naturaleza de servicios.

Contener información falsa o caduca.

Retrasar su inicio o prolongarse de forma poco razonable.

2.1.2 Los servicios que incorporen solicitud de información personal, incluyendo nombres y domicilio, deberán manifestar claramente para qué se solicita dicha información, indicando cualquier destino que se vaya a dar a la información personal sin perjuicio de su derecho a retirar los datos.

Se respetarán expresamente la totalidad de los derechos contenidos en la ley orgánica de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal.

2.1.3 Los prestadores de servicios deberán tomar las precauciones razonables que sean necesarias para cumplir con la totalidad de los derechos de autor relativos al material objeto de sus servicios.

2.1.4 Las tarifas telefónicas se deberán mencionar en el mensaje de introducción a los servicios, según lo estipulado en el apartado 3.2.1. El mensaje de introducción se ajustará a la siguiente fórmula:

“El coste de este servicio es de X pesetas por minuto. Su duración máxima es de Y minutos, el coste total equivale a Z pesetas”.

2.1.5 Cuando exista facturación detallada, se indicará en el mensaje que los servicios 903 y 906 se facturarán de forma desglosada de las llamadas ordinarias.

### 2.2. SERVICIOS ESPECIALIZADOS

2.2.1 Los servicios que proporcionen asesoramiento especializado deberán especificar al comienzo del servicio, la fuente de información y el experto o perito involucrado, la Entidad que lo promueva y sus datos registrales. Cuando el mensaje tenga un contenido básicamente ideológico-espiritual, deberá hacer constar los datos registrados de la Entidad emisora y sus fines estatutarios básicos.

Aquellos servicios proporcionados por profesionales/expertos que para el ejercicio de su actividad (profesional) vengán obligados a pertenecer a un Colegio Profesional, deberán informar sobre este aspecto y dejar constancia del número de colegiación del profesional.

Con carácter general, para la concesión de la autorización administrativa de los servicios de asesoramiento especializado, los prestadores deberán acreditar la cualificación y, en su caso, la colegiación del profesional o experto involucrado.

2.2.2 Tendrán también la consideración de servicios especializados los relativos a oficios. Se entiende por oficios aquellos que no requieren para su prestación la colegiación obligatoria,

siendo considerados como profesionales en el contexto social. Así son oficios: carpintería, jardinería, fontanería, etc.

2.2.3 Cuando un servicio especializado incluyese asesoramiento médico y/o psicológico a través de mensajes grabados deberá iniciarse manifestando que el oyente no debería seguir dicho consejo sin consultarlo antes con un profesional debidamente titulado. Además, deberá solicitarse una autorización previa al Ministerio de Sanidad y Consumo.

### 2.3. INFANCIA Y JUVENTUD

2.3.1 Tendrán la consideración de infantil-juvenil todos los servicios que, tanto en su conjunto como en parte, estén dirigidos a personas menores de 18 años.

Se entiende que cualquier servicio promovido a través de una publicación infantil o juvenil está dirigido a estas personas.

2.3.2 Los servicios dirigidos a infancia-juventud no deberán:

Incluir referencias a prácticas que unos padres razonables no desearían que su hijo o hija aprendiese de esta manera.

Utilizar vocabulario que unos buenos padres no desearían que su hijo o hija escuchara.

Animar a éstos a llamar a otros teléfonos de tarificación adicional o de nuevo al mismo.

Suponer de manera alguna una invasión en su privacidad.

Contener nada que pueda perjudicar a éstos mental o moralmente, o explotar su credulidad, falta de experiencia o sentido de la legalidad.

2.3.3 Los servicios infantiles-juveniles no podrán tener una duración de más de 8 minutos, irán precedidos de información sobre su coste por minuto y su terminación deberá realizarse de forma automática por el prestador de servicios.

Los que duren más de un minuto deben estar precedidos de un pequeño informe (de menos de 20 segundos) que indique de forma clara que el servicio solo debería ser utilizado con el consentimiento de la persona responsable del pago de la factura del teléfono.

2.3.4 Su horario de funcionamiento se desarrollará en las franjas horarias que a continuación se indican, en las que se presumen, con carácter general, la presencia de un responsable en el domicilio:

Días Laborables: De 18 a 24 h.

Días festivos: De 12 a 24 h.

### 2.4. PROMOCIONES, COMPRA VENTA, ALQUILER

Son todas aquellas referidas a un producto o servicio que utiliza como medio de comunicación una o varias líneas de audiotex.

