UNIVERSIDAD DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

La contratación de los servicios de comunicaciones electrónicas (telefonía e internet)

Proyecto de tesis doctoral que presenta la licenciada Ana Fidalgo López para la obtención del título de Doctor en Derecho, bajo la dirección de la Profesora Doctora María Paz García Rubio.

Santiago de Compostela, septiembre de 2014

Vº Bº
María Paz García Rubio

Ana Fidalgo López

USC
UNIVERSIDADE
DE SANTIAGO
DE COMPOSTELA

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN: LA RELEVANCIA DE LOS SERVICIOS DE COMUNICACIONES ELECTRÓNICAS EN LA SOCIEDAD ACTUAL 1

CAPÍTULO I

LA DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS EN LA CONTRATACIÓN DE LOS SERVICIOS DE COMUNICACIONES ELECTRÓNICAS

I. INTRODUCCIÓN 17

II. EL SISTEMA CONSTITUCIONAL DE DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS 19

III. INCIDENCIA DEL DERECHO COMUNITARIO EN EL REPARTO DE COMPETENCIAS CONSTITUCIONALES 28

IV. LAS COMPETENCIAS ESTATALES Y AUTONÓMICAS QUE afectan AL CONTRATO DE SERVICIO DE COMUNICACIONES ELECTRÓNICAS 37

V. JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL SOBRE COMPETENCIA EN MATERIA DE PROTECCIÓN DE CONSUMIDORES Y USUARIOS 47

VI. PROTECCIÓN DE LOS USUARIOS DE LOS SERVICIOS DE COMUNICACIONES ELECTRÓNICAS: NORMATIVA APLICABLE Y SU ENCAJE EN LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 56

1. Normativa autonómica de protección al consumidor 59

2. Normativa estatal sobre protección de consumidores y usuarios 65

3. La protección de los consumidores en la Ley 9/2014, de Telecomunicaciones y su normativa de desarrollo 73

4. Potestad sancionadora en telecomunicaciones 83

VII. CONCLUSIONES DEL CAPÍTULO 87

CAPÍTULO II

LA CONTRATACIÓN DE LOS SERVICIOS DE TELECOMUNICACIÓN

I. INTRODUCCIÓN: DISTINCIÓN ENTRE LA CONTRATACIÓN DE SERVICIOS DE COMUNICACIONES ELECTRÓNICAS Y LA CONTRATACIÓN A TRAVÉS DE LOS MEDIOS DE TELECOMUNICACIÓN 91

II. REGULACIÓN DE LOS CONTRATOS DE SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES 101

1. Normativa aplicable: Ley de Telecomunicaciones y su normativa de desarrollo, y el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y normas complementarias 101

2. Superposición con la normativa del contrato celebrado a distancia o celebrado fuera de establecimiento mercantil 110

3. Naturaleza jurídica del contrato de servicio de comunicaciones electrónicas. El servicio universal 118

A) Contrato de servicios 118

B) La prestación del servicio de comunicación electrónica como una obligación de medios o como una obligación de resultado 124

C) Contrato público o privado 128

D) Contrato normado y contrato forzoso en el caso del servicio universal 131

4. Las partes contratantes: la figura del usuario del servicio de comunicaciones electrónicas.- 138

A) El operador 138

B) El usuario del servicio de comunicaciones electrónicas 148

III. FASE PRECONTRACTUAL. EL DERECHO DE INFORMACIÓN 167

1. El derecho de información como una técnica de protección de los consumidores y usuarios 167

2. La etapa precontractual en el derecho común de contratos. La responsabilidad precontractual 171

3. La información precontractual en el contrato de servicios 179

4. La información precontractual en el contrato de comunicaciones electrónicas: los deberes impuestos al empresario 184

5. Deberes precontractuales del usuario. Supuesto de cancelación de portabilidad 198

IV LA FORMALIZACIÓN DEL CONTRATO DE SERVICIOS DE COMUNICACIONES ELECTRÓNICAS 206

1. Los elementos esenciales del contrato de servicio de comunicaciones electrónicas. El consentimiento 207

A) Los requisitos del consentimiento. La capacidad de contratar de menores y discapacitados 210

B) Particularidades del consentimiento en el contrato de servicio de comunicaciones electrónicas 227

a) La voluntad inequívoca del consumidor de contratar (artículo 62.1 TRLGDCU). Su aplicación al contrato de servicios de comunicaciones electrónicas 227

b) La obligación del contratar del operador 230

c) La oferta del operador. Delimitación entre oferta y publicidad 232

2. La forma del contrato de comunicaciones electrónicas 236

3. El contenido del contrato de comunicaciones electrónicas 243

4. Condiciones generales de contratación 251

A) Definición de condición general de la contratación y cláusula predispuesta. Ámbito de aplicación del TRLGDCU 260

B) La protección del consumidor frente a las cláusulas no negociadas 265

a) El control de incorporación 268

b) El control de contenido 276

c) El control de transparencia. Verdadero deber de información contractual 289

e) Registro de condiciones generales. Acciones colectivas 298

C) Cláusulas predispuestas en los contratos de servicios de comunicaciones electrónicas 299

a) Control de incorporación en los contratos 302

b) Control de contenido 304
V. EJECUCIÓN DEL CONTRATO DE SERVICIOS DE COMUNICACIONES ELECTRÓNICAS 318
1. Obligaciones del usuario del servicio de comunicaciones electrónicas 318
2. Obligaciones del operador del servicio de comunicaciones electrónicas 334
A) La obligación de prestar el servicio conforme a los niveles de calidad 336
B) La responsabilidad del operador por el incumplimiento de la prestación del servicio 348
C) Obligación de emitir facturas 364
D) Suspensión temporal del servicio a solicitud del abonado 368
E) Desconexión de servicios 369
F) Servicio de atención al cliente 370
VI. EXTINCIÓN DEL CONTRATO 370
1. Voluntad unilateral del abonado de poner fin al contrato 372
2. Compromiso de permanencia 381
3. Extinción del contrato por modificación de las condiciones contractuales 388
4. Procesos de cambio de operador 392
5. Derecho de desistimiento 395
VII. CONCLUSIONES AL CAPÍTULO II 415

CAPÍTULO III

LOS MEDIOS DE RESOLUCIÓN EXTRAJUDICIAL DE CONFLICTOS APLICABLES A LOS CONTRATOS DE SERVICIOS DE COMUNICACIONES ELECTRÓNICAS

I. INTRODUCCIÓN Y CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE EL ADR 423
1. Experiencia nacional e internacional sobre el ADR 432
A) El ADR en Alemania 433
B) El ADR en el derecho italiano 434
C) Experiencia en el ordenamiento jurídico español del ADR 435

2. Regulación comunitaria sobre los procedimientos extrajudiciales de resolución de conflictos 436

A) Recomendación 98/257/CE de la Comisión, de 30 de marzo, relativa a los principios aplicables a los órganos responsables de la solución extrajudicial de los litigios en materia de consumo 439

B) Recomendación 2001/310/CE, de la Comisión, de 4 de abril de 2001, relativa a los principios aplicables a los órganos extrajudiciales de resolución consensual de litigios en materia de consumo 441

C) Directiva 2013/11/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo 443

D) Reglamento UE 524/2013, de 21 de mayo de 2013, sobre la resolución de litigios en línea en materia de consumo 445

II. LOS MEDIOS DE RESOLUCIÓN EXTRAJUDICIAL DE CONFLICTOS PREVISTOS EN LA LEY DE TELECOMUNICACIONES 446

III. LOS SERVICIOS DE ATENCIÓN AL CLIENTE 452

IV RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA ANTE LA SECRETARIA DE ESTADO DE TELECOMUNICACIONES Y DE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN 460

V. EL SISTEMA ARBITRAL DE CONSUMO 478

1. Regulación general del sistema arbitral de consumo 478

2. Concepto y características del sistema arbitral de consumo 483

3. Ámbito de aplicación del arbitraje de consumo 488

4. La organización del sistema arbitral de consumo 496

A) Las Juntas Arbitrales de Consumo 496

B) La Comisión de las Juntas Arbitrales de Consumo 499

C) El Consejo General del Sistema Arbitral de Consumo 502

D) Los órganos arbitrales 504

5. Formalización del Convenio Arbitral 510

6. En especial, la oferta de adhesión pública al arbitraje de consumo 519
7. El procedimiento arbitral 526
8. El laudo arbitral y sus recursos 535
9. El arbitraje de consumo electrónico 540
10 El arbitraje de consumo colectivo 542
VI. CONCLUSIONES DEL CAPÍTULO 544
REFLEXIÓN FINAL 547
APÉNDICE NORMATIVO 551
ÍNDICE DE JURISPRUDENCIA 557
BIBLIOGRAFIA 563

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

INTRODUCCIÓN: LA RELEVANCIA DE LOS SERVICIOS DE COMUNICACIONES ELECTRÓNICAS EN LA SOCIEDAD ACTUAL

Vivimos en una sociedad de consumo, en la que cada día parece más evidente la necesidad de dar una mayor protección a los consumidores y usuarios, por encontrarse en una posición de desequilibrio e inferioridad[1]. La liberalización de los mercados trae consigo un considerable aumento de las normas que tienden hacia la protección de los consumidores. Pero en opinión de Díez-Picazo, el derecho de consumo no solo protege al consumidor, sino que favorece la economía del consumo como un capítulo central de la economía general, con un desarrollo y una influencia muy notable[2]. Prueba de ello es el sector de las telecomunicaciones, que tal y como veremos a lo largo de nuestro trabajo, en los últimos años ha sufrido el proceso de su liberalización, que se ha acompañado de diversas medidas de protección de sus usuarios.

El sector de las telecomunicaciones ha sufrido importantes cambios en los últimos tiempos[3]. El avance tecnológico ha dejado huella en los medios de telecomunicación. Hace apenas treinta años era inimaginable un sistema de comunicación por el que se pudiera transmitir información de forma instantánea para todo el planeta. En la actualidad no solo disponemos de toda la información que nos ofrece Internet, sino que podemos mantener conversaciones con contacto visual a miles de kilómetros.

---

1 Como advirtió DE CASTRO Y BRAVO (1982) p. 1052, durante el liberalismo dominaba el principio de absoluta autonomía de la voluntad, pero la necesidad de proteger a ciertas clases sociales (como los consumidores) provocan la intervención del Estado y la limitación de esa autonomía.

2 DÍEZ-PICAZO (2013) p. 13, afirma que «Se favorece el consumo no porque los consumidores sean más o menos necesitados *per se* de protección, sino por el hecho de que la economía de consumo es un capítulo muy importante de la economía general».

3 CARRASCO PERERA (2005) p. 27, califica la demanda de los servicios de comunicaciones electrónicas y los servicios asociados a ellas, desde el año 1996, como creciente, densa y multiforme.

Cada día la presencia de los servicios de telecomunicación en nuestra sociedad es más evidente[4]. En apenas dos décadas hemos pasado de un uso familiar de la telefonía fija, a que sea considerado como un servicio imprescindible para cualquier ciudadano. Su importancia no solo se refleja en el incremento del número de abonados, sino también en el amplio abanico de servicios de comunicaciones electrónicas disponibles para los usuarios. Si antes una familia media disponía de una línea telefónica, ahora lo usual es que además de mantener la línea telefónica fija con banda ancha, cada uno de sus miembros disponga, al menos, de una línea de telefonía móvil que en muchos casos va a tener conexión a Internet.

El incremento de los servicios de comunicaciones electrónicas a disposición de los usuarios queda patente en el Boletín Estadístico Trimestral de Telecomunicaciones y Servicios Audiovisuales, elaborado por la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (antiguamente la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones)[5]. En su informe destaca el incremento de los empaquetamientos de los servicios, a través de los cuales el usuario contrata conjuntamente varios servicios, como son la línea de telefonía fija, la banda ancha y la línea de telefonía móvil[6].

Vivimos en una sociedad telemática[7]. Los servicios de comunicaciones electrónicas ya no se conciben como un simple medio de comunicación entre

---

4 CAMPUZANO TOMÉ (2006) p. 690, considera que la situación actual de los servicios de telecomunicaciones deriva de la evolución experimentada en los últimos años por la red de telefonía básica. Inicialmente estaba diseñada única y exclusivamente para la interconexión de los usuarios que querían establecer una comunicación vocal, se ha convertido en soporte de otro tipo de servicios que, si bien en muchos casos reportan claras e importantes ventajas para los usuarios finales, en otros se constituyen en fuente generadora de importantes conflictos.

5 Publicado a través de la página web de la Comisión del Mercado y de la Competencia.

6 Así en el Boletín Estadístico Trimestral señala que: «En diciembre de 2013, el total de empaquetamientos de cuádruple y quíntuple play –que aparecieron en el mercado en octubre de 2012− sumaron 5,9 millones, multiplicando casi por cinco la cifra de diciembre de 2012. En concreto, los cuádruple play, que combinan en una misma oferta los servicios de voz y banda ancha ambos prestados desde red fija y desde red móvil, rozaron los 5,2 millones, mientras que los quíntuple play, que añaden además el servicio de televisión de pago, continuaron su ascenso en proporción similar hasta registrar 699.645 paquetes. »

7 La importancia de los servicios de comunicaciones electrónicas en la actualidad queda patente en la Agenda Digital Española, elaborada por el Gobierno en febrero de 2013. Tal y como recoge la Exposición de Motivos de la reciente Ley 9/2014, de 9 de mayo, de Teleco-

dos personas. Se han convertido en una herramienta esencial para establecer relaciones jurídicas entre dos sujetos. Vemos como cada día aumenta el número de contratos formalizados a través de medios electrónicos, principalmente a través de Internet[8]. También se aprecia un incremento de los trámites administrativos que los usuarios pueden realizar a través de medios telemáticos[9].

El desarrollo tecnológico y la liberalización del sector propiciaron el abaratamiento de los servicios de comunicaciones electrónicas[10]. Todo ello contribuyó a su fácil introducción en la sociedad. La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, en su informe anual del año 2012, determinó que hay 19,6 millones de líneas de telefonía fija (42,2 líneas/100 habitantes). Las líneas de telefonía móvil alcanzaron la cifra de 50,7 millones (109,7 líneas/100 habitantes), de las cuales 24,9 millones están conectados a la banda ancha

municaciones, esta agenda se integra en la Agenda Digital para Europa, que persigue que en el año 2020 todos los europeos tengan la posibilidad de acceder a conexiones de banda ancha a una velocidad como mínimo de 30 Mbps y que al menos un 50% de los hogares estén abonados a conexiones de banda ancha superiores a 100 Mbps.

8 El incremento del comercio electrónico se refleja en el Estudio sobre Comercio Electrónico B2C 2012 (edición de 2013), publicado por la Comisición de Mercado y de la Competencia. En España y durante el año 2012, el comercio electrónico aumentó un 13,4% en relación al año anterior, alcanzando la cifra de 12.383 millones de euros. Como principal razón de su expansión señala el aumento del número de internautas compradores, que se sitúa en 15,2 millones.

9 El tercer objetivo de la Agenda Digital Española es mejorar la e-administración y adoptar soluciones digitales para una prestación eficiente de los servicios públicos. Este objetivo tiene como fin incrementar la eficacia y eficiencia de nuestras Administraciones y optimizar el gasto público, manteniendo al mismo tiempo unos servicios públicos universales y de calidad. La vía telemática va ganando terreno en la tramitación administrativa. Su regulación básica la encontramos en la Ley 11/2007, de 22 de junio, de Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los Servicios Públicos. Establece el derecho de los ciudadanos a relacionarse electrónicamente con la administración, y para ello, recoge un amplio catálogo con los derechos que les corresponden a los ciudadanos, conformando un particular estatuto del ciudadano administrado electrónicamente. COTINO HUESO (2008) p. 428.

10 La Comisión del Mercado y de la Competencia, en su informe anual del año 2012 (aún no se ha publicado el informe anual del año 2013), recoge la disminución de los precios de los servicios de comunicaciones electrónicas. Esta disminución se materializó a través del lanzamiento de ofertas estándar así como su promoción a través del empaquetamiento de varios servicios. Además de la disminución de precios, también se aprecia una reducción en las líneas contratadas, salvo la banda ancha fija y la banda ancha móvil que han incrementado sus usuarios respecto al año 2011.

móvil; y ya son 11,5 millones de líneas las conectadas a la banda ancha fija (24,9 líneas/100 habitantes)[11].

Uno de los factores que favoreció la introducción de las telecomunicaciones en la sociedad fue el desarrollo tecnológico. Y ello sucedió por dos razones: el abaratamiento de los costes de producción y su mayor accesibilidad para los ciudadanos. El avance en la tecnología y la creación de los aparatos de telecomunicación se produjo a la par de la disminución de su coste. Realizada la inversión en I+D en el desarrollo de la tecnología, los fabricantes abaratan sus costes de producción. De esta forma el producto llega a cualquier usuario. El abaratamiento de la tecnología es evidente en la actualidad. Pensemos por ejemplo en el precio de un televisor hace veinte años. Su valor actual no está equiparado al antiguo, sino que será inferior. Ocurre lo mismo con ordenadores, teléfonos móviles, etc.

Pero el abaratamiento de su coste no era suficiente para crear la necesidad a la población de su tenencia y de su utilización. En un primer momento, el desarrollo de las telecomunicaciones surge a nivel profesional. Su mayor rendimiento era en el ámbito empresarial y su uso se reservaba casi exclusivamente para los profesionales del sector. El uso doméstico de las telecomunicaciones se limitaba a una línea de telefonía fija y en la mayor parte de las ocasiones de uso restringido.

Con la inmersión de la población en una sociedad de consumo, los fabricantes se dan cuenta del potencial económico que supone el acercamiento de las telecomunicaciones a todos los sectores de la sociedad. Así junto al desarrollo de las telecomunicaciones desde un punto de vista profesional, su uso doméstico o particular empieza a cobrar relevancia. Pero para ello necesitan que la tecnología sea más accesible, esto es, que cualquier persona sin necesidad de tener conocimientos profesionales o específicos sobre la materia pueda no solo usar, sino ver los beneficios que el uso de la tecnología le reporta en su día a día.

[11] Consulta realizada a través de la página web de la Comisión del Mercado y de la Competencia, antigua Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (www.cmt.es/)

De esta forma, se busca el acercamiento de los medios de telecomunicación a la población. Los sistemas operativos de ordenadores y el funcionamiento de los teléfonos móviles se simplifican, de forma que cualquier usuario sin conocimientos previos pueda hacer un uso efectivo de los mismos. Esta idea es evidente en el desarrollo de la telefonía móvil. En un primer momento surge como una solución profesional con un uso restringido. Poco a poco se introduce en la sociedad la idea de un teléfono móvil personal. Cada persona tiene su propia línea de telefonía móvil y, a la par, en el mundo empresarial se introducen los *smartphone*. Hoy prácticamente todos disfrutamos de uno.

La predisposición social a aceptar los nuevos medios de telecomunicación también fue un factor determinante para su rápida introducción. Las facilidades que ofrecen en la vida ordinaria de cualquier persona, los han convertido en un bien imprescindible en la sociedad actual.

Pero junto al desarrollo tecnológico, hay que destacar el papel que la liberalización del sector de las telecomunicaciones jugó en su propagación. En sus inicios era un sector dominado por el Estado. Había una única empresa de titularidad pública que, a través de un monopolio, prestaba en todo el territorio nacional los servicios de telecomunicación[12]. La intervención pública suponía la regulación y control de la totalidad de las relaciones contractuales en materia de telecomunicaciones por el Estado, sin dejar apenas juego a la autonomía de la voluntad de las partes. Pero el avance tecnológico junto con la entrada de España en la Comunidad Europea puso de relieve la necesidad de abrir el

[12] Aunque correspondía al Estado la titularidad de las telecomunicaciones como servicio público, su gestión y prestación se llevó a cabo a través de una empresa privada, aunque con una fuerte participación pública, como era Telefónica de España, S.A. A través de un contrato de concesión de servicio público, Telefónica prestaba el servicio de telecomunicaciones en exclusiva, y respetando los principios del servicio público, como son continuidad, disponibilidad, calidad y adaptabilidad. CARLÓN RUIZ (2007) pp. 34 y ss.

mercado a nuevas empresas, garantizando de esa forma la libre competencia en el sector[13].

En palabras de Carlón Ruiz, podemos definir la liberalización como un proceso lento de introducción de competencia en una actividad que con anterioridad estaba sometida a la titularidad pública[14]. Aunque su normativa precedente ya preveía algunas medidas liberalizadoras, es con la aprobación de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones cuando se inicia el proceso de liberalización del sector[15]. Siguiendo las líneas marcadas por la Unión Europea, la Ley 11/1998, General de Telecomunicaciones, fija entre sus objetivos: la promoción de la competencia entre los operadores de servicio, la determinación de las obligaciones de servicio público, el favorecimiento del desarrollo de los nuevos servicios y redes, y la defensa de los intereses de los usuarios[16].

Entre todos ellos, tenemos que hacer una mención especial a la defensa de los intereses de los usuarios. Con el inicio del proceso de liberalización de las telecomunicaciones, los legisladores comunitario y nacional no tardaron en

[13] La liberalización del sector de las telecomunicaciones comenzó en EEUU, Japón y Gran Bretaña, para dar respuesta a los cambios tecnológicos, económicos y sociales, junto con la quiebra de las características de monopolio natural. PETITBÓ I JUAN (2004) p. 115.

[14] CARLÓN RUIZ (2007) p. 33.

[15] CAMPUZANO TOMÉ (2006) p. 689, apunta que las primeras medidas liberalizadoras de alcance general se adoptaron mediante el Real Decreto-Ley 6/1996, de junio, que se transformó en la Ley 12/1997, de 24 de abril, de Liberalización de las Telecomunicaciones (B.O.E. núm. 99, de 25 de abril). La aprobación de diversa normativa en los dos años siguientes, sirven para anticipar la introducción de competencia en los mercados españoles de telecomunicaciones hasta la aprobación de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones, que constituye la norma reguladora básica de los mercados de telecomunicaciones bajo el principio básico de la liberalización. Una de las normas que antecedieron a la Ley 11/1998, General de Telecomunicaciones, fue el Real decreto-ley 6/1996, de 7 de junio, de liberalización de las telecomunicaciones, por el que se crea la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones como organismo regulador del sector en España.

[16] La Ley 11/1998, General de Telecomunicaciones transpone el paquete de Directivas comunitarias de 1998, que comprendía las directivas dictadas hasta el momento en la materia, entre las que cabe destacar la Directiva 97/13/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de junio de 1997, relativa a un marco común en materia de autorizaciones generales y licencias individuales en el ámbito de los servicios de telecomunicaciones; la Directiva 97/33/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de junio de 1997, relativa a la interconexión en telecomunicaciones y a la garantía del servicio universal y de la interoperabilidad por la aplicación de los principios de suministro de una red abierta; y la Directiva 98/10/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 1998, sobre la aplicación de la oferta de red abierta (ONP) a la telefonía vocal y sobre el servicio universal de telecomunicaciones en un entorno competitivo.

darse cuenta de la posición de desequilibrio en que se situaban los usuarios de los servicios frente a un mercado liberalizado. Hasta el momento, la Administración controlaba el sector, tanto en la gestión como en la prestación del servicio. Sin embargo, la libre competencia deja margen de maniobra para las operadoras en perjuicio de los intereses de los usuarios. El servicio de telecomunicaciones deja de ser un servicio público y el operador que ostenta una posición dominante en la relación contractual impondrá sus condiciones de contratación.

Para evitar estas situaciones el legislador, además de crear los organismos de regulación que inspeccionarán y controlarán la actuación de las operadoras, califica las telecomunicaciones como un servicio de interés general, garantizando así su acceso a cualquier ciudadano a través del servicio universal y establece los mecanismos de defensa de los intereses de los usuarios[17].

Pero como ya señalamos, el proceso de liberalización es paulatino. Tras una primera fase, la Comunidad Europea revisa su normativa y aprueba un segundo paquete de Directivas comunitarias para avanzar en el desarrollo de la libre competencia en el sector de las telecomunicaciones[18]. La transposición del paquete de Directivas del 2002 al ordenamiento español se llevó a cabo con la

[17] El régimen jurídico de las telecomunicaciones persigue dos finalidades fundamentales o se basa en dos principios: principio de competencia, que significa que cualquier persona física o jurídica pueda constituirse en operador de telecomunicaciones; y principio de servicio público, ya que al ser las telecomunicaciones un servicio que se presta al público en general, el operador debe cumplir una serie de requisitos en su prestación y asumir una serie de obligaciones frente a los usuarios. AVELLO LÓPEZ (2002) pp. 19 y 20.

[18] Las Directivas transpuestas se detallan en la propia Exposición de Motivos de la Ley 32/2003, general de telecomunicaciones. Entre otras podemos mencionar: la Directiva 2002/21/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas; la Directiva 2002/20/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa a la autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas; y la Directiva 2002/22/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas.

aprobación de la Ley 32/2003, de 2 de noviembre, General de Telecomunicaciones[19].

Siguiendo al legislador comunitario, la LGT 2003 introduce en la normativa el concepto de comunicaciones electrónicas y lo distingue del concepto de telecomunicaciones. En su Exposición de Motivos aclara la distinción de ambos. El legislador entiende que el concepto de comunicaciones electrónicas tiene un ámbito más restringido que el de telecomunicaciones, ya que se refiere a ámbitos concretos de las telecomunicaciones como pueden ser la habilitación para actuar como operador, los derechos y obligaciones de los operadores, las obligaciones en materia de interconexión y acceso, la necesidad de garantizar el servicio universal y los derechos de los usuarios. Justifica la utilización del término telecomunicaciones en el título de la norma, ya que contempla aspectos incluidos en el término de telecomunicaciones, como es el caso de los requisitos de evaluación de conformidad y puesta en el mercado de los aparatos de telecomunicaciones. Además, el concepto de comunicaciones electrónicas queda incluido en el término más amplio de telecomunicaciones[20].

La LGT 2003 se aprueba bajo el principio de intervención mínima. Solo intervendrán las entidades de regulación, cuando tras el examen del mercado haya constancia de la falta de competencia. Esta situación no se hizo esperar demasiado, pues en sus sucesivos informes, la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones dejó constancia de la falta de competencia ante la existencia de operadores dominantes en el mercado y la necesidad de regular y controlar su actuación.

Parecía que con la LGT 2003 culminaba el proceso de liberalización y la introducción del sector en la libre competencia. Pero las instituciones comunitarias, tras la revisión de la normativa existente, deciden aprobar un

[19] Publicada en el BOE número 264, de 4 de noviembre de 2003, entrando en vigor al día siguiente de su publicación. Esta Ley deroga a su antecesora a través de su Disposición derogatoria única.

[20] CARRASCO PERERA y MENDOZA LOSANA (2005) pp. 91-92, definen como servicios de comunicaciones electrónicas, aquellos que consistan en el transporte de señales a través de redes de comunicaciones electrónicas a cambio de una remuneración.

nuevo marco regulador europeo en materia de comunicaciones electrónicas a través del paquete de Directivas 2009, que modifican las ya existentes[21].

El Real Decreto-ley 13/2012, de 30 de marzo, incorpora a nuestro ordenamiento jurídico las Directivas comunitarias, a través de la modificación de la LGT 2003[22]. La transposición abarca a un conjunto de Directivas que afectan a diversos sectores del ordenamiento, como son las comunicaciones electrónicas y los mercados interiores del gas y la electricidad. El Gobierno justifica la utilización de un real decreto-ley por el retraso en la transposición de las normas comunitarias, lo que obliga a su incorporación por la vía de la urgencia.

Pero la normativa del sector de telecomunicaciones aún no estaba consolidada. El 9 de mayo de 2014 se aprueba la Ley 9/2014, de Telecomunicaciones (en adelante LT)[23]. Tal y como reconoce en su Exposición de Motivos, la nueva Ley pretende introducir reformas estructurales en el régimen jurídico de las telecomunicaciones para que los operadores tengan más facilidades en el despliegue de sus redes y en la prestación de sus servicios, lo que repercutirá en la oferta de servicios a los ciudadanos cada vez con mayor cobertura y de mayor calidad y en unas mejores condiciones de competitividad

[21] En el nuevo marco regulador se incluye la Directiva 2009/136/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2009, por la que se modifican la Directiva 2002/22/CE relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas, la Directiva 2002/58/CE relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas y el Reglamento (CE) nº 2006/2004 sobre la cooperación en materia de protección de los consumidores; y la Directiva 2009/140/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2009, por la que se modifican la Directiva 2002/21/CE relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas, la Directiva 2002/19/CE relativa al acceso a las redes de comunicaciones electrónicas y recursos asociados, y a su interconexión, y la Directiva 2002/20/CE relativa a la autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas.

[22] Real decreto-Ley 13/2012, de 30 de marzo, por el que se transponen directivas en materia de mercados interiores de electricidad y gas y en materia de telecomunicaciones electrónicas, y por el que se adoptan medidas para la corrección de las desviaciones por desajustes entre los costes e ingresos de los sectores eléctricos y gasistas.

[23] Publicada en el BOE núm. 114, de 10 de mayo de 2014. Advertimos que, a pesar de que el texto está inspirado en la recuperación de la unidad de mercado, se elimina del título de la norma el adjetivo "general", que estaba incluido en sus anteriores versiones. Sin embargo, su omisión no afecta al ámbito de aplicación de la norma que continua la línea ya marcada por sus predecesoras.

y productividad de la economía española. Al mismo tiempo se conseguirá una mejora de la seguridad jurídica al compendiar la normativa vigente, en particular la que se refiere al marco comunitario de las comunicaciones electrónicas.

Es una constante en la regulación del sector de telecomunicaciones la defensa de los derechos de los usuarios. La protección del usuario del servicio de comunicaciones electrónicas se incorporó a través del artículo 54 de la Ley 11/1998, General de Telecomunicaciones. En la redacción inicial de la LGT 2003, se refuerza la protección de los usuarios, y esta tendencia se mantiene en la reforma del Real Decreto-ley 13/2012. En la misma línea se redacta la nueva Ley de Telecomunicaciones, que amplia los preceptos dedicados a la protección de los usuarios (de un único artículo pasa a dedicarle diez) e integra en su texto alguna de las medidas previstas en las normas de desarrollo.

La necesidad de regular la defensa de los derechos de los usuarios de los servicios de comunicaciones electrónicas estriba en la liberalización del sector y el notable aumento de la contratación de los servicios de comunicaciones electrónicas.

La liberalización del sector de telecomunicaciones provocó la entrada de nuevos operadores del servicio de comunicaciones electrónicas, eliminando paulatinamente la intervención del Estado. Esta circunstancia junto con la creciente propagación de los medios de comunicación como vía de contratación ha puesto de relieve la necesidad de regular este tipo contractual, dadas las especialidades que se derivan de su modalidad.

Hay que tener en cuenta que gran parte de los destinatarios de los servicios de comunicaciones electrónicas son consumidores finales[24]. Este

[24] Conforme al artículo 3 del 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 normas complementarias, *son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional".* La ya derogada Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de Consumidores y Usuarios, definía en su artículo 1.2 al consumidor como: *"…las personas físicas o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales, bienes muebles o inmuebles,*

sector de la población goza de la protección prioritaria que le otorga el artículo 51 de la Constitución Española[25]. Además de reconocer los derechos básicos de los consumidores, impone a los poderes públicos la garantía de sus derechos[26].

Esta circunstancia se tuvo en cuenta por el legislador a la hora de promulgar la LGT del año 2003. Dedicaba su artículo 38 a los derechos de los consumidores y usuarios, precepto ampliamente desarrollado por el Título VI del Reglamento sobre las Condiciones para la Prestación de Servicios de Comunicaciones Electrónicas, el Servicio Universal y la Protección de los Usuarios, aprobado a través del Real Decreto 424/2005, de 15 de abril[27]. La parte destinada a la regulación de los derechos de los consumidores del Real Decreto 424/2005, se modificó por el 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[28].

La reciente Ley de Telecomunicaciones dedica el Capítulo V del Título III a establecer los derechos de los usuarios finales. A pesar de su extensión, la LT no presenta apenas diferencias con su normativa anterior en la protección de los usuarios. Recordemos que el artículo 38 LGT del 2003 había sido modificado por el Real decreto-Ley 13/2012. Son constantes las referencias en la LT a un posterior desarrollo, que hasta que sea efectivo seguirán siendo de

productos, servicios, actividades o funciones, cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva de quienes los producen, facilitan, suministran o expiden."

25 La CE junto con la Constitución portuguesa de 1976, son las únicas que constitucionalizan la protección de los consumidores y usuarios. Se sanciona conforme a los principios establecidos por parte de la política comunitaria a través de los programas de 1975 y 1973, recogiendo los derechos que se reconocen en los mismos a los consumidores y usuarios finales.

26 El artículo 51 CE dispone que: *"1. Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos. 2. Los poderes públicos promoverán la información y la educación de los consumidores y usuarios, fomentarán sus organizaciones y oirán a éstas en las cuestiones que puedan afectar a aquéllos, en los términos que la ley establezca. 3. En el marco de los dispuesto por los apartados anteriores, la ley regulará el comercio interior y el régimen de autorización de productos comerciales".*

27 Publicado en el BOE número 102, de 29 de abril de 2005.

28 El Real Decreto 899/2009, en su disposición derogatoria única, deroga el Título IV del Reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios, aprobado por el Real Decreto 424/2005, de 15 de abril.

aplicación las normas de desarrollo de la anterior LGT 2003, entre otras, la Carta de derechos de los usuarios.

Sin ánimo de adelantarnos a nuestra exposición, junto a la regulación detallada que la legislación sectorial de telecomunicaciones realiza del contrato de prestación de servicio de comunicaciones electrónicas, este tipo contractual entra dentro del ámbito de aplicación de la legislación sectorial de protección de consumidores, lo que hace que su estudio sea especialmente atractivo.

Centraremos nuestro trabajo de investigación en la contratación de los servicios de comunicaciones electrónicas por los usuarios finales. Hablamos de comunicaciones electrónicas y no telecomunicaciones, al estar restringido nuestro estudio a la prestación del servicio de comunicaciones o transmisión de datos a cambio de una remuneración.

Antes de sumergirnos en el estudio del contrato de comunicaciones electrónicas, es interesante hacer un análisis de la titularidad de la competencia normativa para regular la contratación de los servicios de comunicaciones electrónicas. Son varios los títulos competenciales que entran en juego y que corresponden a diversos entes. Por una parte, el Estado ostenta competencia exclusiva en materia de telecomunicaciones y bases de las obligaciones contractuales. Por otra, las Comunidades Autónomas han asumido competencias en materia de protección de consumidores y usuarios. Y no podemos olvidar el papel fundamental que juega la Unión Europea en el desarrollo de la normativa.

Por tanto, dedicaremos la primera parte de nuestro trabajo al estudio de la distribución de competencias que afectan a la contratación de los servicios de comunicaciones electrónicas. En primer lugar, haremos una breve referencia al sistema de distribución de competencias definido en la CE. En segundo lugar, analizaremos la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, pues ha sido determinante para perfilar el sistema constitucional. Finalizaremos esta primera parte, con una revisión de la normativa dictada en la materia e intentaremos

valorar su constitucionalidad, en aplicación del sistema diseñado por la CE y la Jurisprudencia constitucional.

El segundo bloque será la parte central del trabajo. Lo dedicaremos al estudio pormenorizado del contrato de servicio de comunicaciones electrónicas por los usuarios finales. Analizaremos la normativa aplicable al contrato, tanto la recogida en la legislación sectorial de telecomunicaciones como en la legislación de protección de consumidores y usuarios. Intentaremos delimitar la normativa que es de aplicación a este contrato y exponer los problemas más relevantes, así como sus posibles soluciones.

Aunque se configura como un contrato de servicios, sus características propias lo apartan del régimen general, creando un tipo contractual propio. Son muchas las cuestiones que nos planteamos al estudiar el contrato de servicios de comunicaciones electrónicas. La primera pregunta que nos surge es cuál es su naturaleza jurídica, pues el operador en muchas ocasiones está obligado a contratar. Su respuesta nos da paso para analizar las fases del contrato, además de los sujetos intervinientes en la contratación.

Podemos distinguir cuatro fases en la contratación de los servicios de comunicaciones electrónicas. En la primera fase todavía no hay contrato. Estamos ante una fase precontractual, en la que el operador y usuario tendrán sus primeros contactos, muchas veces a través de ofertas publicitarias. El interés de su estudio estriba en sus consecuencias jurídicas.

La segunda fase es la formalización del contrato de servicios de comunicaciones electrónicas. En este apartado incluiremos un estudio de las condiciones generales de la contratación y cláusulas predispuestas, siempre presentes en este tipo contractual.

A partir de la formalización del contrato, tanto el operador como el usuario adquieren derechos y obligaciones, que entran en la tercera fase de ejecución del contrato. Esta fase se completa con el estudio del régimen de responsabilidad previsto en la legislación sectorial de telecomunicaciones.

La extinción del contrato será su última fase. Los contratos de servicios de comunicaciones electrónicas se formalizan sin plazo de vigencia o duración, y por ese motivo el legislador concede al usuario la facultad de poner fin al contrato sin necesidad de alegar causa alguna que lo justifique. Pero la revocación del usuario no es la única causa de extinción del contrato. Así tenemos que hacer referencia al derecho de desistimiento o al proceso de cambio de operador.

Entre las medidas protectoras de los consumidores y usuarios destacan, por su importancia práctica, la creación de medios de resolución extrajudicial de conflictos. Si el reconocimiento de los derechos de los consumidores no va acompañado de la existencia de medios para exigir su cumplimiento, su efectividad será escasa[29]. Muchas de las relaciones contractuales de los consumidores son de poca cuantía. En caso de vulneración de sus derechos, acudir a la vía judicial supondría para el consumidor un coste desproporcionado en relación a la cuantía reclamada, más ahora con la aplicación de tasas para el acceso a la justicia. Ante los obstáculos económicos que tienen los consumidores para acudir a la vía judicial, se hizo patente la necesidad de crear vías alternativas para que los consumidores pudieran hacer valer sus derechos. Esta situación es clara en el sector de las telecomunicaciones. Son muchos los usuarios de los servicios de comunicaciones electrónicas y sus reclamaciones, en la mayor parte de las ocasiones, son de escasa cuantía. Se fundamentan en el desacuerdo de una factura, de la incorrecta aplicación de una tarifa, etc. El usuario no acudirá a la vía judicial para ejercitar sus derechos por su elevado coste, así como por el retraso endémico que sufre la justicia en sus resoluciones.

En estas circunstancias, el artículo 38 LGT 2003 reconoce como medios extrajudiciales de resolución de conflictos el arbitraje de consumo, junto a un sistema de reclamación de carácter administrativo ante la Secretaría de Estado de la Telecomunicaciones (en adelante SETSI). Junto a la reclamación administrativa ante la SETSI y el arbitraje de consumo, la nueva Ley de Telecomunicaciones de 2014 incorporá el servicio de atención al cliente del

[29] Así ya lo venía reconociendo DE CASTRO Y BRAVO (1982) pp. 1081 y ss.

operador como una vía más de reclamación a disposición del usuario final. A la vista de la importancia de los medios de resolución extrajudicial de conflictos en el sector de las telecomunicaciones, finalizaremos nuestro trabajo de investigación con un estudio de las vías extrajudiciales de resolución de conflictos que la normativa vigente en materia de telecomunicaciones ofrece a los usuarios.

Son tres los mecanismos que debemos analizar. En primer lugar, pondremos nuestra atención en la reclamación ante el propio operador. Es una vía previa e interna, pues la reclamación se tramitará ante el servicio de atención al cliente del operador. Se concibe como un trámite previo para acudir a la vía arbitral o administrativa ante la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones. En segundo, lugar analizaremos el arbitraje de consumo, que aunque no es una vía exclusiva del sector de las telecomunicaciones, en los últimos años ha adquirido una importancia práctica evidente. Ya para finalizar, nos encontramos con un sistema de reclamación en vía administrativa ante la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones.

Tal y como corresponde a una memoria de Doctorado, expondremos nuestras conclusiones finales como resultado de la labor investigadora llevada a cabo sobre el tema que nos ocupa. Tras valorar el contenido de cada uno de los capítulos que integran nuestro trabajo de investigación y a la vista de la diversidad de los temas que se analizan, consideramos apropiado que las conclusiones extraídas de nuestra investigación acompañen a cada uno de los Capítulos de la Tesis. Concluiremos nuestro trabajo con una reflexión sobre la visión que nos ha dado la realización de este trabajo sobre el estado actual de la protección de los consumidores en los servicios de comunicaciones electrónicas.

USC
UNIVERSIDADE
DE SANTIAGO
DE COMPOSTELA

CAPÍTULO I

LA DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS EN LA CONTRATACIÓN DE LOS SERVICIOS DE COMUNICACIONES ELECTRÓNICAS

I. INTRODUCCIÓN

Si atendemos al título de nuestro trabajo de investigación, es fácil advertir que en el convergen distintos sectores de nuestro ordenamiento jurídico. Por un lado, trataremos la contratación, puesto que estamos ante un contrato sujeto a las normas de derecho privado. Por otro, el objeto del contrato son los servicios de comunicaciones electrónicas, que se incardinan dentro del sector de las telecomunicaciones. Y como añadido, la contratación se produce con un consumidor final, por lo que será de aplicación el Derecho de consumo.

En la descripción anterior, podemos distinguir tres títulos competenciales que entran en juego a la hora de regular la contratación de los servicios de comunicaciones electrónicas por los usuarios finales. Son la competencia en materia de telecomunicaciones, la competencia para regular las obligaciones contractuales y la competencia en materia de protección de consumidores y usuarios.

España es un estado compuesto por Comunidades Autónomas. Tanto el Estado como las Comunidades Autónomas ostentan competencias legislativas[30].

[30] Como advierte GARCÍA RUBIO (2002) p. 48-49, la Constitución española de 1978 supuso una revolución jurídica, al reconocer el derecho de autonomía de las nacionalidades y regiones, conformando un Estado plural en el que el poder político es compartido por el Estado y los entes territoriales que reciben el nombre de Comunidades Autónomas. Con ello, se hace referencia a la potestad de dotarse a sí mismas de un ordenamiento jurídico propio, volviendo

Para evitar la superposición y choque entre las competencias estatales y autonómicas, la CE ha diseñado un sistema de distribución de competencias entre el Estado y las Autonomías. Las competencias que corresponden al Estado y a las Comunidades Autónomas se determinan a través de los artículos 148 y 149 CE y de los estatutos de autonomía de cada una de las comunidades.

Aunque la CE delimita el sistema de distribución competencial, su aplicación no ha sido pacífica. En muchas ocasiones, ha sido necesaria, sino imprescindible, la doctrina del Tribunal Constitucional para aclarar y completar el sistema constitucional. Dedicaremos la primera parte de este capítulo a esbozar el sistema constitucional de distribución de competencias.

Además España, en el año 1986, pasó a formar parte de un ente supranacional, como es la Unión Europea. Se caracteriza por actuar de forma independiente a sus Estados miembros y por ostentar competencias legislativas en las materias que le han sido asignadas a través de sus tratados de constitución. La incorporación de España en la Unión Europea modifica la distribución de competencias entre Estado y Autonomías, pues su legislación tendrá que respetar la normativa comunitaria.

La Unión Europea ha asumido competencias en los tres títulos competenciales que rigen la contratación de los servicios de comunicaciones electrónicas por los usuarios. El proceso de liberalización del sector de las telecomunicaciones ha seguido las pautas marcadas por la legislación comunitaria. De la misma forma se ha desarrollado la normativa en materia de protección de consumidores y usuarios. Por ello, haremos mención de la incidencia que tiene el Derecho comunitario en el reparto de competencias entre Estado y Comunidades Autónomas que afectan a nuestro estudio.

Llegados a este punto, es necesario conocer a quién le corresponde cada una de las competencias. Mientras que al Estado se le reconocen en el artículo 149.1 CE la competencia exclusiva en materia de telecomunicaciones (apartado

a un Estado plurilegislativo, que deja abierta la posibilidad de un reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas.

21), la legislación mercantil (apartado 6) y, dentro de la legislación civil, la ordenación básica de las obligaciones contractuales (apartado 8); las Comunidades Autónomas han asumido competencia exclusiva en materia de protección de los consumidores y usuarios. Pero el carácter pluridisciplinar del Derecho de consumo, permite al Estado inmiscuirse en esta materia. Ha sido necesaria la numerosa Jurisprudencia del Tribunal Constitucional para establecer los límites competenciales en todos los sectores que hemos mencionado.

Finalizaremos el capítulo con una valoración de la posible inconstitucionalidad de la normativa vigente en materia de telecomunicaciones, por no ajustarse al sistema de distribución de competencias diseñado por la CE.

II. EL SISTEMA CONSTITUCIONAL DE DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS

Es la Constitución Española la que determina el sistema de distribución de competencias entre el Estado y las Autonomías. Este sistema se verá completado por las previsiones recogidas en los estatutos de autonomía de las distintas Comunidades Autónomas. Sin ánimo de hacer un análisis exhaustivo de la materia, es interesante hacer una breve referencia al sistema de distribución de competencias recogido en la Constitución Española de 1978.

Las CCAA gozan de la potestad legislativa en aquellas materias que tengan atribuidas. De hecho, la capacidad de dictar disposiciones normativas dota de contenido al derecho de autonomía recogido en la Constitución[31]. Nuestra Norma Suprema recoge en el Título VIII, Capítulo III, específicamente en sus artículos 148 y 149, el sistema de distribución competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas. No todas las regiones asumieron el mismo grado de competencias en el momento de su constitución. Las Comunidades Autónomas que se formaron de acuerdo con el artículo 151.1 CE pudieron asumir la totalidad de las competencias en sus estatutos de autonomía

[31] La asignación de competencias es necesaria para que las CCAA puedan actuar en su ámbito territorial y respecto de la población que los habita. La competencia es lo que permite a un ente territorial determinado ejercitar su actividad en relación con una determinada materia. Así lo entiende PEÑA DÍEZ (1993) pp. 71 y ss.

con el único límite del artículo 149 CE. Mientras las Comunidades que accedieron a la autonomía a través del artículo 143.1, habrían de esperar cinco años, para que a través de la reforma de sus estatutos pudieran asumir la totalidad de las competencias que les reconocía la CE[32].

La distribución de competencias entre los entes territoriales de un estado, se puede realizar a partir de distintos modelos[33]. Por una parte, encontramos el sistema de doble lista, por el que la constitución establece dos listas donde recoge de forma diferenciada las competencias que le corresponden al estado y las competencias que le reconoce a los entes territoriales autónomos.

Por otra parte, la distribución de competencias se puede realizar a través del sistema de lista única; pudiendo distinguir en el mismo, entre un modelo en el que la constitución establece una sola lista en la que reconoce las materias que son competencia del estado, siendo competentes en las restantes materias los entes territoriales. Este modelo se designa como "cláusula residual". Y un segundo modelo sería aquel en el que la constitución recoge un listado de competencias que le corresponden a los entes territoriales, quedando las restantes competencias a disposición del estado. Es el modelo inverso al de la cláusula residual.

La Constitución Española de 1978 no se rige por ninguno de los modelos descritos, sino que recoge alguna de sus características, a la vez que establece criterios propios de distribución de competencias. Así, la Constitución determina los principios que rigen la distribución de competencias en España. En primer lugar, tenemos el principio dispositivo de las competencias de las Comunidades

[32] ALONSO DE ANTONIO, A. L., y ALONSO DE ANTONIO, J. A., (1998) p. 559, señalan que: «En una primera fase desde la constitución de las CCAA, las de régimen limitado pueden asumir competencias en las materias enumeradas en el artículo 148.1 de la Constitución, correspondiendo las demás al Estado (art. 149.3). Las CCAA plenas pueden asumir competencias en las materias enumeradas en el artículo 148.1, las permitidas expresamente en el artículo 149.1 y las no atribuidas expresamente por la Constitución al Estado, al que corresponderían finalmente las competencias no asumidas por las CCAA (art. 149.3). En una segunda fase, transcurridos cinco años desde su constitución, las CCAA limitadas pueden ampliar sus competencias en los mismos términos que las inicialmente plenas (…)». En el mismo sentido, se pronuncia LÓPEZ GUERRA (1994) pp. 337 y ss.

[33] PEÑA DÍEZ (1993) p. 77.

Autónomas, derivado del derecho de autonomía[34]. Significa que las Autonomías no tienen por qué asumir todas las competencias que le permite la CE, sino que goza de libertad para adoptar las competencias que considere oportunas[35].

En segundo lugar, se establece la cláusula residual por la que las Comunidades Autónomas podrán asumir a través de sus estatutos de autonomía todas aquellas competencias no reservadas al Estado y el Estado asumirá todas las competencias que no hayan sido atribuidas a las Comunidades Autónomas a través de sus estatutos de autonomía[36]. Así, de acuerdo con el artículo 149.3 CE, *"Las materias no atribuidas expresamente al Estado por esta Constitución podrán corresponder a las Comunidades Autónomas, en virtud de sus respectivos Estatutos. Las competencias sobre las materias que no se hayan asumido por los Estatutos de Autonomía corresponderán al Estado"*.

La cláusula residual se completa con el principio de prevalencia del derecho estatal recogido en el artículo 149.3 CE, que dispone que *"las normas del Estado prevalecerán en caso de conflicto, sobre las de las Comunidades Autónomas en todo lo que no esté atribuido a la exclusiva competencia de éstas"*. Supone que cuando el Estado dicte una norma en virtud de su competencia, ésta prima sobre la autonómica[37]. Guayo Castiella nos aclara el

[34] Al respecto LÓPEZ GUERRA (1994) p. 335, afirma que la Constitución no determina las competencias de las Comunidades Autónomas, de la misma forma que tampoco establece sus límites territoriales. Se remite a los estatutos de autonomía, que contendrán las competencias asumidas dentro del marco constitucional. Se parte así del principio de disponibilidad a favor de las CCAA, para que cada una de ellas decida sobre su nivel competencial.

[35] «En todo caso, es evidente que la Constitución no impone una fórmula final homogénea para todas las Comunidades. Se limita a facultar a las Comunidades que hayan elaborado su estatuto por la vía del artículo 146 (en conexión con el art. 143) para que, transcurridos cinco años desde la aprobación de aquél, puedan acceder al máximo nivel de autonomía, pero en cuanto ello se asientan el principio dispositivo, es claro que queda sujeto, por lo menos en un primera momento, a la voluntad de las Comunidades». FERNÁNDEZ SEGADO (1992) p. 915. En el mismo sentido se pronuncia I. de OTTO (2001) p. 256.

[36] ALONSO DE ANTONIO (1998) p. 562, sostiene que el artículo 149.3 de la Constitución española recoge una doble cláusula residual. En primer lugar, la cláusula juega a favor de las CCAA, puesto que según el precepto constitucional las materias no atribuidas expresamente al Estado por esta Constitución podrán corresponder a las Comunidades Autónomas en virtud de sus respectivos estatutos. Pero acto seguido la residualidad actúa a favor del Estado puesto que la competencia sobre las materias que no se hayan asumido por los Estatutos de autonomía corresponderá al Estado.

[37] I. de OTTO (2001) p. 281, nos advierte que para comprender el significado y función de la regla de prevalencia es preciso tener en cuenta que sólo puede operar cuando se produce un conflicto entre normas válidas del Estado y de una o varias Comunidades Autónomas.

sentido de la cláusula de prevalencia, al entender que: «La regla constitucional de prevalencia es una regla más del llamado Derecho de articulación y no expresa, por sí misma y en abstracto, ninguna supletoriedad jerárquica del ordenamiento estatal sobre el autonómico (sin perjuicio de que, en concreto, cuando las normas colisionan, la prevalencia signifique la superioridad jerárquica de una sobre otra), sino que tan sólo designa el grupo normativo al que debe acudirse cuando hay un conflicto en la aplicación de dos normas de diverso origen – estatal y autonómico- que, llamadas a integrar un conjunto, presentan, sin embargo, determinaciones contradictorias»[38].

I. de Otto afirma que la regla de la prevalencia en nuestro ordenamiento es de dudosa utilidad. Los estatutos no han previsto de manera expresa ningún caso de competencia concurrente, sino que se atribuyen al Estado o a las Comunidades Autónomas todas las facultades normadoras sobre un objeto, o las distribuye según el esquema bases-desarrollo. Por ello, califica la regla de la prevalencia como una cautela constitucional para el supuesto de concurrencia[39].

Finalmente, se establece el principio de indisponibilidad de las competencias. Significa que cada ente territorial deberá actuar en el marco de sus competencias, sin posibilidad de extralimitación, tanto material como territorial.

Los estatutos de autonomía son las normas que establecen las competencias que corresponden a las Comunidades Autónomas. La atribución se realizará de acuerdo con el principio dispositivo, además de otros principios recogidos en la CE como son el principio de unidad y de autonomía. Pero junto a estos principios o criterios de distribución competencial, la CE señala como criterio de reparto competencial los "intereses respectivos". Así el artículo 137 CE dispone que: *"El Estado se organiza territorialmente en municipios, en provincias y en las Comunidades Autónomas que se constituyan. Todas estas entidades gozan de autonomía para la gestión de sus respectivos intereses."*

[38] GUAYO CASTIELLA (2003) p. 458.
[39] I. de OTTO (2001) p. 282.

En un primer momento, se entendió el artículo 137 CE como un principio delimitador del ámbito competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas. Así, se estableció que el criterio de atribución de competencias se basaba en la asignación a cada ente de aquellas facultades relevantes para la gestión y defensa de sus respectivos intereses. Pero esta interpretación ha evolucionado a partir de la doctrina del Tribunal Constitucional. En un primer momento, nuestro supremo intérprete de la CE consideró que el criterio del interés era uno de los criterios hermenéuticos del reparto competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas. Pero tras una nueva revisión de su doctrina, el Tribunal Constitucional acaba por desechar el criterio del interés como criterio interpretador del reparto de competencias, al concluir que este criterio ya ha sido recogido y tenido en cuenta por la CE al efectuar el reparto competencial previsto en sus artículos 148 y 149[40].

Pasando ya al análisis de la distribución de competencias de la Constitución Española, el reparto competencial se realiza a través de dos listas recogidas en los artículos 148 y 149 CE, donde se establecen las materias en las que tanto el Estado como las Comunidades Autónomas podrán asumir competencias[41]. Las listas recogidas en ambos preceptos delimitan el grado o ámbito competencial al que van a poder acceder las Comunidades Autónomas, dependiendo del procedimiento seguido para su constitución[42]. Así, mientras el artículo 148.1 CE recoge las materias sobre las que las regiones que accedan a la autonomía a través del artículo 143.1 CE pueden asumir competencias; el artículo 149.1 CE establece el techo competencial para las regiones que se

[40] Desarrollan la doctrina del "interés respectivo" FERNÁNDEZ SEGADO (1992) pp. 910 y ss; y, BAYONA ROCAMORA (1992) pp. 84 y ss.

[41] En contra de lo que pudiera pensarse las listas contenidas en los artículos 148 y 149 CE, no recogen competencias, sino que se limitan a enumerar las materias sobre las que ya sea el Estado ya sea la Comunidad Autónoma podrán asumir competencias. Así lo entiende BARRAL VIÑALS (2011), p. 511.

[42] I. de OTTO (2001) p. 253, explica con claridad el significado del artículo 149.3 CE, cuando señala que: «... la lista del artículo 149.1 tampoco es la de las competencias que corresponden al Estado, pues éste no solo tiene las del artículo 149.1, sino también todas las que no hayan sido atribuidas a las Comunidades Autónomas. Así lo dice el artículo 149.3 en su segundo inciso (…). El Estado, por tanto, tiene las competencias que no le hayan atribuido a las CCAA y no solo las del artículo 149.1, que no hace otra cosa que enumerar las que no le podrán atribuir mediante los Estatutos. El artículo 149.1 cumple una función limitativa...».

constituyan a través del artículo 151.1 CE, al ser consideradas como competencias exclusivas del Estado[43].

No podemos olvidar que la asunción de competencias se configura en nuestra Constitución como una potestad y no como una imposición[44]. Por tanto, aunque los artículos 148 y 149 son vinculantes en el proceso de asunción de competencias por las Autonomías, no podemos considerarlos como preceptos atributivos de competencia, esto es no establecen las competencias autonómicas. Para determinar las competencias que le corresponden a cada ente autonómico es necesario atender a lo dispuesto en su estatuto de autonomía y posteriores leyes de transferencia[45]. Así, el Tribunal Constitucional reconoce que los estatutos de autonomía completan lo dispuesto en la Constitución[46]. Y va más allá, al afirmar que el bloque de constitucionalidad a tener en cuenta para comprobar la legalidad de una norma se conforma no solo con lo dispuesto en la Constitución, sino que es necesario tener en cuenta los estatutos de autonomía[47].

---

43 Hemos de recordar que el conjunto de estas autonomías podrán asumir la totalidad de las competencias que permite la CE, transcurridos cinco años a través de la modificación de sus estatutos por las leyes de transferencia. En la actualidad, habiéndose realizado la transferencia competencial prevista con anterioridad, la totalidad de las Comunidades Autónomas cuentan con un régimen similar de competencias.

44 I. de OTTO (2001) pp. 256-257, advierte que el principio dispositivo rige tanto la constitución de los territorios autonómicos, como la determinación de sus competencias.

45 Como advierte De PABLO CONTRERAS (2011) p. 93, los Estatutos son la única norma (dejando aparte las leyes orgánicas de transferencia o delegación del artículo 150.2 CE) que pueden atribuir competencias a las Comunidades Autónomas.

46 Así, la importante Sentencia 247/2007, de 12 de diciembre, en la que el Tribunal Constitucional hace un repaso a la distribución de competencias en la CE, recoge en su fundamento jurídico sexto que: "En esta configuración del Estado autonómico, los Estatutos de Autonomía constituyen una pieza esencial en la estructura compuesta del Estado que nuestra constitución recoge (…). El carácter que los Estatutos de Autonomía tienen como "norma institucional básica" de las Comunidades Autónomas atiende, sustancialmente, al relevante papel que la propia Constitución les atribuye en el sistema territorial de distribución del poder político, puesto que son las normas a través de las cuales opera el principio dispositivo. Este principio, ínsito en la Constitución y que opera dentro del marco jurídico regulado en la misma, otorga un importante margen de decisión al legislador estatutario, pues depende de su determinación, al elaborar y aprobar el Estatuto, incluso, la creación de la Comunidad Autónoma. Los Estatutos de Autonomía son, así, no sólo la norma fundacional de la correspondiente Comunidad Autónoma (arts. 143 y 151 CE), sino también la norma expresiva de su acervo institucional y competencial (art. 147.2 CE)".

47 GUAYO CASTIELLA (2003) p. 442, pone de manifiesto la posición de superioridad jerárquica de los estatutos de autonomía respecto al resto de leyes y demás normas autonómicas, al considerarlos un referente para el enjuiciamiento de la constitucionalidad de las leyes.

De acuerdo con la CE, al Estado le corresponden en exclusiva las competencias recogidas en su artículo 149.1. Este precepto funciona, además, como techo competencial para las Comunidades Autónomas. Pero las limitaciones constitucionales a las competencias autonómicas no se encuentran solo en el artículo 149.148. Existen otros preceptos constitucionales que otorgan competencias al Estado, aunque no de forma directa. Su fin es salvaguardar los principios de unidad, igualdad, solidaridad y autonomía, todos ellos principios del estado autonómico, tal y como se configura en la Constitución49.

El concepto de exclusividad de las materias señaladas en el artículo 149.1 CE no puede entenderse en el sentido de que sea únicamente el Estado el competente para dictar normas en esas materias; sino que el propio precepto establece distinciones50. Así mientras que en algunas materias la competencia estatal se entenderá íntegra, esto es afectará tanto a la legislación básica como a la legislación de desarrollo, en otros supuestos el Estado únicamente quedará facultado para dictar las bases de la legislación, correspondiendo su desarrollo a las Comunidades Autónomas sobre las bases establecidas por el Estado[51].

De igual forma, dentro de las competencias que corresponden a las Comunidades Autónomas de acuerdo con el artículo 148 CE, podemos distinguir aquellas materias sobre las que le corresponderá su competencia en exclusiva a los entes autonómicos; mientras en otros supuestos la competencia atribuida a la

48 LÓPEZ GUERRA (1994) p. 335, así lo entiende, al señalar que: «El artículo 149.1 de la Constitución se configura por tanto como el eje del Estado de las Autonomías, y como límite, en principio, a su desarrollo. Ahora bien, esta consideración ha de matizarse. Pues hay algunas materias que, sin estar incluidas en él, quedan, no obstante, fuera de la disponibilidad autonómica, en virtud de otros mandatos constitucionales. Así ocurre, por ejemplo, con aquellas materias reservadas a la ley orgánica, norma ésta que únicamente pueden dictar las Cortes Generales (artículo 81 CE)…». I. de OTTO (2001) p. 253, comparte la opinión expuesta.

49 FERNÁNDEZ-CARNICERO GONZÁLEZ (2003) pp. 153 y ss.

50 Al enumerar las competencias exclusivas del Estado, el constituyente no siempre utiliza el criterio de las materias, sino que con frecuencia se hace una distribución según funciones sobre una materia. I. de OTTO (2001) p. 253.

51 PEÑA DÍEZ (1993) p. 83, recogiendo la doctrina del Tribunal Constitucional, afirma que «el artículo 149.1 reconoce, en algunos de sus preceptos, la competencia exclusiva del Estado para fijar las bases legislativas, entendiendo por tales un «mínimo denominador común» normativo. Tal mínimo común denominador tiene como misión fijar los principios, las directrices y los criterios generales que deben dominar la regulación de una determinada materia en todo el territorio español».

Comunidad Autónoma será únicamente de ejecución de la normativa establecida por el Estado.

Para concluir debemos hacer referencia en primer lugar a la "cláusula residual" recogida en el artículo 149.3 CE, en el que se dispone que: *"... La competencia sobre las materias que no se hayan asumido por los Estatutos de autonomía corresponderá al Estado, cuyas normas prevalecerán, en caso de conflicto, sobre las de las Comunidades Autónomas en todo lo que no esté atribuido a la exclusiva competencia de éstas. El derecho estatal será, en todo caso, supletorio del derecho de las Comunidades Autónomas"*.

En el precepto trascrito se recogen dos figuras distintas. De una parte, la cláusula residual mencionada con anterioridad, por la cual el Estado es competente en todas aquellas materias que no hayan sido asumidas por las Comunidades Autónomas. Por otra parte, se establece el carácter supletorio del derecho estatal, como cláusula de cierre del sistema de distribución de competencias[52]. Prevé que en los casos en que una Comunidad Autónoma haya asumido competencia en una materia determinada, sin que hubiera procedido al desarrollo de la misma o cuando la normativa autonómica sea insuficiente por tener una laguna legal, la legislación estatal será de aplicación supletoria[53]. Pero hay que tener claro que la supletoriedad es de aplicación de la legislación estatal. Así el carácter supletorio de la legislación estatal no le otorga al Estado competencia para dictar normas con dicha finalidad, sino que su aprobación debe estar fundamentada en un título competencial propio[54].

---

52 GUAYO CASTIELLA (2003) p. 459, denomina esta previsión como la cláusula de cierre del sistema jurídico español. Su función es garantizar la totalidad del ordenamiento jurídico, el cual, y en aras de la satisfacción de la justicia en el caso concreto, no puede dejar de dar, siempre y en todo caso, una respuesta al conflicto jurídico de que se trate. Para I. de OTTO (2001) p. 282, este principio de supletoriedad responde a la posible falta de complitud de los ordenamientos autonómicos que resulta del principio dispositivo.

53 GARCÍA RUBIO (2002) p. 59, reconoce que el recurso al derecho estatal como supletorio es necesario, no porque éste haya de considerarse el derecho común de los necesariamente incompletos derechos autonómicos, sino porque conyunturalmente ese ordenamiento jurídico autonómico concreto lo es.

54 Así lo ha puesto de manifiesto el Tribunal Constitucional en su importante Sentencia 61/1997, de 20 de marzo, dictada en el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por varias Comunidades Autónomas frente al Texto refundido de la Ley sobre el Régimen del Suelo y de la Ordenación Urbana, aprobado por el Real decreto legislativo 1/1992, de 26 de junio. El Tribunal

En segundo lugar, es necesario hacer referencia al artículo 150.3 CE, donde se establece que: *"El Estado podrá dictar leyes que establezcan los principios necesarios para armonizar las disposiciones normativas de las Comunidades Autónomas, aun en el caso de materias atribuidas a la competencia de éstas, cuando así lo exija el interés general. Corresponde a las Cortes Generales, por mayoría absoluta de cada Cámara, la apreciación de esta necesidad"*. Con este precepto el constituyente está imponiendo un límite al ejercicio de las competencias de las Comunidades Autónomas. Si las Cortes Generales consideran que el interés general se ve afectado por la legislación autonómica, el Estado podrá dictar normas de armonización y así, garantizar una uniformidad mínima en la legislación autonómica existente en todo el territorio nacional[55].

Ya por último, cabe señalar que además de encontrar las competencias de las Comunidades Autónomas en sus respectivos estatutos de autonomía, no

Constitucional señala que: "*En consecuencia, la "supletoriedad del Derecho estatal ha de ser inferida por el aplicador del Derecho autonómico, mediante el uso de las reglas de interpretación pertinentes" (fundamento jurídico 6º). Por consiguiente, "la cláusula de supletoriedad no permite que el Derecho estatal colme, sin más, la falta de regulación autonómica en una materia. El presupuesto de aplicación de la supletoriedad que la Constitución establece no es la ausencia de regulación, sino la presencia de una laguna detectada como tal por el aplicador del derecho" (fundamento jurídico 8º). Así las cosas, dado que a partir de los arts. 148 y 149 C.E., todos los Estatutos de Autonomía atribuyen a las Comunidades Autónomas la competencia exclusiva sobre la materia de urbanismo, es evidente que el Estado no puede dictar normas supletorias al carecer de un título competencial específico que así lo legitime, sin que por otra parte el hecho de ostentar otros títulos competenciales susceptibles de incidir sobre la materia pueda justificar la invocación de la cláusula de supletoriedad del art. 149.3, in fine, C.E. La calificación como normas supletorias, pues, en coherencia con cuanto se ha dicho, es contraria al art. 149.3 C.E., in fine, y al orden constitucional de competencias*." Para GARCÍA RUBIO (2002) p. 60, el Tribunal Constitucional niega el poder del Estado para dictar normas con vocación o carácter exclusivamente supletorio, de suerte, que al igual que en el caso de las Comunidades Autónomas, el poder normativo del Estado sólo pueda desarrollarse en el marco de sus competencias, circunscritas éstas a sus ámbitos materiales específicos, no existiendo, por tanto, una competencia estatal universal.

55 GUAYO CASTIELLA (2003) p. 448, manifiesta al respecto que: «A estas leyes se refiere el artículo 150.3 de la CE. Su función es el establecimiento de principios armonizadores de las disposiciones normativas – ya sean legales o reglamentarias – de las Comunidades Autónomas, aun en el caso de materias atribuidas a la competencia de éstas, cuando así lo exija el interés general. Debe aclararse que si no hay potestad normativa de las Comunidades Autónomas sobre la materia considerada no se cumple el supuesto constitucional y, por tanto, nada hay que armonizar. Es la de armonización una especie entre las leyes ordinarias, si bien cumple funciones de cabecera del grupo normativo vertical autonómico. Evitan o corrigen las posibles desviaciones en que hayan incurrido o puedan incurrir los ordenamiento autonómicos respecto del ordenamiento jurídico estatal…».

debemos olvidar que el Estado está facultado para el traspaso o la delegación de competencias propias a las Autonomías. Guayo Castiella entiende que es una asunción de competencias extra estatutaria y por tanto, el Estado puede recuperarla, ya que no se transfiere ni se delega la titularidad misma de la competencia, sino sólo su ejercicio[56]. Para el traspaso competencial es necesario que el Estado fije unas directrices o principios, a partir de los cuales las Comunidades Autónomas desarrollarán la competencia delegada, tal y como se prevé en el artículo 150.1 CE. La ejecución de la delegación de competencias del Estado está sometida al control judicial. Pero además, las normas de transferencia podrán establecer otros tipos de control que corresponderán a las Cortes Generales.

III. INCIDENCIA DEL DERECHO COMUNITARIO EN EL REPARTO DE COMPETENCIAS CONSTITUCIONALES

Acabamos de analizar el sistema de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas previsto en la Constitución y los Estatutos de Autonomía. Pero desde la integración de España en la Comunidad Económica Europea, ese sistema de distribución competencial se ha modificado, pues a las Instituciones Comunitarias se le han atribuido competencias que con anterioridad correspondían al Estado o a las Comunidades Autónomas.

La Comunidad Europea es un ente de carácter supranacional con unas características propias que lo diferencian de los otros entes internacionales. Una de las notas características que diferencian a las Comunidades europeas de los restantes entes internacionales, es que éstas se encuentran dotadas de atribuciones específicas en determinadas materias[57]. La Unión Europea goza del ejercicio de aquellas competencias que a través de los Tratados le han sido asignadas por los Estados miembros que las integran.

[56] GUAYO CASTIELLA (2003) p. 450.

[57] El término "atribución" hace referencia a la traslación de facultades entre el ordenamiento interno o nacional y el ordenamiento comunitario. De esta forma, el Estado experimenta una limitación de su soberanía. ARIAS MARTÍNEZ (1998) p. 90.

La atribución del ejercicio de competencias a las Instituciones comunitarias, provoca a su vez una limitación en las competencias de los Estados miembros. Los Estados no podrán ejercer por sí mismos las competencias transferidas, ya que su actuación estará sometida a las normas comunitarias dictadas en el ejercicio de sus atribuciones[58].

El fundamento constitucional de la atribución de potestad a la UE lo encontramos en el artículo 93 de la Constitución Española. La redacción de este artículo, durante la elaboración de la Constitución, estaba motivado por la previsión de una futura incorporación de España a la Comunidad Económica Europea, al haberse iniciado el proceso de instauración del régimen democrático. El artículo 93 de la Constitución Española señala que: *"Mediante ley orgánica se podrá autorizar la celebración de tratados por los que se atribuya a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución. Corresponde a las Cortes Generales o al Gobierno, según los casos, la garantía del cumplimiento de estos tratados y de las resoluciones emanadas de los organismos internacionales o supranacionales titulares de la cesión".* Cumpliendo la previsión del legislador constituyente, España ratificó y se adhirió a las Comunidades Europeas en 1986 y, a través de este precepto, transfirió a su vez las competencias previstas en los tratados comunitarios.

El artículo 93 CE permite la transferencia a organismos internacionales del ejercicio de competencias derivadas de la Constitución, sin hacer diferenciación alguna en cuanto a que las competencias correspondan al Estado o a las Comunidades Autónomas. Así la atribución del ejercicio de competencias a las Comunidades Europeas a través de los tratados y en base al artículo 93 CE

[58] ARIAS MARTÍNEZ (1998) p. 86, explica la limitación de las competencias del Estado cuando señala que: «el proceso de integración implica la atribución del ejercicio de competencias recogidas en la CE a los órganos comunitarios en aquellos campos de actuación previstos en los tratados constitutivos. Esto significa que los Estados miembros renuncian al ejercicio de una serie de competencias comprendidas dentro de los poderes soberanos de Estado y se lo ceden a las instituciones comunitarias».

pueden referirse tanto a competencias de titularidad estatal como a competencias de titularidad autonómica[59].

Sin embargo, es el propio artículo 93 CE el que responsabiliza únicamente a las Cortes Generales o al Gobierno de la garantía del cumplimiento de los tratados y resoluciones emanadas por las instituciones internacionales beneficiarias de la cesión. Ello nos podría llevar a pensar que una vez que le han sido transferidas a la Comunidad Europea el ejercicio de competencias que corresponden a las Comunidades Autónomas, éstas se verían privadas de sus competencias al corresponder únicamente al Estado central la garantía de su cumplimiento, lo que acarrearía como un posible riesgo, el total vaciamiento de las competencias autonómicas.

En este punto, nos planteamos la cuestión de cuál es la intervención de las Comunidades Autónomas en la elaboración del derecho comunitario y, especialmente en su aplicación o ejecución, cuando este se refiera a una materia cuya competencia corresponde a las Autonomías de acuerdo con el sistema de distribución de competencias de la Constitución.

Es cierto que en sus inicios, la Comunidad Europea no reconoció a las regiones de los distintos Estados miembros como un ente u órgano relevante dentro de la comunidad. Sin embargo, la evolución de las Comunidades Europeas resaltó la importancia de las regiones dentro de la actividad de la Unión. Es a partir del Tratado de la Unión Europea, cuando se toma en consideración en un texto comunitario a las regiones de los distintos estados compuestos. Aunque en momentos anteriores, las distintas Instituciones comunitarias ya habían puesto de manifiesto la necesidad de integrar en las

[59] Así lo ha venido a señalar ARIAS MARTÍNEZ, (1998) p. 117: «El artículo 93 CE señala, sin más, que será transferido el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución. En definitiva, no importa quién sea el titular en el ámbito interno-estatal de dichas competencias. La técnica del artículo 93 CE permite la cesión a las Comunidades de cualesquiera competencias, tanto estatales como autonómicas».

actividades de la Unión a las regiones, no es hasta la promulgación del Tratado de Maastricht cuando se hace efectiva[60].

La participación de las regiones, o en lo que a nuestro estudio se refiere de las Comunidades Autónomas, en el ámbito comunitario se plantea desde dos perspectivas. Así por una parte, cabe preguntarse cuál es el papel de las Comunidades Autónomas en la elaboración de las normas comunitarias, denominado como fase ascendente. Y la segunda perspectiva o fase descendente, hace referencia a la intervención de las Autonomías en la aplicación y ejecución del derecho comunitario, comprendiendo dentro de dicha actividad la aprobación de las normas de desarrollo de las disposiciones comunitarias.

Es necesario hacer referencia a algunas cuestiones comunes a ambas actividades. En primer lugar debemos señalar que a pesar de que la Unión Europea solo reconoce a los Estados y éstos son los únicos responsables ante la misma, el derecho comunitario reconoce el principio de autonomía institucional de los Estados miembros[61]. Este principio significa que la Unión Europea no tiene potestad para establecer la organización interna de los Estados miembros. A los Estados les reconoce la facultad de autoorganización[62].

La integración en la Unión Europea no supone la reorganización territorial de los estados miembros, sino que quedará a disposición del propio estado. Como consecuencia del principio de autonomía institucional de los

60 ARIAS MARTÍNEZ (1998) p. 42, afirma que el primer reconocimiento oficial de la realidad regional presente en la Europa Comunitaria se produce con el Tratado de Maastrich.

61 FERNÁNDEZ SEGADO (2003) p. 621, al respecto señala que: «El Derecho internacional ha respetado siempre el principio de autoorganización interna del Estado, lo que se ha entendido, como recuerda la doctrina, como una consecuencia de los principios de soberanía y de no intervención. A partir de esa libre disponibilidad organizativa por parte del Estado, bien puede decirse que los peculiares rasgos de los Estados compuestos no sólo se manifiestan en el orden interno, sino que influyen asimismo en su modo de participar en la vida internacional, (…)».

62 DÍEZ-PICAZO, L. M. (1998) p. 317, afirma que la pertenencia a la Unión Europea no prejuzga la estructura y el funcionamiento internos de los Estados miembros, conforme al principio de autonomía institucional. Este principio trae consigo dos consecuencias: por un lado, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea no es jamás competente para resolver los litigios competenciales que, aún versando sobre la aplicación del derecho comunitario, puedan surgir entre distintas autoridades de un mismo Estado miembro; por otro lado, el reparto territorial del poder político dentro de cada Estado miembro resulta intangible para las instituciones comunitarias.

estados, es el reparto interno de competencias el que establecerá a quién corresponde la elaboración y ejecución del derecho comunitario, tal y como ha reconocido el Tribunal Constitucional a lo largo de sus sentencias[63].

Otro de los principios en los que se asienta la actuación de la Unión Europea es el principio de subsidiariedad. La Comunidad ejercerá su actividad tan solo en aquellos casos y en aquellas materias en las que la actuación de los estados miembros no sea suficiente o efectiva para garantizar la consecución de los fines comunitarios. El principio de subsidiariedad ha ido adquiriendo importancia con la evolución de la Unión Europea, hasta ser recogido en el Tratado de la Unión a través de un nuevo precepto el artículo 3-B[64].

Una de las consecuencias de la aplicación del principio de subsidiariedad es que la actuación debe provenir de la institución más cercana al ciudadano. Es aquí donde las regiones y autonomías cobran especial importancia, ya que en algunos casos, ostentan una posición más cercana al ciudadano que el Estado. Por tanto, la aplicación conjunta del principio de autoorganización interna y del principio de subsidiariedad implica una preferencia por la actuación de las Comunidades Autónomas a la del Estado, siempre y cuando ésta sea suficiente y eficaz para el logro de los fines comunitarios[65].

---

63 El Tribunal Constitucional en su Sentencia 252/1988, de 20 de diciembre, fundamento jurídico segundo, sostiene que: *"son las reglas internas de delimitación competencial las que, en todo caso, han de fundamentar la respuesta a los conflictos de competencias surgidos entre el Estado y las CCAA"* En el mismo sentido se pronuncia el Tribunal Constitucional en su Sentencia 146/1996, de 19 de septiembre, que en su fundamento jurídico segundo sostiene que: *"...conviene recordar que, como este Tribunal ha reiterado en sucesivas ocasiones, la traslación de la normativa comunitaria derivada al Derecho interno ha de seguir necesariamente los criterios constitucionales y estatutarios de reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, criterios que (...) no resultan alterados ni por el ingreso de España en la CEE ni por la promulgación de normas comunitarias, ya que sin la cesión del ejercicio de competencias a favor de organismos comunitarios no implica que las autoridades nacionales dejen de estar sometidas, en cuanto poderes públicos, a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico como establece el artículo 9.1 de la Norma Fundamental".*

64 El artículo 3-B del Tratado de las Comunidades Europeas establece que: *"Intervendrá (...) solo en la medida en que los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros (...).*

65 En palabras de ARIAS MARTÍNEZ (1998) p. 74: «Por ello, una interpretación conjunta del principio de subsidiariedad y del de autonomía institucional nos permite afirmar que en los Estados de estructura descentralizada cuando las unidades político-territoriales que los integran, esto es, las CCAA en el caso español, puedan alcanzar de forma suficiente los objetivos de la acción pretendida, de conformidad con el esquema interno de distribución competencial,

Finalmente, el Estado de acuerdo con el artículo 149.1 CE ostenta competencias exclusivas en materias de relaciones internacionales. Este artículo junto con la previsión del artículo 93 CE, por el cual se responsabiliza únicamente al Estado de la garantía en las acciones comunitarias, podrían llevarnos a entender que solo corresponde al Estado la participación en la elaboración del derecho comunitario, así como su ejecución. Pero tanto la doctrina como la jurisprudencia entienden que el título competencial del artículo 149.1 CE, referente a las relaciones internacionales, no es suficiente para apartar a las Comunidades Autónomas del proceso de elaboración del derecho comunitario. Al contrario, será necesario articular los medios adecuados para lograr la efectiva participación de las Comunidades Autónomas cuando las relaciones internacionales versen sobre sus competencias[66]. En cuanto a su ejecución, ya señalamos que el derecho comunitario no interfiere ni modifica la organización interna estatal. Por tanto, no cabe una interpretación estricta del art. 149.1 CE. Y corresponderá la ejecución del derecho comunitario, bien al Estado o a las Comunidades Autónomas, dependiendo de quién tenga atribuida dicha competencia de acuerdo con el sistema de distribución de competencias interno.

Refiriéndonos a la intervención autonómica en la elaboración del derecho comunitario, cabe destacar la importancia del principio de coordinación en su regulación. Inicialmente el Estado fue reticente a que las Autonomías participarán en la elaboración del derecho comunitario. Superadas las reservas del Estado, se han creado órganos e instituciones de coordinación entre el Estado y las Comunidades Autónomas, para alcanzar la intervención autonómica en la elaboración de las normas comunitarias, cuando éstas afecten a sus intereses y competencias. Cabe mencionar la creación de Conferencias Sectoriales entre el

serán estos entes subestatales los que deberán actuar de forma prioritaria frente al Estado y, por lo tanto, indirectamente frente a la Comunidad». A esta misma conclusión llega DÍEZ-PICAZO, L. M. (1998) p. 320.

66 FERNÁNDEZ SEGADO (2003) p. 632, advierte que el artículo 149.1.3 CE no puede convertirse en una genérica garantía que hipoteque toda posible proyección exterior de un título competencial autonómico, ya que desvirtuaría el reparto competencial de competencias y, por ende, una absoluta e indiscriminada sujeción del principio de autonomía al principio de unidad.

Estado y las Comunidades Autónomas, cuya principal finalidad era tratar las cuestiones relativas a la elaboración del derecho comunitario.

Además las Comunidades Autónomas han creado órganos o delegaciones propias en Bruselas con el fin de conseguir un contacto directo y permanente con la actividad de la Comunidad Europea. Las relaciones de estas delegaciones autonómicas con la Comunidad son directas, ya que no hay intermediación alguna del Estado central[67].

En cuanto a la ejecución del derecho comunitario no cabe duda alguna acerca de la intervención autonómica en dicha actividad[68]. Su fundamento lo encontramos en el principio de autoorganización institucional que corresponde a los estados, así como en la aplicación del principio de subsidiariedad en la aplicación del derecho comunitario. Así las Comunidades Autónomas ejecutarán el derecho comunitario, siempre y cuando la materia regulada se encuentre dentro de sus competencias. La ejecución del derecho comunitario no solo hace referencia a la aplicación de las normas comunitarias, sino que abarca cualquier actuación necesaria para su cumplimiento, como puede ser la aprobación de una norma de transposición de derecho comunitario. Es clara al respecto la postura de Fernández Segado, al manifestar: «La celebración de un tratado presupone que, tras su publicación, pase a formar parte del ordenamiento interno, que es donde debe tener lugar su ejecución; consecuentemente, integrado en el sistema estatal de fuentes, dicho tratado deberá ser ejecutado por quien tenga la competencia sobre la materia objeto del instrumento internacional (…)»[69].

En conclusión, podemos afirmar que las Comunidades Autónomas podrán participar tanto en la fase ascendente como descendente del derecho comunitario,

---

67 Así lo ha puesto de manifiesto GUTIÉRREZ ESPADA (1985) p. 227, al señalar que: «Las Comunidades Autónomas españolas llevan a cabo una función de enlace entre la Comunidad interesada y las instituciones comunitarias, sin pasar por las estructuras del Estado español»

68 ARIAS MARTÍNEZ (1998) p. 121, al respecto afirma que: «El primer problema, relativo a la transposición y ejecución del derecho comunitario europeo ha encontrado rápida solución. La competencia para ejercer esta función de ejecución corresponde en el ordenamiento interno al Estado, poder central o a las CCAA, de conformidad con el sistema constitucional de distribución de competencias».

69 FERNÁNDEZ SEGADO (2003) p. 720.

principalmente en aquellas materias que incidan en sus competencias. Esta ha sido la posición de la doctrina[70].

Tanto en materia de protección de los consumidores y usuarios como en el sector de las telecomunicaciones, le corresponde a la Unión Europea el ejercicio de las competencias derivadas de las mismas. Así lo recoge el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea en sus artículos 153 y 154[71]. No ha sido escasa la actividad legislativa de la Comunidad en ambas materias. Al contrario, ha aprobado una gran cantidad de normas reguladoras tanto de la protección de los consumidores y usuarios como de las telecomunicaciones. La normativa comunitaria en ambos sectores tiene un denominador común. Uno de sus fundamentos es armonizar la legislación de los distintos estados miembros, unificando así los derechos de los ciudadanos de la Unión y garantizando su derecho a la libre circulación.

Desde el punto de vista interno, las telecomunicaciones son una materia cuya competencia corresponde en exclusiva al Estado, de acuerdo con el artículo 149.1 CE. Mientras la protección de los consumidores y usuarios corresponde a

---

[70] GUTIÉRREZ ESPADA (1985) p. 225, manifiesta que:«La estructura compleja del Estado español exige coherencia, debiendo por tanto abrirse plenamente a las Comunidades Autónomas la participación y presencia directa en la fase ascendente y descendente de la acción exterior del Estado; sobre todo, en el caso de la Unión Europea, cuyas normas inciden directa y plenamente en sus competencias». En el mismo sentido, ARIAS MARTÍNEZ (1998) p. 131, aclara que: «…la cesión de una materia a las Comunidades Europeas sobre la que es competente en el ámbito interno la CCAA hace que surja un derecho propio a intervenir en el procedimiento comunitario de adopción de decisiones que afecten a competencias autonómicas…». ASTOLA MADARIAGA (1994) pp. 302 y 303, afirma que: «Tras esta discusión formal de los primeros tiempos, hoy, la transposición, desarrollo y ejecución de la normativa comunitaria puede ser acometida por las Comunidades Autónomas, cuando resulten ser competentes en razón de la materia y con el alcance que se desprenda de sus estatutos, sin esperar ninguna delegación previa del Estado, vía artículo 150.2 de la Constitución. En caso de conflicto, éste se resolvería de acuerdo con las reglas internas de delimitación de competencias, en las cuales habría que dejar claramente establecida la distinción entre lo exterior y lo comunitario».

[71] El artículo 153 del TUE dispone que: *"Para promover los intereses de los consumidores y garantizarles un alto nivel de protección, la comunidad contribuirá a proteger la salud, la seguridad y los intereses económicos de los consumidores así como a promover su derecho a la información, a la educación y a organizarse para salvaguardar sus intereses…"* . El artículo 154 TUE dispone que*: "A fin de contribuir a la realización de los objetivos contemplados en los artículos 14 y 158 y de permitir que los ciudadanos de la Unión, y los operadores económicos y los entes regionales y locales participen plenamente de los beneficios resultantes de la creación de un espacio sin fronteras interiores, la Comunidad contribuirá al establecimiento y al desarrollo de redes transeuropeas en los sectores de las infraestructuras de transportes, de las telecomunicaciones y de la energía…".*

las Comunidades Autónomas, pues al no ser una materia reservada al Estado por el texto constitucional, ha sido asumida por las Comunidades Autónomas a través de sus Estatutos de Autonomía, o en caso contrario, a través de posteriores leyes orgánicas de transferencia.

La cuestión que ahora nos planteamos, es quién tendrá competencia dentro del orden interno del Estado español para el cumplimiento de la normativa comunitaria tanto en la protección de los consumidores y usuarios como en materia de telecomunicaciones. No cabe duda alguna que en relación a las telecomunicaciones le corresponde al Estado la ejecución del derecho comunitario, tanto en lo que se refiere a la transposición de normas comunitarias como a su aplicación directa, tal y como se ha hecho en la práctica[72].

Sin embargo, la protección de los consumidores y usuarios es una materia cuya competencia corresponde a las Autonomías, ostentando algunas de ellas incluso la competencia exclusiva, como es en el caso de Galicia. A pesar de la afirmación de que la atribución de competencias a la Comunidad Europea no modifica el régimen interno de los Estados miembros a la hora de ejecutar el derecho comunitario, haciendo un breve repaso por la normativa comunitaria en materia de protección de consumidores y usuarios podemos observar como su transposición se ha llevado a cabo por el Estado, sin apenas intervención por parte de las Autonomías. Una de las razones de la transposición estatal es que las normas transpuestas afectan directamente a las obligaciones y contratos, materia incluida dentro del artículo 149.1.8 CE cuya competencia corresponde en exclusiva al Estado, tal y como ha venido a ratificar el Tribunal Constitucional.

[72] Basta mencionar como ejemplo la Exposición de Motivos de Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, en la que el legislador español, tras una larga enumeración de normas comunitarias en la materia, manifiesta que: *"Esta ley, junto con su necesario desarrollo reglamentario, incorpora al ordenamiento jurídico español el contenido de la normativa comunitaria citada, respetando plenamente los principios recogidos en ella, aunque adaptándolo a las peculiaridades propias del derecho y la situación económica y social de nuestro país".* En idéntico sentido se expresa el legislador en la reciente Ley 9/2014, de 9 de mayo, de Telecomunicaciones, al incorporar las modificaciones efectuadas a través del Real decreto-ley 13/2012, de 30 de marzo, por el que se transponen las directivas en materia de mercados interiores de electricidad, gas y en materias de comunicaciones electrónicas, que trajo al ordenamiento jurídico español el nuevo marco regulador europeo en materia de comunicaciones electrónicas del año 2009, y así dar cumplimiento a la Agenda Digital para Europa.

Sin embargo, encontramos normas estatales de transposición de normas comunitarias que afectan a materias cuya competencia correspondería a las CCAA, siguiendo el sistema de distribución competencial de la CE, Estatutos de Autonomía y la doctrina del Tribunal Constitucional expuesta con anterioridad. A modo de ejemplo señalaremos la regulación de los derechos de los consumidores recogidos en la legislación sectorial de telecomunicaciones, tanto en la ahora derogada Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, como en su sucesora la Ley 9/2014, de 9 de mayo, de Telecomunicaciones.

IV. LAS COMPETENCIAS ESTATALES Y AUTONÓMICAS QUE AFECTAN AL CONTRATO DE SERVICIO DE COMUNICACIONES ELECTRÓNICAS

Los títulos competenciales que entran en juego para la regulación de la contratación de los de servicios de comunicaciones electrónicas son tres, como ya advertimos. El más evidente es el título que hace referencia a las telecomunicaciones. Prueba de ello es que el legislador nacional fundamentó la aprobación de la LGT 2003 en la competencia exclusiva que le corresponde al Estado, conforme al artículo 194.1.21 CE, tal y como establece en su disposición final segunda[73]. La nueva Ley de Telecomunicaciones establece su fundamento constitucional, en su disposición final novena, de forma similar a la anterior LGT. En primer lugar, afirma que la norma se dicta al amparo de la competencia exclusiva en materia de telecomunicaciones (artículo 149.1.21 CE). Pero junto a este título y respondiendo al objetivo de recuperar la unidad del mercado en el sector de las telecomunicaciones, el legislador fundamenta las disposiciones dirigidas a garantizar dicho objetivo en los títulos competenciales previstos en el artículo 149.1.1 y 13 CE[74].

[73] El Tribunal Constitucional, en su Sentencia 72/2014 de 8 de mayo de 2014, reafirma que la fundamentación constitucional que habilita al Estado para aprobar la LGT de 2003, objeto de este recurso, es la competencia exclusiva que le corresponde en materia de telecomunicaciones, conforme al artículo 149.1.21 CE.

[74] Tal y como nos recuerda GARCÍA RUBIO (2002) pp. 83-84, los requisitos internos de la ley se cumplen cuando el órgano que confecciona la ley tiene conferida la competencia por la Constitución y cuando el contenido de la ley es conforme con los principios y normas contenidos en la Constitución como norma de rango superior. Por ello, podemos concluir que la previsión en la norma sobre su fundamento competencial está vacía de contenido, por cuanto

El Tribunal Constitucional, a lo largo de su jurisprudencia, ha delimitado el concepto del título competencial del artículo 149.1.21 CE[75]. Así afirma que la competencia exclusiva estatal en materia de telecomunicaciones tiene por objeto ordenar normativamente y asegurar la efectividad de las comunicaciones, razón por la cual comprende la totalidad de las competencias normativas en la materia, a la vez que puede comportar la atribución de las competencias de ejecución necesarias para configurar un sistema unitario.

En la Exposición de Motivos de la LGT 2003, el legislador afirmaba que esta norma se dirigía a regular exclusivamente el sector de las telecomunicaciones[76]. A pesar de no hacer una referencia expresa, esta idea está presente en Ley 9/2014, de Telecomunicaciones. Pero esta premisa es contradictoria con las disposiciones contenidas en el texto de ambas normas. Basta mencionar que además de regular los derechos de los usuarios finales, el legislador se remite a las normas de protección de consumidores y usuarios e, incluso, prevé la aplicación preferente de las normas de telecomunicaciones cuando sus disposiciones deriven del derecho de la Unión Europea[77].

Es evidente que la actual Ley de Telecomunicaciones, así como su antecesora y su normativa de desarrollo, no se limitan a regular exclusivamente

la legitimidad no vendrá dada por dicha previsión, sino por la Constitución o, en su caso, el Estatuto de Autonomía que le otorgue la competencia para dictar la norma.

75 La doctrina constitucional acerca del valor competencial del artículo 149.1.21 CE se compila en la Sentencia 72/2014, de 8 de mayo de 2014. El Tribunal Constitucional afirma, en su fundamento jurídico 3º, que: *"Sobre el artículo 149.1.21 hemos dicho, en cambio, que se refiere a la ordenación del dominio público radioeléctrico y, muy particularmente, a los aspectos técnicos claramente atinentes a la regulación del soporte o instrumentos del cual la radio y la televisión se sirven -las ondas radioeléctricas, hertzianas o electromagnéticas-. Este dominio es susceptible de distintos usos para otros tipos de comunicaciones que se efectúan también mediante ondas radioeléctricas y distintas de la radiodifusión y, precisamente por eso, incumbe ordenar de manera unitaria al Estado de forma que se cohonesten y hagan posibles todos estos usos..."*.

76 Es clara al respecto la Exposición de Motivos de la LGT 2003: "*... se dirige a regular exclusivamente el sector de las telecomunicaciones, en ejercicio de la competencia exclusiva del Estado prevista en el artículo 149.1.21 CE...*".

77 El artículo 46.1 párrafo 2) LT establece que el reconocimiento de los derechos específicos de los usuarios finales de redes y servicios de comunicaciones electrónicas se entiende sin perjuicio de los derechos que otorga a los consumidores el TRLGDCU. De forma similar, el apartado octavo del artículo 38 LGT disponía que: "*...Lo establecido en este artículo se entiende sin perjuicio de la aplicación de la Ley 26/1984, de 19 de julio, general para la defensa de los consumidores y usuarios...".*

las telecomunicaciones. En nuestra opinión y a pesar de la STC 71/2014 que analizaremos con posterioridad, el artículo 149.1.21 CE no es suficiente como fundamento competencial para dar cobertura a toda la normativa sectorial de telecomunicaciones.

El contrato de prestación de servicios de comunicaciones electrónicas es un contrato privado y, por tanto, está sometido a las reglas de contratación de derecho privado contenidas en el Código Civil[78]. Uno de los aspectos en los que incide la normativa sectorial de telecomunicaciones a la hora de regular los derechos de los consumidores y usuarios finales, es la contratación de los servicios de comunicaciones electrónicas[79]. Establece sus características específicas, al fijar además del contenido del contrato, las causas de su modificación o de su extinción. Pero la regulación sectorial del contrato de comunicaciones electrónicas se aparta de la regulación general del contrato en muchos aspectos, configurando así un verdadero tipo contractual.

Carrasco Perera sostiene que, en apariencia, la regulación de las telecomunicaciones debería ser exclusivamente una normativa sobre los aspectos instrumentales de la explotación de redes de telecomunicaciones. Pero la liberalización del sector y la nueva regulación contenida en la LGT 2003, convierten a las telecomunicaciones en un título material de regulación jurídica entre operadores y usuarios. Las telecomunicaciones pasarían de ser un título de competencia instrumental a ser un título de competencia material. De esta forma,

[78] Es interesante hacer aquí un inciso sobre la Propuesta del Código Mercantil. Como apunta GARCÍA RUBIO (2014) passim, en el texto de la Propuesta queda patente la intención del compilador de convertir el derecho mercantil en derecho general aplicable a las obligaciones y contratos. García Rubio expone las razones que le llevan a concluir no solo la absoluta contradicción del texto de la propuesta con las corrientes del derecho comparado, sino también su falta de coherencia con la doctrina del Tribunal Supremo, así como su probable inconstitucionalidad.

[79] Tras la reforma de la LGT 2003, a través del Real decreto-ley 13/2012, se incluye un apartado bis a su artículo 38 que se dedica a los "contratos" y que se ha recogido en el actual artículo 53 LT. El precepto establece el contenido mínimo del contrato de prestación de servicios de comunicaciones electrónicas que celebren los usuarios finales con los operadores. Su principal desarrollo lo encontramos en el 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.

estaría justificado que el Estado regulase la contratación de los servicios de comunicaciones electrónicas al amparo del artículo 149.1.21 CE[80].

Aunque no reconociéramos un título material en la competencia sobre telecomunicaciones, el resultado práctico no variaría demasiado. El Estado ostenta competencia exclusiva sobre las bases de las obligaciones contractuales (artículo 149.1.8 CE)[81]. Carrasco Perera lo califica como el monopolio de regulación de Derecho privado[82]. Por tanto, la regulación del contrato de prestación de servicios comunicaciones electrónicas en la legislación sectorial de telecomunicaciones estaría cubierto por el título competencial que corresponde en exclusiva al Estado, referente a las bases de las obligaciones contractuales[83]. Este sería el segundo título competencial que influye en la regulación del contrato de servicios de comunicaciones electrónicas.

El tercer título competencial que entra en juego es la protección de los consumidores y usuarios. La regulación de la contratación de los servicios de comunicaciones electrónicas se hace desde la perspectiva del usuario final del servicio. Así, uno de los objetivos de la LT es defender los intereses de los usuarios[84]. Cuando las telecomunicaciones estaban controladas e intervenidas por el Estado, no había posibilidad de que las partes pudieran ejercitar la libertad de pactos a la hora de contratar. Pero con la liberalización del sector y la entrada de nuevas empresas en el mercado de las telecomunicaciones, pronto se hizo

80 CARRASCO PERERA (2005) p. 76 y ss, sostiene que Telecomunicaciones comporta un título material de regulación jurídica entre operadores y usuarios, que está más allá de la simple reserva de regulación sobre Derecho privado.

81 De PABLO CONTRERAS (2011) p. 93, afirma que el Estado tiene competencia para regular todas las instituciones que pertenecen al ámbito del Derecho civil, esto es, todos los supuestos de la vida real que aquél está llamado a resolver. El Derecho civil del Estado es siempre válido y, por tanto, aplicable en todo el territorio nacional: directa o, en su caso, supletoriamente, en defecto del Derecho civil propio de las Comunidades Autónomas.

82 CARRASCO PERERA (2005) p. 77.

83 La competencia estatal sobre las bases de las obligaciones contractuales se reconoce sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los Derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan. Tal y como afirma De PABLO CONTRERAS (2011) p. 93, esta competencia del Estado sobre el Derecho civil está limitada por la competencia autonómica.

84 Esta idea queda patente también en el artículo 8 LT, al imponer que la explotación de las redes y la prestación de los servicios de comunicaciones electrónicas se sujeten a las condiciones previas en la ley y en su normativa de desarrollo, entre las que se incluirán las de salvaguarda de los derechos de los usuarios finales.

notar la necesidad de dar protección a los usuarios de los servicios de telecomunicaciones. Es aquí cuando se produce el choque competencial entre el Estado competente en telecomunicaciones y las Comunidades Autónomas competentes en derecho de consumo[85].

Es el momento de analizar la competencia sobre la protección de los consumidores y usuarios. El artículo 51 de la Constitución Española reconoce la protección de los consumidores y usuarios como un principio rector de la política económica y social, al establecer que: *"1. Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos. 2. Los poderes públicos promoverán la información y la educación de los consumidores y usuarios, fomentarán sus organizaciones y oirán a éstas en las cuestiones que puedan afectar a aquéllos, en los términos que la ley establezca. 3. En el marco de lo dispuesto por los apartados anteriores, la ley regulará el comercio interior y el régimen de autorización de productos comerciales."*

Haciendo un breve análisis del precepto trascrito, en su apartado primero el legislador constitucional da un mandato a todos los poderes públicos, sin distinguir entre el estatal o autonómico, para garantizar la protección de los consumidores y usuarios[86]. A su vez, en el artículo 51 CE, se recogen los

[85] No es pacífica la calificación de la normativa de protección de consumidores y usuarios como "Derecho de Consumo", al llevar implícita dicha calificación cierta autonomía dentro del ordenamiento jurídico. Parte de la doctrina entiende que la protección del consumidor tiene unas bases y unos principios específicos que hacen del mismo una disciplina jurídica diferenciada del resto de los sectores jurídicos. En contraposición, otro sector doctrinal considera que el calificativo de derecho de consumo, únicamente tiene valor para proceder a su análisis o estudio jurídico, sin que suponga una diferenciación de los sectores jurídicos reconocidos, como por ejemplo el derecho civil. Entre la doctrina a favor de la autonomía del derecho de consumo cabe mencionar a LASARTE ÁLVAREZ (2007) pp. 23 y 24; contraponiendo la postura mantenida por ALFARO AGUILA-REAL (1994) p. 305. No es este el momento de entrar a valorar la consideración de la normativa de protección al consumidor como un sector autónomo del ordenamiento jurídico. La utilización del término "derecho de consumo" a lo largo de nuestra exposición hará referencia al conjunto normativo que comprende la protección de los consumidores y usuarios.

[86] BARRAL VIÑALS (2011) p. 516, considera correcto el planteamiento dogmático de la consideración del artículo 51 CE como un principio rector de la política económica y social.

derechos fundamentales de los consumidores[87]. La doctrina distingue entre los derechos básicos y los derechos instrumentales[88]. Entienden que la única finalidad de los derechos recogidos en su apartado segundo es la de servir para la consecución de los derechos básicos como, por ejemplo, la salud y la seguridad[89].

Debemos destacar la ubicación del precepto dentro del capítulo dedicado a los "principios rectores de la política social y económica". De acuerdo con el artículo 53.3 CE, los principios rectores informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Los derechos de los consumidores recogidos en el artículo 51 CE no se conciben como derechos subjetivos, sino que necesitan una ley que los desarrolle para su efectivo ejercicio ante la jurisdicción ordinaria. La doctrina mayoritaria entiende que a pesar de la eficacia limitada del derecho de consumo a su posterior desarrollo, el

87 Los derechos fundamentales de los consumidores y usuarios recogidos en el artículo 51 CE, ya habían sido reconocidos con anterioridad en el "Primer Programa de la Comunidad Económica Europea, para la protección e información de los consumidores" aprobado por el Consejo de Ministros de la CEE, el 14 de abril de 1975. Como derechos fundamentales de los consumidores se reconocen: el derecho a la salud y seguridad, el derecho al resarcimiento de daños, el derecho a la protección de los intereses económicos, el derecho de representación y, por último, el derecho a la información y educación.

88 FERNÁNDEZ GIMENO (1999) p. 63, entiende que el constituyente tenía en consideración dos clases de derechos de los consumidores: uno cuya defensa garantiza (los del párrafo primero); otro que inicialmente no garantiza constitucionalmente y se limita a ordenar que se promueva y fomente. La diferencia de protección lleva a formar dos clasificaciones de derechos: a) los derechos básicos, que serían aquellos que tienen su razón de ser en sí mismos, se reconocen porque constituyen la base de protección del consumidor. Estos serían los enumerados en el artículo 51 CE (seguridad, salud y legítimos intereses); b) los derechos instrumentales, que serían aquellos que tienen su razón de ser en facilitar la protección de los derechos básicos, no tienen sentido en sí mismos sino en función de otros. Son instrumentos para proteger otros derechos (audiencia, representación y consulta). En el mismo sentido, CÁMARA LAPUENTE (2011) p. 80.

89 La distinción parte de una enmienda presentada en el proceso de elaboración de la Constitución española por la Senadora Begué Cantón, al afirmar que los derechos fundamentales de los consumidores son la protección de la salud, seguridad y de sus intereses económicos, siendo los restantes derechos instrumentales para la consecución de los ya mencionados. Esta distinción no tiene repercusión en la legislación positiva, a pesar de que algunos textos normativos recogen la clasificación. Un ejemplo era el ahora derogado Estatuto Gallego de Protección del Consumidor, aprobado por la Ley 12/1984, de 28 de diciembre, que en su exposición de motivos recogía la distinción entre derechos substantivos y derechos instrumentales. Su derogación se produce por la Ley 2/2012, de 28 de marzo, gallega para la protección general de las personas consumidoras y usuarias, que ya no hace mención alguna a la distinción de los derechos fundamentales.

artículo 51 CE debe considerarse como un principio informador del ordenamiento jurídico[90].

Si analizamos el listado de competencias recogido en los artículos 148 y 149.1 CE, podemos comprobar que no hace mención alguna a la protección de los consumidores y usuarios. Para saber a quién corresponde la competencia en materia de defensa del consumidor, es necesario acudir al apartado tercero del artículo 149 CE, en el cual se dispone que: *"Las materias no atribuidas expresamente al Estado por esta Constitución podrán corresponder a las Comunidades Autónomas, en virtud de sus respectivos Estatutos de Autonomía…"*. Por ello, serán los estatutos de autonomía de las respectivas Comunidades Autónomas los que determinen la titularidad en materia de protección de consumidores y usuarios.

Teniendo en cuenta que el artículo 51 CE dirige a todos los poderes públicos el mandato para garantizar la protección de los consumidores y usuarios y partiendo del carácter pluridisciplinario que caracteriza a esta materia, podríamos entender que la omisión por el constituyente de la protección de los

[90] Así QUINTELA GONÇALVES (1986) p. 205, manifiesta que: «el principio de defensa de los consumidores no agota su eficacia en la articulación del conjunto de deberes positivos que se encomienda a los poderes públicos, sino que se perfila como principio general del ordenamiento jurídico». Por su parte, GUILLÉN CARAMÉS (2002) p. 196, entiende que «De esta manera, puede afirmarse que de la redacción del artículo 51 CE se deduce el principio de protección de los consumidores. Éste, a su vez, va a ser considerado como un principio informador del ordenamiento jurídico, de tal forma que implica una nueva interpretación de la normativa, tanto de la ya existente, como de la que se promulgue de ahora en adelante…». En el mismo sentido, REYES LÓPEZ (1999) p. 36; y DE LEON ARCE (2007) p. 107. Es interesante la postura de CANOSA USERA (2008) p. 105, al respecto señala que: «En consecuencia, los principios rectores del Capítulo III, de los que forman casi siempre parte de los derechos sociales, no otorgan un derecho subjetivo de los ciudadanos a acceder a esos servicios, sino que son meros principios que deben orientar obligatoriamente la acción de los poderes públicos, sin crear situaciones subjetivas directamente invocables ante los tribunales de justicia, más que en los casos y en los términos que fije la legislación ordinaria. No obstante, estos principios no pierden, por ello, su carácter vinculante. No son meras normas programáticas, sino auténticos mandatos dirigidos a los poderes públicos que obligan a éstos. Es evidente que asumen un importante papel como criterio hermenéutico, que convierte estos principios en instrumentos hábiles para contribuir a la determinación del contenido de los preceptos legales, ayudando a delimitar el alcance de los deberes prestacionales que de ellos se derivan.». Para CÁMARA LAPUENTE (2011) p. 83, el artículo 51 CE, al igual que los demás principios rectores de la política social y económica, la protección del consumidor informará la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Por tanto, debe impregnar no sólo la regulación directamente encaminada a la defensa de los consumidores sino las reglas de los distintos sectores del ordenamiento.

consumidores y usuarios como un título competencial en los artículos 148 y 149.1 CE no fue un descuido[91]. Así, cabría interpretar dicha omisión en el sentido de que la protección de los consumidores y usuarios no es un título competencial[92]. Tan solo sería el reconocimiento de unos derechos específicos que le corresponden a un sector de la población determinado, esto es, a los consumidores y usuarios, cuya garantía corresponde a todos los poderes públicos en su respectivo ámbito de competencias[93].

Pero esta postura no es la que se ha visto ratificada en la práctica. Dada la importancia que ha ido adquiriendo la protección de los consumidores y usuarios en nuestra sociedad y el surgimiento de un nuevo sector del ordenamiento jurídico identificado con la protección de los consumidores y usuarios, ha llevado a que si bien el Tribunal Constitucional admite que el mandato del artículo 51 CE se dirige a todos los poderes públicos, éste considera que la protección de los consumidores y usuarios es un título competencial, asumido por la totalidad de las Comunidades Autónomas, aunque en todo caso limitado por las competencias estatales del artículo 149.1 CE[94].

---

91 El carácter pluridisciplinar de la protección de consumidores ha sido reconocido por la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, entre otras en su Sentencia 71/1982, de 30 de noviembre, al señalar en su fundamento jurídico segundo que: *"el carácter interdisciplinario o pluridisciplinario del conjunto normativo que, sin contornos precisos, tiene por objeto la protección del consumidor…"*.

92 BARRAL VIÑALS (2011) p. 515, apunta esta misma postura, al entender que la defensa del consumidor tiene carácter pluridisciplinar, del que deriva su posible encaje en más de una norma definidora de las competencias. Califica la competencia en materia de consumo como finalista, al considerar que no tiene un sustrato material propio.