Las promociones, compra venta o alquiler realizadas a través del sistema audiotex no deberán:

1.- Estar dirigidas directamente a personas que no tengan capacidad de contratar conforme al ordenamiento jurídico.

2.- Que su publicidad esté dirigida directamente a personas menores de 18 años.

3.- Contener exhortaciones directas a los niños para la compra de un producto o servicio.

4.- En el caso de promociones la duración total de la llamada no puede exceder de 5 minutos y el material promocional debe contener toda la información que pueda afectar la decisión de participar, a saber:

\*Coste de la duración total de cada llamada.

\* La entidad o entidades promotoras que se responsabilicen de la promoción deberán estar identificadas, con expresión de su domicilio o número de identificación fiscal.

\*Descripción de los premios con los datos esenciales que permitan una valoración aproximada de los mismos.

\*Cualquier restricción de elegibilidad, geográfica, etc...así como la fecha límite para poder participar.

\*Cómo y cuándo puede ser obtenida la información sobre los resultados. La duración del servicio no superará el minuto.

\*Cómo pueden obtener otras reglas de la promoción si las hubiere. En este caso siempre podrán ser adquiridas de forma gratuita.

5.- Las bases que regulen el procedimiento de las promociones se depositarán ante la Subcomisión para la Supervisión del Servicio Telefónico con Tarificación Adicional.

### 2.5. CONCURSOS

En el caso de que las promociones se realicen a través de concursos los mismos deberán estar autorizados por la autoridad competente y se depositarán sus bases reguladoras en la

Subcomisión para la Supervisión del Servicio Telefónico con Tarificación Adicional y además no deberán:

- 1.- Tener una duración mayor de tres minutos.
- 2.- Basar el otorgamiento del premio a un número determinado o indeterminado de llamadas.

## 2.6. MENSAJERIA TELEFÓNICA

### 2.6.1 Fono Buzón

Es todo sistema a través del cual los llamantes pueden dejar y recibir mensajes. Los servicios de buzones deberán:

- 1.- Tener operadoras las 24 horas o durante el tiempo que funcione el servicio a efectos de:

- a) No permitir la entrada a menores en el sistema.
- b) Cuidar el contenido de los mensajes rechazando aquellos que por su naturaleza puedan ser sugestivos o sexuales.

- 2.- Antes de su lanzamiento publicitario deberán presentar a la Comisión de Supervisión del Servicio Telefónico con Valor Añadido el spot, cuña, arte final y/o mensaje publicitario por medio del cual se dará a conocer el producto o servicio.

- 3.- Dar a cada llamante un código de acceso al servicio.

### 2.6.2 Mensajería telefónica profesional

Los buzones de voz profesionales son aquéllos que promueven el contacto entre personas o entidades en base a relaciones profesionales y comerciales, siempre y cuando estas actividades estén legalmente constituidas.

## 2.7. SERVICIOS ERÓTICOS

2.7.1 En los mensajes de introducción a este tipo de servicios, se indicará de forma específica su total prohibición a los menores de 18 años.

2.7.2 La información y contenidos de este tipo de servicios no deberá utilizar o involucrar a menores de edad.

2.7.3 Dichos servicios no deberán contener mensajes ofensivos, denigrantes o que promuevan la subordinación de ninguna persona o grupo, prestando especial atención a las mujeres.

2.7.4 La publicidad de este tipo de servicios no deberá contener imágenes o textos en los que se involucre a menores de edad.

2.7.5 La publicidad de este tipo de servicios únicamente podrá ser realizada en los siguientes medios publicitarios y horas del día:

A.- Televisión y radio de 24 h. a 7 h.

B.- Revistas o publicaciones para adultos.

C.- Servicios de anuncios clasificados o por palabras de los periódicos de tirada nacional o local, sin representación icónica, ni referencia argumental o expresión obscena.

2.7.6 La publicidad de este tipo de servicios deberá contener la frase: "Sólo para mayores de 18 años".

## 2.8 MULTICONFERENCIA DE OCIO

2.8.1 En los mensajes de introducción a este tipo de servicio, se indicará de forma específica:

A.- Su prohibición a los menores de 18 años.

B.- La prohibición de facilitarse datos personales entre los clientes en las conversaciones en grupo.

2.8.2 Su duración no excederá de un período de 30 minutos, transcurrido el cual el prestador de servicio deberá proceder al corte automático de la llamada.