93 En el mismo sentido se pronuncia CANOSA USERA (2008) p. 85, al señalar que: «...tampoco en la Constitución, ni en el artículo 148 ni en el artículo 149, hallamos referencia expresa a la defensa de los consumidores y usuarios. En definitiva, aunque se recogen principios rectores (artículo 51CE) y se impone una política pública en la materia, ésta no se atribuye específicamente a la competencia ni del Estado ni de las Comunidades, porque vincula al uno y a las otras...». REBOLLO PUIG (2011) p. 40, entiende que hubiera sido una solución lícita que la política de defensa de consumidores que ordena el artículo 51 CE, penetrará y conviviera en los múltiples sectores del ordenamiento sin formar ninguno nuevo, a los efectos de distribución de competencias.

94 El Tribunal Constitucional en el fundamento jurídico cuarto, de la Sentencia 88/86, de 1 de julio, entiende que: *"La defensa del consumidor aparece así como un principio rector de la política social y económica cuya garantía la Constitución impone a todos los poderes públicos. La misma naturaleza de este objetivo, por la variedad de los ámbitos en que incide, hace que, en un Estado descentralizado como el nuestro, esta garantía no pueda estar concentrada en una sola instancia, ya sea ésta central o autonómica. En este sentido,« el derecho del consumidor», entendido como el «conjunto de reglas jurídicas que tienen por objeto proteger al*

Ya mencionamos que no todas las Comunidades Autónomas podían acceder al mismo grado de competencias desde el inicio. La Constitución española estableció una limitación para las Comunidades que accedieron a la autonomía a través del artículo 143 CE, al solo poder asumir a través de sus estatutos de autonomía las competencias recogidas en el artículo 148 CE, entre las que no se encuentra recogida la protección de los consumidores y usuarios. Por lo tanto, solo aquellas Comunidades Autónomas que accedieron a la autonomía por la denominada vía rápida se encontraban facultadas para la asunción de todas aquellas competencias no reservadas como exclusivas al Estado[95]. El resto de las Comunidades debía esperar cinco años para asumir la competencia en protección del consumidor, salvo que una Ley Orgánica de transferencia del Estado les delegará la misma[96].

La diversidad competencial entre las Comunidades Autónomas quedó reflejada en materia de protección al consumidor, al haber asumido a través de sus Estatutos de Autonomía competencia exclusiva en la materia aquellos territorios que accedieron a la autonomía a través del artículo 151 CE. Especial mención se debe hacer en relación a la Comunidad Valenciana y Canarias, que a través de las Leyes Orgánicas de Transferencia, 12/82 y 11/82 respectivamente, asumieron competencias plenas en materia de protección de los consumidores y usuarios. Las restantes CCAA, de acuerdo con el artículo 149.3 CE en el que se dispone que: *"…las competencias que no fueran asumidas por los estatutos de autonomía le corresponderán al Estado…";* se regirán por la legislación estatal en lo referente a la protección de los consumidores y usuarios.

consumidor» (STC 71/1982), difícilmente podrá encontrarse codificado en un conjunto normativo emanado de una sola de estas instancias, siendo más bien la resultante de la suma de las actuaciones normativas, enderezadas a este objetivo, de los distintos poderes públicos que integran el Estado, con base en su respectivo acervo competencial".

95 Entre ellas, Andalucía, Cataluña, País Vasco, Galicia y Navarra.

96 «Dicha imposibilidad derivaba del mandato constitucional, en virtud del cual, sólo podían ejercitar inmediatamente aquellas competencias, las Comunidades Autónomas que hubiesen accedido a la autonomía por la llamada vía rápida, debiendo las demás esperar cinco años, a menos que el Estado transfiriese por una Ley Orgánica a alguna de las restantes Comunidades la competencia sobre la defensa de los consumidores y usuarios, conforme a lo previsto en el art. 150.2 de la CE», REYES LÓPEZ (2009) p. 41.

En la actualidad, todas las Comunidades Autónomas ostentan competencias en materia de protección de consumidores y usuarios. Pero no a todas las Comunidades Autónomas les corresponden en el mismo grado. A Andalucía, Cataluña, País Vasco, Galicia, Navarra, Aragón, Valencia y Canarias tienen la competencia exclusiva en materia de protección de consumidores y usuarios, esto es, le corresponde por tanto la competencia legislativa plena, reglamentaria y ejecutiva[97]. A las restantes Comunidades únicamente le corresponden competencias legislativas de desarrollo, reglamentaria y ejecutiva[98]. Como excepción, debemos mencionar a Ceuta y Melilla, que al no poseer capacidad legislativa, no han asumido competencias ni siquiera de desarrollo legislativo en materia de protección de consumidores y usuarios, por lo que será de directa aplicación la legislación estatal. Finalmente es preciso adelantar que la competencia autonómica en materia de protección de consumidores y usuarios se encuentra limitada por las competencias atribuidas al Estado a través del artículo 149.1 CE.

---

97 Andalucía asume competencia exclusiva en materia de protección de consumidores y usuarios a través del artículo 58.2.4 de la Reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía, aprobado por la Ley orgánica 2/2007, de 19 de marzo, de acuerdo con las bases y la ordenación de la actuación económica general y la política monetaria del Estado y en los términos de lo dispuesto en los artículos 38, 131 y 149.1.11 y 13 de la Constitución. Cataluña asumió competencia exclusiva en materia de protección de consumidores y usuarios a través del artículo 12.1.5 del Estatut de Sau aprobado a través de referendum popular, el 25 de octubre de 1979. Tras la reforma estatutaria, aprobada por la Ley Orgánica 6/2006, de 19 de junio, la Protección de los Consumidores se mantiene como competencia exclusiva a través del artículo 123. El País Vasco tiene competencia exclusiva en materia de protección de consumidores y usuarios según dispone el artículo 10.28 del Estatuto de Autonomía para el País Vasco, aprobado por la Ley Orgánica 3/1979, de 18 de diciembre. Galicia asumió competencia exclusiva en materia de protección de consumidores y usuarios a través de su Estatuto de Autonomía en el artículo 30.1 párrafo cuarto. Es el artículo 56.1.d) de la Ley Orgánica de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra, el que atribuye competencia exclusiva a Navarra en materia de protección de consumidores y usuarios. Aragón asumió la competencia exclusiva en materia de protección de consumidores y usuarios a través del artículo 35.1.19 del Estatuto de Autonomía, aprobado a través de la Ley Orgánica 8/1982, de 10 de agosto, que ha sido sustituida por la Ley Orgánica 5/2007, de 20 de abril, de reforma del Estatuto de Autonomía, que pasa a recoger la competencia exclusiva en la materia en su artículo 71.26.

98 GUILLÉN CARAMÉS (2002) pp. 207-208, sostiene que en la actualidad todas las Comunidades Autónomas ostentan el mismo nivel de competencias en materia de protección de consumidores y usuarios, al manifestar que: «…Si examinamos alguno de los Estatutos de Autonomía que califican la competencia sobre defensa del consumidor como exclusiva, (…) apreciamos que no existe ninguna diferencia, desde un punto de vista del ejercicio de la competencia, entre unas y otras Comunidades Autónomas. Las limitaciones que tienen ambas son exactamente las mimas, con independencia de la omisión de algún apartado del art. 149.1 CE, que como vimos resultaba superfluo…».

Si bien es cierto que la titularidad de la competencia en materia de protección de consumidores y usuarios corresponde a las Comunidades Autónomas, de acuerdo con lo dispuesto en los Estatutos de Autonomía, el ejercicio de dicha competencia no es pacífico. Ha sido admitido tanto por la doctrina como por nuestra Jurisprudencia el carácter pluridisciplinar de la protección de los consumidores y usuarios. La pluridisciplinariedad del derecho de consumo ha provocado numerosas cuestiones en el ejercicio de las competencias tanto por el Estado como por las Comunidades Autónomas, cuando éstas inciden en la protección del consumidor y usuario. Estas cuestiones han derivado en una gran labor jurisprudencial por parte de nuestro Tribunal Constitucional, que a través de numerosas sentencias, ha establecido las pautas y criterios a seguir para conocer los límites a las competencias estatales y autonómicas en la materia.

V. JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL SOBRE COMPETENCIA EN MATERIA DE PROTECCIÓN DE CONSUMIDORES Y USUARIOS

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en la materia que nos ocupa, parte de la Sentencia 71/1982, de 30 de noviembre, planteada por el Gobierno de la Nación frente a la Ley 10/1981, de 18 de noviembre, del Parlamento Vasco, que aprueba el Estatuto del Consumidor. A esta han seguido numerosas sentencias, entre las que cabe destacar la Sentencia 15/1989, de 26 de enero, dictada en virtud de los recursos de inconstitucionalidad promovidos por el Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña, por el Gobierno Vasco y por la Xunta de Galicia contra la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de Consumidores y Usuarios, por entender que el Estado se extralimitó en sus competencias al no corresponderle la competencia en materia de protección de consumidores y usuarios. Es necesario hacer un análisis conjunto de la doctrina del Tribunal Constitucional, para establecer los criterios seguidos a la hora de determinar los límites en el ejercicio de las competencias en la materia.

Desde sus primeras sentencias el Tribunal Constitucional reconoce que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 149.3 CE y de las previsiones estatutarias, la competencia en materia de protección de consumidores y usuarios corresponde a las Comunidades Autónomas. Así, en el fundamento jurídico cuarto de su STC 88/1986, de 1 de julio, establece que: *"…el ordenamiento jurídico, a través de los Estatutos de Autonomía, (…), ha venido a configurar la defensa del consumidor como una específica competencia de la Comunidad Autónoma"*.

Las Comunidades Autónomas que accedieron a la autonomía a través del artículo 151 CE, podían asumir competencia en derecho de consumo con carácter exclusivo, y así lo hicieron[99]. Sin embargo, la exclusividad en materia de protección de consumidores y usuarios no puede ser entendida como una competencia ilimitada. Además de los límites que de forma explícita recogen los preceptos estatutarios, el Tribunal Constitucional considera que dicha competencia está limitada por las restantes competencias que constitucionalmente son atribuidas al Estado[100]. Así en la STC 95/1984, de 18 de octubre, el Tribunal Constitucional declaró en su fundamento jurídico séptimo que: *"En cuanto a los Estatutos de Autonomía de las Comunidades Autónomas promotoras del conflicto, el de Cataluña (art. 12.1.5) incluye como «competencia exclusiva» la «defensa del consumidor y del usuario», de acuerdo*

[99] Así el artículo 30.1.4 del Estatuto de Autonomía de Galicia dispone que: *"le corresponde a la Comunidad Autónoma gallega…, la competencia exclusiva de…: 4.Comercio interior, defensa del consumidor y del usuario, sin perjuicio de la política general de de precios y de la legislación sobre la defensa de la competencia".*

[100] En este sentido se pronuncia el Tribunal Constitucional en la Sentencia 31/2010, por la que se resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto frente a la Ley orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña, en el que se recoge la doctrina del Tribunal Constitucional de los últimos treinta años. En la sentencia el Tribunal Constitucional aclara que no es necesario que los estatutos de autonomía reconozcan los límites a las competencias autonómicas derivados de la Constitución, sino que los límites ya vienen impuestos directamente desde el texto constitucional. Así señala en su fundamento jurídico 74 (pág. BOE 329) que a la vez reconoce el carácter pluridisciplinar del derechos de consumo: "La materia defensa de los consumidores es un ámbito de concurrencia competencial de títulos habilitantes diferentes, de manera que la atribución estatutaria de la competencia de carácter exclusivo a la Comunidad Autónoma no puede afectar a las competencias reservadas por la Constitución al Estado (art. 149,1 CE), que se proyectarán cuando materialmente corresponda (STC 15/1989, de 26 de enero, FJ1), sin necesidad de que el Estatuto incorpore cláusulas de salvaguardia de las competencias estatales (fundamentos jurídicos 59 y 64)".

con «las bases y la ordenación de la actividad económica general y la política monetaria del Estado», así como «en los términos de lo dispuesto en los artículos 38, 131 y en los núms. 11 y 13 del apartado 1 del artículo 149 de la Constitución», y «sin perjuicio de la política general de precios y de la legislación sobre la defensa de la competencia»; todo lo cual perfila la competencia de la Generalidad de Cataluña en materia de defensa del consumidor dentro de un marco y unos límites determinados por otras tantas competencias del Estado, a cuyas bases y regulación ha de atemperarse el ejercicio de la competencia autonómica".

De forma más concisa, el Tribunal Constitucional interpreta el término «exclusividad» en el fundamento jurídico cuarto de la STC 88/1986, de 1 de julio, al señalar que: *"La exclusividad, por tanto, (...) debe significar que es a ella a quien corresponde, en su ámbito territorial la garantía del objetivo de la defensa del consumidor y del usuario con los límites derivados de la Constitución y del propio Estatuto, particularmente en la medida en que configuran competencias reservadas al Estado"*. La interpretación de exclusividad de competencias dada por el Tribunal Constitucional, ha sido ratificada por la doctrina[101].

Pese a que algunas Comunidades Autónomas ya habían asumido competencia en materia de protección de consumidores y usuarios, el Estado promulgó la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de Consumidores y Usuarios. Algunas de las Comunidades Autónomas que ostentaban competencias exclusivas en la materia, esto es Galicia, Cataluña y País Vasco, interpusieron un recurso de inconstitucionalidad contra la LGDCU, fundamentándose básicamente en la falta de competencia estatal para dictar una norma de carácter general en la protección de consumidores y usuarios, al no poder ser considerado el artículo 51 CE como un título competencial. El Abogado del Estado alegó frente al recurso que la constitucionalidad de la norma

[101] La misma posición adopta la doctrina sobre la utilización del término "exclusiva" por parte de las CCAA a la hora de asumir la competencia sobre protección de consumidores y usuarios. Entre otros, podemos mencionar a GUILLÉN CARAMÉS (2002) p. 264; CUENCA ANTOLÍN (1996) p. 44.

se fundamenta en diversos títulos competenciales recogidos en el artículo 149.1 CE y, en todo caso, en el artículo 149.3 CE que establece la supletoriedad de la normativa estatal a las Comunidades Autónomas.

El recurso fue resuelto por la STC 15/89, en la que el Tribunal Constitucional sintetiza la jurisprudencia dictada hasta la fecha. Antes de entrar a conocer la constitucionalidad de cada uno de los preceptos recurridos, el Tribunal Constitucional resuelve el problema del título competencial en el que pueda fundamentarse la LGDCU, en su fundamento jurídico primero. Comienza el Tribunal por señalar que a pesar de que el artículo 149.3 establece la supletoriedad del derecho estatal sobre el derecho autonómico, debe entenderse que la cláusula supletoria no es un título competencial, al indicar que: *"...no es preciso, (...), tratar de explicar la legitimidad constitucional de la Ley en su conjunto, como Ley referida a la materia indicada, desde la consideración de la cláusula de supletoriedad del Derecho estatal, la cual, en última instancia, quedaría de hecho configurada como lo que en manera alguna es, es decir, como una cláusula universal atributiva de competencias sobre cualesquiera materias a favor del Estado"*.

Seguidamente, el Tribunal Constitucional manifiesta que en ningún caso el artículo 51 CE puede ser entendido como un título competencial, pero reconoce que el Estado ostenta competencia para la promulgación de una ley de protección al consumidor, al no encontrarse dicha materia asumida por todas las Comunidades Autónomas[102]. Por tanto, correspondería al Estado la competencia en esos territorios autonómicos, en base al artículo 149.3 CE, sin perjuicio de que la aplicabilidad y eficacia de la norma no alcance por igual a todo el territorio estatal.

[102] En su Fundamento jurídico primero de la STC 15/1989, el Tribunal Constitucional manifiesta que: *"...Además, aun cuando resulta indiscutible que el art. 51 de la CE no es conceptuable como norma competencial, no puede dejarse de reconocer que, dada la singularidad de la materia sobre la que versa la Ley, el Estado dispone a priori de diversos títulos competenciales, constitucionalmente indisponibles para todas -y aquí sin excepción- las Comunidades Autónomas, que tienen una evidente incidencia en la defensa del consumidor y del usuario..."*.

El Tribunal Constitucional ha venido reconociendo el carácter pluridisciplinario del derecho de consumo desde sus primeras sentencias[103]. Así, en su Sentencia 71/82, su fundamento jurídico segundo establece que: *"...La defensa del consumidor y, por pareja razón, el mercado interior es, sin embargo, un concepto de tal amplitud, y de contornos imprecisos…"*. El carácter pluridisciplinar trae consigo que en ocasiones los títulos competenciales constitucionalmente atribuidos al Estado, van a incidir directamente en la protección de los consumidores y usuarios. De esta forma, se establece en el fundamento jurídico primero de la STC 15/1989, al señalar que: *"...esta materia se caracteriza ante todo por su contenido pluridisciplinar, en el que se concita una amplia variedad de materias que si han sido directa y expresamente tomadas en consideración por el artículo 149.1 CE a los efectos de concretar las competencias del Estado"*[104]. Continúa el Tribunal señalando que: *"...si bien en el artículo 149.1 CE no se ha mencionado expresamente la rúbrica «defensa de los consumidores y usuarios», abriéndose así, en estrictos términos formales, la posibilidad de que algunos Estatutos de Autonomía hayan asumido la competencia «exclusiva» sobre la misma (art. 149.3 CE), como quiera que la sustantividad o especificidad de la materia no es, en líneas generales, sino resultado de un conglomerado de muy diversas normas sectoriales reconducibles a otras tantas materias, en la medida en que el Estado ostente atribuciones en esos sectores materiales, su ejercicio podrá incidir directamente en las competencias que sobre «defensa del consumidor y del usuario» corresponden a determinadas Comunidades Autónomas, las cuales (...) podrán quedar vinculadas a las previsiones estatales"*.

[103] La interdisciplinariedad del derecho de consumo ha sido admitida, igualmente, de forma unánime por la doctrina. REYES LÓPEZ (1999) p. 42. GUILLÉN CARAMÉS (2002) p. 67, afirmó que el carácter pluridisciplinar de la protección de los consumidores es evidente, si tenemos en cuenta la estrecha relación que la materia tiene con otras disciplinas jurídicas.

[104] La interdisciplinariedad de la protección de los consumidores y usuarios ha sido reconocida, también, por el Letrado de la Xunta de Galicia, en las alegaciones formuladas el 8 de junio de 1985, al recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la Ley 12/1984, de 28 de diciembre, del Estatuto Gallego del Consumidor, al manifestar que: *"No puede negarse el carácter interdisciplinario de la materia, protección y defensa de usuarios y consumidores, sobre la que inciden diversos títulos competenciales.."*.

De la doctrina constitucional expuesta cabe señalar que, a pesar de que las Comunidades Autónomas ostentan competencia exclusiva en materia de protección de consumidores y usuarios, dado el carácter pluridisciplinar de la materia, existen competencias atribuidas constitucionalmente al Estado que inciden directamente sobre el derecho de consumo. Por tanto, en algunos supuestos tanto el Estado como las Comunidades Autónomas van a estar en posesión de un título competencial que le permite legislar en la materia de protección de consumidores y usuarios.

Son numerosos los conflictos que se han generado en la práctica, al existir un choque competencial entre la protección de los consumidores y usuarios que corresponde a las Comunidades Autónomas, con otros títulos competenciales del Estado que inciden en la materia. Así, el Tribunal Constitucional ha destacado como títulos competenciales estatales que inciden directamente en la protección del consumidor los mencionados en los apartados núm. 1, 6, 8, 10, 13, 16 y 29 del artículo 149.1 CE (fundamento jurídico primero de la STC 15/1989), o la legislación sobre defensa de la competencia (fundamento jurídico cuarto de la STC 88/86)[105].

Dentro de los títulos del artículo 149.1 CE que limitan la competencia autonómica en materia de protección de consumidores y usuarios debemos destacar los apartados 6º (referido a la legislación mercantil y procesal) y 8º (referido a la legislación civil sobre las bases de las obligaciones contractuales), por ser el fundamento de numerosa legislación estatal referente a la protección de los consumidores y usuarios. Así, en relación a la legislación procesal encontramos la regulación del Sistema Arbitral de Consumo, creado como un

[105] Estos títulos competenciales del artículo 149.1 se refieren respectivamente a: la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales; la legislación mercantil, penal y penitenciaria; legislación procesal, sin perjuicio de las necesarias especialidades que se deriven en este orden de las particularidades del derecho sustantivo de las CCAA; la legislación civil (…); el régimen aduanero y arancelario y, comercio exterior; las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica; la sanidad exterior, bases y coordinación general de la sanidad y legislación sobre los productos farmacéuticos; y la seguridad pública (…).

medio de resolución extrajudicial para resolver las reclamaciones que surjan entre los consumidores y los empresarios[106].

Pero, sin lugar a dudas, el título utilizado con más frecuencia por el Estado para desarrollar la protección de los consumidores y usuarios es la competencia exclusiva que ostenta sobre legislación civil referida a las bases de las obligaciones contractuales. A la hora de regular los distintos tipos de contratos, el legislador incorpora medidas protectoras para los consumidores y usuarios. Un ejemplo claro lo encontramos con la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación que a su vez modificaba el artículo 10 de la LGDCU[107].

Junto a las competencias atribuidas al Estado a través del artículo 149.1 CE, encontramos otros preceptos constitucionales que limitan igualmente la competencia autonómica para establecer la protección de consumidores y usuarios[108]. En concreto, son el artículo 38 CE por el que *"se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado";* y, el artículo 139 CE que establece que *"todos los españoles tienen los mismos derechos y obligaciones en cualquier parte del territorio del Estado"*. Así lo reconoce el Tribunal Constitucional al manifestar en el fundamento jurídico segundo de la STC 71/1982 que: *"La garantía de la uniformidad de las condiciones básicas en el ejercicio de los derechos, la unidad de mercado y la afectación de intereses que excedan del ámbito autonómico, son, según entendemos, límites que deben tenerse presentes, pues sin ellos, la competencia que con amplitud determina el*

[106] Creado a través del artículo 31 LGDCU, y desarrollado a través del Real Decreto 636/1993, de 3 de mayo, por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo, recientemente derogado por el Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, por el que se regula el sistema arbitral de consumo.

[107] Sin ánimo de hacer una enumeración exhaustiva podemos mencionar, entre otras: la Ley 26/1991, de 21 de noviembre, sobre Contratos Celebrados fuera de los Establecimientos Mercantiles; la Ley 7/1995, de 23 de marzo, de Crédito al Consumo; la Ley 21/1995, de 6 de julio, reguladora de los Viajes Combinados.

[108] Así lo reconoce De PABLO CONTRERAS (2011), p. 99, al señalar que: «(...) es especialmente evidente en este terreno del Derecho de obligaciones la existencia de límites, no ya competenciales sino sustantivos o de fondo, a la libertad de ejercicio de sus competencias legislativas por parte de las Comunidades Autónomas, viéndose éstas indirectamente obligadas a respetar ciertos principios o directrices contenidos en el Derecho estatal. Es lo que ocurre con la unidad de mercado, que impide adoptar medidas que directa o indirectamente obstaculicen la libre circulación de bienes en todo el territorio español (...)».

art. 10, apartados 27 y 28 del Estatuto, debe en principio desarrollar todo su contenido".

Para resolver los choques competenciales entre el Estado y las Comunidades Autónomas, el Tribunal Constitucional ha recogido a lo largo de su jurisprudencia determinadas reglas o criterios para determinar a quién le corresponde la competencia[109]. Siguiendo a Guillén Caramés, son cuatro los criterios utilizados por el Tribunal Constitucional para determinar la competencia en derecho de consumo[110]. En primer lugar, encontramos el criterio del objetivo, que según el citado autor, significa que una medida normativa se encuadrará en una materia por su contenido natural u objetivo, prescindiendo por completo de cuáles sean las finalidades que se pretendan con aquellas medidas[111].

En segundo lugar cabe mencionar el criterio de la razonabilidad o del fin de la norma, esto es a la finalidad con que la norma fue aprobada. Quizá sea el criterio más utilizado por el Tribunal Constitucional para determinar si una materia entra dentro del ámbito de la protección de los consumidores o usuarios, o por el contrario en un título competencial estatal. Así, en el fundamento jurídico segundo de la STC 72/1981, se establece que: *"...las técnicas a utilizar para indagar cuál es la regla competencial que debe prevalecer -cuando no puedan aplicarse conjuntamente-, tendrán que tener muy presente, junto con los ámbitos competenciales definidos, la razón o fin de la regla, desde la perspectiva de la distribución de competencias posible según la Constitución"*. En el fundamento jurídico cuarto de la STC 88/1986, establece que: *"...en orden a la determinación de la identidad o naturaleza de una intervención de los poderes públicos en la disciplina de libre mercado y su consiguiente adscripción a uno u otro título competencial, resulta particularmente necesario acudir a criterios teleológicos, precisando el objetivo predominante de la norma".* Siguiendo la

[109] Señala QUINTELA GONÇALVES (1986) p. 212, que: «... como dice el Tribunal Constitucional se produce una concurrencia de títulos competenciales que es necesario que resuelva a través de criterios de prevalencia,(…) la cual en este supuesto se articulará sobre la prioridad de la regla más específica sobre la regla más genérica, aplicando la idea de la razón o fin desde la perspectiva de la distribución competencial posible».

[110] GUILLÉN CARAMÉS (2002) pp. 282 y ss.

[111] GUILLÉN CARAMÉS (2002) p. 285.

doctrina jurisprudencial establecida con anterioridad, el Tribunal Constitucional en su STC 62/1991, fundamento jurídico cuarto, establece que: *"deberá determinarse cuál es el título aplicable en cada caso, cuando no puedan aplicarse conjuntamente, teniendo en cuenta la razón o finalidad de la regla, la competencia exclusiva de la Comunidad sobre la «defensa del consumidor» y los límites externos de dicha competencia estatutaria"*.

En tercer lugar, hemos de referirnos al criterio de la especificidad material, según el cual el título especial prevalece frente al genérico. Así lo puso de relieve el Tribunal Constitucional en el fundamento jurídico sexto de la STC 72/1981, al disponer que: *"...De todo ello resulta que la disciplina sanitaria de los productos alimenticios puede ser comprendida en los títulos competenciales sobre sanidad (...) y en los títulos competenciales sobre defensa del consumidor (...). El carácter específico de la sanidad, respecto del plural de la defensa del consumidor, determina que la inclusión en regla de más amplio alcance, debe ceder ante la regla más especial…"*.

Finalmente cabe aludir al criterio de delimitación por disciplinas jurídicas, a través del cual el Tribunal Constitucional utiliza las clasificaciones de las disciplinas jurídicas que se encuentran dentro del artículo 149.1 CE, con el fin de determinar su afinidad con la materia objeto de controversia. Así, en el fundamento jurídico segundo de la STC 71/1982, establece que: *"...Y esto podrá ocurrir –y como veremos, ocurre en el caso que enjuiciamos- cuando una regla que tiene por fin la protección del consumidor pertenece también a conjuntos normativos configurados según un criterio de clasificación de disciplinas jurídicas presente, de algún modo, en el artículo 149.1 de la Constitución (nos referimos a la legislación civil, a la legislación procesal, etc.)"*.

De la jurisprudencia constitucional analizada podemos concluir, que pese a que las Comunidades Autónomas han asumido competencia en materia de protección de los consumidores y usuarios, ésta se ejercitará teniendo en cuenta los límites derivados no solo de las competencias constitucionalmente atribuidas

al Estado a través del artículo 149.1 CE, sino también de otros preceptos constitucionales como por ejemplo los artículos 38 y 139 CE[112].

VI. PROTECCIÓN DE LOS USUARIOS DE LOS SERVICIOS DE COMUNICACIONES ELECTRÓNICAS: NORMATIVA APLICABLE Y SU ENCAJE EN LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

La necesidad de dar una protección específica a los usuarios de los servicios de comunicaciones electrónicas surge de la mano de la liberalización del sector. El punto final del monopolio de las telecomunicaciones y la apertura del mercado a nuevos operadores, permitió no solo la libre competencia, sino también la posición prevalente de los operadores del servicio frente a sus usuarios. El legislador sectorial tuvo muy en cuenta estas circunstancias en la elaboración de la LGT de 2003 y, en su predecesora, la Ley 9/2014, de Telecomunicaciones. Además de fijar como uno de sus objetivos la protección de los consumidores y usuarios, incluye en su texto articulado medidas específicas de protección de consumidores.

El avance en el proceso de liberalización conlleva el aumento de las medidas de protección de los consumidores y usuarios. En cada modificación legislativa se intentan prever las soluciones a las cuestiones que en la práctica se plantean en las relaciones entre los operadores y los usuarios[113].

Pero las medidas de protección de los usuarios no se limitan a las previstas en la legislación sectorial de telecomunicaciones, sino que el legislador hace una remisión expresa a la normativa existente en materia de protección de consumidores. La remisión al derecho de consumo no está limitada a la

[112] CÁMARA LAPUENTE (2011) p. 86, afirma que se declare estatutariamente la competencia como exclusiva o como de desarrollo legislativo, lo único que esos preceptos orgánicos pueden atribuir a la respectiva Comunidad Autónoma es aquella parte de la defensa del consumidor que no está comprendida en alguno de los apartados del artículo 149.1 CE.

[113] Un ejemplo es la reducción progresiva de plazos para la efectividad de cambio de operador a través de una portabilidad, o la mejora en la información contractual.

normativa estatal, sino que incluye también la legislación autonómica aplicable[114].

La regulación de la protección de consumidores y usuarios en la legislación sectorial de telecomunicaciones revive el conflicto competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas. Vuelve a surgir la cuestión de cuáles son los límites de la competencia autonómica en materia de protección de consumidores y, a la par hasta donde puede el Estado regular la protección de consumidores y usuarios, con fundamento en las competencias atribuidas por el artículo 149.1 CE.

El Gobierno de la Generalidad de Cataluña interpuso recurso de inconstitucionalidad contra la Ley 32/2003, General de Telecomunicaciones, en relación con sus artículos 4.5; 25.1; 25.2 a), b) y c); 38.1 –primer inciso del párrafo segundo-; 40.5 y 41.3. El Tribunal Constitucional admitió a trámite el recurso de inconstitucionalidad[115]. El recuso es resuelto a través de la Sentencia 72/2014, de 8 de mayo, en la que se desestima el recurso de la Generalidad de Cataluña y se confirma la constitucionalidad de la LGT 2003.

La STC 72/2014, de 8 de mayo de 2014, llega un poco tarde. Fue dictada con posterioridad a la modificación de la LGT 2003 por el Real Decreto-ley 13/2012, circunstancia que ya fue tenida en cuenta por el Tribunal

[114] El artículo 38 LGT 2003 regulaba los derechos de los consumidores sin perjuicio de la aplicación de la Ley 26/1984, de 19 de julio, general para la defensa de consumidores y usuarios. La referencia legislativa estaba desfasada, y no fue corregida con la modificación de la norma por la Ley 13/2012. Su corrección viene de la mano de la Ley 9/2014, de Telecomunicaciones, que en su artículo 46 reconoce que los derechos reconocidos a los usuarios de las redes y de los servicios de comunicaciones electrónicas deben entenderse sin perjuicio de los derechos que otorga, a los consumidores, el Texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, aprobado por el Real decreto legislativo 1/2007. Observamos como la LT (al igual que LGT 2003) hace referencia únicamente a la normativa estatal. Este error queda subsanado en el artículo 2 del Real decreto 899/2009, de 22 de mayo, por el que se aprueba la Carta de derechos de los usuarios de servicios de comunicaciones, al establecer que los derechos reconocidos son adicionales y compatibles con lo dispuesto en otras normas aplicables y, en especial, en el TRLGDCU, y asimismo, en la legislación dictada por las Comunidades Autónomas en el ejercicio de sus competencias sobre protección general de consumidores y usuarios.

[115] La admisión del recurso fue por providencia de 24 de febrero de 2004, publicada en el BOE nº 59, de 9 de marzo de 2004.

Constitucional en su resolución[116]. Pero además su publicación se produce con posterioridad a la derogación de la LGT 2003, tras la aprobación de su sucesora la Ley 9/2014, de 9 de mayo, de Telecomunicaciones.

El pronunciamiento del Tribunal Constitucional solo valora la posible constitucionalidad del artículo 38.1 LGT 2003, referido a la creación de un sistema alternativo de resolución de controversias entre los operadores y los usuarios finales de los servicios de comunicaciones electrónicas. Sorprende que el recurso no haya impugnado otros preceptos del artículo 38, principalmente los relativos al derecho de información de los usuarios. Aunque no hay un pronunciamiento expreso sobre la totalidad de la regulación de la protección de los usuarios de los servicios de comunicaciones electrónicas en la LGT 2003 que podamos extrapolar a la actual LT, el Tribunal Constitucional ha establecido unas pautas para resolver el choque competencial entre Estado y Comunidades Autónomas en materia de protección de consumidores y usuarios. Esas pautas nos sirven para valorar la posible extralimitación del Estado en el ejercicio de sus competencias en la regulación de la protección de los usuarios de los servicios de comunicaciones electrónicas. A continuación, analizaremos la normativa existente en la protección de los usuarios de servicios de comunicaciones electrónicas bajo el prisma de la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, dictada hasta la fecha y expuesta con anterioridad.

Son tres los sectores normativos que conviven en la protección de los usuarios de los servicios de comunicaciones electrónicas. En primer lugar, analizaremos la normativa autonómica en materia de protección de consumidores y usuarios, dictada al amparo de la competencia prevista en sus Estatutos de autonomía o a través de leyes de transferencia. Daremos cuenta de las similitudes existentes entre las regulaciones autonómicas, que recogen los mismos conceptos e idénticas medidas de reacción.

[116] En su Fundamento Jurídico 2º, el Tribunal Constitucional advierte que la modificación legislativa no ha variado sustancialmente los preceptos objeto de recurso, por lo que éste debe ser resuelto y, para ello, se tendrá en cuenta su nueva redacción, al ser la norma en vigor.

En segundo lugar, analizaremos el Texto refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios, como norma estatal que reúne las medidas de protección de los consumidores y usuarios. Sustituye a la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios, que dio lugar a la importante Sentencia 15/1989 del Tribunal Constitucional. Aunque el legislador tuvo en cuenta la doctrina constitucional en la aprobación de la norma, con la lectura del texto refundido se nos plantean algunas cuestiones competenciales. Intentaremos darle respuesta a partir de la Jurisprudencia constitucional.

En tercer lugar, examinaremos la protección del usuario que se prevé en la legislación sectorial de telecomunicaciones. Valoraremos el Capítulo V, del Título III de la LT (artículos 46-55), pero es necesario hacer mención de la regulación contenida en el ahora derogado artículo 38 LGT y el Real decreto 899/2009, de 22 de mayo, por el que se aprueba la Carta de derechos de los usuarios de los servicios de comunicaciones electrónicas.

Una mención aparte se merece la regulación de las infracciones y sanciones por incumplimiento de las normas de protección de los usuarios de los servicios de comunicaciones electrónicas. Vamos a ver como en este aspecto no solo se plantea un choque de competencias legislativas, sino que afecta a las competencias de ejecución.

1. Normativa autonómica de protección al consumidor

Todas las Comunidades Autónomas han asumido competencia en derecho de consumo. Pero como ya hemos advertido, no todas lo han hecho al mismo nivel, ya que algunas han asumido la competencia exclusiva, mientras que a otras se les atribuye tan solo las competencias de desarrollo legislativo y ejecución en materia de protección de consumidores y usuarios.

Las Comunidades Autónomas han aprobado su normativa en materia de protección de consumidores y usuarios[117]. En primer lugar, debemos señalar que

[117] Las normas autonómicas de protección al consumidor son: Andalucía, Ley 13/2003, de 17 de diciembre, de Defensa y Protección de los Consumidores y Usuarios de Andalucía; Aragón, Ley 16/2006, de 28 de diciembre, de Protección y Defensa de los Consumidores y Usuarios

a pesar de la diversidad del título competencial que ostentan las Comunidades Autónomas, el contenido de sus normas es muy similar, ya que siguen una misma distribución y no hay apenas diferencias sustanciales en su regulación. Podemos diferenciar dos modelos de estatuto de protección al consumidor. Los de primera generación en los que únicamente se recoge la regulación de los derechos fundamentales de los consumidores; y, los de segunda generación, en los que además se incluyen las normas administrativas de protección al consumidor[118].

Los legisladores autonómicos ponen de relieve, en su exposición de motivos, la necesidad de dar desarrollo al artículo 51 CE. El precepto constitucional va a ser el fundamento de la norma. En este sentido, el Estatuto de las Personas Consumidoras y Usuarias del País Vasco dispone que: "*la consagración de la protección de las personas consumidores y usuarias al más alto nivel en la jerarquía normativa de nuestro ordenamiento como uno de los principios rectores de la política social y económica que los poderes públicos deben garantizar y su caracterización como un nuevo principio general del Derecho, en el sentido de que su respeto y protección informarán la legislación*

de Aragón; Canarias, Ley 3/2003, de 12 de febrero, del Estatuto de los Consumidores y Usuarios de la Comunidad Autónoma de Canarias; Cantabria, Ley 1/2006, de 7 de marzo, de Defensa de los Consumidores y Usuarios; Castilla-La Mancha, ley 11/2005, de 15 de diciembre, del Estatuto del Consumidor; Castilla y León, Ley 11/1998, de 5 de diciembre, de Defensa de los Consumidores y Usuarios de Castilla y León; Cataluña, Ley 22/2010, de 20 de julio, del Código de Consumo de Cataluña; Comunidad Valenciana, Ley 1/2011 de 22 de marzo, por el que se aprueba el Estatuto de los Consumidores y Usuarios de la Comunidad Valenciana; Extremadura, Ley 6/2001, de 24 de mayo, del Estatuto de Consumidores de Extremadura; Galicia, Ley 2/2012, de 28 de marzo, Gallega de Protección General de las Personas Consumidoras y Usuarias; Islas Baleares, Ley 7/2014, de 23 de julio, de protección de las personas consumidoras y usuarias de las Illers Balears; La Rioja, Ley 5/2013, de 12 de abril, para la Defensa de los Consumidores en la Comunidad Autónoma de la Rioja; Madrid, Ley 11/1998, de 9 de julio, de Protección de los Consumidores y Usuarios en la Comunidad de Madrid; Navarra, Ley 7/2006, de 20 de junio, de Defensa de los Consumidores y Usuarios; País Vasco, Ley 6/2003, de 22 de diciembre, de Estatuto de las Personas Consumidoras y Usuarias; Principado de Asturias, Ley 11/2002, de 2 de diciembre, de los Consumidores y Usuarios del Principado de Asturias; y Región de Murcia, Ley 4/1996, de 14 de junio, del Estatuto de los Consumidores y Usuarios de la Región de Murcia.

[118] En este segundo modelo de estatuto, el legislador hace una compilación de las normas autonómicas de protección al consumidor, reuniendo en un mismo texto tanto las normas de derecho privado, como las de derecho público referente a las actuaciones de las administraciones públicas en defensa de los intereses de los consumidores, como por ejemplo, la inspección. Como culminación de este modelo, hay que mencionar que Cataluña ha aprobado el primer Código de Consumo.

positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos, fue tenida en cuenta por la Comunidad Autónoma para, en el ámbito de su competencia, dictar..."[119].

Gran parte de las normas autonómicas definen al consumidor desde dos perspectivas, siguiendo el modelo establecido por la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. Comienzan la definición con una descripción positiva del consumidor, para a continuación establecer los supuestos que quedan excluidos. A pesar de las diferentes redacciones de la definición de consumidor, el concepto es el mismo. A modo de ejemplo, la Ley 13/2003, de 17 de diciembre, de Defensa y Protección de los Consumidores y Usuarios de Andalucía, define al consumidor en su artículo 3.a) como: *"las personas físicas o jurídicas que adquieran, utilicen o disfruten como destinatarios finales bienes o servicios. No tienen esta consideración las personas físicas o jurídicas que, sin constituirse en destinatarios finales, adquieran, utilicen o disfruten bienes o servicios con el fin de integrarlos en la organización o ejercicio de una actividad empresarial, profesional o de prestación de servicios, incluidos los públicos".*

El Código de Consumo de Cataluña, aprobado por la Ley 22/2010, de 20 de julio, reduce la definición de consumidor, siguiendo la línea marcada por las Directivas comunitarias y asumida por el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios. Así, define al consumidor en su artículo 111.2.a) como: *las personas físicas o jurídicas que actúan en el marco*

[119] En el mismo sentido se expresa la Ley 11/1998, de 9 de julio, de protección de los consumidores de la Comunidad de Madrid, al señalar: *"... El ejercicio de esta competencia exige el establecimiento de un marco normativo al más alto nivel jerárquico que desarrolle el mandato constitucional impuesto a los Poderes Públicos en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Madrid...";* o la Ley 11/2005, de 15 de diciembre, del Estatuto del Consumidor de Castilla la Mancha: *"La Constitución Española establece en su artículo 51 (...). La consagración de dicho artículo como uno de los principios rectores de la política social y económica que informarán la legislación positiva , la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos, fue tenida en cuenta por la Comunidad Autónoma para dictar la primera norma autonómica..."*

de las relaciones de consumo en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional[120].

Aunque hay variaciones en la redacción del concepto de consumidor, en todas ellas subyacen las siguientes características. Puede ser tanto una persona física como una persona jurídica. Para que una persona jurídica pueda ser considerada como consumidor debe actuar sin ánimo de lucro, esto es la adquisición o utilización de bienes y servicios no deben ser reinvertidos en procesos productivos[121]. Es consumidor tanto quién adquiere los bienes o servicios, como quién los utilice o disfrute. Se reconoce de esta forma la distinción entre consumidor jurídico (quién adquiere) de consumidor material (quién utiliza o disfruta). La posición de consumidor se reconoce independientemente de que éste actúe ante una entidad pública o privada. Para ejercer los derechos como consumidor, la entidad pública debe actuar en calidad de prestador de bienes o de servicios y no en calidad de Administración. Por último, la característica que define al consumidor es que éste adquiera los bienes y servicios para su uso familiar o colectivo.

Hay que destacar, que los legisladores autonómicos reconocen a los grupos de protección especial, entre los que se encuentran los niños, ancianos o disminuidos psíquicos[122]. Estos grupos de consumidores deben recibir una protección prioritaria y, por tanto, serán objeto de actuaciones específicas por parte de las administraciones públicas.

Podemos sintetizar los derechos básicos de los consumidores y usuarios en el derecho a la protección a la salud y seguridad y de un medio ambiente adecuado, el derecho a la protección de sus intereses económicos y sociales, el

[120] Esta definición también se recoge en el Estatuto del Consumidor de la Comunidad Valenciana (artículo 2.1).

[121] Llama la atención la previsión del Código de Consumo de Cataluña, que considera consumidores a los socios cooperativistas en las relaciones de consumo que mantenga con la cooperativa. Sería el caso de una cooperativa cuyo objeto social sea la construcción de viviendas. Cada uno de los socios cooperativistas que adquieran una vivienda, tendrán la consideración de consumidor como adquiriente de vivienda.

[122] Por ejemplo: el artículo 4 del Estatuto de los Consumidores y Usuarios de la Región de Murcia, o el artículo 4 de la Ley 11/1998, de 9 de julio, de Protección de los Consumidores de la Comunidad de Madrid.

derecho a la información y educación en materia de uso y consumo, el derecho a crear sus propias organizaciones en orden a la representación y defensa de sus intereses y a que éstas sean consultadas en las materias que les afecten y, el derecho a la protección jurídica, administrativa y técnica y a la reparación de daños y perjuicios. Se puede observar como las normas autonómicas siguen, al igual que la norma estatal, las corrientes internacionales para establecer los derechos fundamentales de los consumidores. Es interesante la inclusión de la protección del medio ambiente y de la calidad de vida como un derecho fundamental del consumidor, pese a que hasta el momento no hemos visto su reflejo en la práctica. Además, declaran que en caso de tratarse de productos de primera necesidad, la protección deberá ser prioritaria.

Tras una lectura de las normas autonómicas de consumo, advertimos que su regulación se dedica fundamentalmente a establecer medidas de reacción ante el incumplimiento de las normas estatales de protección al consumidor[123]. Se recogen las medidas administrativas de reacción que garantizarán la efectiva protección de los consumidores y usuarios, como son la regulación de la inspección o el régimen de infracciones y sanciones[124].

Si bien es cierto que aparentan una regulación completa y pormenorizada sobre la protección de los consumidores, la realidad es que su competencia en esta materia está muy limitada por las competencias estatales en materia procesal

[123] Tal y como afirma CÁMARA LAPUENTE (2011) p. 86, la competencia autonómica exclusiva en materia de protección de consumidores, no es tal. Esta opinión la comparte REBOLLO PUIG (2011) p. 43, al concluir que la competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas sobre la materia defensa del consumidor, entendida en su sentido jurídico y propio, de ninguna forma significa la exclusividad sobre la política de defensa del consumidor ni exclusión del Estado. Al contrario, el mandato del artículo 51 CE vincula también al Estado que puede y hasta debe tenerlo en cuenta en el ejercicio de sus competencias.

[124] GARCÍA VICENTE (2009) p. 1445, advierte que el derecho autonómico de consumo está constituido principalmente por normas jurídico públicas. No regulan tipos contractuales, deberes, derechos o remedios en el contrato. Entiende que la regulación autonómica en derecho de consumo es muy abundante y a menudo superflua, aunque a veces trata aspectos relevantes, sobre todo en relación a los deberes de información, así como las normas administrativas de inspección y control. Por su parte, BARRAL VIÑALS (2011) pp. 517 y ss, afirma que no cabe duda de la constitucionalidad de las normas autonómicas sobre protección al consumidor si éstas inciden en normas de carácter administrativo, que establecen mandatos a las Administraciones Públicas.

y de obligaciones contractuales[125]. Si hacemos un repaso de los derechos fundamentales de los consumidores, vemos que tan solo el derecho de información y educación y el derecho de consulta y representación son desarrollados por la legislación autonómica. Fijémonos que éstos derechos eran los calificados por la doctrina como derechos instrumentales. Mientras el derecho a la salud y seguridad y el derecho a la protección de los intereses económicos y sociales de los consumidores obtienen su mayor grado de protección de la normativa estatal[126]. En estos casos, el legislador autonómico se limita a hacer una remisión a la legislación estatal o incluso a veces se atreve a su reproducción, sin tener competencia para ello[127].

[125] REBOLLO PUIG (2011) p. 45, va más lejos, y afirma que la competencia autonómica en materia de defensa del consumidor se constriñe al derecho administrativo, al quedar excluido todos los aspectos que puedan tener cabida en el artículo 149.1 CE.
CORDERO LOBATO (2012, p. 111) se pronuncia en el mismo sentido, cuando se plantea la posibilidad de que las Comunidades Autónomas transpongan la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre, sobre los derechos de los consumidores. Tras afirmar que a las Comunidades autónomas le corresponde la competencia para dictar la normativa en materia de protección de consumidores con efectos jurídico-públicos, y al Estado se le reserva la competencia para regular las consecuencias jurídico-privadas; las autonomías solo serán competentes para disponer el régimen jurídico-público aplicable a los aspectos regulados por la Directiva 2011/83/UE.

[126] REBOLLO PUIG (2011) p. 43, afirma que «las Comunidades Autónomas, por sí solas, sólo muy pobremente podrían dar satisfacción al principio rector del artículo 51 CE».

[127] Un ejemplo claro es la Ley Gallega de Protección de las Personas Consumidoras y Usuarias. Se remite a la legislación estatal a la hora de establecer el régimen de responsabilidad, pero reproduce la regulación del derecho de desistimiento del TRLGDCU. Es evidente que si una CCAA no tiene competencia para regular una materia, tampoco puede repetir en su propia norma las disposiciones estatales. La falta de competencia le impide regular, aunque sea de la misma forma que el Estado, en la materia objeto de repetición. La reiteración no tendrá ningún valor jurídico, no siendo en ningún caso de aplicación. Además, es fácil que la norma estatal se modifique, mientras que la norma autonómica conserve su redacción inicial, lo que provocaría un desajuste en la norma autonómica y en consecuencia llevaría a generar inseguridad jurídica. Así ha ocurrido con la regulación del derecho de desistimiento del TRLGDCU que ha sido recientemente modificado por la Ley 3/2014, de 27 de marzo. PULIDO QUECEDO (2005) p. 11, apunta como criterios para el control de la constitucionalidad del las «leges repetitae», en primer lugar si sobre la materia a la que se refiere la norma autonómica de repetición, ostentan competencias tanto el Estado como la Comunidad autónoma, en cuyo caso no habría una consecuencia invalidante derivada del vicio de incompetencia de la norma. En segundo lugar, si la Comunidad Autónoma carece de competencia en la materia a la que se refiere la norma que regula, la consecuencia será la declaración de inconstitucionalidad, salvo en aquellos supuestos en que la repetición de la norma estatal sea necesaria para dar inteligibilidad al texto autonómico.

2. Normativa estatal sobre protección de consumidores y usuarios

Con fundamento en el desarrollo del artículo 51 de la Constitución Española, el Estado promulgó la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, según dispone en su Exposición de Motivos. La norma estaba destinada al cumplimiento de tres objetivos: establecer procedimientos eficaces para la defensa de los consumidores y usuarios, disponer del marco legal adecuado para favorecer un desarrollo óptimo del movimiento asociativo en este campo y finalmente, declarar los criterios, obligaciones y derechos que configuran la defensa de los consumidores y usuarios y que, en el ámbito de sus competencias habrá de ser tenidos en cuenta por los poderes públicos en las actuaciones y desarrollos normativos futuros.

Pero el legislador nacional no se limitó a aprobar una única norma de carácter general, sino que dictó numerosas normas para la transposición de las directivas comunitarias sobre protección de los consumidores y usuarios[128]. El resultado fue un conjunto normativo disperso y caótico, con un común denominador: la protección del consumidor. La abundante normativa sobre derecho de consumo dificultaba su conocimiento y su aplicación, tanto para los profesionales del derecho como para los propios consumidores.

Para dar una solución a la dispersión normativa, la Disposición final 5ª de la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de Mejora de la Protección de los consumidores y usuarios, faculta al Gobierno para refundir en un único texto, la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios y las normas de transposición de las directivas comunitarias dictadas sobre esa materia y que incidan en los aspectos regulados en ella[129]. Para cumplir la habilitación legal, se aprueba el Real decreto legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se

[128] Son muchos los ejemplos de normas específicas de protección de consumidores y usuarios, pero podemos destacar la Ley de contrato celebrado fuera de establecimiento mercantil, la Ley de crédito al consumo o la Ley de garantías en la venta de bienes de consumo.

[129] En la Disposición Final 5ª de la Ley 44/2006 se reitera la previsión de la Disposición Final 4ª de la Ley 23/2003, de 10 de julio, de garantía en la venta de bienes de consumo. El incumplimiento de la primera habilitación legal se justificó por la preparación de la propia la Ley 44/2006, al entender que era necesario que el Texto refundido incluyera las modificaciones de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios. REBOLLO PUIG (2011) pp. 18 y ss.

aprueba el Texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (en adelante texto refundido o TRLGDCU). El TRLGDCU ha sido recientemente modificado por la Ley 3/2014, de 27 de marzo, para incorporar y adaptar su regulación a la Directiva 2011/83/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre, sobre los derechos de los consumidores.

La primera cuestión que nos plantea el TRLGDCU es la elección de normas objeto de refundición. El Gobierno justifica su elección al haber tomado en consideración el listado de normas recogidas en el Anexo de la Directiva 98/27/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de mayo, relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores. Pero el anexo de la Directiva solo es una referencia para el Gobierno. Además de no incorporar al TRLGDCU la totalidad de las directivas a las que hace referencia, refunde otras normas que no se citan en su Anexo[130].

No podemos sino mostrar nuestra discrepancia con la elección de las normas objeto de refundición, pues incluye normas que no se limitan a establecer la protección de los consumidores y a la vez deja fuera normas específicas de protección de consumidores y usuarios.

Un ejemplo claro es la inclusión de la regulación de los viajes combinados, por ser transposición de una directiva que se integra en el acervo comunitario de protección de los consumidores. Al respecto hay que señalar que, si bien uno de los fundamentos de la Directiva es dotar a los consumidores de una mayor protección en esta materia, también responde a la necesidad de facilitar el comercio interior en la Comunidad Europea. Además, si tenemos en cuenta que el ámbito de aplicación subjetivo de la Directiva y de la Ley de Viajes Combinados no se limita a los consumidores conforme a la definición de la

[130] En palabras de REBOLLO PUIG (2011) p. 26, no están todas las que son, pero tampoco son todas las que están.

LGDCU, entendemos que esta norma no debería quedar incluida en el texto refundido[131].

También sorprende la inclusión en el Texto Refundido de la regulación de responsabilidad civil por daños por productos defectuosos. Al igual que en el caso anterior, su ámbito de aplicación es más extenso, ya que establece el régimen de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos a cualquier persona y no únicamente a los consumidores[132].

Al contrario, excluye del TRLGDCU normas propias del derecho de consumo, como son la regulación del crédito al consumo o la comercialización a distancia de servicios financieros. En su Exposición de Motivos justifica la exclusión por estar ambas normas muy influenciadas por el sector normativo financiero. Entendemos que éste no es un motivo suficiente de exclusión, pues cabe recordar que ambas normas básicamente establecen la regulación de los contratos, esto es, las condiciones contractuales, dejando de lado las normas financieras.

El Texto Refundido tampoco incluyó a la Ley de Aprovechamiento por Turnos de Bienes Inmuebles de uso turístico. Fue criticada la promulgación de una única norma en la que se recogían disposiciones civiles y financieras, por ser dos sectores del ordenamiento claramente diferenciados. Esta hubiera sido una buena oportunidad para deslindar la normativa. En el TRLGDCU se incluiría la regulación del contrato de adquisición de los derechos de aprovechamiento por turnos, al coincidir sus medidas protectoras con las medidas ya existentes en

[131] GARCÍA RUBIO (1999) pp. 128 y ss, ya puso de manifiesto la falta de coincidencia del termino "consumidor" utilizado tanto en la Directiva como en la Ley de Viajes Combinados, con el consumidor sujeto protegido por las normas sectoriales de derecho de consumo. Al respecto, señala que: «De esta suerte que el contratante viajero actúe o no como consumidor es irrelevante para disfrutar de la protección que ambas normas le brindan, ya que la necesidad de protección sentida por el legislador comunitario está ligada únicamente al objeto del contrato y a las peculiaridades del proceso de contratación».

[132] Son numerosas las críticas doctrinales respecto a la inclusión del Régimen de responsabilidad por productos defectuosos en el TRLGDCU, como veremos con posterioridad. Entre otros podemos mencionar a MARTÍN CASALS y SOLÉ FELIU (2008) pp. 82-84 y p. 111; GUTIERREZ SANTIAGO (2008) pp. 27-42; PERTÍÑEZ VILCHEZ (2011) pp. 1813-1815 y pp. 1825-1828; PARRA LUCÁN (2011) p. 12.

otros ámbitos del derecho de consumo, como es el derecho de desistimiento o el derecho de resolución por falta de información.

El Texto refundido se estructura en cuatro libros. El libro 1º se divide en 5 títulos. Su 1º título lo dedica a las disposiciones generales y en el se delimita su ámbito de aplicación y se regulan los derechos de los consumidores y su legislación básica. Los restantes títulos del libro primero regulan el derecho de representación, consulta y participación y el régimen jurídico de las asociaciones de consumidores y usuarios, la cooperación institucional, el procedimiento sancionador y, por último, el acceso a la justicia, en especial las acciones de cesación y el sistema arbitral de consumo.

El libro 2º, introduciendo una novedad respecto a la LGDCU, establece una regulación unitaria de las relaciones jurídicas privadas. Se estructura a su vez en 5 títulos. En el primer título se recogen las disposiciones generales de los contratos con consumidores, entre las que cabe destacar la regulación del derecho de desistimiento, la prohibición de imposición de obstáculos para el cumplimiento de los derechos derivados del contrato, integración del contrato conforme a la buena fe y al artículo 1258 CC y la información precontractual obligatoria y gratuita para el consumidor. El segundo título se dedica a la regulación del régimen jurídico en materia de cláusulas contractuales no negociadas individualmente y cláusulas abusivas. Se incorporan las modificaciones de la Ley 44/2006, que establece las nuevas cláusulas abusivas. Los títulos restantes incorporan la regulación del contrato a distancia y del contrato celebrado fuera de establecimiento mercantil, así como, el régimen de garantías de la Ley 23/2003, de 10 de julio, de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo, y los servicios postventa.

En el libro 3º se armoniza el régimen de responsabilidad civil por daños causados por productos defectuosos y las disposiciones de responsabilidad de la LGDCU. Se divide en tres títulos, dedicados las disposiciones comunes en materia de responsabilidad por daños causados por bienes y servicios defectuosos, la responsabilidad civil por productos defectuosos incorporando el

texto de la Ley 22/1994 y, finalmente, la responsabilidad causada por el resto de los bienes y servicios.

Finalmente, el libro 4º recoge la regulación de los viajes combinados, incorporando la Ley 21/1995, de Viajes Combinados en dos títulos. El primer título se dedica a las disposiciones generales y, el segundo regula la resolución del contrato y responsabilidades.

Son muchas las referencias a la doctrina del Tribunal Constitucional en la Exposición de Motivos del TRLGDCU. De esta forma, el legislador evidencia su intención de elaborar e incorporar la doctrina del Tribunal Constitucional al Texto Refundido. Pero además, para descartar cualquier duda, incluye una descripción de los títulos competenciales que facultan al Estado para dictar las disposiciones contenidas en el TRLGDCU. Es interesante hacer una mención especial a la Disposición final 1ª, dedicada a establecer los títulos competenciales que fundamentan la regulación[133].

Rebollo Puig advierte que no era necesaria la mención a los títulos competenciales que fundamentan la regulación, ya que el texto refundido tendrá la misma cobertura competencial que las normas refundidas. Explica la inclusión de la Disposición final 1ª en el TRLGDCU, al carecer algunas de las normas

[133] La Disposición Final 1ª establece como fundamentos competenciales: Capítulo I del título I (ámbito de aplicación) y el artículo 10 (irrenunciabilidad de los derechos de los consumidores): se consideran básicos en relación con los artículos de los apartados siguientes, dictados en base a competencias exclusivas del Estado. Artículo 8 (derechos básicos de los consumidores), artículo 9 (bienes y servicios de uso común), artículo 17.1 (derechos de información y educación básico), artículo 18 (etiquetado y presentación de bienes y servicios), artículo 23.1 y 3 (asociación de consumidores, definición y financiación), artículo 25 (uso exclusivo de denominación de asociación consumidores), artículo 26 (pérdida de condición de asociación), capítulo III título I libro 1º (protección salud y seguridad), capítulo V título I libro 1º (protección de intereses económicos) y título IV libro I (potestad sancionadora): carácter básico al dictarse al amparo de las competencias del Estado conforme al artículo 149.1.1 (condiciones básicas de igualdad), artículo 149.1.13 (planificación general de la economía) y el artículo 149.1.16 (sanidad). Artículo 24 (legitimación de asociación de consumidores), título V libro I (procedimientos judiciales y extrajudiciales), libro II (contratos y garantías), libro III (responsabilidad civil), libro IV (viajes combinados), disposición transitoria y disposiciones finales: competencias exclusivas del Estado y por tanto de aplicación en todo el territorio nacional en base al artículo 149.1.6 (legislación mercantil, penal y procesal) y artículo 149.1.8 (legislación civil y bases y ordenación de obligaciones contractuales). El resto de los preceptos del título II del libro primero serán de aplicación a las asociaciones de consumidores y usuarios de competencia estatal.

refundidas de referencia competencial alguna[134]. Esta afirmación debe ser matizada, pues la innecesariedad de la mención de los títulos competenciales no se motiva en su reflejo en la norma refundida, sino que son disposiciones en sí mismas vacías de contenido. La fundamentación competencial no es legítima por estar prevista en la norma, sino que su validez deriva de la existencia real del título competencial.

No dudamos de la constitucionalidad del apartado 3º de la disposición final 1ª. El contenido de la totalidad de los preceptos mencionados responde a los títulos competenciales del artículo 149.1. 6 y 8 CE, al igual que ocurría con las normas refundidas. Basta recordar que los artículos afectados se refieren a la legitimación de las asociaciones de consumidores para el ejercicio de acciones judiciales, a la regulación del sistema arbitral de consumo (competencia exclusiva del Estado en legislación procesal) y a la regulación de los contratos con consumidores tanto en lo que se refiere a las previsiones generales como a las particulares de algunos tipos contractuales (competencia exclusiva en la ordenación de las bases de las obligaciones contractuales).

El apartado segundo de la Disposición Final 1ª recoge las disposiciones del TRLGDCU que son consideradas como legislación básica del Estado. No podemos confundir la legislación básica con las leyes de bases[135]. La diferenciación dentro de las competencias estatales para dictar la legislación básica o de bases ya se estableció en el artículo 149.1 CE, donde en numerosas ocasiones no reserva al Estado la totalidad de la competencia sobre una materia, sino que solo será competente para dictar la normativa de "primer grado"[136]. Respondiendo a este sistema de distribución de competencias, las Comunidades Autónomas podrán asumir las competencias de desarrollo y, en muchos casos, ejecutivas de la legislación básica del Estado.

[134] REBOLLO PUIG (2011) pp. 35 y ss.

[135] Como ya señaló la doctrina, la legislación de bases o básica no se puede confundir con la referencia a las leyes de bases del artículo 82 CE. Así lo señaló LÓPEZ GUERRA (1994) p. 341; y RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ y GARCÍA MEXÍA (2003) p. 443.

[136] Un ejemplo es el artículo 149.1.11 CE (Las bases de la ordenación de crédito, banca y seguros) o el artículo 149.1.23 (legislación básica sobre protección de medio ambiente).

Guayo Castiella define la legislación básica como la norma jurídica, estatal, eficaz, vinculante y directamente aplicable en todo el territorio nacional, donde se contienen las bases[137]. Aunque la definición de legislación básica parece evidente, no es fácil fijar sus límites. Cuando se atribuye al Estado la competencia para establecer la legislación básica en una materia, la reserva estatal afectará solo a un mínimo denominador común de la regulación de la materia, que garantice la uniformidad del ordenamiento jurídico. La legislación básica dejará margen para que las Comunidades Autónomas puedan desarrollar las normas básicas atendiendo a sus necesidades o peculiaridades[138]. Rebollo Puig nos advierte que aunque la legislación básica no puede agotar la materia, puede haber aspectos concretos que sean cubiertos en su totalidad y exhaustivamente por las bases estatales[139].

Como podemos observar, las competencias básicas del Estado afectan a un gran sector del ordenamiento jurídico, pues hay títulos competenciales, que pueden tener una incidencia directa en aquellas materias reservadas, incluso en exclusiva, a las Comunidades Autónomas. Tal es el caso del artículo 149.1.8 (referente a las bases de las obligaciones contractuales) o el artículo 149.1.13 (referente a las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica). Así se pone de manifiesto en la disposición final primera del Texto Refundido de la LGDCU, en la que se justifica la promulgación de la norma como legislación básica fundamentada en los títulos ya mencionados, en detrimento de la competencia, en muchos casos exclusiva, que ostentan las Comunidades Autónomas en derecho de consumo.

Cabe preguntarnos si el Estado se extralimita en sus competencias con la regulación básica contenida en el TRLGDCU. Esta cuestión ya surgió con la Ley 26/1984, General para la Defensa de Consumidores y Usuarios. Su respuesta

[137] GUAYO CASTIELLA (2003) p. 445.

[138] Advierte LÓPEZ GUERRA (1994) p. 342, que cuando la Constitución atribuye al Estado la fijación de las bases o la legislación básica no deja absoluta libertad a las instancias estatales para establecer como básica cualquier regulación que estimen oportuna. La reserva estatal, pues, únicamente afectará a aquellas regulaciones necesariamente comunes a todas las Comunidades autónomas para que pueda hablarse con propiedad de un sistema normativo nacional.

[139] REBOLLO PUIG (2011) p. 39.

nos la ofrece la Sentencia 15/1989 del Tribunal Constitucional, ya analizada. Tal y como reconoce en su Exposición de Motivos, la sentencia interpreta el TRLGDCU de la misma forma que interpretaba la norma refundida, esto es, la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

Basta recordar, que el Tribunal Constitucional reconoce el carácter pluridisciplinar de la protección de los consumidores y usuarios. Esta característica implica que la competencia autonómica sobre derecho de consumo se ve limitada por las competencias asignadas al Estado por el artículo 149.1 CE. Por tanto, el Estado está facultado para dictar legislación básica o exclusiva dependiendo del título competencial que le corresponda en la materia. En estos casos, las Comunidades Autónomas verán reducidas su competencia sobre la protección de los consumidores y usuarios al desarrollo o ejecución de la normativa estatal. Esto es lo que ocurre con las disposiciones contenidas en el apartado 2º de la Disposición Final 1ª del TRLGDCU. Se fundamentan en competencias estatales para dictar normativa básica.

Puesto que algunas Comunidades Autónomas ostentan competencias exclusivas en materia de protección de consumidores y usuarios, tal y como reconoce la jurisprudencia constitucional, la legislación básica en sus territorios funcionará como legislación supletoria conforme al artículo 149.3 CE.

El primer apartado de la Disposición Final 1ª se refiere a las disposiciones generales del TRLGDCU. Se califican como normas plenas o básicas dependiendo del carácter de la norma a la que acompañe. Esto es, si se aplica en relación al sistema arbitral de consumo será considerada como legislación dictada en base a una competencia exclusiva del Estado, pues ese carácter es el que le corresponde al arbitraje de consumo. Pero si acompaña a la regulación del derecho de información de los artículos 17.1 y 18, será considerada legislación básica; por lo que en ese caso podrá ser desarrollada y ejecutada por las Comunidades Autónomas.

El último apartado de la Disposición Final 1ª recoge fielmente la doctrina del Tribunal Constitucional. Declara que la regulación referente a las

asociaciones de consumidores y usuarios será de aplicación solo a las que sean de carácter estatal.

3. La protección de los consumidores en la Ley 9/2014, de Telecomunicaciones y su normativa de desarrollo

La regulación de las telecomunicaciones se recoge en la Ley 9/2014, de 9 de mayo, de Telecomunicaciones, que sustituye a la Ley 32/2003 e integra las novedades introducidas por el Real decreto-ley 13/2012[140]. Tal y como afirma en su Exposición de Motivos, la Ley de Telecomunicaciones de 2009 persigue recuperar la unidad de mercado en el sector de las telecomunicaciones, estableciendo procedimientos de coordinación y resolución de conflictos entre la legislación sectorial estatal y la legislación de las Administraciones competentes. Además se procede a una simplificación administrativa, eliminando licencias y autorizaciones y reduciendo las obligaciones de información de los operadores. Como contrapunto a esta simplificación administrativa, se refuerza el control del dominio público radioeléctrico, así como las potestades de inspección y sanción. Todas las reformas previstas en la norma contribuyen a mejorar el servicio ofrecido a los usuarios, que será más innovador, de mayor calidad, cobertura, con mejores condiciones y a precios más competitivos. Para reforzar la protección de los usuarios de los servicios de telecomunicaciones, la Ley de Telecomunicaciones clarifica los derechos ya reconocidos en su antecesora, la Ley de Telecomunicaciones de 2003.

La necesidad de prever una protección específica para los usuarios de los servicios de comunicaciones electrónicas surge con la liberalización del sector. Siguiendo la línea marcada por la Ley 11/1998, General de Telecomunicaciones, el artículo 38 LGT 2003 recogió los derechos de los consumidores y usuarios finales. Con la aprobación del Real decreto-ley 13/2012, el precepto se modifica y se añaden dos nuevos artículos, el artículo 38 bis y el artículo 38 ter. Esta

[140] GONZÁLEZ-ESPEJO y LÓPEZ LAPUENTE (2014) p. 43, consideran que «si bien la transposición de la sustancial reforma del marco comunitario operada en 2009 ya fue, tardíamente, llevada a cabo mediante el Real Decreto-Ley 13/2012, se ha considerado que existen otras razones que justifican abordar la aprobación de una nueva ley, en lugar de modificar la ya existente».

regulación es la que ha traspasado a la nueva Ley de Telecomunicaciones, que sin añadir apenas novedades, recopila la regulación ya existente[141]. Su desarrollo lo encontramos en el 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 (en adelante "Carta de los derechos del usuario")[142].

No cabe duda de que el artículo 38 LGT 2003 se refería a la protección de los consumidores del artículo 51 CE, pues tras dar una primera definición de consumidor, a través de su disposición adicional segunda nos remitía al Anexo de la norma, donde definía al consumidor como: *"cualquier persona física o jurídica que utilice o solicite un servicio de comunicaciones electrónicas disponibles para el público para fines no profesionales".* Esta afirmación debe extrapolarse a la nueva normativa, pues aunque en el texto articulado de la LT desaparece cualquier referencia a la definición de consumidor, en su Anexo II reitera las definiciones ya previstas en su norma predecesora. La definición de consumidor que nos da la LT recoge el mismo concepto que el establecido por el artículo 3 del Texto Refundido[143]. Así, reconoce la condición de consumidor tanto a las personas físicas como a las jurídicas, siendo su característica principal la utilización del servicio para el uso propio, familiar o doméstico.

Dejaremos para un momento posterior el análisis detallado de la regulación de los derechos de los usuarios finales de servicios de comunicaciones electrónicas, así como de su desarrollo normativo. Ahora nos detendremos en el estudio de las competencias que fundamentan la competencia estatal para regular los derechos de los consumidores y usuarios finales en la LT.

[141] GONZÁLEZ-ESPEJO y LÓPEZ LAPUENTE (2014) p. 48, afirman que el proyecto de Ley de Telecomunicaciones propone una simplificación y restructuración de la regulación de la LGT 2003 en materia de protección de los usuarios de las comunicaciones electrónicas.

[142] Sustituye y deroga el Título VI del Reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios. Hasta que se produzca un desarrollo específico de la Ley 9/2014, de Telecomunicaciones, la Carta de derechos de los usuarios seguirá en vigor.

[143] El artículo 3 del Texto Refundido sustituye al artículo 1.2 LGDCU, que definía al consumidor como *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.*

De forma similar a la LGT 2003, la Disposición Final Novena de la LT establece su fundamento constitucional. Además de ampararse en la competencia exclusiva del Estado en materia de telecomunicaciones prevista en el artículo 149.1.21 CE, hace referencia al artículo 149.1.1 y 13 CE (regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles y las bases y coordinación de la planificación de la actividad económica) para aquellas disposiciones dirigidas a garantizar la unidad del mercado en el sector de las telecomunicaciones.

Pondremos nuestra atención en el título competencial en materia de telecomunicaciones para valorar la posible extralimitación de sus competencias al regular los derechos de los usuarios, aunque en ocasiones será preciso hacer referencia a los títulos competenciales de los apartados 1 y 13 del artículo 149.1 CE. Éstos no siempre van a ser los títulos competenciales más adecuados para dar cobertura a las previsiones de la norma, sobre todo en lo que se refiere a la protección de los consumidores y usuarios. Recordemos que el Tribunal Constitucional delimita la competencia en materia de telecomunicaciones como aquella que se refiere a la ordenación del dominio público radioeléctrico y, particularmente, a los aspectos técnicos claramente atinentes a la regulación del soporte o instrumento del que se sirven[144]. Para ello, haremos un repaso de las disposiciones contenidas en el Capítulo y, a la par, valoraremos la competencia que le da cobertura constitucional.

El artículo 38 LGT 2003 era un cajón de sastre. Pese al título del precepto, sus disposiciones no se referían exclusivamente a recoger los derechos de los consumidores y usuarios, sino que incluía cuestiones referentes al derecho a la protección de datos, o al cumplimiento del servicio universal a través de las guías de abonados o la prestación de servicios a personas con discapacidad. Pero ésta no era la única crítica que merecía el artículo. Su redacción era caótica y no guardaba ningún orden. Tras una primera lectura del Capítulo V de la Ley de Telecomunicaciones, dedicado a los "Derechos de los usuarios finales", podemos

[144] Fundamento jurídico 3º de la STC 72/2014, de 8 de mayo de 2014.

comprobar gratamente como el legislador, aunque conservando el contenido, modifica la estructura de su regulación.

Comienza el artículo 46 LT con el reconocimiento a los usuarios finales de los servicios de comunicaciones electrónicas de los derechos reconocidos en este capítulo y la correlativa imposición a los operadores de su respeto. En el texto articulado se echa en falta un apunte de la definición de usuario final. A pesar de ser el sujeto protegido y principal actor de su regulación, es necesario ir hasta el anexo de la norma para conocer a quién se refiere el legislador cuando habla de usuario final de los servicios de comunicaciones electrónicas[145].

En el segundo párrafo del artículo 46.1 LT advierte que *"el reconocimiento de los derechos específicos de los usuarios finales de redes y servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público que efectúa este Capítulo se entiende sin perjuicio de los derechos que otorga a los consumidores el TRLGDCU".* Con dicho precepto el legislador reitera la remisión al derecho de consumo, que fue una constante en la LGT 2003 y, en el nuevo texto, se corrige la referencia normativa[146]. La remisión efectuada en la LT nos plantean algunas cuestiones que es preciso apuntar. En primer lugar, cabe destacar la ausencia de remisión a la legislación autonómica en el artículo 46 LT, aunque si bien esta omisión está subsanada por su norma de desarrollo que hace una referencia explícita a la normativa autonómica[147].

En segundo lugar, nos preguntamos qué ocurre en aquellos casos en que la regulación establecida en la LT contradice o se aparta de la normativa de

[145] Aunque, con posterioridad, analizaremos en profundidad el concepto de usuario final del servicio de comunicaciones electrónicas, es interesante apuntar que conforme a la definición nº 42 del Anexo II LT es "usuario final" aquel usuario que no explota redes públicas de comunicaciones ni presta servicios de comunicaciones electrónicas disponibles para el público ni tampoco los revende.

[146] El artículo 38.8) LGT disponía que: *"Lo establecido en este artículo se entiende sin perjuicio de la aplicación de la Ley 26/1984, de 19 de julio, general para la defensa de consumidores y usuarios"*. Quizá un despiste del legislador evitó que en la reforma del artículo 38 por el Real decreto-ley 13/2012 no hubiera corregido la referencia normativa.

[147] El artículo 2 de la Carta de derechos de los usuarios recoge que los derechos reconocidos en este Real Decreto son adicionales y compatibles con otras normas aplicables y, en especial, en el texto refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios y otras normas complementarias, y en la legislación dictada por las Comunidades Autónomas en el ejercicio de sus competencias sobre protección general de consumidores y usuarios.

protección de consumidores y usuarios. Nada establecía al respecto la anterior LGT 2003, por lo que apostábamos por la aplicación del principio general de interpretación «pro consumatore», según el cual debía ser aplicada la norma más favorable para el consumidor[148]. Sin embargo esta situación cambia en la nueva LT, ya que en su artículo 46.2 establece la prevalencia de las disposiciones contenidas en la propia ley y su normativa de desarrollo, en caso de conflicto con las normas de protección de consumidores y usuarios, cuando se refieran a aspectos previstos en disposiciones del derecho de la Unión Europea[149]. Esta previsión se refuerza con el artículo 59.2 TRLGDCU, que en su nueva redacción recoge la prevalencia y aplicación preferente de las disposiciones sectoriales respecto de aquellos aspectos previstos en las disposiciones del derecho de la Unión Europea de las que traigan causa.

Aunque parece quedar resuelta la duda sobre que norma es aplicable en caso de concurrencia, solo es una apariencia. Esta regla de prevalencia del derecho sectorial solo será aplicable si ese derecho deriva de las disposiciones de la Unión Europea, por lo que en el resto de los supuestos habrá que acudir a los criterios aplicables para solucionar la interdisciplinariedad, que en nuestra opinión sería la norma más favorable para el consumidor. Además será difícil, sobre todo para el usuario final, saber si las disposiciones de la norma derivan del derecho de la Unión Europea. No solo basta que conozca el texto de la LT y

[148] Así lo afirma REYES LÓPEZ (1999) pp. 151 y ss, al señalar que: «La coexistencia de normativa general y especial de proyección del consumidor se debe integrar con el principio básico consagrado en la Constitución, en su artículo 51, cual es la protección del consumidor, de forma que la interpretación de las normas, ante la duda será siempre en beneficio del consumidor…». Esta autora recoge los criterios para resolver los problemas de interdisciplinariedad de la protección de los consumidores y usuarios, y entre ellos cabe señalar: el principio de concurrencia, por el cual ante la concurrencia de normas se deberá entender aplicable aquella que mejor proteja el interés del consumidor; el principio de protección absoluta del consumidor y; el principio de desplazamiento de las normas civiles y mercantiles por la ley de consumidores.

[149] GONZÁLEZ-ESPEJO y LÓPEZ LAPUENTE (2014) p. 48, destacan como una de las novedades del Proyecto de Ley de Telecomunicaciones, el hecho de que, pese a reconocer la convivencia de los derechos sectoriales específicos de los usuarios de comunicaciones electrónicas con las normas generales de protección de los consumidores y usuarios, se establece la prevalencia de la norma sectorial frente a la general, y ello en cumplimiento de lo exigido por la normativa comunitaria.

del TRLGDCU, sino que tendrá que conocer además las Directivas comunitarias de las que derivan para adivinar qué norma sería de aplicación.

El artículo 47 LT enumera los derechos de los usuarios finales de los servicios de comunicaciones electrónicas, que serán desarrollados por un real decreto[150]. El legislador prevé el desarrollo de las normas básicas de utilización de los servicios de comunicaciones electrónicas, que determinarán los derechos de los consumidores y usuarios finales. Será a través de un real decreto, en el que se regularán materias referentes casi todas ellas a la relación contractual entre el consumidor y el operador, así como a sus consecuencias jurídicas. Tal y como ha venido señalando la Jurisprudencia Constitucional, corresponde al Estado la competencia exclusiva para legislar sobre las bases de las obligaciones contractuales, en base al artículo 149.1.8 CE. Por tanto, no hay duda de la constitucionalidad de la mayoría de las disposiciones recogidas en el artículo 47 LT. Discrepamos del título competencial que la fundamentan, ya que es el artículo 149.1.8 el que le da cobertura competencial y no el título referente a las telecomunicaciones.

Una mención especial merece el punto d) y h) del artículo 47.1 LT, que hace referencia a la regulación relativa a: *"Los derechos de información de los consumidores que sean personas físicas y usuarios finales, que deberá ser veraz, eficaz, suficiente, transparente y actualizada".* Estos apartados se refieren al derecho de información que corresponde a los consumidores y usuarios y que goza de reconocimiento constitucional[151]. Fue calificado como un derecho

[150] Equivale al ahora derogado artículo 38.2 LGT 2003.

[151] El derecho de información ya fue reconocido en el ámbito comunitario a través del "Primer Programa de la Comunidad Económica Europea, para la protección e información de los consumidores", de 14 de abril de 1975, junto con los restantes derechos básicos de los consumidores, como son: el derecho a la salud y seguridad, el derecho al resarcimiento de daños, el derecho a la protección de los intereses económicos, el derecho de representación y, por último, el mencionado derecho de información y educación. Este catálogo de derechos básicos de los consumidores y usuarios fue posteriormente ratificado en los programas comunitarios, y traspasado a la legislación nacional a través del artículo 51 CE.

instrumental[152]. Este derecho se desarrolló tanto por la LGDCU y ahora en el TRLGDCU, como por las legislaciones autonómicas[153].

Los artículos de la LGDCU referentes al derecho de información fueron objeto del recurso de inconstitucionalidad. El Tribunal Constitucional declaró que los artículos contenidos en el Capítulo IV de la LGDCU, relativos al derecho de información, no serán de aplicación en aquellas Comunidades Autónomas que hayan asumido competencia exclusiva en materia de protección de consumidores y usuarios[154].

Respecto al derecho de información nos surgen dos cuestiones. Primero, si el apartado d) y h) del artículo 47.1 de la LT es de aplicación a las Comunidades Autónomas que ostentan competencia exclusiva en materia de protección de consumidores y usuarios. Segundo, si el Estado es competente para desarrollar dicho precepto con carácter general. Resulta sorprendente que en el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la LGT 2003, no haya sido objeto de recurso el precepto mencionado. La Disposición Adicional Primera del TRLGDCU califica la regulación del derecho de información como legislación básica y su fundamento competencial lo justifica en base a los apartados 1º, 13º y 16º del artículo 149.1 CE. A la vista de la previsión del TRLGDCU quizá deberíamos preguntarnos si la regulación del derecho de información en la norma sectorial de telecomunicaciones también encuentra su fundamento competencial en el artículo 149.1.1 y 13 CE. Recordemos que los fundamentos competenciales, recogidos en las normas, son disposiciones vacías de contenido

[152] La doctrina calificó el derecho de información como un derecho de carácter instrumental. QUINTELA GONÇALVES (1986) p. 94, o FERNÁNDEZ GIMENO (1999) p. 64.

[153] El derecho de información se recoge en los artículos 17 y 18 del Texto Refundido. Hay que señalar, que conforme a la disposición final primera, apartado 2, el primer apartado del artículo 17 y el artículo 18 del texto refundido tienen carácter básico, al dictarse al amparo de las competencias que corresponden al Estado en el artículo 149.1.1ª, 13ª y 16ª de la Constitución española.

[154] Dispone el Tribunal Constitucional, en su Sentencia 15/1989 que: *"Ningún título competencial específico, al margen del relativo a la defensa de los consumidores y usuarios, puede justificar la regulación que se impugna, que se refiere, especialmente, sin precisar en manera alguna su alcance, a las oficinas de información de titularidad pública. Ello mismo obliga a reiterar la regla general de que, siendo válidos los preceptos y, por tanto, no incursos en inconstitucionalidad, su eficacia no alcanzará a aquellas Comunidades Autónomas que, como Cataluña y Galicia, hayan asumido la titularidad de la competencia sobre defensa del consumidor y usuario".*

que no asignan ni determinan la competencia legislativa del órgano. Por ello, en nuestra opinión y siguiendo la doctrina del Tribunal Constitucional analizada, el Estado solo podría legislar en base al título competencial que le corresponde en materia de telecomunicaciones, siempre y cuando su objetivo atienda a tal fin. En caso contrario, la regulación dictada por el legislador estatal, si bien no incurre en inconstitucionalidad, debemos entender que no tendrá eficacia en las Comunidades Autónomas con competencia exclusiva en materia de protección de consumidores y usuarios. Debemos interpretarlo conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional.

También merece una especial atención el apartado 2 del artículo 47 LT. Impone a los operadores la obligación de disponer de un servicios de atención al cliente, gratuito para los usuarios, que tenga por objeto facilitar la información y atender y resolver las quejas y reclamaciones de sus clientes. Es evidente el carácter tuitivo para el usuario que se desprende de la obligación de disponer de un servicio de atención al cliente y, por ello, se ha convertido en una constante en las normas de protección de consumidores tanto estatales como autonómicas. No hay fundamento competencial en el artículo 149.1.21 CE para dicha previsión. Atiende al fin de garantizar la protección de los usuarios de los servicios, sin que haya ninguna especialidad respecto al servicio de atención al cliente de otros sectores que justifique una regulación propia. Podríamos pensar que su fundamento competencial se encuentra en el artículo 149.1.1 y 13 CE, tal y como el legislador afirmó respecto al derecho de información. Sin embargo, creemos que podríamos hacer las mismas objeciones que respecto a la regulación del derecho de información. Sus previsiones no serán inconstitucionales, pero no tendrá eficacia en las Comunidades Autónomas con competencia exclusiva en materia de protección de consumidores y usuarios.

El artículo 48 LT fija los derechos que corresponden a los usuarios finales de servicios de comunicaciones electrónicas en relación a la protección de datos y privacidad, así como en relación a las comunicaciones no solicitadas[155]. El

[155] Era el apartado 3 del artículo 38 LGT 2003 donde se recogían estos derechos. Lo primero que llamaba la atención del precepto era el cambio de denominación del sujeto protegido, pues ya

ejercicio de estos derechos se encuentra limitado cuando las llamadas o comunicaciones se realicen a servicios de urgencia. Tras un breve análisis de su contenido, comprobamos que los derechos se refieren a la protección de datos. La Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal delimita su ámbito de aplicación a los datos de carácter personal[156], entendiendo como tal a cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables, de acuerdo con su artículo 3[157]. Por tanto en aplicación de la Ley Orgánica de Protección de Datos, no solo serán objeto de su protección los datos de los consumidores, sino los datos de cualquier persona física, independientemente de la condición con la que actúe.

Encuentran fundamento competencial en el artículo 149.1.21 CE, los artículos 50 LT (referente a la calidad del servicio), 51 LT (sobre acceso a números o servicios) y 52 LT (que regula las condiciones básicas de acceso por personas con discapacidad) . Su contenido se refiere a las condiciones básicas para la prestación del servicio a personas con discapacidad, a la facultad de fijar los requisitos mínimos de calidad de servicio y establecer el bloqueo del acceso a determinados números o servicios por razón de fraude o uso indebido.

El artículo 53 LT regula los contratos de servicios de comunicaciones electrónicas, a partir de dos momentos en el proceso contractual. En primer lugar y tras la remisión al TRLGDCU, fija la información precontractual que los operadores deben facilitar a los usuarios antes de la contratación. En segundo lugar, delimita el contenido mínimo de los contratos de los servicios de comunicaciones electrónicas y finaliza con la obligación del operador de documentar el contrato por escrito o a través de cualquier soporte duradero. Su

no hablaba de consumidor o usuario, sino que se refería al abonado. La explicación más lógica era que la disposición se encontraba incorrectamente ubicada, pues son derechos que corresponden a cualquier abonado de los servicios de comunicaciones electrónicas, sin que su aplicación se limite a las personas físicas que sean consumidores finales.

156 Fue publicada en el BOE número 298, de 14 de diciembre de 1999.Es el artículo 2 el que establece el ámbito de aplicación de la norma, al disponer que: *"La presente Ley Orgánica será de aplicación a los datos de carácter personal registrados en soporte físico, que los haga susceptibles de tratamiento, y a toda modalidad de uso posterior de estos datos por los sectores público y privado"*.

157 El artículo 3 de la Ley Orgánica de Protección de Datos define al afectado o interesado como la persona física titular de los datos que sean objeto del tratamiento.

objetivo es garantizar que el usuario final conozca de forma clara, comprensible y fácilmente accesible la información y contenido del contrato. Es evidente que su fin es la protección de los usuarios finales. Pero es fácil adivinar que el precepto se fundamenta en una competencia exclusiva del Estado. Aunque dudamos de su encaje en el título de telecomunicaciones, estas dudas se disipan si atendemos a la competencia exclusiva para dictar las bases de las obligaciones contractuales.

En el artículo 54 LT tenemos que distinguir dos partes. En su apartado 1 y 2, faculta el desarrollo reglamentario de la obligación del operador de publicar la información sobre los servicios que prestan. Hace referencia a una obligación genérica de información, no solo para los usuarios finales sino para cualquier posible usuario. Sus previsiones quedarían amparadas en el título competencial de telecomunicaciones.

Los apartados 3 y 4 del artículo 54 LT hacen referencia a la obligación de información que el operador debe facilitar al abonado. Fijémonos que habla de abonado y no de usuario final. Por tanto, la información no tendrá que estar disponible únicamente para los usuarios finales, sino que cualquier abonado podrá acceder a ella. El fin de la norma no es la protección del usuario final, sino que su ámbito de aplicación es más amplio. Por tanto, no incide en la competencia autonómica en materia de protección de consumidores y usuarios. Su fundamento competencial quedaría definido por el título sobre telecomunicaciones.

Se cierra el Capítulo sobre derechos de los usuarios con una referencia a los medios de resolución de controversias entre los operadores y los usuarios finales de los servicios de comunicaciones electrónicas. En el primer apartado del artículo 55 reseña un procedimiento administrativo de resolución extrajudicial de las controversias entre los operadores y los usuarios finales que afecten a los derechos específicos que como usuarios finales les reconoce la

propia LT y su normativa de desarrollo[158]. Este procedimiento ya se contemplaba en la LGT 2003 (artículo 38.1 párrafo segundo) y, precisamente fue objeto de recurso de inconstitucionalidad por la Generalidad de Cataluña, al entender que el establecimiento de procedimientos administrativos de resolución de controversias de los consumidores entra dentro del ámbito competencial autonómico en materia de protección de consumidores y usuarios que corresponde a esa Comunidad Autónoma. Como ya adelantamos, el Tribunal Constitucional desestimó el recurso, al entender que *"La regulación impugnada encuentra natural acomodo, por tanto, en el título competencial recogido en el artículo 149.1.21 CE, al prever un mecanismo de protección especial y reforzada de los consumidores en el ámbito específico de las telecomunicaciones, cuya finalidad última no es otra que asegurar la efectividad del servicio. Con dicha previsión, no se vulnera en modo alguno las competencias de las Comunidades Autónomas, pues no se impide que éstas, dentro del ámbito de sus competencias en materia de consumidores y usuarios, regulen los derechos de los mismos y los procedimientos de resolución de los conflictos que se deriven de los incumplimientos por los operadores en la forma que estimen conveniente"*[159].

El segundo apartado del artículo 55 LT deja a salvo la posibilidad de que los usuarios finales sometan sus controversias al Sistema Arbitral de Consumo, al que parece otorgarle cierta preferencia. Dispone que si las Juntas arbitrales acuerdan conocer sobre la controversia, no será posible acudir al procedimiento administrativo de resolución.

4. Potestad sancionadora en telecomunicaciones

Una vez analizada la normativa existente en materia de protección de los usuarios de los servicios de comunicaciones electrónicas, es el momento de

[158] Aunque el artículo 26 y 27 de la Carta de derechos de los usuarios hacen referencia a los procedimientos de resolución extrajudicial de conflictos, su desarrollo se encuentra en la Orden ITC71030/2007, de 12 de abril, por la que se regula el procedimiento de resolución de las reclamaciones por controversias entre los usuarios finales y operadores de servicios de comunicaciones electrónicas y la atención al cliente por los operadores.

[159] Sentencia 72/2014, de 8 de mayo. El Magistrado Ortega Álvarez formula un voto particular, al discrepar del fundamento jurídico 10, por entender que la impugnación del artículo 38.1 LGT 2003 era susceptible de un análisis más matizado.

preguntarnos a quién le corresponde su aplicación, esto es, a quién le corresponde el ejercicio de la potestad sancionadora, si al Estado o a las Comunidades Autónomas.

La LT no se limita a establecer los derechos de los consumidores, sino que incluye dentro de su régimen sancionador infracciones relativas a la protección de los consumidores y usuarios[160]. Pero la potestad sancionadora no queda reservada a los órganos competentes en materia de protección de consumidores y usuarios, como ocurre en el caso de otra normativa[161]. La LT atribuye al Secretario de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información, a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia o a la Agencia Española de Protección de Datos la potestad sancionadora, dependiendo del tipo de infracción[162]. Esta disposición choca con la competencia autonómica en derecho de consumo. Corresponde a la totalidad de las Comunidades Autónomas la competencia de desarrollo y ejecución en materia de protección de

[160] Entre otros, el art. 77. 37 LT califica como infracción grave: *"La vulneración grave de los derechos de los consumidores y usuarios finales, según lo establecido en el título II de la Ley y su normativa de desarrollo"*.

[161] La Ley 16/2011, de 24 de junio, de Contratos de Crédito al Consumo, dispone en su artículo 34.1 que: *"El incumplimiento de las disposiciones de esta Ley por personas físicas y jurídicas distintas de las previstas en el apartado 2 será sancionado como infracción en materia de consumo, aplicándosele lo dispuesto en el régimen sancionador general de protección de los consumidores y usuarios previsto en el Título IV del libro primero del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, y demás normas aplicables, así como en las normas establecidas en las leyes autonómicas correspondientes".* En el mismo se pronuncia el artículo 24, apartado segundo de la Ley 7/1998, de 13 de abril, de Condiciones Generales de la Contratación.

[162] El artículo 84 LT establece que: *"La competencia sancionadora corresponderá: a) Al Secretario de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información, para la imposición de sanciones no contempladas en los siguientes apartados. 2. A la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, en el ámbito material de su actuación, cuando se trate de infracciones muy graves tipificadas en los apartados 12, 15 y 16 del artículo 76, infracciones graves tipificadas en los apartados 11, 27, 28, 35 y 36 del artículo 77 e infracciones leves tipificadas en el apartado 4 del artículo 78. 3. A la Agencia Española de Protección de Datos, en el caso de que se trate de las infracciones graves del artículo 77 tipificadas en el apartado 37 y de las infracciones leves del artículo 78 tipificadas en el apartado 11 cuando se vulneren los derechos de los usuarios finales sobre protección de datos y privacidad reconocidos en el artículo 48..."*. Llama la atención que otorga la potestad sancionadora a la Agencia Española de Protección de Datos en el caso de vulneración de los derechos de los usuarios, sin distinguir si se refieren a la protección de datos o a otro tipo de derechos.

consumidores y usuarios, tal y como ha afirmado el Tribunal Constitucional a lo largo de su doctrina[163].

Dentro de la legislación estatal, las infracciones y sanciones en materia de protección de consumidores y usuarios se regulan en el Título IV (artículos 46 a 52) del Texto Refundido. Además hay que tener en cuenta el Real decreto 1945/1983, de 22 de junio, por el que se regulan las Infracciones y Sanciones en Materia de Defensa del Consumidor y de la Producción Agroalimentaria, publicado en el BOE de 15 de julio de 1983, que no ha sido derogado por el Texto Refundido, estando en vigor. Todo ello, sin olvidar que las Comunidades Autónomas en el uso de sus competencias, han establecido un régimen propio de infracciones y sanciones en derecho de consumo.

El ejercicio de la potestad sancionadora está limitado por tres principios: el principio de legalidad, el principio de proporcionalidad y, finalmente, el principio de non bis in ídem.

El principio de legalidad obliga a que el régimen sancionador se prevea en una norma con rango de ley. Dentro de norma con rango de ley caben tanto la ley en sentido formal, como el real decreto y el decreto. El principio de legalidad tiene tres vertientes: la atribución de la potestad sancionadora, la tipificación de las conductas y la tipificación de las sanciones. La norma con rango de ley podrá ser desarrollada a través de un reglamento sin vulnerar el principio de legalidad, siempre y cuando se respeten sus tres vertientes[164].

El principio de proporcionalidad obliga, al órgano encargado de imponer la sanción, a que ésta sea proporcional a la infracción cometida y al fin que se persigue con la misma. Este principio opera como un límite efectivo al ejercicio de la potestad sancionadora por parte de la Administración.

Por último, el principio non bis in idem se refiere a que un mismo hecho no puede ser sancionado dos veces por el mismo o distinto órgano. Este principio se recoge en el artículo 46.2 TRLGDCU, al establecer que un mismo hecho no

[163] Entre otras la STC 87/1985, de 16 de julio, STC 137/1986, de 6 de noviembre.
[164] GUILLÉN CARAMÉS (2002) pp. 549 y ss.

podrá producir doble sanción en función de los mismos intereses públicos protegidos.

Si analizamos el catálogo de infracciones recogidas en el artículo 49 TRLGDCU, comprobaremos que el incumplimiento de la protección de los consumidores recogido en la LT y su normativa de desarrollo puede ser tipificado como una infracción en materia de consumo. En ese supuesto, se estaría produciendo un bis in idem, ya que el mismo hecho puede ser sancionado por dos órganos distintos, esto es, el órgano competente en materia de defensa del consumidor y el habilitado para ello por la LT (artículo 84). Para que se produzca el bis in idem es necesario que haya identidad de sujeto, esto es, que el infractor sea el mismo; identidad de hecho, que las sanciones se deriven de la misma acción infractora; y, por último, identidad de fundamento, que se vulnere en los dos casos el mismo interés jurídico protegido, que en este caso sería la protección de los consumidores y usuarios conforme al artículo 51 CE[165].

Planteada la cuestión en la práctica, el legislador nacional aprovechó la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de Mejora en la Protección de los consumidores y usuarios, para intentar darle una solución. Así en su Disposición Adicional Segunda estableció: *"La sanción por las infracciones previstas en la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, corresponderá, en todo caso, a los organismos previstos en el artículo 58 de dicha Ley"*. Conforme al precepto trascrito, corresponderá al órgano designado por la legislación sectorial de telecomunicaciones la competencia para sancionar en materia de protección de los consumidores de servicios de comunicaciones electrónicas. Con este precepto el legislador priva a las Comunidades Autónomas de la potestad sancionadora que le corresponde en base a su competencia en materia de protección de consumidores y usuarios.

[165] Así lo entiende el Tribunal Constitucional en su STC 2/1981, de 30 de enero, al manifestar que: « *el principio general del derecho conocido por non bis in idem supone, en una de sus más conocidas manifestaciones que no recaiga duplicidad de sanciones –administrativa y penal- en los casos en los que se aprecie la identidad de sujeto, hecho y fundamento…* ». Esta postura es compartida por la doctrina, entre otros: GARBERÍ LLOBREGAT (2001) p. 182; y GUILLÉN CARAMÉS (2002) p. 578.

La solución llega con el artículo 47.3 TRLGDCU. Nos aclara la situación, al señalar que las autoridades competentes en materia de consumo sancionarán las conductas de los empresarios de los sectores que cuenten con una regulación específica, tipificadas como infracciones en materia de defensa de los consumidores y usuarios. El precepto describe el supuesto fáctico que se produce con la legislación sectorial de telecomunicaciones.

Los operadores de telecomunicaciones pueden vulnerar los derechos de los consumidores y usuarios, ya sean éstos reconocidos en la legislación sectorial de telecomunicaciones como en la legislación de derecho de consumo. Hasta el momento, se reconocía la competencia para ejercer la potestad sancionadora, únicamente, al órgano sectorial designado por la legislación de telecomunicaciones. Ahora el precepto, reconoce que la competencia corresponde a las autoridades competentes en materia de consumo, esto es, a las Comunidades Autónomas.

VII. CONCLUSIONES DEL CAPÍTULO

I. Es evidente la importancia de los servicios de comunicaciones electrónicas en nuestra sociedad. Cada día aumenta el número de usuarios así como el número de servicios a su disposición. La contratación de los servicios de comunicaciones electrónicas se incrementa día a día, bajo una modalidad contractual propia, esto es, el contrato de servicios de telefonía o de comunicaciones electrónicas.

II. Son tres los títulos competenciales que inciden en la regulación del contrato de servicios de comunicaciones electrónicas. Por una parte, la competencia para establecer las bases de las obligaciones contractuales y la competencia en materia de telecomunicaciones, recogidas respectivamente en el artículo 149.1.8 y 21 CE, ambas competencias exclusivas del Estado. Por otra parte, la protección de consumidores y usuarios, que aunque no se encuentra dentro del listado de competencias previsto en los artículos 148 y 149 CE, se fundamenta en el artículo 51 CE. En nuestra opinión, la protección de los consumidores y usuarios se establece en el artículo 51 CE como un principio

informador del ordenamiento jurídico, que obliga a todos los poderes públicos en el ejercicio de sus competencias. Por ello, entendemos que no debió convertirse en un título material de competencias, sino que debería ser un objetivo o fin a alcanzar por todos los poderes públicos. Precisamente, por no estar incluido en el artículo 149 CE, algunas Comunidades Autónomas asumieron, a través de sus Estatutos de Autonomía, la competencia exclusiva en materia de protección de consumidores y usuarios.

III. La protección de los consumidores y usuarios es una materia pluridisciplinar, como ha venido reconociendo el Tribunal Constitucional. Ello implica que afecta a varios sectores del ordenamiento jurídico, por lo que va a ser difícil delimitar el alcance de las competencias autonómicas en la materia. La competencia autonómica en materia de protección de consumidores y usuarios está limitada por las competencias que corresponden al Estado, no solo a través del artículo 149.1 CE, sino también por otros preceptos constitucionales como el artículo 38 y 139 CE. Por tanto, las normas de protección al consumidor no solo van a estar dictadas por las Comunidades Autónomas, sino que el Estado será competente para dictar normas de derecho de consumo al amparo de alguna de las competencias reconocidas en la CE, como son el artículo 149.1.6 y 8 o el artículo 139 CE.

IV. Las competencias del Estado que afectan a la protección de los consumidores y usuarios, condicionan el ejercicio de las competencias autonómicas en dicha materia. Podemos afirmar que el derecho de consumo autonómico encuentra su mayor desarrollo en el derecho de información que corresponde a los consumidores y usuarios, así como en las medidas ejecutivas de reacción para conseguir la efectiva protección de los consumidores y usuarios. El carácter pluridisciplinar del derecho de consumo y los límites que le impone la propia Constitución provocan que haya una superposición normativa en algunos sectores del ordenamiento jurídico. Así ocurre en la contratación de los servicios de comunicaciones electrónicas, que además de estar regulada por la normativa sectorial de telecomunicaciones, dictada por el Estado al amparo del artículo 149.1.21 CE, se encuentra incluida dentro del ámbito de aplicación de

las normas de protección de consumidores y usuarios, con independencia de que dichas normas sean estatales o autonómicas.

USC
UNIVERSIDADE
DE SANTIAGO
DE COMPOSTELA

CAPÍTULO II

LA CONTRATACIÓN DE LOS SERVICIOS DE TELECOMUNICACIÓN.

I. INTRODUCCIÓN: DISTINCIÓN ENTRE LA CONTRATACIÓN DE SERVICIOS DE COMUNICACIONES ELECTRÓNICAS Y LA CONTRATACIÓN A TRAVÉS DE LOS MEDIOS DE TELECOMUNICACIÓN

La Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, introdujo la nueva regulación comunitaria y profundizó en los principios ya consagrados en la normativa anterior, basados en un régimen de libre competencia, con la aparición de mecanismos correctores que garantizarán la diversidad de operadores en el mercado, la protección de los derechos de los usuarios, la mínima intervención de la Administración en el sector, el respeto de la autonomía de las partes en las relaciones entre operadores y la supervisión administrativa de los aspectos relacionados con el servicio público, el dominio público y la defensa de la competencia[166]. Continuando con esta línea, Ley 9/2014, de Telecomunicaciones profundiza en los criterios de liberalización del sector, libre competencia, de recuperación de la unidad de mercado y de reducción de cargas, de forma que pretende aportar seguridad jurídica a los operadores y crear las condiciones necesarias para la existencia de una competencia efectiva, para la realización de inversiones en el despliegue de redes de nueva generación y para la prestación de nuevos servicios[167].

[166] Así lo establece la Exposición de Motivos de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones.

[167] En este sentido se expresa el legislador en la Exposición de Motivos de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, de Telecomunicaciones. La importancia de garantizar la unidad del mercado quedó patente con la aprobación de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de

La apertura del mercado a la libre competencia tiene como consecuencia la mayor autonomía de las partes en el proceso de contratación, así como una menor o escasa intervención de la Administración en su control. Todo ello, unido a la contratación en masa de los servicios de comunicaciones electrónicas, en las que el operador impone al usuario las condiciones generales, produce un desequilibrio entre los contratantes[168]. El usuario del servicio de telecomunicaciones va a ver como en poco tiempo no solo aumenta el tipo de servicios que van a poder contratar, sino también la complejidad de los contratos. En tales circunstancias, el usuario se encuentra en una posición de inferioridad respecto al operador. Por ello, el legislador ve necesario el reconocimiento de los derechos que corresponden a los usuarios de los servicios de comunicaciones electrónicas. Para dar garantía a los derechos de los usuarios, se regula de forma pormenorizada el contrato formalizado entre el operador y el usuario para la prestación del servicio[169].

Pero antes de entrar a estudiar esta regulación específica, es necesario distinguir los contratos de telecomunicaciones de los contratos a través de medios de telecomunicación. Los contratos de telecomunicaciones son aquellos en los que el operador se compromete a prestar un servicio de comunicaciones electrónicas al usuario que queda obligado al pago del precio estipulado. Es lo que comúnmente conocemos como contrato de telefonía o de servicio

mercado. El legislador califica a la unidad de mercado como un principio económico esencial para el funcionamiento competitivo de la economía española, con el que se pretende garantizar la integridad del orden económico y facilitar el aprovechamiento de economías de escala y alcance de mercado mediante el libre acceso, ejercicio y la expansión de las actividades económicas en todo el territorio nacional garantizando su adecuada supervisión, de conformidad con los principios contenidos en el artículo 139 de la Constitución (artículo 1).

168 CAMPUZANO TOMÉ (2006) p. 693, parte del hecho de que, con carácter general, la relación contractual que une a los usuarios con los prestadores de servicios de telecomunicación constituye una modalidad de contratación con condiciones generales en la que una de las partes (el usuario) se encuentra en una situación de desequilibrio contractual, siendo necesario proporcionarle garantías suficientes para evitar los abusos derivados de tal relación.

169 Prueba de ello es el artículo 47.1.a) de la Ley de telecomunicaciones, al disponer que: *"Los derechos específicos de los usuarios finales de redes y servicios de comunicaciones electrónicas se establecerán por real decreto que regulará: a) el derecho a celebrar contratos por parte de los usuarios finales con los operadores que exploten redes o presten servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público, así como el contenido mínimo de dichos contratos..."*

telefónico[170]. Mientras que si hablamos de contratación a través de medios de telecomunicación nos referimos a aquellos contratos que, con independencia de su objeto, se formalizan utilizando un servicio de telecomunicación. El objeto del contrato puede ser variado, incluso los propios servicios de telecomunicaciones. No estamos ante ningún tipo contractual concreto, sino que nos referimos a una forma de contratación en la cual la vía para la formalización del contrato va a ser la utilización de medios de telecomunicación. En este caso, el contrato puede ser de compraventa, arrendamiento, servicios o de cualquier otro tipo.

La distinción es importante a la hora de saber cuál será la normativa del contrato. El legislador de 2003 elaboró el régimen aplicable a los contratos de servicios de telecomunicación, que se ha traspasado a la actual Ley de Telecomunicaciones. De la misma forma, los contratos formalizados utilizando un servicio de telecomunicación gozan de una regulación específica, en concreto, el contrato de venta a distancia o el contrato celebrado fuera de establecimiento mercantil, sin olvidar la contratación electrónica[171].

Pondremos la atención en nuestro estudio en la contratación de los servicios de telecomunicación, analizando su normativa específica, pero sin olvidar que, como muy bien establece el propio legislador en la Ley de Telecomunicaciones, esta normativa es de aplicación sin perjuicio de las normas de protección de los consumidores y usuarios[172].

El servicio de comunicaciones electrónicas, con frecuencia, se utiliza por un destinatario final para su uso personal o familiar. En este caso, el usuario del

[170] Dentro del contrato de telefonía quedaría incluido el contrato de acceso a Internet, que DE MIGUEL ASENSIO (2011) p. 83, define como aquel en virtud del cual una parte, el proveedor de acceso a Internet facilita a otra, el cliente, la conexión a Internet. El proveedor de acceso otorga al cliente, normalmente a cambio de un precio el acceso a la Red, poniéndolo en disposición de utilizar servicios y aplicaciones de Internet.

[171] Tanto la contratación a distancia como la celebrada fuera de establecimiento mercantil fueron originalmente reguladas por una ley específica, aque ambas regulaciones han sido incorporadas al TRLGDCU y recientemente modificadas para si adaptación a la Directiva 2011/83/UE, sobre los derechos de los consumidores. La contratación electrónica se regula por la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, que ha sufrido numerosas modificaciones, la última de ellas a través de la Disposición final segunda de la propia Ley de Telecomunicaciones.

[172] La Ley de Telecomunicaciones, en adelante LT, se aprobó por la Ley 9/2014, de 9 de mayo y se publicó en el BOE nº 114, de 10 de mayo de 2014.

servicio de comunicaciones electrónicas es además un consumidor, cuya protección se reconoce en el artículo 51 CE y su normativa de desarrollo. Aunque la Ley de Telecomunicaciones no hubiera previsto nada al respecto, la legislación sectorial de consumo es aplicable al concurrir en el usuario del servicio de comunicaciones electrónicas la condición de consumidor.

Pero además de ser de aplicación las normas de protección de consumidores y usuarios, junto a la legislación sectorial de telecomunicaciones también serán de aplicación la legislación civil y administrativa, tal y como reconoce el propio legislador en el artículo 2 del 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 (en adelante Carta de derechos de los usuarios). Esta acumulación legislativa dificulta no solo la aplicación sino también conocer cuál es la norma que rige el contrato del servicio de comunicaciones electrónicas, pues en algunos casos las normas se superponen e incluso llegan a contradecirse[173]. La concurrencia normativa es una constante en nuestro ordenamiento jurídico, al haber optado el legislador español por transponer las directivas comunitarias a través de una solución pequeña, siguiendo la calificación de García Rubio y que hace referencia a la incorporación de las nuevas normas a través de la regulación especial de protección al consumidor, dejando intacta la normativa general[174]. Consecuencia de esta solución es la situación de inseguridad jurídica al coexistir varias regulaciones aplicables para un mismo supuesto[175].

El legislador era consciente de que en un mismo sujeto coincidía la condición de consumidor y la de usuario del servicio de comunicaciones electrónicas. Además, reconoce la existencia de una normativa específica de protección de consumidores y usuarios. Pero pese a todo, optó por recoger la

[173] ALFONSO VELÁSQUEZ (2010) p. 11, deja constancia de la complejidad de la regulación de las telecomunicaciones, en la que inciden no solo el Derecho civil y el administrativo, sino también las normas sobre defensa de los consumidores y protección de derechos fundamentales como el secreto de las comunicaciones o los datos de carácter personal.