2.8.3 Las charlas deberán estar debidamente supervisadas por operadores profesionales, quienes se encargarán básicamente de mantener las formas más elementales de respeto entre los clientes, de desconectar aquellas llamadas que, a juicio de los operadores, estén siendo realizadas por personas menores de 18 años, o personas que faciliten sus datos personales en las conversaciones en grupo.

2.8.4 La publicidad de este tipo de servicios no deberá ir dirigida expresamente a personas menores de 18 años.

## 2.9. PERSONAS DEPENDIENTES

2.9.1 Los servicios no deberán suponer explotación o atentar contra la intimidad de ninguna persona mentalmente incapacitada, desequilibrada o cualquier otra persona vulnerable, debiéndose tener en cuenta la especial protección que necesitan dichos individuos.

2.9.2 Aquellos servicios que por su utilidad vayan dirigidos a personas con disfunción o discapacidad física o psíquica se someterán a audiencia previa ante las correspondientes Asociaciones o Federaciones representativas a nivel nacional.

#### 2.10. TELE REUNION CERRADA

Es todo aquel servicio de Tarificación Adicional prestado por empresas, asociaciones, instituciones o entidades con personalidad jurídica propia para mantener reuniones o prestar informaciones de acuerdo con sus fines, para el grupo o colectivo en cuestión.

Este servicio deberá tener las siguientes garantías:

1º Que exista compromiso contractual entre la empresa, asociación, institución o entidad y el asociado o persona vinculada a las mismas que desean contratar dicho servicio, de acuerdo con los siguientes requisitos mínimos:

a) Ser titular del teléfono.

b) Conocer las prestaciones del servicio y características económicas.

c) Que el asociado, en cualquier momento, pueda darse de baja del servicio.

d) El contrato deberá contener que, en caso de extravío, pérdida o robo se le dará de baja automáticamente del servicio a través de una llamada telefónica.

2º El acceso se producirá a través de un código personal que se comprobará en los primeros 45 segundos y que permitirá la entrada solamente a aquellos socios o miembros que hayan firmado el contrato.

3º Los números telefónicos correspondientes a los servicios de Tele reunión cerrada no deberán publicitarse. Su conocimiento sólo se hará a través del contrato firmado entre el usuario y el proveedor del servicio y/o la empresa, asociación, institución o entidad jurídica que desee poseer dicho servicio para los miembros pertenecientes a las mismas.

Sin embargo se podrá comunicar la existencia del servicio a través de un número de tarificación adicional de "Información General".

### 3.- NORMAS DE PUBLICIDAD COMUNES PARA TODOS LOS SERVICIOS

#### 3.1 AMBITO Y DEFINICIONES

3.1.1 Las siguientes estipulaciones se aplicarán a todas las formas de promoción y publicidad cuya intención sea, directa o indirectamente, incentivar la utilización de los servicios telefónicos de tarificación adicional.

3.1.2 Los servicios que en su propio contenido anuncien otros servicios similares o distintos estarán asimismo cubiertos por este Código.

3.1.3 Las palabras "publicidad" o "anuncio" en este Código cubrirán todas las formas de promoción y comunicación de ofertas del servicio.

3.1.4 Los anuncios que se difundan por radio, televisión, teléfono, fax o cualquier otro medio de comunicación deberán cumplir estas estipulaciones conforme a los medios utilizados.

3.1.5 Los prestadores de servicios son siempre responsables de asegurarse de que el material promocionado relacionado con sus servicios cumple con las estipulaciones de este Código.

#### 3.2. INFORMACION RELATIVA A PRECIOS

3.2.1 El prestador de servicios especificará claramente la información relativa a precios en todo el material de promoción, cualquiera que sea el medio utilizado.

3.2.2 Con el fin de que los consumidores puedan apreciar el coste real de cada servicio, la información relativa a precios deberá presentarse exhibiendo el precio de cada minuto, incluyendo el IVA, de modo que no requiera mayor indagación.

3.2.3 Sin perjuicio de lo anterior, en aquellos servicios de duración limitada se informará del precio total del mismo, IVA incluido.

#### 3.3 CONTENIDO

3.3.1 Los anuncios deberán cumplir la normativa vigente en materia de publicidad.

3.3.2 Los anuncios no deberán contener nada que pueda causar o difundir ofensa alguna.

3.3.3 Los anuncios deberán diseñarse y presentarse de forma que cualquiera que los mire pueda ver, sin necesidad de analizarlos de cerca, que se trata de un anuncio de un servicio telefónico de tarificación adicional.