[174] GARCIA RUBIO (2004) p. 315.

[175] La opinión de GARCIA RUBIO (2004) p. 322, es compartida por LETE ACHIRICA (2004) p. 197, que califica como una mala técnica legislativa el no tener en cuenta, en la transposición de una directiva, las otras normas ya existentes para derogarlas, refundirlas o integrarlas.

protección que corresponde al usuario de telecomunicaciones. No lo hizo como un servicio más prestado a los consumidores y, por tanto, dentro de la normativa específica ya existente, sino que establece una regulación propia.

A la vista de estas circunstancias, cabe plantearse la necesidad de un Código de Consumo, que se caracterice por la plenitud, unidad y sistemática de la normativa que establece la protección de los consumidores y usuarios[176]. El derecho de consumo reconoce medidas de protección específicas a los consumidores, para salvar el desequilibrio contractual que soporta el consumidor a la hora de contratar con los empresarios. Las medidas protectoras son especiales, al apartarse del régimen general de contratos contenido en el Código Civil. Los derechos reconocidos al consumidor son irrenunciables y, por lo tanto, limitan la autonomía de la voluntad de las partes en el proceso de negociación[177].

Además de estas notas características, la dispersa normativa del derecho de consumo incide en aspectos comunes. Así, se establece una obligación de información precontractual pero con efectos directos en el contrato. Se establece como principio la integración de la oferta, promoción o publicidad en el contrato, aunque no esté reflejada en su clausulado. También se impone un contenido contractual con consecuencias jurídicas en caso de incumplimiento. Y como puntal en la protección de los consumidores se establece la regulación de las cláusulas predispuestas o no negociadas. Se demuestra así que el derecho de consumo se asienta en unos principios determinados a lo largo de su normativa.

[176] GARCIA RUBIO (2002) p. 27, puso de manifiesto que la codificación llevada a cabo a finales del siglo XIX, estaba presente la idea de unificación jurídica a través de los Códigos, lo que suponía tanto la superación del fraccionamiento legislativo de la época anterior y su sustitución por un orden nuevo, como la consecución de una uniformidad jurídica que, a su vez, servía para y se sirve de la implantación de la unidad territorial y económica exigida por el mercado. Esta idea no es la que está presente cuando hablamos de la necesidad de un Código de Consumo, pues en este caso, se trata de una reorganización y unificación de las normas de protección de consumidores que se encuentran dispersas en nuestro ordenamiento jurídico. La misma autora (2014) p. 21, señala que con los Códigos modernos se trata de utilizar una técnica de racionalización y mejora normativa que no podrá ser un monumento estático e inamovible, sino dinámico y abierto, y que en su diseño teórico, puede alcanzar distintos niveles de actuación. Con la nueva codificación se aspira a lograr un modelo de reordenación del sistema, de organización y de consolidación.

[177] Es el artículo 10 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios, el que establece que la renuncia previa a los derechos que esta norma reconoce a los consumidores y usuarios es nula, siendo, asimismo, nulos los actos realizados en fraude de ley de conformidad con lo previsto en el artículo 6 del Código Civil.

Pero aunque los principios son los mismos, no siempre las medidas son coincidentes entre sí.

Parte de la doctrina defiende la necesidad de un Código de Consumo, en el que se establezcan los principios generales de protección de consumidores y usuarios, así como la regulación de la contratación entre consumidores y empresarios[178]. Este código sería aplicable a la totalidad de los supuestos o contratos en los que interviniera un consumidor, evitando así la diversidad legislativa por sectores existente hasta el momento y, de paso, la contradicción entre normas[179].

Pero esta posición no es unánime, al entender algunos autores que en nuestro país no es posible la elaboración de un código de consumo por la distribución de competencias que sobre la materia opera en nuestro sistema, pues mientras las Comunidades Autónomas ostentan competencia (algunas de ellas con carácter exclusivo) para la protección de los consumidores y usuarios, el Estado entra en su regulación en base a varios títulos competenciales atribuidos a través del artículo 149.1 CE (como son el 6 y 8 referentes a la legislación mercantil y a las bases y ordenación de las obligaciones contractuales), así como para salvaguardar los mandatos constitucionales recogidos en los artículos 38 y 139 de la Constitución[180]. Otro obstáculo para la aprobación del Código de

[178] DÍEZ-PICAZO y GULLÓN (1998) pp. 25 y 26, ven en la aprobación de los estatutos de los consumidores, un código de consumo, donde reconocen un nuevo derecho de contratos como una vía de protección de los ciudadanos en cuanto adquirientes o aspirantes a la adquisición y disfrute de bienes y servicios. CÁMARA LAPUENTE (2011) pp. 82, vincula la necesidad de un código de consumo con el concepto de código, pues entiende que el concepto de código tradicional se ha ido superando para dar paso a una nueva concepción como compilación de normas de un sector determinado. Concluye que a las dos preguntas, ¿es el TRLGDCU un Código de consumo? ¿Puede aprobarse en España un auténtico Código de consumo?, hay que responder de forma relativa y dependiendo del concepto de código que se utilice, sin que el apelativo añada mayor virtualidad normativa a la compilación legislativa que se realice -y siempre partiendo de que los valores de coherencia, axiología unitaria, simplificación formal, sistematización y tendencia a la unidad objetiva (ratione materiae) y subjetiva, que adornan la noción tradicional de código son positivos para una tal tarea, aunque no se consiga su carácter omnicomprensivo-.

[179] GARCIA VICENTE (2009) p. 1456, cree razonable la necesidad de refundir y sistematizar las normas del derecho de consumo si se quiere promover la seguridad jurídica para conocer el derecho aplicable y para predecir las decisiones de los operadores jurídicos.

[180] CARRASCO PERERA (2005) pp. 40-42, manifiesta su postura en contra de la creación de un código de consumo.

Consumo es el diferente ámbito de aplicación de las normas de protección de consumidores y usuarios[181]. Baste como ejemplo, que la Carta de derechos de los usuarios no exige, al contrario que el TRLGDCU, que el usuario utilice el servicio para fines personales, bastando que no sea un profesional del sector.

En los países de nuestro entorno, la opción elegida para establecer la protección de los consumidores y usuarios es diversa. Así, mientras algunos países como Francia o Italia han recogido la normativa de protección de consumidores y usuarios en un Código de consumo, Alemania ha optado por integrar las normas protectoras en el Código Civil[182]. En España, hasta el momento, se ha optado por la aprobación de leyes especiales que establecen la protección del consumidor[183].

Con la aprobación del Real Decreto Legislativo 1/2007, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de Consumidores y Usuarios y otras normas complementarias, el Gobierno intenta acercarse a la existencia de un código de consumo[184]. Pero solo se acerca, porque el texto se dicta para dar

[181] Al respecto es clara la postura de RECALDE CASTELLS (2008) pp. 546 y ss, que afirma que la caracterización del derecho del consumo como una rema del ordenamiento en una relación de especialidad con respecto del Derecho común no es posible. Esta conclusión deriva de la imposibilidad de delimitar con precisión los sujetos destinatarios de estas normas.

[182] Esta técnica es la llamada solución grande que supone la inserción de las nuevas normas de protección en el sistema general del Código Civil. GARCÍA RUBIO (2004) pp. 314-315. DÍEZ-PICAZO ((2) 2011) p. 5, nos explica que en la Propuesta de Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos, han optado por seguir las pautas y el rastro de la Ley alemana de modernización a la hora de proponer la inclusión en el texto del Código civil de la mayor parte del moderno Derecho especial, denominado Derecho de consumidores y usuarios en materia contractual. La incorporación de la protección de los consumidores en su Código Civil también ha sido la elección del legislador catalán, que aunque está inconcluso, ha previsto la incorporación de las normas de protección al consumidor a su Libro VI. Hasta el momento estas normas se recogen en un Código de Consumo, aprobado por la Ley 22/2010, de 20 de julio, del Código de Consumo de Cataluña. Así lo ponen de manifiesto MARTÍN CASALS (2011) pp. 491 y ss, y GRAMUNT FOMBUESA (2011), pp. 529 y 530.

[183] PASQUAU LIAÑO (2011) *passim,* analiza la posibilidad de incluir en el Código Civil las normas de protección de consumidores y usuarios, como ha hecho el legislador alemán. Apunta dos obstáculos de técnica legislativa que dificultan la integración, que son: por un lado, la rigidez de las normas de protección de los consumidores que derivan, en su mayoría de directivas comunitarias; y por otro la noción misma de consumidor que delimita el ámbito de aplicación de esta normativa, más restringido que el Código Civil.

[184] Así lo han entendido los redactores de la Propuesta del Código Mercantil, que en su Exposición de Motivos justifican la no incorporación en su propuesta de la protección de los consumidores por haberse promulgado el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, en fecha muy reciente, y tratarse de un texto legal equiparable a un Código sobre la materia.

cumplimiento al mandato recogido en la disposición final 5ª de la Ley de Mejora de la Protección de los Consumidores y Usuarios[185]. Su finalidad es 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.

No es momento de valorar si el Gobierno se extralimitó en sus competencias a la hora de hacer la refundición de las normas de protección de consumidores[186]. Sí que debemos apuntar que la idea de unificación de la normativa de protección de consumidores y usuarios se ha quedado en un mero intento[187]. Pese a los obstáculos para establecer un código de consumo, el Estado tiene competencia exclusiva para establecer las bases de las obligaciones y contratos, tal y como se reconoce en el propio Texto Refundido. Teniendo en cuenta que las principales medidas de la protección de los consumidores y usuarios afectan al "contrato de consumo", hubiera sido posible y deseable una unificación del mismo. Prueba del intento, es que el Texto Refundido dedica su Título I del Libro II a los contratos con los consumidores, recogiendo unas disposiciones aplicables a cualquier contrato en el que intervenga un consumidor. Pero en contra de la unificación de la normativa, ya encontrábamos en el propio título preceptos que se apartan de la regla general[188].

---

185 La Ley de Mejora de la Protección de los Consumidores y Usuario fue aprobada por la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, y publicada en el BOE número 312, de 30 de diciembre. Su disposición final 5ª dispone que: "*Se habilita al Gobierno para que en el plazo de 12 meses proceda a refundir en un único texto la Ley 26/84 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 que tengan que ser refundidos".*

186 REBOLLO PUIG (2011) pp. 19 y ss, analiza la posible extralimitación de la delegación legislativa a la hora de refundir las normas de protección de consumidores y usuarios. MARTÍN CASALS y SOLÉ FELIÚ (2008) pp. 79-111, también cuestionan el cumplimiento riguroso del mandado al Gobierno para refundir las normas de protección de consumidores y usuarios.

187 CÁMARA LAPUENTE (2011) p. 83, afirma que el TRLGDCU ha realizado una codificación parcial del derecho de consumo. Pero califica la codificación como inconclusa, por los obstáculos que supone la pluridisciplinariedad intrínseca del derecho del consumo y la distribución competencial española. Como prueba del intento de codificación señala que alguna resolución judicial ya alude a que con el TRLGDCU se da un paso adelante hacia lo que se ha denominado por la doctrina como un Código de consumo o Estatuto del consumidor: SAP A Coruña 5.5.2008.

188 Así, mientras el artículo 71 del TRLGDCU establecía el plazo para el ejercicio del derecho de desistimiento en siete días hábiles, el artículo 110 del mismo texto recoge un plazo de siete

La idea de la unificación del derecho de consumo está presente en la Directiva 2011/83/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre, sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo. Es la primera Directiva de carácter horizontal, ya que prevé medidas de protección de los consumidores que se aplicarán a cualquier contrato celebrado entre un empresario y un consumidor, con independencia del tipo contractual al que pertenezca[189]. Así, establece la información precontractual obligatoria o disposiciones sobre la entrega de bienes o servicios, aplicables a cualquier contrato de consumo[190]. Cordero Lobato apuntó la posibilidad de que la transposición se realizase a través de la creación de un Código de Consumo que sustituyera al TRLGDCU[191]. La transposición de la Directiva se realiza a través de la Ley 3/2014, de 27 de marzo, sin que la ambiciosa idea de un código de consumo se hiciese realidad. La Ley 3/2014 modifica el TRLGDCU para su adaptación a la Directiva 2011/83/UE.

Con este trabajo estudiaremos la regulación de los contratos de servicios de comunicaciones electrónicas, analizando no solo la normativa sectorial de telecomunicaciones, sino también la aplicación de la normativa existente en materia de protección de consumidores y usuarios.

Pero antes es necesario que hagamos una breve referencia a la Propuesta de Código Mercantil elaborada por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión del año 2013, que incluye en su ámbito objetivo de aplicación (artículo 001-4) los actos o contratos en que intervenga un consumidor, sin perjuicio de la

días naturales para el ejercicio del derecho de desistimiento en el contrato celebrado fuera de establecimiento mercantil. Parece que esta descoordinación ha quedado subsanada con la modificación del TRLGDCU.

189 MARÍN LÓPEZ, M. J. (2012) p.10.

190 El 25 de octubre de 2013 se publicó en el Boletín oficial de las Cortes Generales el Proyecto de Ley por la que se modifica el Texto refundido de la ley general para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias aprobado por el Real decreto legislativo 1/2007. MENDOZA LOSANA (2013) comenta de forma pormenorizada el mencionado Anteproyecto de Ley.

191 CORDERO LOBATO (2012) pp. 108-115.

legislación protectora de los consumidores[192]. Aunque deja a salvo la legislación sectorial de protección de consumidores por considerarlo un texto de reciente promulgación y que puede ser equiparado a un código sobre la materia (Exposición de Motivos apartado 7) I-30), en el apartado 5) VI-31 de la Exposición de Motivos nos aclara que sus disposiciones integrarán las lagunas que puedan existir en la legislación de protección al consumidor, de forma que queda despejada la índole de las normas en el contexto constitucional. Además de las críticas que merecen la inclusión de las relaciones de consumo en un Código Mercantil, nos preguntamos a qué se refiere cuando señala que se aclara la índole de las normas en el contexto constitucional[193]. Además de otras muchas cuestiones que no corresponden a esta sede, parece que al considerar las relaciones entre empresarios y consumidores sometidas al derecho mercantil, la competencia para dictar tales normas correspondería en exclusiva al Estado (artículo 149.1.6 CE), lo que impediría a las Comunidades Autónomas legislar sobre la materia, dejando vacías de contenido las competencias que han asumido a través de sus Estatutos de Autonomía y de acuerdo con el sistema de reparto de competencias previsto en la Constitución[194]. Es clara al respecto la opinión de García Rubio, al señalar que: «la Propuesta está transida, hasta la obsesión, por el deseo de blindar el carácter mercantil del régimen de las obligaciones y los contratos, con el fin reiteradamente confesado de que la competencia legislativa corresponda en exclusiva al Estado y de que, por tanto, ninguna Comunidad

[192] El 30 de mayo de 2014 el Gobierno aprobó la Propuesta de Código Mercantil, que pasa a convertirse en el Anteproyecto de Código Mercantil.

[193] GARCÍA RUBIO (2014) p. 9, considera que la PCM aunque pretende incluir en su regulación los contratos entre empresarios y, entre empresarios y consumidores, deja a salvo las normas de protección de los consumidores, con lo que en realidad ni codifica ni unifica la materia pretendidamente regulada. El GRUPO ACTUALIZA (2014) p. 220, también califica de absolutamente incomprensible la relación que establece entre el Derecho Mercantil y el Derecho de los consumidores. OLIVA BLÁZQUEZ (2014) pp. 51-52, califica de esquizofrénico e inseguro el planteamiento de la Exposición de Motivos, al considerar que sus redactores parecen ignorar que, por un lado, calificar como mercantil a un negocio al consumo no es precisamete algo común en el Derecho privado comparado y, por otro lado, que la tendencia contemporánea no pasa por perpetuar la existencia de un Derecho de la contratación al consumo autónomo, sino por integrar las soluciones del Derecho de consumo en el Derecho civil.

[194] Recordemos lo ya expuesto en el Primer Capítulo de este trabajo sobre la distribución de competencias en la Constitución Española, y la competencia sobre la protección de los consumidores y usuarios.

Autónoma pueda dictar normas propias sobre las obligaciones y contratos basadas en su competencia en materia de legislación civil»[195].

II. REGULACIÓN DE LOS CONTRATOS DE SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES

1. Normativa aplicable: Ley de Telecomunicaciones y su normativa de desarrollo, y el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y normas complementarias

La ahora derogada Ley 11/1998, General de Telecomunicaciones, ya recogía en su artículo 54 los derechos de los usuarios[196].

---

[195] GARCÍA RUBIO (2014) p. 12, califica el razonamiento de sencillo, pues si la materia mercantil es competencia exclusiva del Estado y esta se define de la manera más amplia posible e incluso imaginable, la norma reguladora solo puede ser una norma estatal y nunca podrá ser una norma autonómica basada en la competencia en materia de Derecho civil que algunas Comunidades Autónomas poseen. CABANILLAS SÁNCHEZ (2014) p. 178 y p. 195, se remite a la crítica de esta autora, y considera que en el contrato de obra se debe aplicar en todo caso la normativa del Código Civil, con independencia de que intervenga en su celebración una sociedad mercantil en el desarrollo de su actividad.

[196] El artículo 54 de la Ley 11/1998, de 24 de abril, recogía los derechos de los usuarios, al disponer:

"1. Los operadores de telecomunicaciones y los usuarios podrán someter las controversias que les enfrenten al conocimiento de Juntas Arbitrales de Consumo, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 26/1984, de 1 9 de julio, sobre Defensa de los Consumidores y Usuarios, y en sus normas de desarrollo. Para el supuesto de que no se sometan a las Juntas Arbitrales de Consumo, el Ministerio de Fomento establecerá, reglamentariamente, el órgano competente de dicho Departamento para resolver las repetidas controversias, si así lo solicitan voluntariamente los usuarios y el procedimiento rápido y gratuito al que aquél habrá de sujetarse. La resolución que se dicte Podrá impugnarse ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

2. Las normas básicas de utilización de los servicios de telecomunicaciones accesibles al público en general que determinarán los derechos de los usuarios se aprobarán por reglamento que, entre otros extremos, regulará:

a) La responsabilidad por los daños que se les produzcan.

b) Los derechos de información de los usuarios.

c) Los plazos para la modificación de las ofertas.

d) Los derechos de desconexión de determinados servicios, previa solicitud del usuario.

e) El derecho a obtener una compensación por la interrupción del servicio.

3. Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 37.b), la elaboración y comercialización de las guías de abonados a los servicios de telecomunicaciones se realizará en régimen de libre competencia, garantizándose, en todo caso, a los abonados el derecho a la protección de sus datos personales, incluyendo el de no figurar en dichas guías.

4. En todo caso, los usuarios tendrán derecho a una información fiel sobre los servicios y productos ofrecidos, así como sobre sus precios, que permita un correcto aprovechamiento de los mismos y favorezca la libertad de elección.

5. 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."

Siguiendo a su predecesora, el artículo 38 de la Ley 32/2003, General de Telecomunicaciones, estableció los "derechos de los consumidores y usuarios finales". Su redacción fue recientemente modificada y ampliada a través del Real Decreto-Ley 13/2012, que incorporó dos nuevos preceptos, el 38 bis y 38 ter. De esta forma, se completó la protección de los usuarios finales establecida en la LGT 2003[197]. Los derechos de los usuarios finales son incorporados, sin apenas novedades en su contenido como iremos viendo a lo largo de nuestro trabajo, a la nueva Ley de Telecomunicaciones.

A través del Real Decreto-Ley 13/2012 se incorporó, mediante la modificación de la LGT, el nuevo marco regulador europeo en materia de comunicaciones electrónicas. Sin embargo, la redacción dada al artículo 38 así como la introducción del artículo 38 bis y 38 ter, no supuso innovación alguna en la regulación de los derechos de los usuarios de los servicios de comunicaciones electrónicas, pues salvo la reducción del plazo establecido para la realización del cambio de operador, el resto de medidas ya eran reconocidas por las normas de desarrollo de la propia LGT 2003.

En la Ley 32/2003, General de Telecomunicaciones se amplió el catálogo de derechos otorgados a los usuarios finales. Además de por su extensión, el artículo 38 LGT 2003 podremos recordarlo por ser un cajón de sastre, donde el legislador incluyó toda la regulación que no encajaba en otros títulos de la norma. Así, confundía la protección de los consumidores con la protección de datos que corresponde a todos los usuarios. Aunque la actual Ley de Telecomunicaciones no varía el contenido de los derechos de los usuarios finales respecto a la LGT 2003, si consigue estructurar su regulación. A pesar de la evidente mejora, mantiene entre los derechos de los usuarios finales las medidas previstas para la protección de datos.

[197] La Exposición de Motivos del Real Decreto-Ley 13/2012, de 30 de marzo, por el que se transponen las directivas en materia de mercados interiores de electricidad y gas y en materia de comunicaciones electrónicas, y por el que se adoptan medidas para la corrección de las desviaciones por desajustes entre los costes e ingresos de los sectores eléctrico y gasista, hace notar que la reforma refuerza los derechos de los usuarios, al regular entre otros su derecho a cambio de operador con conservación del número.

Como mencionamos, se establecen determinados derechos que entran dentro de la protección de datos, que no pueden considerarse como de protección de consumidores, pues como la propia norma admite, corresponden a cualquier usuario con independencia de su condición de consumidor[198]. Incluso reconoce la potestad sancionadora por el incumplimiento de los derechos de los usuarios a la Agencia Española de Protección de Datos[199]. De la misma forma, regula la elaboración y comercialización de las guías de abonados, derecho que entra dentro de la categoría del servicio universal.

El artículo 47 LT reconoce los derechos que les corresponden a los usuarios finales de los servicios de comunicaciones electrónicas, que serán desarrollados con posterioridad. Entre los derechos de los usuarios destacan: el derecho a celebrar contratos por parte de los usuarios finales con los operadores así como su contenido mínimo, el derecho a resolver el contrato en cualquier momento, el derecho a cambio de operador con conservación de número, el derecho a la información, derecho de desconexión de determinados servicios, el derecho a la continuidad del servicio y a obtener una compensación automática en caso de interrupción.

El contrato del servicio de comunicaciones electrónicas se regula en el artículo 53 LT, en el que se diferencia por una parte la información precontractual que el operador debe facilitar al usuario final antes de la contratación y, por otra, el contenido mínimo que debe figurar en los contratos. En cuanto a la información precontractual, junto a la prevista en el TRLGDCU, el operador deberá facilitar al usuario final antes de la contratación al menos: la descripción de los servicios y sus posibles limitaciones, los precios y tarifas aplicables, duración de los contratos y causas de resolución, información sobre las restricciones en la utilización del equipo terminal suministrado y las condiciones aplicables a la conservación del número.

[198] Es el artículo 48 LT el que recoge los derechos que corresponden a los usuarios en relación con la protección de sus datos personales y la privacidad en relación con las comunicaciones no solicitadas, con los datos de tráfico y de localización y con las guías de abonado.

[199] Así se prevé en el artículo 84.3 LT.

En el apartado segundo del artículo 53, el legislador fija el contenido mínimo que debe constar en el contrato de forma clara, comprensible y fácilmente accesible. Entre otros, el contrato debe contener las características de los servicios prestados referidas a los niveles mínimos de calidad ofrecidos, los tipos de mantenimiento o la información sobre cualquier condición que limite la utilización del servicio. Además se hará referencia a la decisión del abonado de que sus datos se incluyan en la guía telefónica, la duración del contrato y las condiciones para su renovación o resolución y, el modo de iniciar los procedimientos de resolución de litigios.

Por su parte el artículo 54 LT prevé la regulación a través de real decreto de las condiciones para garantizar que los operadores faciliten a los usuarios información sobre las tarifas aplicables, cambio de las condiciones que limiten el acceso o la utilización de los servicios o sus aplicaciones o, sobre la posibilidad de que los abonados decidan si incluyen sus datos en las guías.

A través de su Disposición transitoria primera, la LT 2014 prevé la aplicación de las normas reglamentarias en materia de telecomunicaciones vigentes con anterioridad a su entrada en vigor o las dictadas en desarrollo de la LGT 2003, hasta que se apruebe su norma de desarrollo. El desarrollo normativo de la LGT 2003 llegó con el Real Decreto 424/2005, de 15 de abril, por el que se aprueba el Reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios (en adelante RGT), que dedicaba su Título VI a regular los "Derechos de los consumidores que sean personas físicas y otros usuarios finales"[200].

Pero el Título VI del RGT ha sido derogado por el 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. La Carta de derechos

[200] El Real Decreto 424/2005 se publicó en el BOE número 102, de 29 de abril de 2005. El legislador advierte en la exposición de motivos de la norma que: *"Este reglamento se dicta al amparo de la competencia exclusiva del Estado en materia de telecomunicaciones, reconocida en el artículo 149.1.21 de la Constitución"*. Es importante tener en cuenta esta previsión, para discernir la aplicación de la norma frente a la legislación autonómica en materia de protección de consumidores y usuarios.

de los usuarios tiene su fundamento en el Acuerdo del Consejo de Ministros de 14 de agosto de 2008, sobre medidas de reforma estructural y de impulso de la financiación de las pequeñas y medianas empresas, en el que se hace notar la necesidad de subsanar los problemas de calidad que persisten en el sector[201].

Tal y como se recoge en su Exposición de Motivos, la finalidad de la Carta de derechos de los usuarios es la transposición de la Directiva 2002/22/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas. Pero esta Directiva ya había sido transpuesta por el Real decreto 424/2005[202].

No hay apenas diferencias en la regulación del Real Decreto 424/2005 con la Carta de derechos de los usuarios. Esta última norma se ha limitado a recoger soluciones puntuales a problemas que surgían en la práctica, sin ni siquiera tener intención de agrupar la normativa existente en el sector en materia de protección de consumidores. El legislador mantiene en vigor las normas sectoriales que podrían haberse integrado en la propia Carta[203]. Con la Carta de derechos de los usuarios era de esperar la unificación y aclaración de la normativa. Pero siguiendo la práctica habitual el legislador, en lugar de dar una regulación completa del sector, se preocupa únicamente de dar solución a los problemas puntuales, creando mayor confusión en la aplicación de la norma. No se conforma con dejar en vigor la dispersa normativa, sino que da soluciones ad hoc que en muchas ocasiones se apartan de la norma general[204].

---

[201] El Acuerdo del Consejo de Ministros se recogió a través de la Orden PRE/2424/2008, de 14 de agosto, publicado en el BOE núm. 197, de 15 de agosto.

[202] ALFONSO VELÁSQUEZ (2010) p. 9, opina que la denominada Carta de Derechos del Usuario de los Servicios de Comunicaciones Electrónicas recoge en un solo cuerpo normativo los derechos y las obligaciones de los usuarios finales y de los operadores, y así completa la transposición de la Directiva 2002/22/CE.

[203] Así, la Disposición transitoria primera de la Carta de derechos de los usuarios dice: "*Continuarán vigentes hasta que, en cumplimiento de lo dispuesto en este Real decreto, sean sustituidas por otras, las siguientes normas (...).*

[204] Como la Orden PRE/361/2002, de 14 de febrero, de desarrollo, en lo relativo a los derechos de los usuarios y a los servicios de tarificación adicional del título IV del Real decreto 1736/1998, de 31 de julio, por el que se aprueba el Reglamento por el que se desarrolla el título III de la Ley general de Telecomunicaciones, modificado por la Orden PRE/2410/2004, de 20 de julio, o la Orden ITC/1030/2007, de 12 de abril, por la que se regula el procedimien-

Con la aprobación de la nueva Ley de Telecomunicaciones, intuimos un próximo desarrollo normativo que sustituya a la Carta de derechos de los usuarios[205]. Pero debemos advertir que con pocas novedades, pues salvo la reducción del plazo para el cambio de operador con conservación de número, las previsiones contenidas en la Ley de Telecomunicaciones ya se encuentran previstas en la Carta de derechos de los usuarios, tal y como veremos en su posterior análisis.

Es el artículo 2 de la Carta de derechos de los usuarios el que recoge el ámbito de aplicación de la norma, al señalar: *"Serán titulares de los derechos reconocidos en este Real Decreto, en las condiciones establecidas en el mismo, los usuarios finales de servicios de comunicaciones electrónicas. Los operadores estarán obligados a respetar los derechos reconocidos en esta disposición. Los derechos reconocidos en este Real decreto son adicionales y compatibles con lo dispuesto en otras normas aplicables y, en especial, en el texto refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real decreto legislativo 1/2007, de 16 de noviembre y, así mismo, en la legislación dictada por las Comunidades Autónomas en el ejercicio de sus competencias sobre protección general de consumidores y usuarios".*

Al igual que el segundo párrafo del artículo 46 LT, la Carta de derechos de los usuarios deja a salvo la normativa sobre protección de consumidores y usuarios[206]. Es más, el legislador declara que los derechos reconocidos en la

to de resolución de las reclamaciones por controversias entre usuarios finales y operadores de los servicios de comunicaciones electrónicas y la atención al cliente por los operadores, entre otros, cuya normativa se encuentra comprendida en la regulación establecida por la Carta de derechos del usuario.

[205] Prueba de ello, son las constantes remisiones al desarrollo de los derechos que reconoce por un real decreto. Así el artículo 38.2 LGT dispone que las normas básicas de utilización de los servicios de comunicaciones electrónicas determinarán los derechos de los consumidores que sean personas físicas y otros usuarios finales se aprobarán por real decreto. Finaliza el apartado 2 del artículo 38, con una mención al reglamento que podrá ampliar la aplicación del régimen de protección de consumidores y usuarios finales a otras categorías de usuarios.

[206] Es plausible que, con la nueva Ley de Telecomunicaciones, el legislador renovará la remisión normativa al TRLGDCU, pues hasta este momento el legislador no supo aprovechar la modificación del artículo 38 LGT para actualizar la referencia a la normativa de protección de consumidores y usuarios. En el apartado 8 del artículo 38 se conservaba la remisión a la Ley

Carta son adicionales y compatibles con lo dispuesto por otras normas aplicables, no solo de ámbito nacional sino también autonómico[207]. Por tanto, la protección de los usuarios de servicios de comunicaciones no solo es la recogida por la LT y sus normas de desarrollo, sino que también tendremos que atender a las demás normas del ordenamiento jurídico que sean de aplicación, poniendo especial atención a las normas de protección de consumidores y usuarios[208]. A la dispersión legislativa en la regulación de la protección de los usuarios de servicios de comunicaciones electrónicas, hay que sumar la aplicación de las normas destinadas a la protección de los consumidores y usuarios[209].

Como norma de referencia cabe señalar, al igual que lo hace el legislador, el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de Consumidores y Usuarios y otras normas complementarias. Su Libro II está dedicado a regular los contratos celebrados con consumidores, siendo igualmente de aplicación si el objeto del contrato es un servicio de comunicación. De la misma forma, serán de aplicación los Capítulos IV y V del Título I, del Libro I, dedicados a regular los derechos de información, formación y educación y la protección de los legítimos intereses económicos de los consumidores y usuarios, así como el régimen de infracciones y sanciones recogido en la norma.

Pero el legislador también se refiere a la norma autonómica. Teniendo en cuenta lo expuesto en el Capítulo I del presente estudio, la mayoría de las Comunidades Autónomas han dictado una norma de protección de consumidores

26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuario, ya derogada y sustituida por 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 consumidores y usuarios y otras normas complementarias.

207 Esta previsión también se recogía en el ahora derogado artículo 102.2 del Reglamento de telecomunicaciones, al disponer: *"Lo dispuesto en este título se entiende sin perjuicio de lo dispuesto en otras normas aplicables y, en especial, de la Ley 26/1984, de 19 de julio, general para la defensa de los consumidores y usuarios, y de la legislación autonómica dictada en esta materia".*

208 GARCÍA VICENTE (2009) pp. 1446-1449, ya destacó la naturaleza transdisciplinar del derecho de consumo, al concurrir normas de protección de derecho público y de derecho privado.

209 Así lo reconoce MONTERO PASCUAL (2007) p. 253, cuando afirma que la celebración de contratos entre operadores y usuarios finales para la prestación de los servicios de telecomunicaciones se regirá por las normas aplicables, en especial las relativas a las de defensa de los consumidores y usuarios.

y usuarios. Tal y como hemos puesto de manifiesto en el primer Capítulo, la regulación autonómica sobre protección de consumidores son fundamentalmente normas administrativas con efectos jurídico-públicos[210]. Cabe destacar la aplicación de la regulación del derecho de información y de los sistemas de reclamación, previstos en las normas autonómicas, a los contratos de servicios de comunicaciones electrónicas.

Alejándonos de las normas propiamente de protección de consumidores y usuarios, también serán de aplicación a los contratos de comunicaciones electrónicas la regulación de los servicios de comunicaciones electrónicas[211], así como la importantísima regulación de las condiciones generales de la contratación[212].

Por último debemos, de nuevo, hacer referencia a la Propuesta de Código Mercantil elaborada por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación del año 2013 (ahora Anteproyecto), que dentro del Título dedicado a los contratos de prestación de servicios mercantiles y sobre bienes inmateriales, dedica su Capítulo II a regular los contratos para las comunicaciones electrónicas. Nada aclara la Exposición de Motivos (apartado VI-14) sobre la inclusión de este tipo contractual en el Código Mercantil, en la que tan solo se limita a señalar que la especialidad que caracteriza al contrato de

[210] Ver apartado 5.1 del Capítulo I. GARCÍA VICENTE (2009) p. 1445, advierte que el derecho autonómico de consumo está constituido principalmente por normas jurídico públicas. No regulan tipos contractuales, deberes, derechos o remedios en el contrato. Entiende que la regulación autonómica en derecho de consumo es muy abundante y a menudo superflua, aunque a veces trata aspectos relevantes, sobre todo en relación a los deberes de información, así como las normas administrativas de inspección y control. REBOLLO PUIG (2011) p. 45, va más lejos, y afirma que la competencia autonómica en materia de defensa del consumidor se constriñe al derecho administrativo, al quedar excluido todos los aspectos que puedan tener cabida en el artículo 149.1 CE. CORDERO LOBATO (2012) p. 111, se pronuncia en el mismo sentido, cuando se plantea la posibilidad de que las Comunidades Autónomas transpongan la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre, sobre los derechos de los consumidores. Tras afirmar que a las Comunidades Autónomas le corresponde la competencia para dictar la normativa en materia de protección de consumidores con efectos jurídico-públicos, y al Estado se le reserva la competencia para regular las consecuencias jurídico-privadas; las autonomías solo serán competentes para disponer el régimen jurídico-público aplicable a los aspectos regulados por la Directiva 2011/83/UE.

[211] Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico, publicada en el BOE nº 166, de 12 de julio de 2002.

[212] Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación, publicada en el BOE núm. 89, de 14 de abril de 1998.

prestación de servicios de comunicaciones electrónicas es que el servicio no se presta a través de una actuación personal, sino que se trata de servicios proporcionados por medios tecnológicos adecuados.

Si nos fijamos en la definición que nos ofrece en su artículo 532-2 del contrato de servicio de comunicación electrónica, diríamos que su regulación es directamente aplicable al contrato objeto de nuestro estudio que, al igual que ocurre en el caso de los contratos con consumidores, reciben en este texto (artículo 532-1) la calificación de ser siempre contratos mercantiles[213]. Debemos hacer hincapié en la crítica que merece el empeño de mercantilizar toda actividad económica, tal y como se viene haciendo con la Propuesta de Código Mercantil[214]. No hay explicación alguna que justifique la consideración de mercantil de todos aquellos contratos en que intervenga un empresario, independientemente de que la contraparte sea otro empresario o un consumidor. Su única finalidad parece ser la de vetar la entrada a las competencias legislativas de las Comunidades Autónomas, ya que al ser calificado como mercantil su competencia le corresponde en exclusiva al Estado, en base al artículo 149.1.6 CE[215]. Tal y como expone García Rubio, la expansión del derecho mercantil además de contradecir las corrientes doctrinales y la jurisprudencia, vulnera los principios constitucionales del reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, al pretender

[213] El artículo 532-2 dispone que por el contrato mercantil de servicio de comunicación electrónica el prestador, a cambio de una remuneración, se obliga frente al cliente a suministrarle el acceso a la red pública de comunicaciones electrónicas para la transmisión de datos o información. Es en el artículo 532-1, apartado 1º, en el que se establece que los contratos de este capítulo son siempre mercantiles.

[214] CABNILLAS SÁNCHEZ (2014) p. 194, afirma que la distinción entre contratos civiles y contratos mercantiles carece de razón de ser, si no es por un homenaje a la tradición. En el mismo sentido se pronuncia OLIVA BLÁZQUEZ (2014) p. 39, cuando afirma que la opción legislativa de regular el régimen de las obligaciones y contratos mercantiles resultas desafortunada, por tratarse de una elección desfasada y contraria al proceso de modernización y unificación del Derecho contractual privado que está teniendo actualmente lugar en el mundo, y, muy especialmente, en Europa.

[215] GARCÍA RUBIO (2014) pp. 10 y 12, ya nos advierte que « (…) resulta poco coherente la obsesión de la PCM por incluir las relaciones empresario/consumidor (...)»., y que la Propuesta pretende blindar el carácter mercantil de las obligaciones y los contratos, con el fin reiteradamente confesado de que la competencia legislativa corresponda en exclusiva al Estado y de que, por tanto, ninguna Comunidad Autónoma pueda dictar normas propias sobre las obligaciones y contratos basadas en su competencia en materia de legislación civil.

regular las bases de las obligaciones contractuales bajo la competencia exclusiva de la legislación mercantil del artículo 149.1.6 CE, cuando éstas se encuentran incluidas en el artículo 149.1.8 CE como competencia compartida[216].

2. Superposición con la normativa del contrato celebrado a distancia o celebrado fuera de establecimiento mercantil

La Carta de Derechos fija la regulación del contrato de servicio de comunicaciones electrónicas. Pero es habitual que la contratación de los servicios de comunicaciones electrónicas se realice a través de medios telemáticos, esto es vía telefónica o Internet. También es habitual que la contratación se realice tras la visita de un comercial del operador al domicilio del consumidor. En estos casos, nos encontramos ante contratos celebrados a distancia o fuera de establecimiento mercantil, que definen una nueva forma de contratación. Se caracterizan porque el contrato no se celebra en el local o establecimiento habilitado por el empresario, apartándose así del sistema tradicional; sino que al contrario, se celebrará sin la presencia física de ambas partes o en el domicilio del consumidor.

La doctrina reconoce, en la contratación a distancia o fuera de establecimiento, el riesgo de incumplimiento o de decepción, ya que el adquiriente no podrá comprobar hasta la recepción del bien o la efectiva prestación del servicio, que éste concuerda con lo contratado[217]. Además, el

[216] GARCÍA RUBIO (2014) pp. 17 y ss, finaliza su argumentación afirmando que « (…) considera que las normas básicas en materia de obligaciones contractuales son, según el tenor literal de la Constitución española, legislación civil y están atribuidas a la competencia exclusiva del Estado por la vía del artículo 149.1.8 CE. Que la delimitación de lo que sea o no básico no resulte fácil de hacer y que existan zonas grises en las que resulte discutible la competencia estatal o autonómica derivada de la pluralidad de legislaciones civiles existentes y constitucionalmente reconocidas en España, no es razón legítima para que el legislador estatal huya de las exigencias constitucionales, tratando de cortar por lo sano, esto es cambiando el título competencial y declarando unilateralmente buena parte de la materia contractual básica como mercantil para así autoconcederse determinado poder normativo exento de dudas que es, precisamente, lo que hace esta PCM». CABANILLAS SÁNCHEZ (2014) p. 178, reconoce que la regulación de la Propuesta de Código Mercantil tiene una notable incidencia en la aplicación del Código Civil.

[217] GARCÍA VICENTE (2009) pp. 1559 y 1572, señala que los rasgos que definen al contrato a distancia son que no haya presencia física simultánea de los contratantes y tampoco del objeto del contrato, por lo que el riesgo principal de este modo de contratar es la divergencia entre la prestación esperada (en virtud de su descripción) y la finalmente ejecutada. Desinformación e insatisfacción (o decepción) son los problemas que pueden padecer el consumidor que contra-

consumidor va a adquirir de forma impulsiva, sin comparar el bien o servicio con los restantes ofrecidos en el mercado. Y especialmente, en la contratación celebrada fuera de establecimiento mercantil, el consumidor se verá intimidado por la actitud agresiva del empresario en el momento de la contratación[218].

Para contrarrestar el riesgo de incumplimiento o decepción, la norma prevé varias medidas protectoras para el consumidor, que tienden a minimizar el riesgo que conlleva este tipo de contratación. Cabe destacar entre las medidas de protección, el reconocimiento de un derecho de desistimiento a favor del consumidor, además de la exigencia de requisitos, tanto formales como de contenido, exigibles en el contrato[219].

El legislador comunitario refuerza la protección que merecen los consumidores en la contratación celebrada a distancia o fuera de establecimiento mercantil, a través de la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del

ta de ese modo. Este mismo autor justifica la existencia del derecho de desistimiento en el contrato celebrado fuera de establecimiento mercantil, por la débil posición en la que se encuentra el consumidor, al estar desprevenido, sorprendido y desinformado. En el mismo sentido se pronuncian BUSTO LAGO (2008) pp. 229 y ss; MIRANDA SERRANO (2011) pp. 1570 y ss; y, ARROYO I AMAYUELAS (2011) pp. 998 y ss.

[218] El Tribunal Supremo en su Sentencia 4085/2013, de 10 de julio de 2013, reconoce los motivos que hacen necesario la existencia de un derecho de desistimiento en algunos contratos formalizados por consumidores. Así señala que: *"...el desistimiento es una excepción al principio "pacta sunt servanda" (arts. 1091, 1255 y 1256, entre otros del C. Civil), en cuanto que al desistir no se precisa justificación alguna, sino que es una expresión de la mera voluntad del consumidor, al que la normativa de la UE sobre protección del consumidor, le ofrece la posibilidad excepcional, en un breve plazo, de abandono o desvinculación de la relación contractual, dicho término se fija para permitir que el consumidor evalúe detenidamente las obligaciones contraídas, y ello, porque en determinados contratos, concurren técnicas agresivas de venta que impiden una opción serena en base a la creación de un clima colectivo de insistencia agobiante, ofertas momentáneas de regalos, proposiciones verbales no reflejadas contractualmente, ausencia de posibilidad de comparación de precios y productos, etc. Estas prácticas han conllevado que el desistimiento sin causa o "ad nutum" sea regulado, en virtud de la transposición de las correspondientes directivas de la UE, en materias como el aprovechamiento por turno de bienes inmuebles, venta a distancia, venta fuera de los establecimientos mercantiles, venta a distancia de servicios financieros, viajes combinados, o se haya utilizado en la normativa de la venta de bienes muebles a plazos..."*. En el mismo sentido, se pronuncia la Sentencia de la Audiencia provincial de Alicante de 17 de octubre de 2000.

[219] GARCÍA RUBIO (1994) pp. 276-277, afirma que en los contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles se pone en cuestión el principio de la fuerza obligatoria de las convenciones, por lo que se instaura un nuevo sistema cuya pieza clave es el derecho del consumidor a retractarse del contrato en un plazo determinado. Para garantizar ese derecho, impone al empresario la obligación de informar por escrito del mismo, retornando así al formalismo como garante de la información y protección del contratante más débil.

Consejo, de 25 de octubre de 2011[220]. Junto a unas disposiciones generales aplicables a cualquier contrato de consumo, establece un régimen común aplicable a los contratos celebrados a distancia y a los contratos celebrados fuera de establecimiento mercantil, al unificar las medidas protectoras reconocidas a los consumidores. Vuelven a destacar como medios de protección la información precontractual (artículo 6), los requisitos formales (artículos 7 y 8) y el derecho de desistimiento fijando como único plazo para su ejercicio el de 14 días naturales.

Era evidente la necesidad de que el legislador español adaptara la normativa nacional a la nueva Directiva[221]. Así se hizo con la Ley 3/2014, por la que se modifica el TRLGDCU. A pesar de la aparente unificación de su regulación el contrato celebrado a distancia y el contrato celebrado fuera de establecimiento mercantil siguen siendo dos tipos contractuales distintos. Salvo las disposiciones relativas a la información precontractual y al derecho de desistimiento en el que se fija un plazo único para ambos contratos, cada uno de los tipos contractuales conserva su regulación propia[222].

Empezando por el contrato celebrado fuera de establecimiento mercantil, su regulación llegó a través de la Ley 26/1991, de 21 de noviembre, sobre

[220] La Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, fue publicada en el DOCE nº304, de 22 de noviembre de 2011. RALUCA STROIE (2012) pp. 3 y 4, analiza el contenido de la Directiva 2001/83/UE, poniéndolo en relación con la Propuesta elaborada en el 2008. De su trabajo podemos extraer la idea de que, a pesar de la ambición de la Propuesta del 2008 de unificar la regulación de la protección de los consumidores y usuarios a través de una armonización máxima, el texto final de la Directiva simplemente se limita a unificar la regulación del contrato a distancia y celebrado fuera de establecimiento mercantil, sin que el nivel de armonización esté totalmente garantizado, al admitir la aplicación de disposiciones más estrictas por parte de los Estados miembros.

[221] MENDOZA LOSANA (2013) aborda el estudio del Anteproyecto de Ley por la que se modifica el TRLGDCU, que fue aprobado por el Consejo de Ministros el 19 de abril de 2013.

[222] No era necesario una previsión específica para estos tipos contractuales al coincidir con la obligación de información precontractual que con carácter general en la contratación de los consumidores establece el artículo 60 TRLGDCU. ZURILLA CARIÑANA (2014) p. 74, comparte esta opinión. Ocurre lo mismo en cuanto a la regulación del derecho de desistimiento, en el que sería suficiente el reconocimiento de este derecho al consumidor que contrate a distancia o fuera de establecimiento mercantil, con una remisión a las disposiciones que con carácter general regulan tal derecho. Lo plausible hubiera sido no reiterar las disposiciones comunes, resaltando únicamente las especialidades derivadas de dichos tipos contractuales.

contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles. Incorporó a nuestro ordenamiento la Directiva del Consejo de las Comunidades Europeas 85/577, de 20 de diciembre, referente a la protección de los consumidores en el caso de contratos negociados fuera de establecimientos mercantiles[223]. En la actualidad su regulación se ha incorporado al Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, que deroga la Ley 26/1991. Se caracteriza porque es el empresario, por propia iniciativa, el que acude al consumidor para ofrecerle los bienes o servicios, ya sea directamente a su domicilio o a su centro de trabajo[224]. Con la anterior regulación la contratación fuera de establecimiento mercantil debía ser a iniciativa del empresario, tal y como se preveía en el ahora derogado artículo 107.b) TRLGDCU, cuando excluía de su aplicación a aquellos contratos que pese a celebrarse en el domicilio del consumidor o en su centro de trabajo, la visita del empresario respondía a una solicitud expresa del consumidor[225]. Esta exigencia desaparece en la nueva regulación del contrato celebrado fuera de establecimiento mercantil y, en consecuencia, la regulación siempre será de aplicación con independencia que la iniciativa de la contratación venga del consumidor o del empresario[226].

---

[223] Así, la Exposición de Motivos de la Ley 26/1991, de 21 de noviembre, sobre Contratos Celebrados Fuera de Establecimientos Mercantiles, disponía que: *"La presente Ley tiene por objeto la incorporación al Derecho español de la Directiva del Consejo de las Comunidades Europeas 85/577, de 20 de diciembre, referente a la protección de los consumidores en el caso de contratos negociados fuera de establecimientos mercantiles. La Directiva establece un conjunto de medidas de protección al consumidor por entender que, en los contratos que se celebren fuera del establecimiento del comerciante, concurren circunstancias de iniciativa de éste y de imposibilidad de comparación de la calidad y el precio de la oferta que pueden determinar la existencia de prácticas comerciales abusivas".*

[224] LASARTE ÁLVAREZ (2007) p. 189, define el contrato celebrado fuera de establecimiento mercantil como la política de venta de los empresarios de tomar la iniciativa de un contacto directo y físico con los consumidores finales, y en proponerles bienes o servicios, en su domicilio, en su trabajo, y más generalmente fuera de los locales habitualmente reservados a la venta en los cuales el consumidor se presenta por su propia voluntad. Similar definición nos ofrece REYES LÓPEZ (1999) p. 199, al señalar que su razón responde a que, normalmente, en los contratos celebrados fuera de establecimiento mercantil, el comerciante toma la iniciativa de las negociaciones y presiona al consumidor, que no puede comparar las condiciones de la oferta, para que contrate.

[225] MIRANDA SERRANO (2011) pp. 1596 y ss, señala al elemento locativo, esto es que se celebre en un lugar distinto del establecimiento mercantil del empresario, como uno de los rasgos que definen el contrato celebrado fuera de establecimiento mercantil.

[226] En la Exposición de Motivos, el legislador justifica la nueva definición de por el hecho de que, fuera del establecimiento, el consumidor podría estar bajo posible presión psicológica o

La principal diferencia entre el contrato celebrado fuera de establecimiento mercantil y el contrato a distancia es que, en el primero, en el proceso de contratación el empresario y el consumidor tienen un encuentro físico o personal, mientras que en el contrato a distancia no se produce ese contacto físico entre los contratantes[227].

Pretendiendo ir un paso por delante de la normativa comunitaria, la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista recogió, por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico, la regulación de las ventas a distancia[228]. Pero su regulación fue rápidamente modificada por la Ley 47/2002, de 19 de diciembre, 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 1997/7/CE, en materia de contratos a distancia, y para la adaptación de la ley a diversas directivas comunitarias[229]. La normativa recogida hasta el momento se limitaba a regular las "ventas a distancia", aunque hacía extensible su regulación a la contratación de servicios siempre que el contratante tuviese la condición de consumidor, a través de su Disposición Adicional Primera. Teniendo en cuenta, que la Directiva 1997/7/CE recogía una norma de protección de consumidores y usuarios, el Texto Refundido de la Ley General de Consumidores y Usuarios y otras normas complementarias incorpora la regulación de los "contratos a distancia" a través del Título III de su Libro II. Pero se dejó a salvo la regulación de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista, que sería aplicable a las ventas a distancia en las que no interviniera un consumidor[230].

La regulación de la contratación a distancia era, en el ordenamiento español, cuanto menos caótica, como consecuencia de la idea del legislador

verse enfrentado a un elemento de sorpresa, con independencia de que haya solicitado o no la visita del empresario.

227 Así lo entiende LASARTE ÁLVAREZ (2007) pp. 209-210.

228 Publicada en el BOE núm. 15, de 17 de enero de 1996.

229 La Ley 47/2002 se publicó en el BOE núm. 304, de 20 de diciembre de 2002.

230 Tenemos que poner nuestra atención en que mientras que la Ley 7/1996, de Ordenación del Comercio Minorista regulaba únicamente el contrato de venta a distancia (con la excepción de que podría aplicarse a la contratación de servicios si en el contrato intervenía un consumidor), el TRLGDCU establece la regulación de la contratación a distancia, con independencia del objeto del contrato.

español de innovar en una materia, la contratación a distancia, no regulada hasta el momento. En la elaboración de la Ley 7/1996 se introduce la regulación de la venta a distancia siguiendo a los proyectos de directivas elaborados hasta la fecha para regular los contratos celebrados a distancia. Como bien ha señalado la doctrina, la regulación de la Ley 7/1996 era equívoca y poco acorde con las propuestas de directivas[231]. En primer lugar, no se adecuaba al ámbito de aplicación de la Directiva, pues ésta se dictaba dentro de las políticas de protección de los consumidores. Además, no se regulaba la contratación a distancia, aplicable a cualquier tipo de contrato que se formalizará sin la presencia simultánea de ambas partes; sino que se trataba la venta a distancia, aplicable a las compraventas.

Para la transposición de la Directiva 1997/7/CE cabía la posibilidad de dictar una norma específica para regular la contratación a distancia. Pero el legislador decidió modificar la regulación existente, complicando una vez más su aplicación. Regula las ventas a distancia, pero para dar cumplimiento a la Directiva, hace extensiva su regulación a los contratos de servicios, siempre y cuando frente al empresario actúe un consumidor, en cuyo caso la normativa tendrá carácter imperativo.

Pero el legislador no se conforma con esta situación, sino que integra la regulación del contrato a distancia en el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, eso sí, manteniendo vigente la regulación de las ventas a distancia para los contratos en los que no intervenga un consumidor[232]. Así, si frente al empresario actúa un consumidor, se aplicará imperativamente la regulación del TRLGDCU. Mientras la regulación de la Ley 7/1996 será aplicable únicamente a los contratos de venta a distancia y no de

[231] Así lo señala MIRANDA SERRANO (2011) pp. 1449 y ss.
[232] ARROYO APARICIO (2010) pp. 43-46, también se sorprende de la duplicidad de regímenes subsistentes tras la aprobación del TRLGDCU.

cualquier otro tipo, entre dos profesionales que no hubieren dispuesto nada al respecto, pues su normativa es dispositiva[233].

Esta situación se mantuvo hasta la reciente Ley 3/2014 por la que se modifica el TRLGDCU, que en su Disposición Derogatoria Única elimina la regulación del contrato de venta a distancia previsto en los artículos 39 a 48 de la Ley 7/1996, de Ordenación del Comercio Minorista. La Ley 7/1996, únicamente conserva el artículo 38 en el que se remite a la regulación del TRLGDCU para la calificación de las ventas a distancia[234].

Es el artículo 92 TRLGDCU el que define al contrato celebrado a distancia como aquellos celebrados en el marco de un sistema organizado de venta o prestación de servicios a distancia, sin la presencia física simultánea del empresario y del consumidor y usuarios, y en el que se hayan utilizado exclusivamente una o más técnicas de comunicación a distancia hasta el momento de la celebración del contrato y en la propia celebración del mismo[235]. Las condiciones necesarias para ser un contrato celebrado a distancia son, en primer lugar, que el contrato se celebre sin la presencia física simultánea de ambos contratantes; en segundo lugar, que la oferta y aceptación se realicen a través de una técnica de comunicación a distancia; y por último, que sea dentro de un sistema de contratación organizado por el empresario. Si se cumplen estos requisitos, al contrato se le aplicará la regulación recogida en el TRLGDCU.

La regulación del contrato a distancia no se agota con el TRLGDCU. Como bien señala el artículo 94 TRLGDCU, en la contratación a distancia por medios electrónicos, se aplicará además la normativa específica sobre servicios de la sociedad de la información y comercio electrónico. Nos remite así a la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de

[233] MIRANDA SERRANO (2011) p. 1462, aclara que la regulación de la venta a distancia recogida en la Ley de ordenación del comercio minorista solo será aplicable cuando la venta se realice en el ámbito del comercio minorista, esto es para un consumo empresarial.

[234] Podemos comprobar como en el artículo 38 de la Ley 7/1996 se mantiene el concepto de venta a distancia (no el de contrato a distancia). Es lo coherente con la norma que lo contiene, pues únicamente regula las ventas.

[235] Tendrán la consideración de técnicas de comunicación a distancia, entre otras: el correo postal, Internet, teléfono o el fax.

Comercio Electrónico, que dedica su Título IV a la contratación por vía electrónica[236]. La doctrina mayoritaria entendió que, en aplicación del principio de ley especial frente a ley general, en caso de colisión entre las disposiciones de ambas normas se aplicará la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y Comercio Electrónico[237].

La Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y Comercio Electrónico define, en su anexo, el contrato celebrado por vía electrónica o contrato electrónico como: *"todo contrato en el que la oferta y la aceptación se transmiten por medio de equipos electrónicos de tratamiento o almacenamiento de datos, conectados a una red de telecomunicaciones"*. El contrato electrónico es un tipo de contrato a distancia, al que se le aplicará la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y Comercio Electrónico y, en lo no dispuesto en aquella, la regulación de los artículos 92 y siguientes del TRLGDCU.

Ya advertimos que en muchas ocasiones la contratación de los servicios de comunicaciones se realiza a través de contratos a distancia o celebrados fuera de establecimiento mercantil. En estos supuestos, su regulación entra en juego en la contratación, siendo aplicable a la contratación de los servicios de comunicaciones electrónicas. Va a producirse una superposición de normas, ya que se producen coincidencias entre algunos de los requisitos de la contratación exigidos tanto por la Carta de derechos de los usuarios de los servicios de comunicaciones así como por el TRLGDCU. Con posterioridad, analizaremos la aplicación de la normativa de venta a distancia y contrato celebrado fuera de establecimiento mercantil, cuando el objeto de la contratación sea un servicio de comunicaciones electrónicas.

---

[236] La Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico, fue publicada en el BOE nº 166, de 12 de julio de 2002.

[237] MIRANDA SERRANO (2011) pp. 1463-1464, defiende la aplicación del principio de ley especial frente a ley general, cuando haya una contradicción entre dos normas aplicables. Si no hubiese conflicto, ambas normas serían aplicables de forma concurrente. ARROYO AMAYUELAS (2011) p. 968, se pronuncia en sentido contrario, al entender que darle preferencia a la aplicación de la LSSI frente a las normas de protección de consumidores y usuarios, transgrede el ánimo de la Directiva, que exige mantener el nivel de protección de consumidores.

3. Naturaleza jurídica del contrato de servicio de comunicaciones electrónicas. El servicio universal

A) Contrato de servicios

Podemos definir el contrato de prestación de servicios de comunicaciones electrónicas como el acuerdo por el que el operador se obliga a prestar un servicio de comunicaciones electrónicas, a cambio de una remuneración a cargo del usuario final[238]. Se concibe como un contrato consensual y bilateral, pues del acuerdo derivan obligaciones para ambas partes[239].

Se define el servicio de comunicación electrónica, en el apartado d) del artículo 1.2 de la Carta de derechos como el prestado a cambio de una remuneración, consistente en el transporte de señales a través de las redes de comunicaciones electrónicas, con inclusión de los servicios de telecomunicación y servicios de transmisión en las redes utilizadas para la radiodifusión[240]. Pero quedan excluidos de tal concepto tanto los contenidos transmitidos a través de las redes o su control editorial, así como los servicios de la sociedad de la información, cuya normativa la encontramos principalmente en la Ley 34/2002,

[238] ALFONSO VELÁSQUEZ (2010) pp. 29 y 30, define el contrato de servicio telefónico disponible al público como el negocio jurídico-privado bilateral, entre dos partes: la parte que presta el servicio telefónico disponible al público, que recibe el nombre de operador/prestador y la parte que tiene derecho a que se le preste, que lo recibe y que se beneficia de él, a la que se da el nombre de abonado. Es un contrato, un acuerdo de voluntades sobre obligaciones recíprocas en cuya virtud el operador se obliga a prestar el servicio al abonado y éste se obliga a su vez a pagar un precio según las condiciones establecidas.

[239] BARRÓN ARNICHES (2011) p. 12, define el contrato de servicios como aquel en el que tiene lugar la realización de un servicio a favor de otra parte, a cambio de una remuneración. De esta definición extrae las características del contrato de servicio, que es un contrato oneroso y sinalagmático, que se sustenta en la confianza que el cliente deposita en la capacitación personal y material del prestador de servicio para llevar a cabo su actividad.

[240] El servicio de comunicaciones electrónicas se define en el artículo 1.d) de la Carta de derechos como: *"el prestado por lo general a cambio de una remuneración, que consiste, en su totalidad o principalmente, en el transporte de señales a través de redes de comunicaciones electrónicas, con inclusión de los servicios de telecomunicaciones y servicios de transmisión en la redes utilizadas para la radiodifusión, pero no de 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; quedan excluidos asimismo, los servicios de la sociedad de la información definidos en el artículo 1 de la Directiva 98/34/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de junio de 1998 por la que se establece un procedimiento de información en materia de las normas y reglamentaciones técnicas que no consistan, en su totalidad o principalmente, en el transporte de señales a través de redes de comunicaciones electrónicas".*

de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico.

A día de hoy, el contrato de servicios de comunicaciones electrónicas podríamos incluirlo en la definición que el artículo 1544 del Código Civil ofrece del arrendamiento de servicios, pues una de las partes se obliga a prestar a la otra un servicio por precio cierto[241]. La regulación del Código Civil contrapone el contrato de arrendamiento de obra al contrato de arrendamiento de servicios, en función de la obligación de resultado o de medios, que la doctrina y jurisprudencia ha ido atribuyendo respectivamente a ambos tipos contractuales[242]. Sin embargo, las nuevas corrientes doctrinales, siguiendo las pautas marcadas por el derecho europeo, abogan por superar la distinción entre arrendamiento de obra y arrendamiento de servicio y defienden la existencia de un único tipo contractual, el contrato de servicios, en el que se pueden distinguir a su vez varias categorías contractuales[243]. Ésta es la línea seguida por el Draft Common Frame of Reference (DCFR), que tras definir el contrato de servicios como el contrato en el que una de las partes, el proveedor de servicios, se

[241] ALONSO PÉREZ (2014) p. 53, define el arrendamiento de servicios como el contrato por el que una de las partes -prestador- se compromete a desempeñar o desenvolver una actividad a favor de la otra parte -prestataria-, resultando obligada ésta, a su vez, a entregar un precio cierto como contraprestación.

[242] Ésta es la corriente que se recoge en el Anteproyecto de ley por la que se modifica la regulación del Código Civil sobre el contrato de servicios del año 1993. En su presentación Díez Picazo, como Presidente de la Sección Primera de Derecho Privado, expone la necesidad de actualizar la regulación del contrato de servicios, al carecer el Código Civil vigente de una regulación adecuada del contrato de servicios. Para ello proponen una única regulación del contrato de servicios, al que definen como el contrato por el que una de las partes se obliga, a cambio de una retribución,a realizar determinada actividad, considerada en sí misma y no por su resultado. Lo califican como una obligación de medios y lo diferencian del contrato de obra, que se configura como una obligación de resultado. En este Anteproyecto todavía está presente la dicotomía entre la obligación de medio y resultado.

[243] BARRÓN ARNICHES (2008) pp. 22 y 23 y (2011) pp. 11 y 12, destaca, a propósito del estudio de la propuesta de modernización del Código Civil, la importancia de que el legislador español introduzca la sistemática del Marco Común de Referencia (DCFR) a la hora de revisar la regulación del contrato de servicios en el Código Civil. Apuesta por una regulación general y unitaria del contrato de servicios, seguida de la regulación positiva de las especificaciones necesarias para cada modalidad de servicios. ESCARTÍN IPIÉNS (2012) pp. 604 y 622, sitúa al contrato de servicios en el epicentro de la Reforma del Derecho Europeo de Obligaciones y Contratos, consecuencia de la importancia que el sector servicios ha adquirido en el mercado europeo en los últimos tiempos. En las nuevas corrientes legislativas del contrato de servicio, se trata de defender el cumplimiento del contrato para el logro de un resultado previsto o razonablemente previsible, de forma que lo razonable entra como elemento interpretativo del cumplimiento o incumplimiento contractual.

compromete a prestar un servicio a la otra parte, el cliente, a cambio de un precio u otro tipo de remuneración, incluye en este tipo contractual, sin ánimo de ser exhaustivo, los contratos de construcción, transformación, almacenamiento, diseño e información o asesoramiento[244].

La Propuesta de Modernización del Código Civil Español de 2009 no prevé la regulación del contrato de servicios a partir de las nuevas tendencias[245]. Sin embargo, debemos hacer mención a la existencia de un Borrador redactado por la Sección Primera de la Comisión General de Codificación, en el que se propone una nueva regulación del contrato de servicios, que diferenciándolo definitivamente del arrendamiento, sigue las pautas marcadas por las corrientes europeas[246]. Conforme al Borrador de la Comisión General de Codificación elaborada en 2011, el artículo 1581 del Código Civil recogería la definición del contrato de servicios, como aquel por el que una de las partes se obliga a prestar un servicio a la otra a cambio de una retribución.

Por su parte, la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, recoge la definición de contrato de servicios, como aquel en virtud del cual el comerciante provee o se compromete a proveer

[244] La redacción original del DFCR es: "*Chapter 1: General provisions IV . C. –1:101: Scope(1) This Part of Book IV applies: (a) to contracts under which one party, the service provider, undertakes to supply a service to the other party, the client, in exchange for a price; and (b) with appropriate adaptations, to contracts under which the service provider undertakes to supply a service to the client otherwise than in exchange for a price. (2) It applies in particular to contracts for construction, processing, storage, design, information or advice, and treatment".* BARRÓN ARNICHES (2011) p. 12, señala que en la regulación del DFCR del contrato de servicios se abandona, por superación y de forma definitiva, la tradicional distinción entre obligaciones de medios y de resultado y desarrollaría una tipo contractual que englobe todos los contratos en los que tiene lugar la realización de un servicio a favor de la otra parte, a cambio de una remuneración. VILLANUEVA LUPIÓN (2012) pp. 842 y ss, entiende que el contrato de servicios como tipo genérico en el DCFR se define como el contrato en virtud del cual una de las partes, el proveedor de servicios, se compromete a prestar un servicio al cliente a cambio de un precio. Es un contrato sinalagmático, que se presume oneroso, en el que la relatividad de la distinción entre las obligaciones de medios y de resultado para calificar este contrato es evidente en el DCFR, pues recoge la obligación de pericia y diligencia y la obligación de lograr un resultado en orden al cumplimiento del contrato de servicios.

[245] BARRÓN ARNICHES (2011) p. 3 y 6 así lo pone en evidencia, al señalar que la Comisión de Codificación no ha elaborado hasta la fecha una propuesta de modificación del Código civil en el sentido de dotar de regulación completa y coherente a uno de los contratos con mayor presencia en la economía internacional actual: el contrato de servicios.

[246] ESCARTÍN IPIÉNS (2012) pp. 631 y ss, analiza el borrador del a Comisión General de Codificación sobre la regulación del contrato de servicios, que pasaría a contenerse en los artículo 1581 al 1592 del Código Civil.

un servicio al consumidor, que a su vez se compromete al pago del precio pactado[247]. La regulación del contrato de servicios de la Directiva se aproxima a la propuesta que para este tipo contractual hace el Marco Común de Referencia[248]. Así establece unas disposiciones comunes a cualquier contrato de servicios, con independencia de cuál sea el tipo de servicio objeto del contrato[249]. Pero hay que advertir que la Directiva no configura un verdadero tipo contractual para el contrato de servicios. Sus previsiones son muy limitadas, regulando aspectos muy restringidos del contrato de servicios.

Además de encajar en su definición, el contrato de servicios de comunicaciones electrónicas entra dentro del ámbito de aplicación de la Directiva 2011/83/UE. Prueba de ello, es que el artículo 3.3 de la Directiva tan solo excluye de su ámbito de aplicación a los contratos celebrados con operadores de telecomunicaciones a través de teléfonos públicos para la utilización de esos teléfonos, o celebrados para el establecimiento de una única conexión de teléfono, Internet o fax por parte de un consumidor[250]. Esta exclusión se refiere a los contratos formalizados por el uso de cabinas de teléfono o el uso puntual de conexiones de Internet o fax, en los que la prestación del servicio es ocasional y no duradera. Por tanto, cabe calificarlo como un contrato de servicios, pues el objeto del contrato es la prestación del servicio de comunicación electrónica por el operador.

---

247 Artículo 2.6) de la Directiva 2011/83/UE del Parlamento y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, publicada en el DOCE 304/64, de 22 de noviembre de 2011.

248 CRESPO MORA (2013) p. 16, señala el contrato de servicios constituye un tipo general en la propuesta armonizadora del DCFR.

249 Son de aplicación al contrato de servicios, el artículo 5 que establece la información precontractual obligatoria, y los artículos 19, 21 y 22 que se refieren, respectivamente, al coste de utilización de los medios de pago, al coste de la tarifa telefónica que el consumidor debe abonar para comunicarse con el vendedor, y a la imposibilidad de cobrar al consumidor cantidades distintas a la remuneración por el bien o servicio salvo que exista consentimiento expreso de éste.

250 Sin embargo, los servicios de comunicaciones electrónicas estaban expresamente excluidos del ámbito de aplicación de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio (artículo 2.2.c)). Esta norma transpuso la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior.

A través de la Ley 3/2014 se transpone la Directiva 2011/83/UE. Introduce en el TRLGDCU la definición del contrato de servicios, que será todo contrato en virtud del cual el empresario preste o se comprometa a prestar un servicio al consumidor y éste pague o se comprometa a pagar su precio. Al igual que en el caso de la Directiva, la regulación específica del contrato de servicios en el TRLGDCU se limita a su definición, siendo de aplicación a este tipo contractual las previsiones generales previstas para los contratos con consumidores. Llama la atención que el TRLGDCU no recoge la excepción de aplicar sus disposiciones generales sobre contratación con consumidores a los contratos de uso de teléfono público o conexiones puntuales de Internet o fax, por lo que sus previsiones son aplicables también a estos tipos contractuales. Esta excepción se recoge en el artículo 93.m) TRLGDCU, en relación a la regulación de los contratos celebrados a distancia o fuera de establecimiento mercantil. Por ello, cabe preguntarse si siendo la Directiva 2011/83/UE de armonización plena, puede el legislador español ampliar su aplicación a otros tipos contractuales distintos a los previstos en la misma[251]. Parece que la respuesta positiva está en la propia Directiva 2011/83/UE que, en su Considerando 13º, afirma que: "*(...) un Estado miembro podrá mantener o introducir normas de Derecho interno que correspondan a las disposiciones de la presente Directiva o a algunas de las disposiciones de la misma respecto de contratos que queden fuera del ámbito de aplicación de la presente Directiva (...)*".

Mientras no se produzca su efectiva modificación, está claro que la regulación que el Código Civil establece para el arrendamiento de servicios ha quedado prácticamente obsoleta y, en consecuencia, su aplicación es difícil en la actualidad[252]. Podríamos calificar al contrato de servicios configurado en el

[251] El Considerando 7º de la Directiva 2011/83/UE aclara que: *Una armonización plena de determinados aspectos reglamentarios fundamentales debe reforzar considerablemente la seguridad jurídica, tanto para los consumidores como para los comerciantes*. DÍEZ-PICAZO (2013) p. 23, lo califica como un enfoque de armonización plena.

[252] Esta situación ya quedó reflejada en el Anteproyecto de ley por la que se modifica la regulación del Código Civil sobre el contrato de servicios del año 1993. Así se refleja en la Memoria sobre la necesidad de reformar la regulación de los contratos de servicios y de obra del Código Civil que acompaña a la propuesta. Exponen que su contenido que ya resultaba inade-

Código Civil como atípico, pues la ineficacia de la mayor parte de su regulación, provoca que los artículos en vigor sean insuficientes para establecer un único tipo contractual[253].

Pero es necesario matizar la anterior afirmación, porque la normativa actual ha ido configurando determinados contratos de servicios, que aunque todos ellos tienen notas comunes, no se identifican con un único tipo contractual, sino que cada uno configura un contrato distinto y adaptado al sector al que corresponde. Ya no podemos hablar del contrato de arrendamiento de servicios como un único tipo contractual, que abarca todos los contratos en los que el objeto sea la prestación de un servicio a cambio de un precio. Con frecuencia, nos encontramos con tipos contractuales definidos en base al propio servicio que se presta[254].

Este es el caso del contrato de servicio de comunicaciones electrónicas. Las previsiones contenidas en la Carta de derechos del usuario y demás normativa de desarrollo de la Ley de Telecomunicaciones parecen configurar a un verdadero tipo contractual. No solo se establece su objeto, sino que también

cuado en la época de promulgación del Código, en la actualidad ha quedado superada e inaplicable, puesto que las relaciones contempladas han sido objeto de atención a través de una legislación especial. TRIGO GARCÍA (1999) *passim*, analiza en su monografía dedicada al contrato de servicios, de forma pormenorizada, la aplicación y vigencia de la regulación del arrendamiento de servicios del Código Civil. BARRÓN ARNICHES (2011) p. 2, también expresa la necesidad de una modificación del Código Civil en la regulación del contrato de servicios. Para ALONSO PÉREZ (2014) p. 57, la inadecuación de las normas del Código Civil sobre el arrendamiento de servicios ha provocado que se hayan propuesto reformas sobre esta materia. En el mismo sentido se pronuncia CABANILLAS SÁNCHEZ (2014) pp. 176 y 177, al analizar la regulación del contrato de obra.

253 La regulación que el Código Civil hizo del contrato de arrendamiento de obras y servicios, ha sido considerada por la doctrina como "pobre", pues se limita a regular el servicio de criados y trabajadores asalariados, que en la actualidad se encuentra regulados por una disciplina independiente como es el derecho laboral. Entre otros, podemos mencionar a DÍEZ-PICAZO y GULLÓN (1995) pp. 449 y ss; TRIGO GARCÍA (1999) *passim*, y LETE DEL RÍO (2006) p. 500. JIMÉNEZ HORWITZ (2012) p. 553, tras afirmar que la regulación del Código Civil español de las obligaciones de hacer es propia de tiempos antiguos, que no ofrece respuestas adecuadas a los problemas actuales de orden práctico, considera que basta para explicar dicha situación con decir que los contratos de obras y servicios están regulados bajo la rúbrica del contrato de arrendamiento.

254 La pluralidad de contratos de servicios es contraria a la propuesta del DFCR o del Anteproyecto de ley por la que se modifica la regulación del Código Civil sobre el contrato de servicios del año 1993, que proponían un tipo común para el contrato de servicios. Podemos afirmar, casi con total seguridad, que esta situación es consecuencia de la falta de una regulación general del contrato de servicios.

se prevén las obligaciones de las partes, así como la formación, formalización y extinción del contrato de servicio de comunicaciones electrónicas, que analizaremos a lo largo de nuestro estudio.

En sentido contrario, Alfonso Velásquez sostiene que el contrato de servicio de comunicaciones electrónicas es un contrato atípico, al entender que las normas que lo regulan no constituyen un conjunto de normas sistemáticamente ensambladas que configuren un verdadero tipo contractual[255]. Sin embargo, en nuestra opinión basta una simple lectura de la Ley de Telecomunicaciones y su normativa de desarrollo, para apreciar la configuración de un tipo contractual determinado, pues se establecen medidas precisas tanto para la formalización como la ejecución del contrato, atendiendo a las características del servicio que se presta.

B) La prestación del servicio de comunicación electrónica como una obligación de medios o como una obligación de resultado

Tradicionalmente se ha distinguido el contrato de obra del contrato de servicios, por obedecer respectivamente a una obligación de resultado o una obligación de medios[256]. Tal y como advierte Cabanillas Sánchez, las obligaciones de resultado son aquellas obligaciones en las que el deudor garantiza la satisfacción del interés primario del acreedor. Mientras que las obligaciones de actividad o medios son las obligaciones en que no existe esa garantía, debido fundamentalmente a la incerteza o aleatoriedad para satisfacer el interés primario del acreedor, es decir, el resultado que el acreedor espera. Aclara, además, que tanto en las obligaciones de resultado como en las

[255] ALFONSO VELÁSQUEZ (2000) p. 43, lo califica como atípico, al considerar que aunque la Carta de derechos dedica su capítulo II, arts. 5-11, a tratar de cuestiones contractuales - "celebración de los contratos", "extinción", "contenido", "modificaciones contractuales" - no aprecia un conjunto normativo que configure un auténtico tipo de contrato.

[256] Ha sido una constante en la doctrina el estudio de la distinción entre la obligación de medios y la obligación de resultado. Entre otros podemos mencionar a: CABANILLAS SÁNCHEZ (1993) *passim*, TRIGO GARCÍA (1999) *passim*, BARRÓN ARNICHES (2008 y 2011) *passim* o CRESPO MORA (2013) *passim*.

obligaciones de medios es exigible la diligencia del deudor en el cumplimiento de su obligación[257].

En la práctica, actualmente, esta distinción se ha ido difuminando[258]. Por ello, nos sorprende que en la Propuesta de la Comisión del Código Mercantil del año 2013 (ahora Anteproyecto), se incluya como novedad la distinción entre obligación de medios en el contrato de prestación de servicios (artículo 531-1), y la exigencia de un resultado en el contrato de obra (artículo 521-1). No es fácil discernir si en la contratación de un servicio nos encontramos siempre ante una obligación de medios, ya que detrás de un servicio siempre hay un interés del acreedor para alcanzar un resultado o el fin esperado. Para superar la distinción entre obligación de medios y obligación de resultados, la doctrina utiliza un concepto unitario, que es el interés primario del acreedor o el resultado razonable esperado. Barrón Arniches afirma que en ningún caso se debe entender que el resultado que se pretende obtener con la prestación del servicio queda fuera del contenido de la obligación jurídica del prestador; al contrario, lo importante es determinar cuál es el resultado que el cliente puede esperar del servicio que se le va a prestar[259]. Por tanto, lo importante será determinar el resultado razonable que el acreedor de la prestación pueda esperar[260]. La cuestión surge a la hora de

[257] CABANILLAS SÁNCHEZ (1993) pp. 37 y ss. ALONSO PÉREZ (2014) pp. 70 y ss, admite que la distinción entre el contrato de obras y de servicios se ha apoyado doctrinal y jurisprudencialmente en la clasificación entre obligaciones de resultados y de medios, de manera que cuando las partes han convenido que quien desarrolle el trabajo está obligado a obtener un resultado, se entiende que se trata de un contrato de obra; mientras que si el prestador del servicio no se ve comprometido a la obtención de un resultado, sino tan solo a desenvolver una actividad nos encontramos ante un contrato de arrendamiento de servicios.

[258] DÍEZ-PICAZO y GULLÓN (1995) pp. 145 y 449; y LETE DEL RÍO (2006) p. 499. Por su parte, JIMÉNEZ HORWITZ (2012) p. 577, considera que la justificación dogmática de la distinción entre las obligaciones de medios y resultado es más endeble de lo que a primera vista puede parecer. Por ello, se han propuesto conceptos intermedios, al hablar de obligaciones de medios reforzadas y obligaciones de resultado atenuadas. Por su parte, CABANILLAS SÁNCHEZ (2014) pp. 179 y 180, entiende que aunque hoy en día se cuestiona la distinción entre las obligaciones de medios o actividad y de resultado, el abandono de esta distinción determinaría que fuese casi imposible distinguir entre el contrato de obra y el contrato de servicios; y reconoce que con la regulación existente en la actualidad y la doctrina jurisprudencial es difícil la distinción entre el contrato de obra y el contrato de servicios a partir de la distinción entre obligaciones de resultados y obligaciones de medios.

[259] BARRÓN ARNICHES (2008) p. 15, y (2011) p. 12.

[260] CRESPO MORA (2013) p. 9, afirma que la clave está en el concepto de resultado razonable, que es utilizado por el Marco Común de Referencia. Señala que: todo intento de distinción entre obligaciones de medios y de resultado ha de contemplar la doble perspectiva que está

determinar la naturaleza de la obligación principal del prestador del servicio para alcanzar ese resultado razonable. Son varios los criterios mencionados por la doctrina para delimitar la obligación del prestador, entre los que destaca la relevancia de la información precontractual tanto por parte del prestador como por parte del acreedor a la hora de determinar la prestación[261].

Si bien es cierto que hoy es difícil clasificar a un tipo contractual como una obligación de resultado o una obligación de medios, no obstante entendemos que la distinción entre obligaciones de medios y obligaciones de resultado sigue estando presente en los contratos de servicios[262]. El tipo de servicio que se presté no será suficiente para determinar si nos encontramos ante una obligación de medios o de resultado. Será necesario atender a los términos del contrato y a las expectativas que éste haya generado en cada una de las partes, para determinar si la obligación derivada del contrato es de resultado o de medios. De ahí la importancia de los deberes de información y advertencia que corresponden al prestador y los deberes de colaboración del cliente, que se han incorporado en las

presente en cualquier relación obligatoria: el deber de prestación del deudor y el resultado considerado como realización del interés del acreedor. Entiende, por tanto, que más que diferenciar entre obligaciones de medios y de resultado, la clasificación debería hacerse entre aquellas obligaciones en las que el deudor se compromete a satisfacer el interés del acreedor y aquellas otras en las que el deudor no asume tal compromiso.

261 CABANILLAS SÁNCHEZ (1993) pp. 38 y ss, destaca que voluntad de las partes es el criterio decisivo para precisar si la obligación es de resultado o de actividad. Para los supuestos en que la voluntad de las partes no sea suficiente para determinar el carácter de la obligación, fija unos criterios subsidiarios, como la situación de las partes, el carácter aleatorio del resultado, el papel activo o pasivo del acreedor en el cumplimiento, la determinación de la prestación prometida, entre otros. BARRÓN ARNICHES (2008) pp. 15 y ss, destaca los criterios establecidos en el Marco Común de Referencia. Esta opinión la comparte JIMÉNEZ HORWITZ (2012) p. 579, y CRESPO MORA (2013) pp. 10 y ss.

262 Creemos que la distinción entre contrato de obra como obligación de resultado y contrato de servicio como obligación de medios ha desaparecido. Es probable que en un contrato de servicios la obligación del prestador pueda ser calificada como una obligación de resultado (extracción de una muela por un dentista), pero esto no impide que en algunos casos la obligación del prestador sea únicamente una obligación de medios (un tratamiento de ortodoncia o la cura de una enfermedad grave como un cáncer). Así lo entiende JIMÉNEZ HORWITZ (2012) p. 573, al señalar que «(...) las prestaciones de haber pueden ser muy variadas y tienen una elasticidad especial para adaptarse a las exigencias características de cada sector económico y de la contratación de servicios. Una misma actividad profesional puede significar, en unos casos, una obligación de medios y, en otras circunstancias, una obligación de resultado (…). Se trata, en definitiva, de un problema de interpretación de la voluntad de las partes». En el mismo sentido se expresa ALONSO PÉREZ (2014) p. 71, al considera que no se presentan independientemente unas obligaciones de otras en las relaciones contractuales, es decir, que en el haz de obligaciones que surgen de un contrato se incluyen obligaciones de los dos tipos.

propuestas de regulación del contrato de servicios[263]. Serán los elementos necesarios para determinar el tipo de obligación y delimitar la responsabilidad del prestador, que en todo caso debe actuar con la diligencia debida[264].

Así ocurre con el contrato de servicios de comunicaciones electrónicas. No podemos encasillarlo como una obligación de medios, en la que el prestador se obliga únicamente a actuar con la diligencia exigida y poniendo todos los medios a su alcance para obtener el resultado esperado. Su actual regulación exige que el operador preste el servicio bajo unos estándares de calidad determinados, previendo incluso en caso de incumplimiento la indemnización que corresponde al usuario. Nos preguntamos si basta el establecimiento de unos estándares mínimos de calidad para que pueda ser exigible un resultado. Díez-Picazo y Gullón entienden que en caso de duda debe resolverse atendiendo a la circunstancia de que el resultado esté o no al alcance de quien despliega la actividad[265].

En el contrato de prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el operador no se obliga a una única prestación, sino que van a ser múltiples y variadas. Dependiendo de la prestación que se recoja en el contrato, la obligación del operador será de medios o de resultado. Basta pensar en las obligaciones de servicio público impuestas al operador, para saber que en ese caso nos encontramos ante una obligación de resultado. Sin embargo, la calificación de la obligación puede variar cuando el objeto de la prestación es un servicio distinto

[263] Al igual que en el DCFR, el Anteproyecto de modificación del Código Civil para la regulación del contrato de servicios, establece los deberes de información precontractual a cargo tanto del prestador como del cliente, así como los deberes de colaboración mutua. ESCARTÍN IPIÉNS (2012) pp. 639 y ss.

[264] En el mismo sentido parece pronunciarse ALONSO PÉREZ (2012) pp. 25 y 26, y (2014) p. 73, al considerar que los deberes de advertencia son el instrumento necesario para saber si nos encontramos ante una obligación de medios o de resultado en el contrato de servicio. CABANILLAS SÁNCHEZ (2014) pp. 181 y 182, admite que la persecución de un resultado no siempre significa que se haya asumido como obligación contractual la consecución del mismo. Tal y como se reconoce en el Marco Común de Referencia las obligaciones de resultado no solo estarán presentes cuando así hayan sido pactadas, sino que el resultado será exigible si su obtención fuese previsible desde el punto de vista del acreedor medio o razonable, de acuerdo con las informaciones y advertencias suministradas por el prestador del servicio.

[265] DÍEZ-PICAZO y GULLÓN (1995) p. 145.

al servicio universal, como puede ser la fibra óptica o la contratación de un servicio de telefonía móvil.

Para clarificar nuestra afirmación basta exponer un ejemplo. Un usuario se pone en contacto con la operadora de su zona para dar de alta una línea de telefonía fija. Recordemos que la telefonía fija forma parte del servicio universal, siendo en este caso el operador el obligado a su prestación, por ser el operador dominante de la zona. El operador, además de la línea de telefonía fija, ofrece al usuario una conexión a Internet de hasta 10 Mb. Es determinante para conocer el carácter de la obligación del prestador la información que le facilita el operador al usuario antes y durante la contratación. No cabe la menor duda que en caso del servicio telefónico fijo el resultado razonable es la conexión efectiva, pues el usuario y también el legislador, esperan razonablemente que la línea de telefonía fija sea instalada. Nos encontramos con un resultado determinado en el contrato. Más dudas surgen a la hora de determinar el carácter de la obligación respecto a la conexión a Internet. Será determinante la información facilitada al cliente para establecer el alcance de la prestación del operador. En la información precontractual, el operador ofrece al usuario una conexión a Internet de hasta 10 Mb. Aunque el interés primario del usuario sea tener una conexión constante a Internet de hasta 10 Mb, no habría incumplimiento por parte del operador si esa velocidad no se alcanza en todo momento. Estaríamos ante una obligación de medios, ya que el operador cumple con la prestación si pone al servicio del usuario toda la tecnología a su alcance para prestar el servicio contratado.

C) Contrato público o privado

Se entiende que los servicios de telecomunicaciones, entran dentro de la categoría de servicios de interés general, llegando incluso en determinados supuestos a ser considerados como servicio público y, por ello, deben ser accesibles a cualquier ciudadano[266]. El artículo 23.2 LT dispone que *"cuando se*

[266] Artículo 2 LT: *"1. Las telecomunicaciones son servicios de interés general que se prestan en régimen de libre competencia. 2. Sólo tienen la consideración de servicio público o están sometidos a obligaciones de servicio público los servicios regulados en el artículo 4 y en el Título III de esta Ley. La imposición de obligaciones de servicio público perseguirá la conse-*

impongan obligaciones de servicio público, conforme a lo dispuesto en este capítulo, se aplicará con carácter supletorio el régimen establecido para la concesión de servicio público determinado por el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones públicas...". Cabe preguntarnos si basta esta remisión normativa para entender que los contratos de servicios de telecomunicaciones son contratos públicos, sometidos al régimen jurídico que regula la contratación del sector público[267]. Tal afirmación no tendría sentido por dos razones. En primer lugar, los contratos públicos se caracterizan porque uno de los sujetos intervinientes en la contratación es un ente público, de los definidos en el artículo 3 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público. Mientras que en el contrato de servicio de comunicaciones electrónicas interviene el operador y el usuario que contrata el servicio, por lo que ninguno ostenta la condición de ente público[268].

En segundo lugar, hay que señalar que el principal objetivo de la normativa que se dicta a partir del paquete de Directivas de telecomunicaciones es la liberalización del sector, para dar entrada en el mercado de las telecomunicaciones a nuevos operadores, que prestarán el servicio en régimen de libre competencia[269]. La propia LT, en sus artículos 46 al 55, establece la protección de los usuarios, incluyendo la regulación de los contratos y sin

cución de los objetivos establecidos en el artículo 3 de esta Ley y podrá recaer sobre los operadores que obtengan derechos de ocupación del dominio público o de la propiedad privada, de derechos de uso del dominio público radioeléctrico, de derechos de uso de recursos públicos de numeración, direccionamiento o de denominación o que ostenten la condición de operador con poder significativo en un determinado mercado de referencia".

267 Su regulación la encontramos en el Real decreto legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, publicada en el BOE número 276, de 16 de noviembre de 2011.

268 CARLÓN RUIZ (2007) p. 60, advierte que hubiera sido deseable una mayor concreción en la remisión al régimen jurídico de la contratación del sector público, ya que su aplicación supletoria alcanza a materias relevantes como son la posibilidad de exigir al operador la constitución de garantías para el cumplimiento de las obligaciones de servicio público, y la posibilidad última de rescatar el servicio.

269 El artículo 5 LT dispone: *"La explotación de las redes y la prestación de los servicios de comunicaciones electrónicas se realizará en régimen de libre competencia sin más limitaciones que las establecidas en esta ley y su normativa de desarrollo".*

perjuicio de la normativa existente en materia de protección de consumidores y usuarios[270].

La categoría de servicio de interés general es el resultado de la liberalización de los servicios públicos[271]. Desaparece el régimen de la titularidad pública, aunque no la característica de servicio esencial de las telecomunicaciones[272]. Aunque el sector de las telecomunicaciones pasa a ser un mercado regulado por los principios de la libre competencia, los servicios de telecomunicaciones siguen considerándose de interés general para todos los ciudadanos, lo que lleva a la imposición de obligaciones de servicio público a los operadores[273]. Así, Alfonso Velásquez, entiende que el servicio universal ofrece actualmente las mismas prestaciones a los particulares pero ahora en competencia, concebido como tarea de operadores privados y para ser prestado en el mercado en régimen de competencia y a precios asequibles[274].

Con el fin de garantizar la prestación de un servicio de interés general y, ante la posición de superioridad que ostentan los operadores en la relación contractual, el legislador otorga una especial protección al usuario del servicio de comunicaciones electrónicas, imponiendo no solo una forma o contenido

[270] En el mismo sentido, el artículo 2 de la Carta de derechos de los usuarios advierte de la aplicación del TRLGDCU y el artículo 5 de la Carta de derechos de los usuarios se remite al TRLGDCU para la formalización y entrega del contrato.

[271] En este sentido, GARCÍA FERNÁNDEZ (2004) p. 321, señala que «Con el proceso de liberalización de las telecomunicaciones iniciado y coordinado por la Unión Europea, se rompió el concepto monopolista de los servicios de telecomunicaciones».

[272] «Las telecomunicaciones han dejado de ser un servicio público en sentido estricto, de ahí que se afirme que se prestan en régimen de competencia, pero no por eso ha quedado anulada, ni siquiera minorada, su carga de esencialidad, reflejada en su calificación como servicio de interés general. El tránsito no es del servicio público a la actividad económica prestada en régimen de competencia, sin más, sino de la titularidad pública de una actividad esencial considerada en su totalidad a su desarrollo en régimen de competencia sin merma de su carácter esencial, lo que queda reflejado en su consideración como un servicio de interés general que, de forma consecuente, debe ser garantizado, cuando menos en un nivel básico, a todos los ciudadanos en unas condiciones determinadas de precio y calidad». CARLÓN RUIZ (2007) pp. 46 y 47.

[273] AVELLO LÓPEZ (2002) p. 19, reconoce que un mercado que se rige por la fuerza de los agentes económicos y que se regula por sus propias normas y reglas, y busca como principio básico el beneficio y rentabilidad, puede dar lugar a una serie de distorsiones. Como solución, algunos operadores deben asumir las obligaciones de servicio público, que garantizaran los servicios básicos de telecomunicaciones en unas condiciones de calidad y precio a todos los ciudadanos.

[274] ALFONSO VELASQUEZ (2010) p. 40.

contractual, sino también un objeto mínimo, que se concreta en el servicio universal[275]. Así lo entiende la doctrina, al señalar que el servicio de interés general intenta garantiza un contenido mínimo en la prestación[276].

D) Contrato normado y contrato forzoso en el caso del servicio universal

Tal y como afirma Díez-Picazo, la noción de contrato se fundamenta en el principio de libertad contractual reconocido en el artículo 1255 del Código Civil[277]. Pero el mismo autor advierte que en este punto, concepciones jurídicas de mayor contenido social han ido introduciendo restricciones a la libertad económica y a la libertad de contratación, que se pueden producir de varias maneras[278]. Es por ello por lo que el legislador siente la necesidad de regular, de forma pormenorizada, la contratación de determinados sectores del ordenamiento jurídico limitando la autonomía de las partes en el momento de la contratación[279].

Este es el caso de la contratación de los servicios de comunicaciones electrónicas. El legislador no se limita a regular con detalle la forma y el contenido del contrato, sino que además garantiza una serie de prestaciones a

[275] CARRASCO PERERA y MENDOZA LOSANA (2005) p. 108 advierten que «las obligaciones de servicio público son cargas reguladas, al menos con carácter subsidiario (…). El fundamento de su existencia es la obligación del Estado de asegurar que determinados servicios de telecomunicaciones se presten a toda la población en condiciones tales que se asegure el bienestar social y la cohesión económica y territorial».

[276] CHINCHILLA MARÍN y CARLÓN RUIZ (2003) p. 158, afirman que «lo que queda del servicio público, ahora llamado "servicio de interés general", es (...) una actividad de contenido prestacional a través de la cual se satisfacen necesidades de interés general. En la noción "servicio de interés general" está la idea de garantizar, de procurar o de proveer de la misma manera que lo estaba en la concepción originaria del servicio público. Lo que ha cambiado, que sin duda es mucho, es su forma de prestación que ha pasado de la gestión directa por la Administración, o indirecta por el concesionario, a la prestación por los particulares en régimen de competencia pero con sometimiento a determinadas obligaciones, entre las que destaca, de forma muy significativa, "el servicio universal"(...)».

[277] Artículo 1255 del Código Civil: *"Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público"*.

[278] DÍEZ PICAZO (2007) p. 56.

[279] Así lo pone de manifiesto DÍEZ-PICAZO (2012) pp. 3 y ss, al analizar la autonomía privada en materia jurídica, que tras el examen del concepto autonomía de la voluntad concluye que es una expresión equívoca al estar contaminada por su origen filosófico y la idea del voluntarismo jurídico. Téngase en cuenta que la autonomía del individuo estará limitada por las leyes, la moral y el orden público, tal y como recoge el artículo 1255 del Código Civil.

todos los usuarios a través del servicio universal[280]. Se restringe así la autonomía de las partes en el momento de la contratación, que en caso de contratar deberán atenerse a lo dispuesto en su normativa[281].

Los contratos de servicios de comunicaciones electrónicas entran en la categoría de contratos normados o contratos con un contenido imperativo[282]. En opinión de Díez-Picazo y Gullón, éstos son consecuencia de una serie de condicionamientos de política económica y de política social (p. ej., escasez de viviendas, necesidad de colocación de la mano de obra) que hacen que el régimen jurídico o el contenido de determinados contratos no puedan dejarse al juego de la pura libertad contractual, ya que dejaría a una de las partes, la económicamente más débil, a merced de la otra[283]. Por ello, el Estado debe asumir la tarea de dotar legislativamente de un contenido imperativo e irrenunciable a estos contratos (p. ej.., contratos de trabajo o de arrendamiento de viviendas). Se recorta de esta manera la libertad contractual, pues aunque las partes son todavía libres para contratar o no contratar, si contratan deben hacerlo sometiéndose a un esquema impuesto legalmente[284].

[280] CARLÓN RUIZ (2007) pp. 68 y 69, afirma que: ...El servicio universal es una nueva técnica de servicio público característica de un entorno liberalizado que responde a las dificultades del mercado para garantizar a todos los ciudadanos un determinado nivel de prestaciones de comunicaciones electrónicas a través de la imposición a determinados operadores de la obligación de prestarlas al margen de criterios de rentabilidad a cambio de la correspondiente compensación en el caso de que ello les suponga una carga injustificada.

[281] MONTERO PASCUAL (2007) p. 218, entiende que la limitación de la libertad de empresas a través de la imposición de cargas de servicio público, como son las obligaciones de servicio universal, se justifican por la naturaleza del servicio de interés general de las comunicaciones electrónicas, que ha sido legalmente reconocida.

[282] Así se ponía de manifiesto claramente en el ahora derogado artículo 103 del Reglamento de Telecomunicaciones, al señalar: *"Los consumidores que sean personas físicas y otros usuarios finales tendrán derecho al uso de los servicios de comunicaciones electrónicas en los términos establecidos en la normativa vigente y, en su caso, en los contratos que celebren con los operadores. Los operadores cumplirán las obligaciones que les imponga la normativa aplicable en relación con los consumidores que sean personas físicas y otros usuarios finales".* Con el mismo sentido se establece en el artículo 5.1 de la Carta de derechos de los usuarios, al disponer: *"Los usuarios finales de servicios de comunicaciones electrónicas tendrán derecho a celebrar contratos con los operadores, con el contenido mínimo previsto en el artículo 8, y a recibir el servicio en las condiciones pactadas con ellos."*

[283] DÍEZ-PICAZO y GULLÓN (1995) p. 33 y (1998) pp. 24 y 25.

[284] CARLÓN RUIZ (2007) p. 83, explica que el servicio universal surge por la necesidad de garantizar a todos los usuarios los servicios que se consideran imprescindibles.

Como ya señalamos, solo una parte de los servicios de comunicaciones electrónicas se consideran servicios de interés general y, como tal, su acceso se garantiza a cualquier usuario. Mientras que el servicio telefónico desde un punto fijo debe ser accesible a todos los ciudadanos y garantizando la prestación de un servicio mínimo ya determinado por la norma, el servicio de telefonía móvil no goza de esa característica. El legislador no los distingue a la hora de regular el contrato de servicios de comunicaciones electrónicas. Y ello es así porque la diferencia no está en el contrato, sino en el contenido de la prestación[285]. El servicio universal garantiza una prestación mínima y accesible a todos los ciudadanos y que no impide su ampliación. En todo caso, los configura como contratos normados, al imponerles una regulación específica.

Además del contenido de la prestación, el servicio universal se caracteriza porque implica una obligación para el operador, encargado de garantizar la prestación del servicio universal, de satisfacer las solicitudes razonables de conexión a la red pública de comunicaciones electrónicas, con el fin de garantizar que todos los usuarios tengan acceso al servicio universal. Es el artículo 29 del Real decreto 424/2005, el que fija en todo caso como solicitudes razonables las conexiones para cualquier inmueble situado en suelo urbano o que se solicite para una edificación que aun estando en suelo rústico se destine para vivienda habitual. No todos los operadores presentes en el mercado quedan obligados a garantizar el servicio universal[286]. Será el Ministerio competente en la materia, el que tras comprobar que el servicio universal no queda garantizado por los operadores del libre mercado, el que conforme al procedimiento

[285] En palabras de CHINCHILLA MARÍN y CARLÓN RUIZ (2003) p. 160: «...parece evidente que la introducción del concepto de "obligación de servicio universal" supone una novedosa forma de asegurar que en un entorno liberalizado se mantengan para todos, un mínimo de prestaciones consideradas como irrenunciables. En tales términos queda configurado el "servicio universal" en los textos comunitarios como técnica de garantía de prestación de los "servicios económicos de interés general"».

[286] El artículo 26 LT dispone que: *"Cuando la prestación de cualquiera de los elementos integrantes del servicio universal no quede garantizada por el libre mercado, el Ministerio de Industria, Energía y Turismo designará uno o más operadores para que garanticen la prestación eficiente de dichos elementos del servicio universal, de manera que quede cubierta la totalidad del territorio nacional"*.

establecido en el artículo 36 del Real decreto 424/2005, designe al operador para la prestación del servicio universal[287].

En este caso, se limita la autonomía de la voluntad del operador a la hora de contratar, pues además de imponerle la norma el mínimo exigido para la prestación, no va a poder decidir si contrata. La formalización del contrato se impone como una obligación, que en caso de incumplimiento dará lugar a las sanciones administrativas previstas. Nos encontramos ante lo que la doctrina moderna califica como contratos forzosos[288]. Las partes adquieren una relación jurídica similar a la contractual no porque así lo deseen, sino porque la autoridad estatal se lo impone. El usuario no podrá elegir al operador y éste no podrá negarse para su prestación. Como señala Díez-Picazo, el contrato forzoso no es un verdadero contrato, pues no hay verdadera voluntad de las partes a la hora de contratar[289]. Prueba de ello, es el artículo 29.1 apartado segundo del Real Decreto 424/2005, que advierte que la obligación se reduce a la contratación de la conexión, teniendo el usuario libertad para contratar el resto de los servicios con cualquier otro operador. Con el operador designado se contrataría la conexión o como comúnmente se conoce el servicio de mantenimiento de línea, mientras que el usuario podría preasignarse o solicitar la conexión de Internet a través de un operador distinto.

A través del Título III de la LT se establecen las obligaciones de servicio público y derechos y obligaciones de carácter público en la explotación de redes y en la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas. Las obligaciones impuestas a los operadores se dividen en dos categorías: el servicio universal y otras obligaciones de servicio público impuestas por razones de interés general, que serán aquellas impuestas por necesidades de la defensa nacional, de la

[287] La designación del operador puede ser diversa atendiendo a los diferentes elementos del servicio universal y al territorio que abarque. Así, cabe entender que para el casco urbano de una ciudad no fuese necesario designar operador, mientras que para la prestación del servicio en una isla (por ejemplo las Islas Cíes) sucedería lo contrario, pues ningún operador obtiene suficiente beneficio para prestar el servicio en régimen de libre competencia.

[288] DÍEZ-PICAZO y GULLÓN (1995) p. 33.

[289] DÍEZ-PICAZO (2007) p. 161. CARLÓN RUIZ (2007) p. 60, señala al respecto que el servicio universal tiene una naturaleza cuasi-contractual.

seguridad pública o de los servicios que afecten a la seguridad de las personas o a la protección civil.

Centrándonos en las obligaciones de servicio universal, por ser las que afecten directamente a los usuarios, el artículo 25 LT las define como: *"el conjunto definido de servicios cuya prestación se garantiza para todos los usuarios finales con independencia de su localización geográfica, con una calidad determinada y a un precio asequible"*. Son varios los principios que rigen la prestación de los servicios de interés general o, en este caso, del servicio universal[290]. Carlón Ruíz reconoce como las características definitorias del servicio universal: accesibilidad, asequibilidad, calidad, subsidiariedad, carácter evolutivo y esencialidad[291].

El servicio universal es accesible, pues se garantizará por el operador a cualquier usuario que lo solicite[292]. Pero para garantizar la accesibilidad no basta con que el legislador imponga a determinados operadores la prestación del servicio. Es necesario que el servicio sea asequible, esto es, que la remuneración a cargo del usuario del servicio no sea disuasoria para su contratación. El legislador, a través del servicio universal, establece cuál es el servicio que el

[290] «Tradicionalmente se ha considerado que las actividades que constituyen servicio público deben desarrollarse conforme a unos principios determinados, son los denominados principios del servicio público. La aplicación de estas reglas se extiende también a los servicios de interés económico general, como ha confirmado el propio Consejo, que ha expresado su preocupación por que los servicios de interés económico general funcionen conforme a los mismos, mencionando expresamente los de igualdad de trato, calidad y continuidad de los servicios. Esto supone que estas reglas son igualmente aplicables a los servicios liberalizados. De tal modo que, las reglas que vamos a analizar constituyen un conjunto de principios comunes a todos los servicios públicos o servicios de interés general, con independencia de la existencia de otros principios que puedan ser aplicables a cada concreto servicio. En el marco actual, junto a los tres principios tradicionales (continuidad, igualdad y mutabilidad) se postulan también otros de nuevo cuño. Reivindicándose también ahora principios como el de calidad, participación, universalidad, transparencia o neutralidad. E incluso se ha hablado de un principio de ciudadanía, que subyace el papel central de los servicios públicos en la cohesión, solidaridad y emergencia de una Europa de los ciudadanos». SENDÍN GARCÍA (2008) pp. 134-135.

[291] CARLÓN RUIZ (2007) p. 82 y ss, hace un análisis pormenorizado de las características del servicio universal.

[292] Así lo entiende GARCÍA FERNÁNDEZ (2004, p. 323) al señalar que el conjunto de servicios que se determinen como servicio universal, debe ser prestado al conjunto de la población sin excepciones injustificadas de forma constante y en condiciones similares. En el mismo sentido, CARLÓN RUÍZ (2007) p. 108 y 109, nos advierte que los únicos excluidos del ámbito del servicio universal son los usuarios que a su vez sean prestadores de servicios de comunicaciones electrónicas.

operador debe garantizar a cualquier ciudadano. A este contenido se refieren las características de calidad, esencialidad y carácter evolutivo. El contenido del servicio universal no es estático o invariable, sino que irá adaptándose a las circunstancias del mercado[293].

La delimitación del contenido de servicio universal corresponde al Gobierno, a través de reglamento. Su desarrollo llegó con la aprobación del Real decreto 424/2005, de 15 de abril, por el que se aprueba el Reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y protección de los usuarios (en adelante Reglamento de Telecomunicaciones)[294]. El Real decreto 424/2005 ha sido recientemente modificado por el Real decreto 726/2011, con el fin de adaptar la normativa nacional a la Directiva 2009/136/CE, del Parlamento y del Consejo, de 25 de noviembre, e introducir la banda ancha de Internet en el servicio universal[295].

Dentro de la categoría de servicio universal se garantiza que todos los usuarios finales puedan obtener una conexión a la red telefónica pública desde una ubicación fija y acceder a la prestación del servicio telefónico disponible al público, siempre que la solicitud se considere razonable. El operador debe satisfacer la solicitud en el plazo máximo de 60 días naturales, contados a partir de su recepción. En caso de incumplir el mencionado plazo sin mediar causas justificadas no imputables al usuario, se deberá compensar automáticamente a éste y se le eximirá del pago de tantas cuotas mensuales de abono como el número de meses o fracción que se haya superado el plazo previsto.

Los abonados al servicio telefónico tienen derecho a disponer de una guía general impresa o en formato electrónico de números de abonados, que se

[293] MONTERO PASCUAL (2007) p. 222-223, también se hace eco del carácter evolutivo del servicio universal. REVUELTA PÉREZ (2008) p. 372, señala que el contenido del servicio universal es mutable, es un concepto dinámico que se redefinirá constantemente por los poderes públicos en función de las necesidades económicas y sociales, y del avance tecnológico.

[294] Publicado en el BOE nº 102, de 29 de abril de 2005, y modificado por la Carta de derechos de los usuarios, que suprime el Título VI dedicado a los derechos de los consumidores que sean personas físicas y otros usuarios finales.

[295] Real decreto 726/2011, de 20 de mayo, por el que se modifica el Reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios, aprobado por el Real decreto 424/2005, de 15 de abril. Fue publicado en el BOE nº 123, de 24 de mayo de 2011.

actualice como mínimo una vez al año. Si entregada la guía en formato electrónico, el abonado solicita el formato impreso se le deberá entregar dentro de los 30 días siguientes a la recepción de la solicitud. Además, el operador designado para prestar el servicio universal pondrá a disposición de todos los usuarios finales un servicio telefónico de consulta sobre números de abonados contenidos en la guía, que se prestará a un precio asequible, siendo de carácter gratuito cuando la consulta se realice desde un teléfono público de pago.

En cuanto a los teléfonos públicos de pago, se garantizará la existencia de una oferta suficiente y, para ello, se tendrán en cuenta los lugares más transitados y de mayor demanda potencial, así como aquellas otras zonas con escasa entrada del servicio telefónico fijo disponible al público[296].

El artículo 33 del Reglamento de Telecomunicaciones obliga a los operadores a garantizar que los usuarios finales con discapacidad tengan acceso al servicio telefónico disponible al público desde una ubicación fija en condiciones equiparables a las que se ofrecen al resto de los usuarios finales[297]. También se garantiza el carácter asequible de los precios de los servicios incluidos dentro del servicio universal, especialmente para los colectivos de jubilados, pensionistas, personas de renta baja o con discapacidades.

[296] Tras la modificación por el Real decreto 726/2011, se considera como oferta suficiente un teléfono público de pago en los municipios de 1000 o más habitantes, y otro más por cada 3000 habitantes. En los municipios de menos de 1000 habitantes habrá un teléfono público de pago, siempre que esté justificado por la existencia de una distancia elevada a facilidades similares, la baja penetración del servicio telefónico fijo, la falta de accesibilidad del servicio telefónico móvil o la elevada tasa de población flotante.

[297] Según el artículo 33 del Real decreto 424/2005 se consideran personas con discapacidad *las personas invidentes o con graves dificultades visuales, las personas sordas o con graves dificultades auditivas, las mudas o con graves dificultades para el habla, las minusválidas físicas y, en general, cualesquiera otras con discapacidades físicas que les impidan manifiestamente el acceso normal al servicio telefónico fijo o le exijan un uso más oneroso de éste.* El artículo 2 del Real decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, define la discapacidad como *la situación que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias previsiblemente permanentes y cualquier tipo de barreras que limiten o impidan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás*. Aunque la redacción de ambos preceptos no son coincidentes, tras su lectura deducimos que en ambos se integran los mismos sujetos. Quizá sería interesante que en el próximo desarrollo LT , por tanto, modificación del Reglamento de Telecomunicaciones, el legislador se limite a remitirse a la definición general de discapacidad.