3.3.4 El nombre de la empresa deberá figurar claramente en el material de promoción.

3.3.5 En lo relativo a servicios especializados, la publicidad deberá indicar claramente el estatus y experiencia de la persona(s) u organización que proporcione el servicio especializado en cuestión.

3.3.6 Aquellos servicios prestados a través de tarificación adicional que contengan publicidad deben reflejarlo en sus invocaciones publicitarias, indicando la existencia de la misma y su tiempo de duración.

#### 4.- APLICACIÓN E INTERPRETACIÓN DEL CODIGO. PROCEDIMIENTO DE SOLUCION DE RECLAMACIONES DE USUARIOS

4.1. La Comisión para la Supervisión del Servicio Telefónico con Tarificación Adicional será la encargada de la aplicación e interpretación del presente Código.

Se creará una Subcomisión permanente con la siguiente composición:

-Un vocal de la Administración, sobre el que recae la presidencia de dicha Subcomisión.

-Un vocal del Consejo de Consumidores y Usuarios.

-Un vocal de empresas prestadoras de servicios.

-El secretario de dicha Subcomisión será un representante de la Dirección General de Telecomunicaciones.

4.2. Funciones:

-Interpretación, vigilancia y cumplimiento del presente Código de Conducta para su posterior sometimiento a la Comisión.

-Dar asistencia a los reclamantes para que dirijan sus denuncias o quejas a los organismos o instituciones que sean competentes.

-Asesoramiento general, a petición de las autoridades competentes, de cuantas propuestas o medidas se consideren convenientes para el mejor funcionamiento o adecuación de los servicios telefónicos de Valor Añadido objeto del presente Código.

-Dicha Subcomisión será depositaria de las Bases de Concursos y Promociones realizadas.

-Elaborar modificaciones al presente Código.

Para el cumplimiento de estas funciones podrá proponer la contratación de informes y dictámenes periciales a los gestores del fondo de garantía con cargo al mismo.

4.3. Todas las reclamaciones derivadas de incumplimientos del presente Código que impliquen un perjuicio económico para el usuario podrán resolverse a través del sistema arbitral de consumo.

4.4. Los prestadores de servicios se someterán al presente Código de Conducta a través del Contrato-tipo con Telefónica de España, S.A.



CLASIFICACIÓN DE SERVICIOS

SERVICIO TIPO	PREFIJO
CONCURSOS (1)	906/903
RECETAS DE COCINA	906
ERÓTICOS	903
MULTICONFERENCIAS DE OCIO	903
DEPORTES (2)	906/903
SALUD/MEDICINA (3)	906
TEST PSICOLÓGICOS	903
COMPRA/VENTA/ALQUILER/PROMOCION COMERCIAL	906
MENSAJERIA TELEFÓNICA DE OCIO	903
MENSAJERIA TELEFÓNICA PROFESIONAL	906
CIENCIAS OCULTAS (4)	903
MUSICA	903
CHISTES/DISTRACCIÓN	903
INFORMACIÓN GENERAL	906
INFORMACIÓN DE INTERES PUBLICO (5)	906
ASESORIA PROFESIONAL INDIVIDUAL	906
TELE REUNION CERRADA	906
MULTICONFERENCIA PROFESIONAL ABIERTA	906
ENCUESTAS (SIN CONCURSO)	906
DESTINADOS A LA INFANCIA Y JUVENTUD	903
FONOBUZON (6)	903

CLAVES

- (1) Concurso. Se clasificará en el Prefijo 906 si simultáneamente se cumple que:
- sirva como soporte a otro medio de comunicación (Prensa, Radio y Televisión).
  - la duración de la llamada sea inferior a 3 minutos.
  - el concurso en cuestión esté dotado de bases legales y previamente autorizado por la Autoridad competente.
- En caso contrario se clasificará en el Prefijo 903.
- (2) Líneas de los clubs deportivos para hinchas. Se clasificará en el Prefijo 906 cuando la duración máxima de la llamada, entendida como la suma de todas las posibles opciones de un mismo número telefónico, sea inferior a 3 minutos. En caso contrario se clasificará en el Prefijo 903.
- (3) Las condiciones en que debe prestarse este servicio se especificarán en el Código de Conducta
- (4) Incluye:-Adivinación.-Astrología.-Cartomancia.-Numerología.-Parapsicología.-Quiromancia.-Sueños.-Ufología.
- (5) Incluye:-Meteorología. -Carreteras.-Financiera.
- (6) Se definirá en el Código de Conducta.