Finalmente, el artículo 34 del Reglamento de Telecomunicaciones impone al operador el cumplimiento de unos niveles mínimos de calidad de servicio. Esta obligación ha sido desarrollada por 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, que ha sido recientemente sustituida por la Orden IET/1090/2014, de 16 de junio, por la que se regulan las condiciones relativas a la calidad de servicio en la prestación de los servicios de comunicaciones electrónicas.

Junto al servicio universal, el legislador ha impuesto a los operadores del servicio de comunicaciones electrónicas otras obligaciones referentes a la información precontractual y contractual, así como a la forma y contenido del contrato, con el fin de eliminar la posición dominante de los operadores frente a los consumidores. Se limita de esta forma la autonomía de la voluntad de las partes en el contrato, nota característica de los contratos normados.

4. Las partes contratantes: la figura del usuario del servicio de comunicaciones electrónicas.-

Las partes intervinientes en el contrato de servicio de comunicaciones electrónicas son el operador y el usuario final. Ambas figuras se definen en la Carta de derechos de los usuarios[298].

A) El operador

Conforme el apartado 2.c) del artículo 1 de la Carta de derechos, el operador es la persona física o jurídica que explota redes públicas de comunicaciones electrónicas o presta servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público[299]. Por tanto, el operador es el prestador del servicio de

[298] Artículo 5 de la Carta de derechos: *"Los usuarios finales de servicios de comunicaciones electrónicas tendrán derecho a celebrar contratos con los operadores …"*

[299] La definición de la Carta de derechos de los usuarios coincide con la definición de operador prevista en el Anexo II de la Ley de Telecomunicaciones. CARLÓN RUÍZ (2007) p. 236, define al operador como aquel sujeto que esté debidamente habilitado para la prestación de redes o servicios de comunicaciones electrónicas después de haber cumplido el trámite de presentación de la notificación de inicio de actividades ante la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones.

comunicaciones electrónicas que, conforme al artículo 2 de la Carta de derechos, está obligado a respetar los derechos de los usuarios reconocidos en su artículo 3.

Dando un paso más hacia la liberalización del sector, el legislador elimina la exigencia de autorización previa o licencia individual que la Ley 11/1998, General de Telecomunicaciones imponía para ser operador[300]. Esta medida se dirige a cumplir el principio de intervención mínima de la Administración en el sector de las telecomunicaciones, propiciando de esta forma un régimen en libre competencia en el que pueda entrar cualquier operador. Al igual que en la LGT 2003, la habilitación para prestar el servicio se concede con carácter general e inmediato por la ley, tal y como aclara la Exposición de Motivos de la Ley de Telecomunicaciones[301].

A pesar de que el espíritu del legislador es el mismo, la LT introduce alguna novedad respecto a la LGT 2003 sobre la habilitación de los operadores para el desempeño de sus funciones. Ya no habla de notificación, sino de comunicación, aunque debemos advertir que el cambio terminológico no implica ninguna variación sustancial. Además la comunicación deja de hacerse a la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones, para realizarse directamente al Registro de Operadores. La Ley de Telecomunicaciones aún no ha sido desarrollada, por lo que para la comunicación y el posterior registro del operador seguirá siendo de aplicación el Reglamento de Telecomunicaciones, a pesar de que entre ambas normas encontramos algunas contradicciones[302]. Nada se dice al respecto en el régimen transitorio de la LT, por lo que debemos entender vigente

[300] Según CRESPO VITORIQUE (2004) p. 152: «Se avanza en la liberalización de la prestación de servicios y la instalación y explotación de redes de comunicaciones electrónicas. En este sentido, cumpliendo con el principio de intervención mínima, se entiende que la habilitación para dicha prestación y explotación a terceros viene concedida con carácter general e inmediato por la Ley, estableciendo una apertura general sometida al cumplimiento de determinados requisitos y obligaciones».

[301] MONTERO PASCUAL (2007) p. 135, entiende que la Ley 32/2003, General de Telecomunicaciones, profundizó en la liberalización del sector al reducir la intervención administrativa en los controles previos a la entrada al mercado. La habilitación para la prestación y explotación a terceros se concede por ley con carácter general, y tan solo se prevé como requisito previo para iniciar la prestación del servicio la notificación a la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones.

[302] Recordemos que así se establece en la Disposición transitoria primera de la LT.

el Reglamento de Telecomunicaciones, salvo en aquellos aspectos que contradigan la LT.

Según el artículo 6 LT basta la comunicación previa al Registro de Operadores, sometiéndose a las condiciones previstas para el ejercicio de la actividad que pretendan realizar, para que los operadores puedan iniciar su actividad[303]. La notificación se realizará con anterioridad al inicio de la prestación del servicio o de la explotación de la red. Además, ésta ha de ser fehaciente[304]. Tras la notificación, el operador será inscrito en el Registro de operadores previsto en el artículo 7 LGT[305]. La inscripción se realizará de oficio, tras haber comprobado que la notificación cumple los requisitos exigidos, en el plazo de quince días desde su recepción[306].

Entre los operadores que presten el servicio de comunicaciones electrónicas, nos vamos a encontrar con el "operador con poder significativo en el mercado". Se define en el Anexo II de la Ley de Telecomunicaciones, como el operador que disfruta de una posición equivalente a una posición dominante, esto es, con tal fuerza económica que le permita actuar de forma independiente a sus competidores o sus clientes. Su volumen de negocio es superior al del resto de los operadores que presten el servicio en el mismo territorio. Está en una posición ventajosa en el mercado frente al resto de los operadores.

---

303 La LT establece un único régimen para el acceso al mercado: exigencia de una mera comunicación con posterior registro. El operador puede iniciar la prestación del servicio apenas haya presentado la comunicación. MONTERO PASCUAL (2007) p. 138, afirma que a diferencia de la regulación de la Ley 11/1998, general de telecomunicaciones, la notificación ya no presenta rasgos de autorización.

304 El carácter fehaciente de la comunicación se exige a partir del artículo 5 del Reglamento de Telecomunicaciones. MONTERO PASCUAL (2007) p. 145, entiende que es fehaciente la notificación si se presenta ante el registro de la Administración al que se dirige la comunicación, a través de cualquier registro administrativo, en las oficinas de correos, o a través de las representaciones diplomáticas.

305 El registro de operadores se encuentra desarrollado en el Capítulo II del Título I del Reglamento de Telecomunicaciones.

306 El examen de la comunicación correspondía con la LGT 2003 a la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones, pero con la nueva LT corresponderá al Registro de Operadores. MONTERO PASCUAL (2007) p. 146, nos advertía que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones tenía dos potestades importantes para intervenir en el sistema de acceso a la condición de operador. Primero, la Comisión podía adoptar un acto administrativo por el que se tenga la notificación por no realizada, en cuyo caso el operador no puede iniciar la prestación del servicio. Segundo, debía proceder a su registro de oficio. Parece que ambas potestades pasarán a ser desempeñadas ahora por el Registro de Operadores.

Para garantizar y restaurar la competencia entre los operadores, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia podrá imponer obligaciones específicas a los operadores con poder significativo en los mercados de referencia[307]. Esas medidas podrán consistir en: obligaciones de transparencia en relación con la interconexión y el acceso, no discriminación, separación de cuentas, acceso a elementos o a recursos específicos de las redes y a su utilización o el control de precios.

Junto al operador con poder significativo en el mercado, nos encontramos con la figura del "operador encargado de la prestación del servicio universal"[308]. Éste deriva de la configuración que tenía el sector de las telecomunicaciones con anterioridad a la Ley 11/1998. El servicio de comunicaciones era prestado bajo un monopolio administrativo a través de una empresa pública, Telefónica, por ser un servicio público. Tras la liberalización del sector y para garantizar que el servicio de comunicaciones electrónicas llegué a cualquier usuario que lo solicite, el legislador obliga al operador designado en cada territorio a prestar el servicio universal[309]. Es una figura transitoria, pues solo será designado cuando la competencia existente no garantice la prestación del servicio en todo el territorio[310].

[307] Es la propia Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia la que definirá los mercados de referencia relativos a redes y servicios de comunicaciones electrónicas, entre los que incluirán los correspondientes mercados de referencia al por mayor y al por menor, y el ámbito geográfico de los mismos, cuyas características justificarán la imposición de obligaciones específicas.

[308] Para facilitar la lectura del trabajo, denominaremos al operador encargado de la prestación del servicio universal como "operador designado".

[309] MONTERO PASCUAL (2007) pp. 229-230, afirma que el nuevo modelo de intervención pública se basa en la imposición de obligaciones jurídicas concretas a los operadores existentes en el mercado, por lo que es fundamental la determinación de los operadores sujetos a dichas obligaciones. La determinación del operador se realizará bajo los principios de transparencia y no discriminación, para no beneficiar o perjudicar a los operadores, y favorecer la libre competencia.

[310] Así se evidencia en el apartado 1º del artículo 26, al señalar que: *"Cuando la prestación de cualquiera de los elementos integrantes del servicio universal no quede garantizada por el libre mercado, el Ministerio de Industria, Energía y Turismo designará uno o más operadores para que garanticen la prestación eficiente del servicio universal, de manera que quede cubierta la totalidad del territorio nacional. A estos efectos, podrán designarse operadores diferentes para la prestación de los diversos elementos del servicio universal y abarcar distintas zonas del territorio nacional..."*.

Todos los operadores que intervengan en el mercado están obligados a contribuir a la financiación del Fondo nacional del servicio universal[311]. Si la prestación del servicio universal resulta muy gravosa para el operador designado, éste será receptor de las cantidades previstas a través del Fondo nacional de financiación del servicio universal o del mecanismo de compensación directa entre operadores. Por tanto, aunque solo un operador designado como tal está obligado a la prestación del servicio universal, todos los operadores que intervengan en el mercado contribuyen a su financiación[312].

El Ministerio de Industria, Energía y Turismo designará al operador obligado a prestar el servicio universal conforme al artículo 36 y siguientes del Reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios[313]. La designación del operador se realizará bajo los principios de publicidad, concurrencia, igualdad, eficacia y no discriminación[314]. En primer lugar, se utilizará la licitación para su designación, esto es, a través de un procedimiento de concurso en el que podrán participar cualquiera de los operadores que actúen en el mercado para ese territorio[315]. Si el concurso quedará desierto, el Ministerio designará directamente al operador obligado a prestar el servicio universal, que tendrá poder significativo en el territorio y

311 Así el artículo 27.2 LT dispone que: *"El coste neto de la obligación de prestación del servicio universal será financiado por un mecanismo de reparto, en condiciones de transparencia y no discriminación, por aquellos operadores que obtengan por la explotación de redes o la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas unos ingresos brutos de explotación anuales superiores a 100 millones de euros"*.

312 La prestación del servicio universal puede suponer una carga injustificada para el operador designado para su prestación. Por ello, se prevé su compensación. Analiza la financiación del servicio universal en el Capítulo IV, CARLÓN RUÍZ (2007) pp. 269 y ss.

313 CARLÓN RUÍZ (2007) pp. 236 y ss, nos advierte que los servicios incluidos dentro del concepto de servicio universal pueden ser fragmentados, por lo que es posible la designación de varios operadores obligados a prestar el servicio universal para un mismo territorio teniendo en cuenta su fragmentación. Tampoco descarta la norma que varios operadores puedan ser designados para prestar el servicio universal en un mismo territorio.

314 CARLÓN RUÍZ (2007) p. 237, entiende que el incumplimiento de la notificación y la no adquisición formal de la condición de operador, no exime del cumplimiento de las obligaciones de servicio público que puedan ser impuestas. Por ello, cualquier que preste, de iure o de facto, redes o servicios de comunicaciones electrónicas puede ser designado para la prestación de obligaciones de servicio universal.

315 El concurso se realizará conforme al Real decreto legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, que sustituye y deroga la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público.

prestación que se le vaya a asignar o bien, ya estaría designado para ese mismo territorio y elemento.

No podemos olvidar que el operador además de estar sometido a la LGT y su normativa de desarrollo, también le son aplicables las normas de protección de consumidores y usuarios. Por tanto, hay que tener en cuenta la definición de empresario establecida en el TRLGDCU y analizar su encaje en la figura del operador.

En primer lugar es necesario advertir que, tal y como señala el artículo 2 TRLGDCU, la norma será de aplicación a las relaciones entre consumidores y empresarios[316]. Es el artículo 4 el que define como empresario "*a toda persona física o jurídica, ya sea privada o pública, que actúe directamente o a través de otra persona en su nombre o siguiendo sus instrucciones, con un propósito relacionado con su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión*"[317]. La actuación dentro del ámbito empresarial o profesional es la nota característica del empresario, entendiendo como la actividad que se realiza de forma estable y duradera[318].

Tal y como advierte Cámara Lapuente, dentro de la definición de empresario podemos distinguir los siguientes elementos. Primero, puede ser tanto una persona física o una persona jurídica, por lo que se incluyen tanto a los empresarios individuales y los comerciantes, como a los profesionales

[316] El artículo 2 TRLGDCU establece el ámbito de aplicación subjetivo de la norma. Quedan al margen del TRLGDCU las relaciones entre particulares que no actúan ni empresarial ni profesionalmente. La exclusión se motiva en que si se protege a un particular frente a otro particular que no ejercita una actividad empresarial o profesional, se vulneraría la propia idea que fundamenta la necesidad de proteger a los consumidores, que es la desigualdad en que se encuentran los particulares frente a las empresas. CARBALLO CALERO y TORRES PÉREZ (2011) pp. 58-59.

[317] El artículo 4 TRLGDC ha sido modificado, para adaptarlo a la Directiva 2011/83/UE, a través de la Ley 3/2014. A pesar de la extensión de la nueva definición, no hay novedad alguna en ella, pues se limita a aclarar que el empresario también puede actuar a través de dependientes o representantes. A pesar de la oportunidad, el legislador no aclara y armoniza los conceptos recogidos en el TRLGDCU, que como expondremos a continuación en ocasiones son contradictorios entre sí.

[318] FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO y TORRES PÉREZ (2011) pp. 74-75, destacan como nota característica del empresario que ejercita su actividad en forma profesional, lo que significa que ejerce su actividad de forma estable y duradera. Señalan también como características del empresario: la realización de una actividad económica, y que esta actividad se dirija al mercado.

liberales[319]. Segundo, la actividad desempeñada se califica como comercial, empresarial o profesional. En la actualidad, la diferencia entre dichos conceptos está difuminada, ya que comparten sus notas características como son: actuación económica en el mercado, estabilidad o habitualidad en su desempeño, organización y actuación por cuenta propia o independencia[320]. Por último, el artículo 4 se refiere a que la actividad puede ser pública o privada. Ello implica que también se someten a esta norma las administraciones públicas que actúen como empresarios[321].

Pero además de la definición de empresario, el legislador recoge en el TRLGDCU la definición de productor. Con este concepto se engloba al fabricante del bien o al prestador del servicio o su intermediario, al importador del bien o servicio dentro de la Unión Europea, así como a cualquiera que se presente como tal en el bien o servicio. Compartimos la opinión de la doctrina, al no entender el por qué ni la ubicación de esta definición[322]. Queda claro, de la lectura del artículo 2 TRLGDCU, que el factor determinante para la aplicación de esta norma es que el consumidor actúe frente al empresario, definido en el artículo 4. Nos preguntamos entonces cuál es la finalidad del artículo 5, teniendo

[319] CÁMARA LAPUENTE (2011) p. 164, incluye en el concepto de empresario a las sociedades irregulares, uniones temporales de empresas, sociedades civiles, etc., siempre que realicen actividades empresariales o profesionales colectivas aunque no tengan personalidad jurídica.

[320] MARÍN LÓPEZ, M. J. (2014) p. 15, advierte que la nueva redacción del artículo 4 TRLGDCU, tras la Ley 3/2014, mantiene las notas que caracterizan al empresario: persona física o jurídica (lo que no impiden que puedan ser empresarios entidades sin personalidad, como las comunidades de bienes), que puede tener una naturaleza pública o privada, y que desarrolla una actividad empresarial y en ese marco celebra el contrato con el consumidor.

[321] En este punto observamos una mejora respecto a la anterior definición de empresario. La redacción original del artículo 4 TRLGDCU el empresario se definía como toda persona física o jurídica que actúa en el marco de su actividad empresarial o profesional, ya sea pública o privada. Parecía que la calificación de pública/privada acompañaba a la palabra actividad, pero la interpretación más acorde con la norma era que las administraciones públicas también se sometían al TRLGDCU. Así lo entendían CÁMARA LAPUENTE (2011) pp. 165-166; y FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO y TORRES PÉREZ (2011) p. 76.

[322] BERCOVIZT RODRÍGUEZ-CANO, R. ((2), 2009) p. 106, cuestiona la utilidad y procedencia de la definición general de productor a los efectos de los dispuesto en el TRLGDCU. CÁMARA LAPUENTE (2011) pp. 169 y ss, califica de innecesaria, perturbadora e inconsecuente la definición de productor del artículo 5 TRLGDC. En el mismo sentido, se pronuncian FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO y TORRES PÉREZ (2011) p. 80 y pp. 87 y ss.

en cuenta además que el artículo 138 vuelve a establecer cuál es el concepto legal del productor[323].

Podríamos pensar que es una mera enumeración de los posibles empresarios que actúen en el mercado. Aunque esta solución sería incongruente, porque no se definirían como productor sino como empresario, que también englobaría al productor en sí mismo considerado. La única explicación coherente que se nos ocurre, es que al refundir la Ley de Responsabilidad por Producto Defectuoso y con ánimo de unificar conceptos, el legislador pretende en un primer capítulo definir los sujetos a los que se refiere. Así, también se establece en su artículo 7 la definición de proveedor. Si aceptamos esta explicación, hay que preguntarse por qué se incluye en el artículo 138 el concepto legal del productor distinto al del artículo 5, ya que en su enumeración no menciona al prestador de servicio[324].

Se produce una enorme confusión con la definición de productor del artículo 5, sobre todo si tenemos en cuenta que incluye en el concepto al prestador de servicio, que por definición propia no produce ni fabrica nada, sino que su trabajo va a consistir en una actividad[325]. De lo que si se olvida el legislador del TRLGDCU es de ofrecernos una definición independiente del

[323] El artículo 138 TRLGDCU dispone que: "*1. A los efectos de este capítulo es productos, además del definido en el artículo 5, el fabricante o importador de la Unión Europea de: a) un producto terminado, b) cualquier elemento integrado en un producto terminado, c) una materia prima. 2. Si el productor no puede ser identificado, será considerado como tal el proveedor del producto, a menos que, dentro del plazo de tres meses, indique al dañado o perjudicado la identidad del productor o de quien le hubiera suministrado o facilitado a él dicho producto. La misma regla será de aplicación en el caso de un producto importado, si el producto no indica el nombre del importador, aun cuando se indique el nombre del fabricante*".

[324] CÁMARA LAPUENTE (2011) pp. 175-179, pone de relieve los problemas que plantea la definición de productor del artículo 5 en relación al artículo 138 TRLGDCU. Además de la reiteración de la definición, parece incluir en la responsabilidad por producto defectuoso al prestador de servicios, contrariando la Directiva 85/374/CE. En el mismo sentido, FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO y TORRES PÉREZ (2011) p. 88, entienden que la cuestión tiene gran relevancia práctica, ya que extiende el círculo de responsables por productos defectuosos a los prestadores de servicios que empleen los productos defectuosos.

[325] El concepto de servicio y de prestador de servicio es muy amplio y difícil de delimitar, pero goza de autonomía, tanto en el ámbito comunitario como en nuestro ordenamiento jurídico a pesar de la redacción del artículo 5 TRLGDCU, respecto a las nociones de producto y productor. CÁMARA LAPUENTE (2011) p. 184.

prestador del servicio, pese a que en el artículo 147 se refiere específicamente a dicha figura[326].

Tampoco se define al prestador de servicio en la reciente Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre los derechos de los consumidores. Se refiere únicamente al comerciante como toda persona física o jurídica, ya sea pública o privada, que actúe, incluso a través de otra persona, con un propósito relacionado con su actividad comercial, empresa, oficio o profesión. Se recogen en la Directiva los principales rasgos que reconoce el TRLGDCU al empresario. Así, podrá ser una persona física o jurídica, pública o privada, que actúe dentro de su ámbito empresarial. No cabe la menor duda que comerciante incluye también al prestador de servicio, pues se refiere específicamente a que actúe con un propósito relacionado con su oficio o profesión[327].

Antes de finalizar el examen del artículo 5 TRLGDCU es necesario hacer una última reflexión sobre su texto. El artículo considera como *productor al fabricante del bien o al prestador del servicio o su intermediario...* Se introduce el concepto de intermediario, aunque sin saber si se refiere únicamente al prestador de servicio o también al fabricante. Tampoco se molesta el legislador en aclarar quienes serán los intermediarios. Hay que entender que se refiere a cualquiera que actúe por cuenta del fabricante o del prestador del servicio[328]. En cualquier caso, la importancia de la inclusión del intermediario en el concepto de productor deriva de la responsabilidad que recaerá en el productor aunque actúe a través de intermediarios.

La transposición de la Directiva 2011/83/UE era una buena oportunidad para mejorar, aclarar y delimitar los distintos conceptos que el TRLGDCU

[326] El artículo 147 TRLGDCU señala que: "*Los prestadores de servicios serán responsables de los daños y perjuicios causados a los consumidores y usuarios, salvo que prueben que han cumplido las exigencias y requisitos reglamentariamente establecidos y los demás cuidados y diligencias que exige la naturaleza del servicio*".

[327] Tal y como advierte BARRÓN ARNICHES (2011) p. 45, el DCFR no define al prestador de servicios, pero de sus disposiciones debe entenderse que se trata de aquellas persona física o jurídica que realiza la prestación de hacer en que consiste el servicio, en el marco de su actividad empresarial o profesional.

[328] CÁMARA LAPUENTE (2011) p. 174, considera que la interpretación correcta es entender como productor solo al intermediario del prestador de servicios, por tres razones: gramatical, sistemática y restrictiva.

recoge para referirse al empresario. A pesar de que el legislador presume de su intención de armonizar la normativa nacional con la Directiva 2011/83/UE, la Ley 3/2014, si bien modifica el concepto de consumidor del artículo 4 TRLGDCU para redactarlo conforme a la Directiva, no deja un único concepto que se refiera al empresario, sino que mantiene una pluralidad innecesaria y, en ocasiones, contradictoria.

Dentro del concepto de empresario del TRLGDCU se incluye al operador del servicio de comunicaciones electrónicas, ya actúe por su propia cuenta o a través de terceros intermediarios. Una de las notas características que definen al empresario en el TRLGDCU es que puede tratarse de una persona física o jurídica, con la finalidad de que se incluyan además de las sociedades, todas las personas individuales que realicen actividades profesionales. En el mismo sentido se pronuncia la Carta de derechos al definir al operador como persona física o jurídica. El TRLGDCU no solo reconoce la condición de empresario a aquel que realice actividades privadas, sino que también lo serán los profesionales que realicen una actividad pública. También se incluyen a las Administraciones públicas cuando su actuación se ampare en el derecho privado, esto es, cuando realice actividades económicas sujetas al derecho privado[329]. Esta puntualización es importante, pues parte de los servicios de comunicaciones electrónicas pertenecen a la categoría de servicios de interés general, siendo alguno de ellos servicios públicos. Su consideración como servicios de interés general no impide así, la aplicación de la normativa de protección de los consumidores y usuarios.

Dada la condición de servicio de interés general de las comunicaciones electrónicas, Carrasco Perera va más allá, y se pregunta si podría haber responsabilidad de la Administración pública cuando hubiera irregularidades en su prestación[330]. Para ello tendríamos que reconocer en la Administración la condición de empresario. Sin embargo, no hay tal actuación por parte de la Administración, que en ningún caso va a ser el prestador del servicio. Su función

[329] CÁMARA LAPUENTE (2011) p. 166.
[330] CARRASCO PERERA (2005) p. 114.

es nombrar al operador con poder significativo en el mercado, que será el que efectivamente preste el servicio universal. Como bien concluye este autor, a la Administración le corresponde garantizar y, por tanto, controlar la prestación de tales servicios. Por tanto, su responsabilidad no surgirá por la defectuosa prestación del servicio, sino por no ejercer correctamente su labor de vigilancia y control.

Por último, se exige que el empresario actúe en el marco de su actividad empresarial o profesional. Dada la amplitud de los términos utilizados se incluye a cualquier sujeto que intervenga en el mercado, ya sea productor, fabricante, comerciante o prestador de servicio. Por su parte, el operador debe prestar el servicio a terceros, excluyendo los regímenes de autoprestación (por ejemplo instalaciones de comunicaciones internas en una empresa).

Así, el operador de los servicios de comunicaciones electrónicas encaja perfectamente en la definición del TRLGDCU, ya que es necesario que su prestación se realice a terceros. Prueba de ello es, que conforme al artículo 5 del Reglamento 424/2005, se adquiere la condición de operador y se podrá iniciar la prestación del servicio una vez que se haya notificado de forma fehaciente a la Comisión el inicio de la actividad, a la vez se excluyen de la obligación de notificación previa, conforme al artículo 6.2 LGT y artículo 5.4 RGT, "*quienes exploten redes y se presten servicios de comunicaciones electrónicas en régimen de autoprestación".*

B) El usuario del servicio de comunicaciones electrónicas

Antes de analizar el concepto de usuario del servicio de comunicaciones electrónicas, nos vamos a centrar en el estudio del artículo 3 TRLGDCU que nos ofrece el "concepto general de consumidor y usuario". Previo a entrar en un análisis de la definición que nos da el artículo 3 de consumidor y usuario, es necesario preguntarse qué significado tiene el calificativo de general. ¿Implica la necesidad de aplicar este precepto siempre que nos encontremos ante un consumidor, con independencia del sector del ordenamiento en el que nos encontremos o del territorio en que se aplique? Pese a la confusión que pudiera

generar su redacción, el texto del precepto nos indica que su aplicación se limita a "los efectos de esta norma". El uso del calificativo general responde, únicamente, a la intención de aproximar la legislación nacional, como pone de manifiesto su Exposición de Motivos.

Prueba de ello, es que el concepto de consumidor no se establece de forma unitaria a lo largo del ordenamiento jurídico[331]. Nos vamos a encontrar normas sectoriales que establecen su propio concepto de consumidor, distinto al recogido en el TRLGDCU. Así, en algunos casos de la noción de consumidor se van a excluir a las personas jurídicas[332]. Un ejemplo es la Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo, que en su artículo 2.1 limita el concepto de consumidor a las personas físicas, que actúen al margen de su actividad comercial o profesional. En estos casos, para definir al consumidor habrá que atender al concepto establecido en la norma sectorial, acudiendo únicamente a la definición del TRLGDCU cuando sea de aplicación o cuando la norma a aplicar no lo defina[333].

Dispone el artículo 3 TRLGDCU que: "*A efectos de esta norma y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, son consumidores o usuarios las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión. Son también consumidores a efectos de esta norma las personas jurídicas y las entidades sin*

[331] FERNÁNDEZ GIMENO (1999) p. 95, admite que el concepto de consumidor no es único en toda la legislación, debido a que la materia es pluridisciplinar y está tratada en diversos ámbitos jurídicos. También advierte que aunque el legislador es consciente de que son distintas las acepciones de consumidor que manejan las leyes de consumo, no optó en su momento por la creación de un código de consumo. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., (2006) pp. 19 y ss, afirma que la idea preliminar y básica sobre el concepto de consumidor, es que no existe una única definición de consumidor, sino que existen nociones diversas, dependiendo de la finalidad de la norma que incorpora esa noción. En el mismo sentido se pronuncian PICATOSTE BOBILLO, J. (2006) p. 494. FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO y TORRES PÉREZ (2011) p. 60, manifiestan que aunque el artículo 3 ofrece un concepto general de consumidor, el alcance real de la expresión puede llevar a equívoco, pues general no significa único, ya que no hay un único concepto legal de consumidor. CABANILLAS SÁNCHEZ (2011) p. 391, también advierte de la existencia de distintas nociones de consumidor en las leyes de consumo.

[332] Como veremos a continuación, la LT sí que incluye en la definición de usuario de servicios de comunicaciones electrónicas tanto a las personas físicas como jurídicas.

[333] Así lo entiende el propio legislador del TRLGDCU, que al definir al consumidor ya aclara *"A efectos de esta norma y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto..."*.

personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial"[334]. Tras una simple lectura, se observa una simplificación de la definición de consumidor[335] en relación a la Ley 26/1984, General para la Defensa de Consumidores y Usuarios[336], en un intento de aproximarse a la legislación comunitaria[337]. La armonización de la definición de consumidor se completó con la transposición y adopción de la definición de consumidor recogida en la Directiva 2011/83/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre derechos de los consumidores, que siguiendo la línea marcada por sus predecesoras, define al consumidor como toda persona física que actúe con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresa, oficio o profesión[338].

---

[334] La redacción original del artículo 3 TRLGDCU definía al consumidor como: *"A efectos de esta norma y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional".*

[335] BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. ((2) 2009) p. 89, afirma que: «Los redactores del Texto refundido han optado por recoger en el mismo esta definición del consumidor propia del Derecho Comunitario, puesto que la misma responde mejor a una transposición de las Directivas en cuestión respetuosa con aquél». CÁMARA LAPUENTE (2011) p. 103, señala que el TRLGDCU abandona la definición de consumidor de la LGDCU, en favor de una noción legal más acorde con las Directivas comunitarias sobre protección de los consumidores, aunque manteniendo las particularidades de nuestro ordenamiento jurídico. FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO Y TORRES PÉREZ (2011) p. 63.

[336] La Ley 26/1984, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, recogía la definición de consumidor en su artículo 1, apartados 2º y 3º, como: *"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. 3. No tendrán la consideración de consumidores o usuarios quienes sin constituirse en destinatarios finales, adquieran, almacenen, utilicen o consuman bienes o servicios, con el fin de integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros".* El concepto se establecía partiendo desde un punto de vista positivo y un punto de vista negativo. Así el apartado segundo del artículo 1 definía al consumidor, mientras que el tercer apartado recogía las exclusiones oportunas.

[337] En el apartado III de la Exposición de Motivos del TRLGDCU se pone de manifiesto la intención de acercarse a la legislación comunitaria, al manifestar que: *"El texto refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias pretende, asimismo, aproximar la legislación nacional en materia de protección de los consumidores y usuarios a la legislación comunitaria, también en la terminología utilizada. Se opta por ello por la utilización de los términos consumidor y usuario y empresario".*

[338] La definición de consumidor, utilizada por el legislador comunitario, se caracteriza por su simpleza. Así, en la Directiva del Consejo 85/577/CEE, de 20 de diciembre de 1985, referente a la protección de los consumidores en el caso de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales, define al consumidor en su artículo 2 como *"toda persona física que, para las transacciones amparadas por la presente Directiva, actúe para un uso que pueda considerarse como ajeno a su actividad profesional".* Similar definición se establece en el

Así, la definición de consumidor del TRLGDCU fue modificada por la Ley 3/2014, para su armonización con el concepto de consumidor previsto en la Directiva 2011/83/UE sobre los derechos de los consumidores[339]. Al igual que ocurre con la definición de empresario, la nueva redacción no supone ninguna variación sustantiva, sino que simplemente cambia su estructura, al dedicar su primer apartado a recoger la definición de consumidor conforme a las corrientes europeas y, en el segundo apartado, plasmar una especialidad de nuestro ordenamiento, al reconocer la condición de consumidor a las personas jurídicas y otras entidades sin personalidad jurídica que no tengan ánimo de lucro.

Recordemos que la Directiva 2011/83/UE sobre los derechos de los consumidores no es en este aspecto una directiva de máximos, lo que permite a los Estados miembros la ampliación de la protección que la directiva prevé para los consumidores. Así lo establece en su Considerando 13 la propia Directiva, al señalar que: *"Los Estados miembros podrán decidir extender la aplicación de lo dispuesto en la presente Directiva a las personas jurídicas o físicas que no sean «consumidores» en el sentido de la presente Directiva..."*. Así lo entiende Marín López, cuando afirma que: «Sin antecedentes en la Directiva 2011/83/UE, el art. 3 del TRLGDCU, en la redacción dada por la Ley 3/2014, considera también consumidores a las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica. Ello no supone un incumplimiento de la Directiva, aunque sea una Directiva de máximos o de armonización plena, pues al tratarse de sujetos no incluidos en el ámbito de aplicación de la misma, se trata de una materia no armonizada, sobre la que los Estados miembros pueden libremente regular»[340].

artículo 1.2 a), de la Directiva 99/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo, al disponer: *"2. A los efectos de la presente Directiva se entenderá por: - consumidor: toda persona física que, en los contratos a que se refiere la presente Directiva, actúa con fines que no entran en el marco de su actividad profesional"*.

339 MARÍN LÓPEZ, M. J. (2014) pp. 11-12, apunta un cambio en la redacción del artículo 3 TRLGDCU, en el que se utiliza la fórmula de "con un propósito ajeno a *su* actividad comercial", lo que nos pudiera llevar a entender que incluye los empresarios o profesionales que actúen en un ámbito distinto a su propia actividad empresarial. Tras la reflexión, concluye que esta interpretación no es posible, sobre todo teniendo en cuenta la Exposición de Motivos de la propia norma.

340 MARÍN LÓPEZ, M. J. (2014) p. 13.

Pero tras un breve análisis del precepto, comprobamos como a pesar de la reducción del texto del artículo 3 TRLGDCU, el legislador mantiene las notas características propias de la definición de consumidor nacional, ya recogidas en la Ley 26/1984 y que completan el concepto de la normativa comunitaria[341]. La nueva redacción no afecta, en la práctica, a la definición de consumidor[342].

Pese a su aproximación a las disposiciones comunitarias en la redacción del concepto de consumidor, el legislador del TRLGDCU, en su Exposición de Motivos, hace hincapié en la necesidad de mantener las peculiaridades propias de nuestro ordenamiento, al reconocer la condición de consumidor a las personas jurídicas, haciendo uso de la posibilidad que el legislador comunitario concede a los Estados miembros en el Considerando 13º de la propia Directiva 2011/83/UE[343]. Por tanto, el consumidor puede ser una persona jurídica, siempre y cuando cumplan el resto de los requisitos exigidos en la norma[344]. Así, la persona jurídica tendrá que actuar sin ánimo de lucro y fuera de cualquier actividad empresarial o profesional para que le sea de aplicación las normas de protección del TRLGDCU. Bercovitz Rodríguez-Cano manifiesta ciertas reticencias a la hora de considerar a las fundaciones y cooperativas como consumidores. Nos advierte que aunque no actúan con ánimo de lucro, ambas

341 YZQUIERDO TOLSADA (2005) pp.11 y 12, destaca como características del consumidor definido en la Ley 26/1984, general para la defensa de los consumidores y usuarios: puede ser tanto una persona física como jurídica, que sería el destinatario final del bien o servicio y, que su protección se extiende tanto al consumidor jurídico como al consumidor material.

342 Así lo entiende BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. ((2) 2009) p. 91, «...Conviene puntualizar que esta definición del consumidor como quien actúa al margen de su profesión no debería suponer un cambio sustancial frente a la definición del consumidor como destinatario final en el sentido que hemos visto. Ambas deberían conducir a un mismo resultado, es decir, ambas deberían servir para delimitar básicamente el mismo colectivo social...». CABANILLAS SÁNCHEZ (2011) p. 394, comparte la opinión de que la nueva redacción no supone un cambio sustancial en el concepto de consumidor.

343 PICATOSTE BOBILLO, V., (2011) p. 72, advierte que aunque en el artículo 3 TRLGDCU se comprime la definición de consumidor en una declaración sencilla, el legislador insiste en la pervivencia de las notas esenciales que caracterizaban al consumidor en la anterior norma. CÁMARA LAPUENTE (2011) p. 104, señala como una diferencia transcendental entre la definición de consumidor del TRLGDCU y la prevista en el derecho comunitario, la admisión en el concepto legal de consumidor a las personas jurídicas.

344 FERNÁNDEZ GIMENO (1999) p. 107, entiende que «las circunstancias que deben concurrir por tanto en la persona jurídica para ser calificada como consumidor son el desinterés o gratuidad de la aplicación del bien en favor de sus trabajadores, de sus socios o de la misma persona».

realizan funciones a título oneroso e intervienen en el mercado, lo que determinaría, en algunos casos, su exclusión de la definición de consumidor[345].

Dentro del concepto de consumidor se engloban dos acepciones distintas[346]. Por una parte, está la noción "abstracta" de consumidor. Se enmarca en una concepción amplia que identifica al consumidor con el ciudadano, tal y como se establece en el artículo 51 CE y que, con anterioridad, ya había sido apuntada por el Programa Preliminar de la CEE, para una política de protección e información de los consumidores de 1975. La protección del consumidor se extiende a la satisfacción de todas las necesidades que el individuo experimenta, no sólo desde la perspectiva de su participación en el mercado, sino también en cuanto receptor de otros aspectos que inciden en su vida cotidiana, como la defensa del medio ambiente[347]. Sin embargo, a pesar de esta concepción constitucional de los consumidores, habrá que atender posteriormente a la concreción de este concepto tan amplio, por parte de las normas que lo desarrollen, en orden a garantizar adecuadamente los principios establecidos por el artículo 51 CE[348]. Así nos encontramos ante la noción concreta de consumidor, fijada en las distintas normas que le reconocen los derechos de los consumidores[349].

---

345 BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. ((2) 2009) pp. 91 y ss. CÁMARA LAPUENTE (2011) pp. 132-133, expone la misma idea con claridad, al señala que: «... a mi modo de ver, el ámbito de personas jurídicas comprendidas ha cambiado en un doble sentido: por una parte, siendo el rasgo capital ahora actuar fuera del ámbito de una actividad empresarial o profesional y dadas los rasgos que pueden definir ésta (actividad económica, habitualidad, organización e independencia) deberían quedar fuera del concepto de consumidores tanto las cooperativas como las fundaciones, que revisten esos rasgos de operadores económicos o participantes en el mercado (…), y en todo caso, en la actualidad cumplen sus fines con actividad y organización claramente profesional».

346 Distinguen la noción abstracta y la noción concreta o material de la definición de consumidor, entre otros FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO y TORRES PÉREZ (2011) pp. 61 y 62, o CÁMARA LAPUENTE (2011) p. 112.

347 Para BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. (2006) p. 20, la noción abstracta de consumidor comprende a todos los ciudadanos en cuento aspiran a una adecuada calidad de vida, por lo que todos somos consumidores.

348 CABANILLAS SÁNCHEZ (2011) p. 382, reconoce el concepto abstracto de consumidor a partir del artículo 51 CE, a la vez que advierte que la noción concreta de consumidor también se puede extraer del precepto constitucional a partir de la alusión explícita a los intereses económicos del consumidor.

349 Según BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. (2006) p. 21, no hay una única noción concreta de consumidor, sino que son múltiples dependiendo de la norma en la que esa noción esté integrada y según la finalidad de la misma. Las nociones concretas de consumidor se caracte-

La protección establecida para los consumidores no solo se otorga a aquellos que adquieran los bienes y servicios, sino también a los sujetos que los utilicen y disfruten. Se reconoce de esta forma la distinción entre consumidor jurídico (quién adquiere) de consumidor material (quién utiliza o disfruta). Aunque la redacción del actual artículo 3 TRLGDCU no se refiere, como su antecesora, a la adquisición, uso o disfrute de los bienes y servicios, no cabe interpretar que solo el contratante tenga derecho a la protección que ofrece la norma. Fernández Carballo-Calero y Torres Pérez entienden que la noción de destinatario final debe analizarse en relación con el mercado y, en consecuencia, la protección se dirige al destinatario final de los bienes o servicios en el mercado, con independencia de quién los haya adquirido[350].

Además, la posición de consumidor se reconoce independientemente de que éste actúe ante una entidad pública o privada. Esta afirmación es evidente a la vista de que el TRLGDCU incluye en la definición de empresario a toda persona que actúe en el marco de su actividad empresarial, ya sea pública o privada. Para ejercer los derechos como consumidor, la entidad pública debe actuar en calidad de prestador de bienes o de servicios y no en calidad de Administración[351].

El ámbito de protección de los consumidores no queda reducido a ciertos bienes o servicios, sino que se aplicará cualquiera que sea el objeto de la contratación. Quedan por tanto incluidos bienes o servicios muy diversos entre sí, lo que provoca que en algunos casos la regulación general no se ajuste a la naturaleza del producto o servicio en cuestión[352]. La inclusión en el ámbito de

rizan por ser nociones que delimitan los sujetos que precisamente por su condición de consumidores pueden ejercitar acciones para hacer valer los derechos que les atribuye con carácter individual el ordenamiento jurídico.

350 FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO y TORRES PÉREZ (2011) p. 69. En el mismo sentido, CÁMARA LAPUENTE (2011) p. 112, reconoce que la protección se otorga tanto al consumidor jurídico como al consumidor material.

351 Recordemos el concepto de empresario, analizado en el apartado anterior, en el que cabía tanto el empresario público como privado, siempre y cuando la Administración actuará como empresario o prestador de servicio en el mercado.

352 En el caso de los bienes, el ejemplo más evidente es la regulación de la garantía, que se establece tanto para bienes consumibles como duraderos. Si pensamos en la prestación de servicios, se podría dar el caso de establecer un derecho de desistimiento en la contratación de un servicio de funerarias.

aplicación de la norma de los servicios implica la inclusión de los servicios de comunicaciones electrónicas.

La nota que define al consumidor es que éste adquiera los bienes y servicios para su uso personal o familiar[353]. Ésta es la principal característica del consumidor, pues en todo caso deberá adquirir, utilizar o disfrutar de los bienes o servicios como destinatarios finales. El texto de la derogada LGDCU recogía expresamente la necesidad de que los bienes o servicios se adquiriesen para un uso privado. Aunque no ha pasado al texto del artículo 3 TRLGDCU, esta idea sigue recogiéndose en su Exposición de Motivos[354]. Es clara, en este aspecto, la posición de la doctrina e incluso de la jurisprudencia a la hora de exigir el uso personal o familiar de los bienes o servicios adquiridos[355]. Como señala Bercovitz Rodríguez-Cano, la noción de consumidor se fundamenta en la idea de destinatario final de los bienes y servicios[356].

---

353 ESPINO HERNÁNDEZ (2010) p. 20, nos dice que el consumidor o usuario no es una persona física o jurídica distinta de otra, lo que le caracteriza no es una diferencia ontológica o de ser, sino de posición jurídica respecto de una actividad como es usar o consumidor con una finalidad directa de autosatisfacción y no de negocio.

354 En el apartado III de la Exposición de Motivos, el legislador aclara el concepto de consumidor, al señalar que: *El consumidor y usuario, definido en la ley, es la persona física o jurídica que actúa en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional. Esto es, que interviene en las relaciones de consumo con fines privados, contratando bienes y servicios como destinatario final, sin incorporarlos, ni directa, ni indirectamente, en procesos de producción, comercialización o prestación a terceros*.

355 En su Sentencia 1290/2010, de 17 de marzo de 2010, el Tribunal Supremo, hace suya la argumentación de la audiencia provincial para reconocer la condición de consumidor, al señalar *"El Juzgado acogió en parte la demanda al rechazar la petición de no declarar la validez de la cláusula contenida en el párrafo último, apartado 2º, del contrato, y la consiguiente desestimación de que en la escritura pública no se incluyera la misma; y su sentencia fue revocada en grado de apelación por la de la Audiencia en el sentido de manifestar la nulidad del inciso "para el caso de que el comprador esté interesado en alquilar unidades, viene obligado a hacerlo a través de la sociedad designada por el promotor", contenido en el contrato privado celebrado entre las partes, con la condena a la demandada a otorgar escritura pública sin la inclusión de la cláusula referida, al colegir que se trata de una relación entre consumidor y empresario, y que los actores son los adquirentes de un conjunto de viviendas cuyo destino no está predeterminado, aunque sea el más probable el alquiler, pero que en la actualidad son los destinatarios finales de la venta, ya que no consta que se dediquen profesionalmente a la locación de viviendas,(...)"*. En el mismo sentido, se pronuncia la Sentencia del Tribunal Supremo 464/2010, de 19 de febrero, al no reconocer a una empresa la protección que merecen los consumidores (fundamento de derecho tercero).

356 BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO R. ((2) 2009) p. 87. FERNÁNDEZ GIMENO (1999) p. 99, afirma que para delimitar el ámbito subjetivo de aplicación, es necesario centrarse en el carácter de destinatario final de los diversos bienes, productos o servicios. CANDELARIO MACÍAS (1999) pp. 114-116, expresa esta misma idea, al considerar que el elemento relevante en la definición de consumidor es el destinatario final. LASARTE ÁLVAREZ (2007) p.

El uso como destinatario final al que deben estar dirigidos los bienes o servicios adquiridos por los consumidores no ha tenido una interpretación unánime, dando lugar en ocasiones a la extensión del concepto de consumidor. En algunos supuestos es difícil discernir si nos encontramos ante un usuario final. Imaginemos un particular que compra una segunda vivienda, con el único fin de alquilarla y obtener así un rendimiento económico. Si se le estropea la vitrocerámica o la caldera del piso, nos preguntamos si podrá exigir el cumplimiento de las garantías previstas en los artículos 114 y siguientes del TRLGDCU o si podrá exigir la información que prevé el mismo TRLGDCU. La respuesta parece dudosa, pero si invirtiera su dinero en un producto financiero para obtener del mismo un rendimiento económico la duda se disipa[357]. Y también cabe preguntarse si el inquilino tendría o no la condición de consumidor, pues en este caso no cabe duda del destino final que se le va a dar al bien. Lo mismo ocurre en caso de pequeños empresarios que adquieren bienes o contratan servicios que utilizan como destinatarios finales en su actividad empresarial, pero sin que sean reinvertidos en su empresa. Por ejemplo, el zapatero al que se le estropea la cerradura o la empresa que ofrece a sus empleados un comedor, en los que tiene un microondas o un frigorífico. La cuestión es si podrían exigir el cumplimiento del TRLGDCU.

Las dificultades para interpretar que debe entenderse como "destino final" de los bienes o servicios ha encontrado reflejo tanto en la doctrina como en la jurisprudencia. Algunos autores sostienen que debe reconocerse la condición de consumidor a todas aquellas personas, sean particulares o empresarios, que

66, en el mismo sentido, opina que está claro con la definición de consumidor, que el legislador español optó por una noción concreta basada en un criterio subjetivo, al girar fundamentalmente en torno a la expresión destinatarios finales. El legislador español identifica al destinatario final con la persona que adquiere los bienes o los servicios para un uso personal, familiar o colectivo.

357 Prueba de ello es que la tramitación y gestión de las reclamaciones presentadas ante el Instituto Galego de Consumo por la adquisición de participaciones preferentes y subordinadas. No cabe la menor duda que la inversión se realizó con ánimo de lucro, pues los afectados buscaban el incremento de su inversión. A pesar de ello, un gran número de reclamaciones se resolvieron a través del Sistema Arbitral de Consumo de la Xunta de Galicia, procedimiento que exclusivamente atiende las reclamaciones de los consumidores, atendiendo al concepto del artículo 3 TRLGDCU.

actúen al margen de su negocio, profesión u oficio[358]. Para oponerse a esta idea los autores se fundamentan en la redacción de la anterior Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y, de esta forma, evitar la inseguridad jurídica que provocaría la extensión del concepto de consumidor[359]. Por su parte, algunas Audiencias Provinciales reconocen la condición de consumidor a quien ejerciendo una actividad empresarial adquiere bienes o servicios que no entran dentro de su profesión[360]. Son numerosas las sentencias en este sentido y, muchas veces, contradictorias sin que se pueda establecer una regla general[361].

La finalidad de la especial protección que merecen los consumidores es la posición de desequilibrio en la que se encuentran a la hora de contratar. El modelo de mercado actual no permite al consumidor negociar en la contratación. En muchas ocasiones, ni siquiera le da opción para decidir si quiere contratar. Si bien es cierto que a veces los empresarios se encuentran en una posición de indefensión similar a la de los consumidores, entiendo que en aras de una mayor seguridad jurídica, la definición de consumidor del TRLGDCU debe ser interpretada de forma restrictiva, afectando su protección únicamente a los consumidores que como destinatarios finales actúen en un ámbito personal o familiar[362]. Prueba de ello, es que en determinados sectores en los que la

358 En este sentido se pronuncian FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO Y TORRES PÉREZ (2011) p. 72, al opinar que el concepto de consumidor del TRLGDCU, que gira en torno a la actuación en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional, incluye a todas aquellas personas, sean empresarios o no, que actúen al margen de su negocio, oficio o profesión.

359 CÁMARA LAPUENTE (2011) p. 135, afirma al respecto que: «Conviene destacar que la dicción del artículo 3 TRLGDCU alude a actuar en un ámbito ajeno a una actividad empresarial, no a su actividad empresarial, como hacen las directivas, lo que, por una parte, amén de apartarse del literal comunicativo, introduce una diferencia con la definición de empresario del artículo 4 y, por otra parte, refuerza la interpretación más correcta sobre la exclusión de todo tipo de actos de consumo empresarial, estén o no relacionados con el área principal o la especialización del empresario». Comparte su opinión PICATOSTE BOBILLO V. (2011) pp. 75 y ss.

360 Como ejemplos, podemos mencionar la Sentencia de la Audiencia Provincial de Teruel de 31 de octubre de 2002, que reconoce la condición de consumidor a un sindicato en la contratación de la publicidad, o la Audiencia Provincial de Granada en su sentencia de 16 de febrero de 2002.

361 CÁMARA LAPUENTE (2011) p. 136-137, pone en evidencia la pluralidad de soluciones que ha dado la jurisprudencia.

362 BERCOVITZ RODRÍGUEZ- CANO R., ((2) 2009) p. 95, en este sentido, manifiesta que no parece aceptable la tesis por la que se consideran consumidores a los empresarios que actúen en una relación ajena a su actividad propia. Considera que el consumidor no está protegido especialmente por razón de su falta de cualificación o conocimiento frente al profesional con

posibilidad de negociación es prácticamente nula incluso para los empresarios ajenos al sector, extienden la protección que su normativa otorga al consumidor a cualquiera que no actúe profesionalmente en su ámbito empresarial. Este es el caso, como veremos a continuación, de las telecomunicaciones.

La LGT 2003 no establecía una definición de consumidor en su artículo 38, tan solo se limitaba a referirse a los consumidores como "personas físicas y otros usuarios finales". De la simple lectura del precepto, parecía que la protección otorgada en la norma se limitaba únicamente a los consumidores que sean personas físicas[363]. Sin embargo y en clara contradicción con el texto articulado de la Ley, en su Anexo II el legislador establecía entre otras, las definiciones de abonado y de consumidor. Así, abonado es "*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"*. Por otra parte, consumidor es *"cualquier persona física o jurídica que utilice o solicite un servicio de comunicaciones electrónicas disponible para el público para fines no profesionales"*.

Atendiendo a la primera definición, el abonado sería el contratante, mientras que el consumidor sería cualquier persona que utilizará el servicio sin necesidad de haber contratado con anterioridad. De esta forma, se recogía la distinción entre consumidor jurídico y consumidor material que ya se estableció

respecto a los bienes o servicios que adquiere o utiliza; tampoco en función de su menor capacidad económica frente a aquél. No son esas las diferencias que el derecho de consumo pretende subsanar. El consumidor es protegido porque, estando abocado a consumir, no puede evitar contratar bienes y servicios para ello.

363 Al igual que en otras normas que regulan la protección de los consumidores y usuarios como por ejemplo la Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos crédito al consumo, que define al consumidor en su artículo 2.1 como *"la persona física que, en las relaciones contractuales reguladas por esta Ley, actúa con fines que están al margen de su actividad comercial o profesional"*. Esta es, también, la definición que se sigue en la normativa comunitaria. Un ejemplo es la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre los derechos de los consumidores, que define al consumidor como toda persona física que, en contratos regulados por la presente Directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresa, oficio o profesión.

con la Ley 26/1984, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios[364], y ha sido asumida tanto por la doctrina como por la jurisprudencia[365].

Para definir al consumidor, la LGT 2003 utilizó los mismos criterios que la anterior LGDCU. Podíamos destacar como rasgos definidores de la figura del consumidor LGT 2003, en primer lugar que puede ser tanto una persona física como una persona jurídica, aunque en este último caso debe actuar sin ánimo de lucro, esto es la adquisición o utilización de bienes y servicios no debe ser reinvertidos en procesos productivos[366]. Además, la protección no solo se otorga a aquellos que contraten el servicio, sino también a los sujetos que los utilicen y disfruten.

Pero esta situación ha variado con la nueva Ley de Telecomunicaciones. Su artículo 46 alude únicamente al "usuario final", aunque sin determinar a qué se refiere con dicho concepto. El legislador dota de uniformidad a la regulación de los derechos de los usuarios finales, pues eliminará cualquier referencia en este capítulo a otros posibles sujetos protegidos como eran, en la anterior

[364] Recordemos que el artículo 1.2 LGDCU define al consumidor como *"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 o pública o privada, individual o colectiva de quienes los producen, facilitan, suministran o expiden".*

[365] En palabras de BUSTO LAGO (2008) p. 64: «Consumidor o usuario no es únicamente quien contrata con el profesional o empresario la adquisición del bien o la prestación del servicio. En efecto, tan consumidor es el sujeto que adquiere -entendiendo este término en sentido económico, como equivalente a cualquier negocio o contrato en virtud del que el consumidor obtiene la posibilidad de consumir, utilizar o disfrutar -un bien -mueble o inmueble- o contrata la prestación de un servicio con el empresario o el profesional -consumidor en sentido jurídico-, como el que consume, utiliza o disfruta aquellos bienes o servicios -consumidor en sentido material-». LASARTE ÁLVAREZ (2007) pp. 63 y 64, apoya esta concepción dual del concepto de consumidor. Advierte que la figura del contratante se asimila al concepto de consumidor, que se denominaría consumidor jurídico. Y frente a éste estaría el consumidor material que sin haber contratado la cosa o el servicio puede utilizarlos. En ambos casos son consumidores, si bien la protección y el ejercicio de los derechos y garantías variarán, según se trate de un consumidor material o jurídico.

[366] Basta remitirse a lo ya expuesto al analizar el concepto de consumidor del artículo 3 TRLGDCU. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO A., (2006) p. 30, también admite la posibilidad de que el consumidor pueda ser una persona física o jurídica, al señala que: «Frente a esta noción legal de consumidor de la LGDCU referida básicamente a personas físicas o jurídicas que sean destinatarios finales de los bienes o servicios que adquieren, hay que señalar que las Directivas comunitarias de protección a los consumidores establecen en general y salvo los casos ya mencionados de las Directivas de daños por productos defectuosos y de viajes combinados una noción de consumidor como persona física que actúa con fines ajenos a su actividad profesional.»

regulación, el consumidor o el abonado. Sin embargo, estos conceptos no desaparecen por completo de la LT, pues se han mantenido en su Anexo II dentro de las definiciones aplicables a la misma. Abonado será 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. Parece que nos encontramos ante el consumidor jurídico al que nos referimos con anterioridad, pues se refiere al sujeto contratante.

Mención aparte merece la definición de consumidor que se recoge en el Anexo II LT. Así, consumidor será "*cualquier persona física o jurídica que utilice o solicite un servicio de comunicaciones electrónicas disponibles para el público para fines no profesionales*". Parece que, distanciándose del concepto de usuario final que analizaremos con posterioridad, el legislador sectorial delimita al consumidor en el sentido del TRLGDCU, pues advertimos con facilidad que el rasgo que lo caracteriza será el uso no profesional del servicio de comunicaciones electrónicas. La pregunta que nos hacemos es por qué el legislador sectorial de telecomunicaciones define al consumidor, cuando existe una norma general que lo regula y no actúa amparado por un título competencial que le faculte para ello. En todo caso, es un concepto vacío que no tendrá aplicación práctica. La LT no puede establecer el sujeto protegido de una regulación ajena a sí misma. Lo correcto hubiera sido haber omitido cualquier referencia al consumidor o, en su caso, limitarse simplemente a una remisión a su propia normativa.

Según la LT, usuario final será el "*usuario que no explota redes públicas de comunicaciones ni presta servicios de comunicaciones electrónicas disponibles para el público ni tampoco los revende"*. Esta definición ya se contemplaba en la LGT 2003 (apartado 25 del Anexo II). Son varios los elementos que podemos destacar en el concepto de usuario final. En primer lugar, el usuario final puede ser tanto una persona física como una persona jurídica. Mantiene la tradición del ordenamiento jurídico español, al reconocer como sujeto de especial protección a las personas jurídicas. En segundo lugar y como principal característica, el usuario final no debe prestar ni revender los

servicios de comunicaciones electrónicas. Por tanto, ostentarán la condición de usuario final no solo los consumidores conforme al TRLGDCU, sino también los empresarios ajenos al sector de las comunicaciones electrónicas. El criterio que determina la condición de usuario final no va a ser el uso privativo o personal del servicio, sino que será la actuación en un ámbito ajeno a las comunicaciones electrónicas.

Podemos afirmar que la LT amplía el ámbito de aplicación subjetivo de los derechos reconocidos en su Capítulo V (derechos de los usuarios finales), como ya venía haciendo la LGT 2003[367]. Así lo entiende Carrasco Perera, que además va más lejos, pues incluye en la definición de usuario final a los operadores de redes o servicios que utilizan los servicios de terceros operadores al servicio de esa actividad principal[368]. Sin embargo, no podemos compartir esta última opinión, puesto que la definición de usuario final que nos da la norma es clara, no pueden explotar redes públicas de comunicaciones ni prestar servicios de comunicaciones electrónicas disponibles para el público ni revenderlas[369].

La extensión de la protección de la LT a los usuarios finales, también está presente en la redacción de la Carta de derechos, en la que se prescinde de la utilización del término "consumidor", para pasar a referirse únicamente a los "usuarios finales de servicios de comunicaciones electrónicas"[370]. Se define al usuario como *"el usuario que no explota redes públicas de comunicaciones ni*

[367] CARRASCO PERERA (2005) p. 83, entiende que en el ánimo del legislador de la LGTel no estaba excluir del concepto de consumidor usuario final a aquel que introduce en el mercado el servicio telefónico adquirido con fines comerciales o profesionales. La protección se otorga a los usuarios de servicios de telecomunicaciones, tengan o no la condición de consumidor en sentido propio. Más aún, el término de usuario final debe comprender a todo usuario no consumidor que a su vez tampoco sea un operador de telecomunicaciones.

[368] CARRASCO PERERA (2005) p. 98, expone que «No tienen la consideración de usuarios finales los operadores de redes y servicios de comunicaciones electrónicas. No obstante, esta exclusión sólo debe operar en lo que se refiere a la explotación de la red o la prestación del servicio, consideradas como actividades económicas en sí mismas. Pero nada obsta para considerar usuarios finales a los operadores de redes o servicios que utilizan los servicios de terceros operadores al servicios de esa actividad principal».

[369] ALFONSO VELÁSQUEZ (2010) p. 57, defiende nuestra postura, al entender que el usuario final es el usuario que no explota redes públicas de comunicaciones, ni presta servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público, ni tampoco los revende (art. 1.2 F CDCUE). Es decir, el que no opera en ninguno de los mercados de estos servicios.

[370] El artículo 2 de la Carta de derechos establece al ámbito de aplicación de la norma, al señalar que: *"Serán titulares de los derechos reconocidos en este Real decreto, en las condiciones establecidas en el mismo, los usuarios finales de servicios de comunicaciones electrónicas..."*.

presta servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público, ni tampoco los revende" (artículo 1.2.f)).

Ya no cabe la menor duda que el concepto de usuario final, tanto de la LT como de la Carta de derechos, es un concepto más amplio que el de usuario del TRLGDCU con el que estamos más familiarizados. Para ser excluidos de su definición no basta que el usuario actúe dentro de su ámbito empresarial, sino que además tendrá que pertenecer al sector de las telecomunicaciones, esto es, que explote redes públicas de comunicaciones o preste servicios de comunicaciones electrónicas[371].

Hay que admitir que las telecomunicaciones gozan de unas características especiales que hacen que cualquier persona ajena al sector tenga dificultades para negociar su contratación[372]. Ello explica la necesidad de ofrecer una protección específica a todos sus usuarios, sin hacer distinción entre los consumidores conforme al TRLGDCU y otros usuarios[373]. Esto es lo que pretende la Carta de derechos de los usuarios, al regular la contratación de los servicios de comunicaciones. Su protección se ofrece a todos aquellos usuarios que no se dediquen profesionalmente a ofrecer servicios de comunicaciones electrónicas[374].

Pero la actual regulación merece algunas críticas. En primer lugar, algunas de las medidas que se establecen para los usuarios tanto en la LT como en la Carta de derechos, son exclusivas de los consumidores, como por ejemplo la referencia al Arbitraje de Consumo como medio para la resolución de las controversias que surjan entre los operadores y los usuarios. Además, no

[371] CÁMARA LAPUENTE (2011) p. 107, entiende que la LGT y su normativa de desarrollo se refieren al usuario en un sentido más amplio que el artículo 3 TRLGDCU.

[372] Ocurre lo mismo con los usuarios de energía, tanto de la luz como del gas, ambos sectores fuertemente regulados por el Estado.

[373] A lo largo del texto para facilitar su comprensión, utilizaremos "usuario" según la definición de la Carta de derechos, mientras que para designar a los comprendidos en el ámbito de aplicación del TRLGDCU nos referiremos a "consumidores".

[374] MONTERO PASCUAL (2007) p. 252, considera que la categoría de usuario final es la clave en la normativa de defensa de los usuarios de los servicios de telecomunicaciones, ya que los mecanismos de protección previstos para los usuarios no se limitan a las personas físicas, sino que se extienden a todos los usuarios finales incluyendo a las personas jurídicas. Únicamente, están excluidos de los mecanismos de protección los mayoristas que contratan servicios para conformar sus propios productos y posteriormente comercializarlos.

podemos olvidar la confusión que genera la referencia a la normativa en materia de protección de consumidores y usuarios. Cabe plantearse si esta "remisión" permite la aplicación de las normas de derecho de consumo a todos los usuarios o, simplemente, se aplicará cuando el usuario goce además de la condición de consumidor.

El párrafo segundo del artículo 5 de la Carta de derechos del usuario dispone: *"La formalización y entrega del contrato se regirá por lo dispuesto en el texto refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real decreto legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, sin perjuicio de otras formalidades adicionales, que, en su caso, se establezcan en la regulación de la portabilidad y la preselección"*[375]. Si atendemos a la literalidad de la norma, habría que entender que a los contratos de servicios de comunicaciones electrónicas les será de aplicación en cuanto a la entrega y formalización del contrato el TRLGDCU, con independencia de que el abonado o el usuario del servicio ostenten la condición de consumidor. La Carta de derechos de los usuarios hace una "remisión general" al TRLGDCU.

Sin embargo, el TRLGDCU delimita su ámbito de aplicación en su artículo 2, al señalar que: *"esta norma será de aplicación a las relaciones entre consumidores o usuarios y empresarios"*. Como ya señalamos, es la propia norma la que define al consumidor en su artículo 3, "*a los efectos de esta norma..."*. Nos preguntamos entonces si una norma, que en el caso de la Carta de derechos de los usuarios es de rango inferior, puede ampliar el ámbito de aplicación de otra. Para responder a la cuestión, hay que tener en cuenta que los títulos competenciales bajo los cual se dictan ambas normas son distintos, pues mientras la Carta de derechos del usuario se ampara en la competencia exclusiva sobre telecomunicaciones que corresponde al Estado conforme al artículo

[375] Esta previsión también se encuentra en el artículo 53 LT, cuando dispone: "*...los operadores proporcionarán a los usuarios finales al menos la información que a estos efectos se establece en el Texto Refundido de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios...*".

149.1.21 CE[376], el TRLGDCU se dicta en base a distintos títulos competenciales, no siendo de aplicación la totalidad del texto en todo el territorio del Estado[377].

Entendemos que el legislador en la Carta de derechos del usuario, confunde dos sectores distintos, la protección de los consumidores y las telecomunicaciones. Aprovecha, de esta forma, la competencia exclusiva que ostenta en materia de telecomunicaciones para entrar a regular la protección de consumidores y usuarios en este sector y vulnera las competencias que ostentan las CCAA sobre la materia.

García Rubio define la técnica de la remisión como la regulación por referencia, de forma que el contenido de la norma remitida debe considerarse como parte de la normativa de la norma de remisión[378]. Entendemos que las referencias al TRLGDCU que hacen tanto la Ley de Telecomunicaciones como la Carta de derechos de los usuarios, no pueden ser entendidas como verdaderas remisiones, en un sentido técnico y conforme a la definición antes expuesta. El TRLGDCU no queda integrado en la normativa sectorial de telecomunicaciones, sino que parece ser un simple recordatorio para la aplicación de las normas de protección de consumidores.

---

376 Tal y como dispone su Disposición Final Segunda referida al Título competencial: *"Este Real Decreto se dicta al amparo de lo dispuesto en el artículo 149.1.21 de la Constitución, que atribuye al Estado la competencia exclusiva en materia de telecomunicaciones".*

377 El título competencial por el que se aprueba el TRLGDCU se recoge en su Disposición Final Primera: *"1. El capítulo I del título I del libro primero, en el que se define su ámbito de aplicación y el artículo 10, tienen carácter básico en relación con los preceptos del apartado 2 de esta disposición y se dictan en el uso de competencias exclusivas del Estado en relación con las disposiciones del apartado 3. 2. Los artículos 8, 9, 17.1, 18, 23. 1 y 3, 25 y 26; los capítulos III y V del título I del libro primero y el título IV del libro primero tienen carácter básico al dictarse al amparo de las competencias que corresponden al Estado en el artículo 149.1. 1, 13 y 16 de la Constitución Española. 3. El artículo 24 y el título V del libro primero, los libros segundo, tercero y cuarto, las disposiciones transitorias y las disposiciones finales se dictan en base a las competencias exclusivas que corresponden al Estado en materia de legislación mercantil, procesal y civil, conforme al artículo 149.1. 6 y 8 de la Constitución española. 4. El resto de los preceptos del título II del libro primero serán de aplicación a las asociaciones de consumidores y usuarios de competencia estatal."*

378 GARCÍA RUBIO (2002) pp. 159 y 160. Recordemos el concepto de remisión que nos da la autora. Define la técnica de la remisión como la regulación por referencia, de forma que el contenido de la norma remitida debe considerarse como parte de la normativa de la norma de remisión.

En nuestra opinión únicamente deberá aplicarse la normativa de derecho de consumo cuando nos encontremos ante un consumidor, pues su ámbito de aplicación viene fijado por el propio TRLGDCU y no puede ser modificado por una norma sectorial y de rango inferior, ni siquiera por remisión[379]. Es más, la remisión que hace es innecesaria, pues las normas protectoras de los consumidores se aplican siempre que una de las partes goce de la condición de consumidor, sin que sea preciso que el legislador sectorial lo reconozca expresamente.

De esta postura se separa la LT y su normativa de desarrollo, que reconoce la protección que le otorga a los usuarios finales a todos aquellos que no se dediquen profesionalmente a la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas[380]. Por tanto, los empresarios y los comerciantes, los abogados o los fontaneros van a ser protegidos por la Carta de derechos de los usuarios de servicios de comunicaciones electrónicas, pero no por la normativa propia de protección de consumidores y usuarios[381].

Como ya apuntamos, el artículo 3 de la Carta de derechos recoge los derechos de los usuarios finales, que van a ser desarrollados a través del articulado de la norma[382]. Reconoce como derechos de los usuarios: el derecho a obtener una conexión a la red telefónica pública desde una ubicación fija, que

379 Debemos advertir que esta afirmación tiene una excepción. En el artículo 53.1 LT se produce una remisión normativa particular para determinar cuál es la información precontractual que el operador debe facilitar al usuario. Nos encontramos en este caso ante una remisión técnica y particular, que a pesar de las críticas que merece, integra las disposiciones previstas en el TRLGDCU en la propia Ley de Telecomunicaciones. Trataremos esta cuestión en profundidad en el apartado relativo a la información precontractual del contrato de servicio de comunicaciones electrónicas.

380 MONTERO PASCUAL (2007) p. 252, considera clave en la normativa de defensa de los usuarios de servicios de telecomunicaciones al usuario final. Los mecanismos de protección a disposición de los usuarios no se limitan a las personas físicas, sino que se extienden a todos los usuarios finales, que incluyen a las personas jurídicas. Solo se excluye a los mayoristas que contratan servicios para conformar sus propios productos que posteriormente serán comercializados a los usuarios finales.

381 REVUELTA PÉREZ (2008) p. 376, afirma que la posición jurídica del consumidor actual de servicios de telecomunicaciones difiere sustancialmente de la del consumidor de bienes o servicios ordinarios, ya que el legislador ha ido reconociendo un catálogo muy amplio de derechos específicos que asisten a los consumidores de los servicios de comunicaciones electrónicas, esto es, a los usuarios finales.

382 La nueva LT incorpora el catálogo de derechos que la Carta de derechos reconoce a los usuarios, a través de su artículo 47.

posibilite el acceso funcional a Internet y acceder a la prestación del servicio telefónico, así como al resto de prestaciones incluidas en el servicio universal; el derecho a celebrar contratos y a rescindirlos, así como a cambiar de operador de forma segura y rápida, con conservación del número telefónico; el derecho a la información veraz, eficaz, suficiente, transparente y actualizada sobre las condiciones ofrecidas por los operadores y las garantías legales; el derecho a recibir servicios de comunicaciones electrónicas con garantías de calidad, así como a recibir información comparable, pertinente y actualizada sobre la calidad de los servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público; el derecho a la continuidad del servicio y a una indemnización en caso de interrupción; el derecho a una facturación desglosada, a la desconexión de determinados servicios y a elegir el medio de pago de los servicios entre los comúnmente utilizados en el tráfico comercial; el derecho a una atención eficaz por el operador; el derecho a unas vías rápidas y eficaces para reclamar; el derecho a prestaciones especiales para personas con discapacidad y de renta baja; el derecho a una especial protección en la utilización de servicios de tarificación adicional y el derecho a la protección de los datos de carácter personal.

Pero además de los derechos, el artículo 32 de la Carta de derechos establece las obligaciones que les corresponden a los usuarios finales, dando prueba de la bilateralidad del contrato. Se recogen como obligaciones de los usuarios: la contraprestación económica por el suministro del servicio y el cumplimiento del resto de condiciones contractuales, así como el cumplimiento del resto de condiciones que figuren válidamente en los contratos que celebren con los operadores; el uso del servicio para los fines previstos en el contrato; la utilización de aparatos cuya conformidad haya sido evaluada según la normativa vigente; la configuración de equipos y mantenimiento de la red más allá del punto de terminación de red; y el suministro de datos personales exigidos por la legislación vigente.

III. FASE PRECONTRACTUAL. EL DERECHO DE INFORMACIÓN

1. El derecho de información como una técnica de protección de los consumidores y usuarios

En el apartado segundo del artículo 51 de la Constitución se establece el deber de los poderes públicos de promover la información de los consumidores y usuarios[383]. De esta forma, siguiendo las corrientes internacionales, se reconoce el derecho de información de los consumidores y usuarios[384]. Pero la redacción del artículo 51 CE es confusa, pues evita la enumeración de los derechos fundamentales del consumidor. En el debate constitucional en el Senado se distinguió entre derechos básicos y derechos instrumentales[385]. Los motivos que indujeron a esta concepción dual parten de la visión que la Senadora Begué Cantón mantenía acerca de lo que debían ser los retos de una política de protección de los consumidores. Según su opinión: "cuatro son los objetivos de la política de defensa del consumidor: uno, la protección de su salud y de su seguridad; dos, la protección eficaz de sus intereses económicos; tres, la información y la educación de los consumidores, y cuatro, la consulta y representación de los mismos en relación con las decisiones que les conciernen. De estos objetivos, los verdaderamente fundamentales son los dos primeros; los dos últimos juegan un papel instrumental, pero el conjunto de ellos determina los principios en que ha de inspirarse hoy día una política de defensa del consumidor". Este enfoque fue el que prevaleció en la redacción final de los dos

383 PÉREZ GARCIA (1990) pp. 56 y ss, califica el derecho de información al consumidor como un subprincipio del ordenamiento jurídico, al derivar de otro principio general del derecho como es el de la defensa de los consumidores, previsto en el artículo 51 CE.

384 El artículo 51 CE recoge los principios consagrados en diversas declaraciones internacionales, aunque de manera especial dos han sido los textos que han inspirado nuestro precepto constitucional: la "Carta de los consumidores" aprobada por la Asamblea Consultiva del Consejo de Europa el 17 de mayo de 1973 y la 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". Ambas recogen los derechos fundamentales de los consumidores, que son: el derecho a la protección de la salud y seguridad, el derecho a la protección de los intereses económicos, el derecho a la reparación de daños, derecho a la información y a la educación y el derecho a la representación.

385 Para CÁMARA LAPUENTE (2011) p. 80, la dicotomía entre derechos sustantivos o básicos y derechos instrumentales se potencia con el contraste en intensidad de los verbos empleados (garantizar para derecho a la salud y seguridad y a la protección de los intereses económicos; promover el resto de los derechos instrumentales).

primeros apartados del artículo 51 CE[386]. Así el apartado primero recoge la protección de los denominados derechos fundamentales, mientras que el apartado segundo incluye los derechos de carácter instrumental[387].

Sin embargo esta distinción no ha traspasado al derecho positivo. Ya la Ley 26/1984, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, recogió los derechos básicos de los consumidores sin hacer mención alguna a la distinción entre derechos fundamentales y derechos instrumentales[388]. Siguiendo a su predecesora el TRLGDCU enumera como derechos básicos de los consumidores y usuarios: la protección contra los riesgos que puedan afectar a su salud o seguridad, la protección de sus legítimos intereses económicos y sociales, la indemnización de los daños y la reparación de los perjuicios sufridos, la información correcta sobre los diferentes bienes o servicios y la educación y divulgación para facilitar el conocimiento sobre su uso, la audiencia en consulta y la participación en la elaboración de las leyes y la protección de sus derechos mediante procedimientos eficaces[389].

Aunque en la enumeración de los derechos básicos de los consumidores el legislador no realice diferencia alguna, no cabe discutir el carácter instrumental del derecho de información[390]. Prueba de ello es, entre otros, el

386 GÓMEZ CALLE (1994) p. 16, pone de manifiesto el carácter instrumental del derecho de información. En el mismo sentido se pronuncian IZQUIERDO CARRASCO (2011) p. 250, y BOTANA GARCÍA (2011) p. 1060.

387 ÁLVAREZ LATA (2009) pp. 218-219, señala que la regulación del derecho de información en el TRLGDCU ha adquirido una posición preeminente, ya que se confía en una perspectiva global e integradora del derecho de información. Esta visión se corresponde con la dimensión constitucional, no incompatible con su carácter instrumental del derecho a la salud y seguridad y del de la protección de los intereses económicos y sociales, que a este derecho le dieron distinguidos autores desde la primera versión de la ley general de protección de los consumidores y usuarios.

388 La instrumentalidad del derecho de información se recogió en la Ley 12/84, de 28 de diciembre, por la que se aprueba el Estatuto Gallego del Consumidor y Usuario, al hacer mención a la misma en su exposición de motivos, pero sin que tuviera reflejo alguno en el texto normativo. La distinción desaparece en la Ley 2/2012, de 28 de marzo, Gallega de Protección General de las Personas Consumidoras y Usuarias, que sustituye a la Ley 12/84.

389 GARCÍA CANTERO (2011) pp. 206 y 207, nos advierte que el artículo 8 es una breve descripción por vía de enumeración de los derechos del consumidor, que se desarrollan en los artículos siguientes.

390 IZQUIERDO CARRASCO (2011) pp. 256 y ss, advierte que aunque es cierto que el derecho de información es muchas veces un instrumento al servicio de otros derechos, como los de la salud y la seguridad o los de la protección de sus legítimos intereses económicos y sociales, no siempre juega ese papel y en muchos casos va más allá de lo necesario para darle efectivi-

artículo 12 TRLGDCU que para garantizar la protección frente a los riesgos que se deriven de los bienes o servicios puestos a disposición de los consumidores, impone al empresario deberes de información sobre los riesgos que de los bienes o servicios puedan provenir[391].

La finalidad de la normativa de consumo es paliar el desequilibrio existente entre el empresario y el consumidor[392]. De la Maza Gazmurí sugiere que la desigualdad que caracteriza a las relaciones contractuales entre el consumidor y el empresario se explican como un problema de asimetrías informativas, esto es, por las ventajas que, en términos de información, posee una de las partes sobre la otra[393]. Es evidente que el empresario ostenta una posición de superioridad en el mercado. Por una parte, el empresario va a imponer las condiciones contractuales, teniendo tan solo el consumidor la facultad de decidir si contrata o no. Esto es lo que ocurre en el sector de las telecomunicaciones, en el que esta situación se agrava al ser el servicio de comunicaciones electrónicas un servicio de interés general. Además, los productos y servicios ofertados en el mercado son tan numerosos, que el consumidor va a tener serias dificultades para hacer una comparación y una valoración real que determine su decisión. Para salvar esta diferencia entre el empresario y el consumidor, el legislador acude al derecho de información. Pero al darle efectividad, el derecho de información se transforma en deberes impuestos al empresario[394]. Así, Izquierdo Carrasco afirma que la garantía del

dad a los derechos fundamentales. La información del consumidor no solo servirá para facilitar que sus elecciones sean racionales y con conocimiento, sino también para que pueda utilizar o disfrutar adecuadamente los bienes y servicios que adquiere y contrata.

391 Los deberes de información impuestos al empresario son nota común en las normas dirigidas a la protección de consumidores y usuarios. Sin ánimo de ser exhaustivos cabe mencionar, la regulación de viajes combinados, la regulación de las condiciones generales de la contratación o la regulación de los contratos de crédito al consumo.

392 ZURILLA CARIÑANA (2007) p. 1, entiende que la obligación de información encuentra su fundamento en un desequilibrio de conocimientos entre los contratantes, que se acentúa en la contratación con consumidores.

393 DE LA MAZA GAZMURI (2010) pp. 113 y ss.

394 GARCÍA VICENTE (2009) p. 1463, nos advierte que el derecho de información se desarrolla legalmente a través de los deberes impuestos al empresario o profesional. Son deberes imperativos y predeterminados que dan satisfacción al derecho de información del consumidor. DE LA MAZA GAZMURI (2010) p. 120, considera que los deberes precontractuales de informar constituyen una manifestación del suministro de información como técnica para proteger a la parte más débil en una relación contractual caracterizada por la presencia de asimetrías in-

derecho de información del consumidor se consigue con la imposición a los empresarios de un deber de informar[395].

La opinión de la doctrina está unificada al entender que el derecho de información sirve para contrarrestar el desequilibrio existente entre el empresario y el consumidor[396]. García Vicente señala como fundamentos de los deberes de información impuestos al empresario, en primer lugar, el aseguramiento de la libertad y racionalidad de la decisión del consumidor de contratar. En segundo lugar, los deberes de información persiguen advertir del alcance del compromiso asumido. Además, dan a conocer las cualidades o utilidades del objeto del contrato[397].

El TRLGDCU desarrolla el derecho a la información en el Capítulo IV, del Título I del Libro I. El artículo 17 impone a los poderes públicos el fomento de la educación de los consumidores para garantizar que dispongan de la información necesaria para el eficaz ejercicio de sus derechos. Por su parte, el artículo 18 recoge las notas características del etiquetado y presentación de los bienes y servicios[398].

formativas. PARRA LUCÁN (2011) p. 261, señala que el derecho de información tiene como contrapartida las obligaciones que incumben a los empresarios que comercializan productos y prestan servicios.

395 IZQUIERDO CARRASCO (2011) p. 264, «... un enfoque exclusivo a esta cuestión desde la perspectiva del derecho del consumidor es insuficiente por muchos motivos: no puede negarse una cierta inmadurez del consumidor que realiza actos de consumo sin un conocimiento suficiente y de manera irresponsable; pero también es cierto que las propias características y funcionamiento del mercado en nuestros días no lo hacen posible (…). Todo ello justifica que el derecho a la información se transforme en parte en un deber que se impone a otros sujetos que son, además, los que poseen o tienen un fácil acceso a la misma».

396 Para CÁMARA LAPUENTE (2011) p. 484, el suministro de información al consumidor es uno de los principales requisitos para garantizar legislativamente su protección, y se plasma a través de la imposición de auténticas obligaciones de informar por parte del empresario antes de la celebración del contrato como forma de paliar el desequilibrio informativo del consumidor. REYES LÓPEZ (2005) p. 488, entiende que el reconocimiento del derecho de información implica la admisión por parte del legislador de un desequilibrio existente en las relaciones contractuales entre el empresario y el consumidor. GÓMEZ CALLE (1994) p. 15, otorga a los deberes de información una finalidad protectora, ya que pretenden proteger al que se halla en una posición más débil, por su escasa información o por su inexperiencia negocial. PÉREZ GARCÍA (1990) pp. 69-72, advierte que el fundamento del derecho a la información es la desigualdad de conocimientos que los contratantes presentan en una relación jurídico privada.

397 GARCÍA VICENTE (2009) pp. 1473 y ss.

398 No es nuestra labor realizar un estudio detallado del derecho de información de los consumidores y usuarios, previsto en los artículos 17 y 18 del TRLGDCU. Para ello, nos remitimos a

Es fácil advertir que el principal desarrollo del derecho de información no se hace a través del mencionado Capítulo IV TRLGDCU. Es con la regulación de la información en la contratación entre el consumidor y el empresario donde el derecho de información alcanza su máxima satisfacción para garantizar la protección de los intereses de los consumidores[399]. Para ello, se imponen al empresario deberes de información, tanto antes de la contratación, como durante la formalización y ejecución del contrato[400]. En este apartado dedicaremos nuestra atención a la información precontractual en el ámbito de los contratos de comunicaciones electrónicas.

Pero antes de abordar su estudio es necesario hacer un inciso para referirnos primero a la información precontractual en el derecho común de contratos, para a continuación analizar la especial importancia que la información precontractual ha alcanzado en el contrato de servicios. A diferencia del derecho de consumo, hasta el momento en el Código Civil español no se ha dedicado ningún artículo a la información precontractual[401].

2. La etapa precontractual en el derecho común de contratos. La responsabilidad precontractual

El Código Civil español establece, en su artículo 1089 que: *"las obligaciones nacen de la ley, de los contratos y cuasi contratos, y de los actos y omisiones ilícitos o en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia",* a la vez, que el artículo 1258 dispone: *"Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan no sólo al cumplimiento de lo*

los trabajos y comentarios del TRLGDCU, entre los que podemos destacar IZQUIERDO CARRASCO (2011) pp. 250 y ss; PARRA LUCÁN (2011) pp. 258 y ss.

399 ÁLVAREZ LATA (2009) pp. 218-219, destaca la posición preeminente del derecho de información en el TRLGDCU, ya que se confía en una perspectiva global e integradora del derecho de información.

400 Es una nota común de las normas que regulan los contratos de consumo, que se exija un contenido contractual mínimo, para asegurar que el consumidor conoce todos los extremos del contrato. Así la ley de viajes combinados, la ley de aprovechamiento por turnos o la ley de crédito al consumo.

401 GÓMEZ CALLE (1994) p. 12, explica la carencia de referencia alguna a la información precontractual, en los Códigos del siglo XIX, por el principio de individualismo que impera en la época. El contrato se concebía como el resultado de un acuerdo de voluntades libre, entre dos partes en igualdad de condiciones, por lo que la información en la etapa precontractual era una tarea propia de cada uno de los contratantes.

expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley".

A partir de ambos preceptos, queda reconocida la libertad contractual de la que gozan las partes a la hora de contratar[402]. Consagran el principio de libertad contractual, que hace referencia tanto a la libertad para iniciar las negociaciones como a la libertad para romperlas. Es admitido de forma generalizada que la relación contractual entre las partes contratantes surge desde que manifiestan su voluntad de contratar[403]. En este sentido, García Rubio y Otero Crespo, señalan que en la fase previa al contrato rige el principio de libertad contractual, sin que exista en puridad una relación jurídica que genere derechos y obligaciones entre las partes hasta la formalización del contrato[404].

Sin embargo, no podemos pasar por alto, que antes de la formalización del contrato es habitual que entre las partes haya un contacto o negociación previa para fijar los términos del contrato. La libertad contractual afecta a dos momentos distintos del contrato, esto es, a los tratos preliminares en los que se acordarán los términos del contrato, así como, en el momento de la formalización del contrato, cuando las partes manifiestan su voluntad de contratar[405].

Aunque el contrato no surge hasta que ambas partes consientan contratar, no podemos ignorar las consecuencias que pueden tener las negociaciones previas a la contratación, pues van a determinar la decisión de las partes sobre el

[402] DÍEZ-PICAZO (2012) pp. 3 y ss, analiza las distintas denominaciones que se han utilizado para designar al poder o facultad de los particulares de establecer y regular el conjunto de derechos y obligaciones, es decir, el contenido preceptivo del negocio jurídico que llevan a cabo. En su opinión, "libertad de contratar" pone el énfasis en la idea de libertad, próxima a la que gozan los individuos en los sistemas técnicamente democráticos.

[403] DÍEZ PICAZO (2007) p. 311, mantiene la misma postura, al señalar: «Es muy importante destacar que la regla general es una regla de libertad contractual: que las partes no están obligadas a llegar al contrato y que pueden apartarse libremente de las negociaciones en cualquier momento. Por las mismas razones, hay que entender que entre los negociadores no existe una verdadera relación jurídica...».

[404] GARCÍA RUBIO y OTERO CRESPO (2010) p. 23.

[405] DÍEZ PICAZO (2007) p. 309, entiende que no hay tres fases o etapas en el iter del contrato, sino que solo hay dos, que se separan por el momento de su celebración. Son la fase anterior a la celebración del contrato y la fase posterior. A la primera la denomina como fase de preparación o de formación del contrato. A la segunda le llama la fase de ejecución. GARCÍA RUBIO ((3) 2010) p. 1374, señala el momento de la perfección del contrato como el punto que separa la fase precontractual de la propiamente contractual.

contrato[406]. Así lo entiende Gómez Calle, cuando señala que la ausencia de un vínculo contractual en el desarrollo de los tratos que preceden a la celebración de un contrato, no significa que quienes negocian están exentos de cualquier deber entre sí[407].

Por tanto, el principio de libertad contractual no se puede formular como un principio categórico de nuestro ordenamiento jurídico[408]. Esto solo sería posible si el contrato fuera el resultado de un acuerdo entre dos voluntades libres y en igualdad de condiciones. La realidad nos muestra que la igualdad entre las partes contratantes es, casi siempre, teórica. Para evitar la desigualdad se establecen límites al principio de libertad contractual. Tanto la doctrina como la jurisprudencia fijan los límites a partir de la buena fe, que debe imperar en la actuación de las partes[409].

La buena fe es un principio general del derecho, presente en nuestro ordenamiento jurídico[410]. Los efectos de la aplicación del principio de buena fe

[406] GÓMEZ CALLE (1994) p. 11, admite que determinados deberes surgen desde el momento en que entran en contacto las partes con el propósito de negociar un posible contrato. ACOSTA MERIDA (2005) p. 65, considera que la fase previa a la perfección de un contrato no genera vinculación contractual ni obligación de contratar. Los derechos y deberes jurídicos de las partes no se definen en esta fase previa a la contratación por la autonomía de la voluntad, pero es evidente la relevancia de la misma en relación con la formación de la voluntad para contratar. Conlleva el reconocimiento de la relevancia jurídica al periodo precontractual. Tal y como advierte QUESADA SÁNCHEZ (2011) p. 62, no existe contrato entre las partes, durante la negociación, pero sí una relación destinada a obtener un fin jurídico y presidida por deberes de conducta entre los intervinientes que pasan por conducirse de buena fe, y cuyo incumplimiento da lugar a la obligación de reparar el daño causado.

[407] GÓMEZ CALLE (1994) p. 11.

[408] Es clara la posición DÍEZ-PICAZO (2007) pp. 311 y ss, al afirmar que aunque entre los negociadores no existe una verdadera relación jurídica, hay una relación social. Entiende que la regla general es la libertad de voluntad, por la que las partes no están obligadas a celebrar el contrato, y pueden apartarse de las negociaciones en cualquier momento. Pero aunque no haya una verdadera relación jurídica, el hecho de negociar o entrar en contacto determina entre las partes ciertos deberes. Define los deberes como, el deber de negociar de buena fe, el deber de suministrar determinada información, el deber de protección y el deber de confidencialidad.

[409] GARCÍA RUBIO (2010) p. 1626, destaca que el principio de libertad contractual está limitado por el principio de buena fe, que actuará de modo imperativo. Ambos principios se limitan recíprocamente (se contraponen). La misma idea la plasman GARCÍA RUBIO y OTERO CRESPO (2010) p. 24; o QUESADA SÁNCHEZ (2011) p. 64.

[410] DÍEZ-PICAZO (1995) p. 68, señala que «...su libertad para llegar o no a la celebración definitiva del contrato, pero no hay duda de que entre las partes se ha establecido una situación jurídica que debe estar presidida por una idea básica: la necesidad de actuar de buena fe (…). Es el correctivo de aquella libertad a la que antes nos hemos referido.». DE LA MAZA GAZMURI (2010) p. 332, entiende que la buena fe es un principio general del derecho, que

alcanzan tanto a la fase de ejecución del contrato como a los tratos previos o fase precontractual[411]. Cuando hablamos de buena fe, nos referimos al principio desde un sentido objetivo[412]. Esto es, responde a un modelo de conducta tipo, que se configurará conforme a los criterios sociales establecidos en cada momento[413].

El fundamento de la aplicación de la buena fe en las negociaciones previas a la contratación puede encontrarse tanto en el artículo 1258 como en el artículo 7 del Código Civil[414]. Mientras que es preciso hacer una aplicación analógica a los tratos previos del artículo 1258 del Código Civil; el artículo 7 del Código Civil consagra el principio de buena fe que impera en el ejercicio de los

extiende su alcance a las negociaciones del contrato. MIQUEL GONZÁLEZ (1990), pp. 10 y 11, distingue entre la buena fe como parte de un supuesto de hecho normativo delimitado por el legislador (lo que no sucede en el artículo 7.1 CC), de la buena fe como contenido material de un principio del que surgirán normas en sentido técnico. Esta distinción se corresponde a la buena fe en sentido subjetivo y la buena fe en sentido objetivo.

411 GARCÍA RUBIO y OTERO CRESPO (2010) p. 24, aclaran que en la mayor parte de los ordenamientos europeos el principio de buena fe no solo actúa en la fase de celebración y cumplimiento del contrato, sino que se extiende desde que se produce el primer contacto entre las partes. Su aplicación a todas las fases del contrato supone la adopción de un modelo de Derecho contractual de cooperación, por oposición al más clásico y liberal de antagonismo entre las partes. En su comentario al artículo 1258 del Código Civil, GARCÍA RUBIO ((3) 2010) p. 1374, pone en relación este precepto con el artículo 7 del Código Civil. La conjunción de ambos preceptos conlleva que las obligaciones deben cumplirse de buena fe y debe cumplirse no solo aquello estipulado, sino también todo lo que resulte conforme con las exigencias de la buena fe. Esta debe considerarse en sentido objetivo, y actuará antes, durante y después de la relación contractual. En este sentido, ASÚA GONZÁLEZ (2014) p. 140, afirma que las exigencias de la buena fe en la fase de formación del contrato están aceptadas en ordenamientos como el nuestro, que aunque no se recoja de forma expresa, se induce como principio general previsto en los artículos 7 y 1258 del Código Civil.

412 GARCÍA RUBIO (1991) p. 43, señala que «… la buena fe aplicable a la fase precontractual es generalmente entendida como un criterio objetivo de valoración de la conducta de quienes están inmersos en la etapa preparatoria de un contrato». Por su parte, ASÚA GONZÁLEZ (1989) p. 253, define la buena fe en sentido objetivo como: «... norma de conducta que aportará el perfil de la actuación que en ese caso le era exigible al sujeto y que si no se ha observado permitirá calificar ese comportamiento de ilegítimo o antijurídico.....»

413 GÓMEN CALLE (1994) p. 18, califica la buena fe como un concepto objetivo, ya que se establece por referencia a un modelo de conducta tipo, ajustado a patrones externos, y no a las concretas creencias subjetivas de una persona. PASCUAL ESTEVILL (1995) p. 1038, define a la buena fe como un modelo de conducta social que requiere unos deberes de conducta acordes con lo que sería una fraternal convivencia entre las partes.

414 GARCÍA RUBIO (1991) p. 41; y ASÚA GONZÁLEZ (2014) p. 140.

derechos[415]. Así el precepto sanciona el abuso del derecho o el uso antisocial del mismo, en cuyo caso se prevé la indemnización de los daños ocasionados[416].

De la aplicación del principio de buena fe a los tratos previos a la contratación, surge el deber de informar[417]. Es lo que conocemos como obligaciones de información precontractual[418]. Durante la negociación las partes intercambian la información sobre el objeto, las características y las condiciones del contrato. Esta información es esencial para que la formación de la voluntad negocial sea libre y responsable. Como ya advertimos, las partes casi nunca estarán en igualdad de condiciones en el momento de la contratación. Para salvar esta desigualdad se imponen los deberes de información precontractual[419]. Es en la protección de los consumidores y usuarios donde los deberes precontractuales de información alcanzan su mayor desarrollo y efectividad, como veremos con posterioridad[420].

---

415 GÓMEN CALLE (1994) p. 18, afirma que el principio de buena fe se consagra en el artículo 7.1 del Código Civil. ASÚA GONZÁLEZ (1989) p. 253 y (2014) p. 140, mantiene que la vigencia de la buena fe en sentido objetivo en la fase de preparación del contrato se debe a la aplicación analógica del artículo 1258 CC y por la presencia general de ese principio en el artículo 7.1 CC.

416 GARCÍA RUBIO ((2) 2010) p. 69, matiza el mandato del artículo 7.1 del Código Civil, al considerar que no se circunscribe a limitar el ejercicio de los derechos y prohibirlo cuando sea contrario a la buena fe, sino que el modelo de conducta derivado de ésta sirve también para delimitar el contenido del propio derecho.

417 GÓMEZ CALLE (1994) p. 18, considera que la buena fe genera deberes de conducta leal entre las partes, no sólo en la ejecución del contrato, sino también en la etapa previa a su celebración. Entre tales deberes sitúa el deber de información en la fase precontractual. DÍEZ-PICAZO (2007) p. 312, no duda de la existencia de deberes precontractuales de información, que se rigen por los criterios de buena fe. En el mismo sentido, DE LA MAZA GAZMURI (2010) pp. 167 y ss y ((2) 2010) p. 1696. CÁMARA LAPUENTE (2011) p. 484, parte de la idea de que en el derecho tradicional y común de contratos vigente en España, va ganando fuerza la defensa de una obligación general de información en la formación del contrato por imposición del principio de buena fe (artículos 7 y 1258 CC). ASÚA GONZÁLEZ (2014) p. 140, afirma que la existencia de responsabilidad por comportamientos en la fase de formación del contrato derivan de la exigencia de la buena fe.

418 ASÚA GONZÁLEZ (1989) pp. 63-65, advierte que los deberes contractuales se han distinguido tradicionalmente entre deberes de información y deberes de conservación. GARCÍA RUBIO (1991) pp. 44 y ss, reconoce como deberes típicos de la fase precontractual: los deberes de información, de lealtad y de protección.

419 ALONSO PÉREZ (2012) p. 14, entiende que «la función de las obligaciones de información precontractual es la protección de una de las partes, ubicada en una posición de inferioridad en la negociación del contrato, provocada por las asimetrías informativas».

420 GÓMEZ CALLE (1994) p. 15 y pp. 83 y ss, otorga a los deberes de información una finalidad protectora, que les sirve también de justificación, ya que éstos pretenden proteger al que se halla en una posición más débil, lo que es muy importante en la protección del consumidor, ya que se considera que la información juega un papel esencial. BASOZABAL ARRUE

En caso de que alguna de las partes no actúe de conformidad con el principio de buena fe e incumpla los deberes de información precontractual, surge lo que la doctrina ha denominado como responsabilidad precontractual o culpa in contrahendo[421]. Es la responsabilidad que surge de los actos anteriores al contrato[422]. Aunque en nuestro ordenamiento jurídico positivo no se reconoce como figura autónoma y con carácter general la responsabilidad precontractual, en los ordenamientos de nuestro entorno, como en los textos del moderno derecho de contratos se prevé expresamente la culpa in contrahendo[423].

(2009) p. 665, también destaca el papel de los deberes precontractuales de información en la protección de los consumidores, que se ha consolidado con el TRLGDCU, en especial, a través de sus artículos 60 y 65. CÁMARA LAPUENTE (2011) p. 484, opina que en el derecho de consumo es donde puede hablarse con propiedad y sin reticencias de una auténtica obligación legal del empresario de suministrar al consumidor información previa al contrato.

421 Fue Rudolf Von Ihering, quién formuló la teoría de la culpa in contrahendo, en la segunda mitad del siglo XIX, que en palabras de DÍEZ PICAZO (2007) p. 316, consiste en «...la parte que en la conclusión de un contrato no emplea la diligencia debida incurre en culpa, que se llama por ello culpa in contrahendo. El perjudicado por esa culpa dispone de una acción de resarcimiento que tiene una base y un carácter estrictamente contractual. La conclusión de un contrato, dice Ihering, no produce tan sólo la obligación de cumplimiento, sino que hace nacer también, cuando la obligación de cumplimiento queda excluida, un deber de resarcimiento de daños». En este mismo sentido se pronuncia PASCUAL ESTEVILL (1995) pp. 1028, 1045 y ss, al entender que quienes en el período temporal de formación de la voluntad contractual infringieren culpablemente aquellos principios de corrección y buena fe se verán incursos en un caso de responsabilidad precontractual, habida cuenta que se estaría en un supuesto de contravención de las normas de conductas que incumben a las partes en la negociación tendentes a la formación del contrato. VALÉS DUQUE (2012) p. 49, define la responsabilidad precontractual como la responsabilidad que se genera durante la formación del contrato en la que se vulnera la violación de un deber de conducta impuesto por la buena fe en sentido objetivo.

422 GÓMEZ CALLE (1994) pp. 27 y ss, destaca que aunque los Códigos Civiles del XIX no hacen referencia, ni directa ni indirecta, a los deberes de información en la etapa precontractual, estos están consagrados en algunos sectores concretos del derecho contractual, como el error o el dolo. TOMÁS MARTÍNEZ (2010) p. 189, considera que la culpa in contrahendo cubre diferentes situaciones como la nulidad de contrato por dolo o fraude empleado por una de las partes contra la otra, la falsa representación, los daños personales o pérdidas económicas ocasionadas en la fase de negociaciones preliminares (ruptura injustificada de negociaciones, deberes de información e información confidencial revelada). Actualmente, la expresión responsabilidad precontractual se concentra cada vez más en el ámbito de esta última, es decir, en los deberes que las partes asumen en la fase precontractual.

423 La Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos dedica su artículo 1245 a la responsabilidad que puede surgir de las negociaciones del contrato, esto es, la responsabilidad precontractual. Tal y como destaca GARCÍA RUBIO (2010) p. 1627, que el art. 1245 de la Propuesta comienza por proclamar en su párrafo primero el principio de libertad contractual, específicamente referido a la libertad de entablar y romper las negociaciones, para establecer en el párrafo segundo el límite a esa libertad que representa la buena fe, también aquí ubicada en la fase precontractual. La importancia de la responsabilidad precontractual se manifiesta en los recientes trabajos sobre la materia a los que nos remitimos. Entre otros cabe mencionar a GARCÍA RUBIO y OTERO CRESPO (2010); BASO-

Admitida la existencia de la responsabilidad precontractual tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, aún se discute su naturaleza. En su creación, Ihering concibió la culpa in contrahendo como una responsabilidad contractual[424]. Sin embargo, en el sistema español la evolución de la teoría ha llevado a parte de la doctrina, a concebirla como una responsabilidad extracontractual, recogida en el artículo 1902 CC[425].

En la actualidad, no hay una posición unánime en la doctrina española acerca de la naturaleza de la culpa in contrahendo[426]. Siguiendo la tesis

ZABAL ARRUE (2009); DE LA MAZA GAZMURI (2010) y ((2) 2010). MORALES MORENO (2011) pp. 400-422, analiza la regulación de la responsabilidad precontractual en los PECL, y concluye que aunque no hay un sistema unitario, se prevén medidas para cada uno de los supuestos de responsabilidad precontractual. VALÉS DUQUE (2012, p. 43 y ss) reconoce que nuestro derecho carece de normas que regulen específicamente la responsabilidad precontractual, a la vez que advierte que en la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos ya prevén la incorporación de la responsabilidad precontractual.

424 En palabras de DÍEZ-PICAZO (2007) p. 318, «... La posición más antigua, que adoptó Ihering, consideraba tal responsabilidad como contractual. Se pensaba únicamente en los casos de contratos nulos, por lo cual la aplicación del esquema a los supuestos en que el contrato no se ha concertado, resulta imposible. Además, en los casos de contratos nulos, la doctrina se ve obligada a recurrir a una cabal ficción: que el contrato es nulo como lex privata que autorregula las relaciones entre las partes, pero que existió como fuente de responsabilidad». El BGB alemán mantiene la configuración de la responsabilidad precontractual como una responsabilidad contractual, al remitirse al régimen general de responsabilidad obligacional. GARCÍA RUBIO y OTERO CRESPO (2010) p. 19.

425 GARCÍA RUBIO y OTERO CRESPO (2010) p. 26, «la naturaleza puramente extracontractual de este tipo de supuestos en el marco del Derecho español, que ya tuvimos ocasión de afirmar en su día, queda corroborada por la abundante jurisprudencia del Tribunal Supremo ...».

426 DE LA MAZA GAZMURI (2010) p. 336, clasifica la opinión de la doctrina española en cuatro posibilidades. La primera y más extendida es la que concibe la culpa in contrahendo como una responsabilidad extracontractualista. La segunda defiende la naturaleza contractual de la culpa in contrahendo, teniendo en cuenta el papel que juega la buena fe en los tratos previos al contrato. La tercera opinión entiende que la responsabilidad precontractual se encuentra en un punto intermedio entre las relaciones que origina un ilícito extracontractual y aquellas que origina un contrato, por lo que precisan normas propias. La dificultad de esta postura se encuentra en que hasta el momento en el derecho español no existen normas propias que lo regulen, por lo que es necesario encuadrarla como responsabilidad contractual o extracontractual. Por último, está la tesis no comprometida, cuyos defensores entienden que no es posible determinar a priori la naturaleza de la responsabilidad ante la que nos encontramos. Su calificación dependerá del supuesto ante el que nos encontremos. También expone las teorías existentes sobre la naturaleza de la responsabilidad precontractual tanto en el derecho nacional como comparado, VALÉS DUQUE (2012) pp. 158 y ss. Por su parte, ASÚA GONZÁLEZ (2014) pp. 143 y ss, entiende que en los sistemas con una fórmula general o abierta de responsabilidad vicil aquiliana, como el nuestro, la responsabilidad precontractual ha de considerarse de responsabilidad extracontractual; salvo que las partes hayan contractualizado la fase de negociaciones, en cuyo caso la indemnización por los daños causados vulnerado lo pactado tendrá naturaleza contractual.

defendida entre otros por García Rubio, en el Derecho español no se puede calificar la culpa in contrahendo como responsabilidad contractual o extracontractual, sino que habrá que atender al caso concreto para determinar su naturaleza jurídica[427]. Sin ánimo de profundizar en el estudio de los tipos de responsabilidad precontractual y remitiéndonos a su trabajo, García Rubio describe varios tipos de responsabilidad precontractual y analiza su naturaleza. Distingue entre los supuestos en los que una de las partes rompe injustificadamente las negociaciones, de los casos en que la culpa in contrahendo da lugar a la celebración de un contrato inválido (como por ejemplo, contrato celebrado con intervención de violencia) y, de los supuestos en que pese a la celebración de un contrato válido una de las partes incurre en responsabilidad precontractual (una de las partes no informa correctamente sobre las características del bien objeto del contrato, que aunque no posibilita la invalidez del contrato, sí puede dar lugar a una indemnización y a otros posibles remedios del incumplimiento)[428].

Para finalizar hay que señalar que la responsabilidad precontractual se caracterizó porque el daño que se resarce se refería únicamente al interés negativo, en contraposición al interés positivo[429]. Como señala Díez-Picazo, el daño resarcible en los supuestos de responsabilidad precontractual se limita al interés negativo, que comprende el reembolso de los gastos realizados en contemplación del contrato proyectado[430]. Esta afirmación debe ser matizada, ya

[427] DE LA MAZA GAZMURI ((2) 2010) analiza varios supuestos de responsabilidad precontractual, que califica como casos realmente difíciles. GARCÍA RUBIO (2012) hace un análisis detallado de la responsabilidad precontractual atendiendo a varios supuestos.

[428] En este supuesto se podrían encuadrar algunos casos de no conformidad de los bienes con el contrato de compraventa, regulado en el artículo 114 y siguientes del TRLGDCU. Así, el artículo 117 párrafo segundo establece que: *"En todo caso, el consumidor y usuario tendrá derecho, de acuerdo con la legislación civil y mercantil, a ser indemnizado por los daños y perjuicios derivados de la falta de conformidad"*.

[429] En este sentido se pronuncia ASÚA GONZÁLEZ (1989) p. 288; PASCUAL ESTEVILL (1995) pp. 1049 y ss; y QUESADA SÁNCHEZ (2011) p. 70.

[430] DÍEZ-PICAZO (2007) p. 325, recogiendo el parecer mayoritario de la doctrina distingue entre el interés positivo o interés de cumplimiento o ejecución de un contrato; y el interés negativo o interés de confianza que se determina por la falta de validez o por la frustración del contrato.

que el remedio previsto dependerá de la naturaleza jurídica (contractual o extracontractual) de la responsabilidad precontractual[431]. El interés negativo se resarcirá si la responsabilidad precontractual surge por ruptura injustificada de las negociaciones, en cuyo caso nos encontramos ante una responsabilidad extracontractual. Pero si nos encontramos ante una responsabilidad de naturaleza contractual (por error o dolo en el consentimiento), su resarcimiento podría atender al interés positivo del perjudicado[432].

3. La información precontractual en el contrato de servicios

Como acabamos de apuntar, los deberes de información precontractual no están reconocidos expresamente en el Código Civil, sino que derivan del principio de buena fe[433]. Ahora es el momento de que pongamos nuestra atención en el contrato de servicios, en el que las últimas tendencias normativas destacan la importancia de la información precontractual para este tipo de contratos[434]. Recordemos que en el contrato de servicios se determinará el alcance de la obligación del prestador a partir del resultado razonable esperado o el interés

[431] GARCÍA RUBIO (1991) pp. 239-242, considera errónea la tesis que excluye los lucros cesantes como partidas computables del interés a resarcir por la responsabilidad precontractual, al entender que resulta incuestionable que el interés de la confianza abarca, cuando menos potencialmente, tanto las pérdidas efectivamente sufridas, como los beneficios dejados de obtener.

[432] Al respecto es clara la afirmación de GARCÍA RUBIO y OTERO CRESPO (2010) p. 29, «... en ciertos tipos de contratos las informaciones de la fase precontractual entran a formar parte del contrato y el incumplimiento de los deberes informativos se asimila en cierta medida al incumplimiento contractual. Sin embargo, en otras muchas ocasiones, no resulta fácil concretar cuándo y en qué medida estos deberes de información existen y pueden llegar a generar responsabilidad a cargo de su infractor...». BASOZABAL ARRÚE (2009) pp. 702 y ss, diferencia el interés protegido y el interés protegible a partir del supuesto de responsabilidad precontractual. GARCÍA RUBIO (2012) pp. 261-290, analiza varios supuestos de responsabilidad precontractual, a la vez que determina el remedio que le corresponde. A la misma conclusión llega GÓMEZ CALLE (1994) p. 131 y ss; y MORALES MORENO (2008) pp. 89-91.

[433] Tal y como afirma DE LA MAZA GAZMURI (2010) p. 230, existe acuerdo, tanto en la doctrina como en las decisiones de los tribunales, para aceptar que durante la negociación de un contrato rigen las exigencias de la buena fe y que de ellas es posible derivar un deber de informar.

[434] De forma similar, tanto los PECL como el DCFR establecen las obligaciones de información precontractual a la hora de regular el contrato de servicios. BARRÓN ARNICHES (2008) p. 11, afirma, al respecto, que la regulación del contrato de servicios en los nuevos instrumentos del derecho europeo, consagra el deber de información del prestador del servicio como una obligación jurídica vigente. ESCARTÍN IPIÉNS (2012) pp. 639 y ss, nos advierte que en el Anteproyecto de modificación del contrato de servicios en el Código Civil se prevé la regulación de los deberes de información precontractual y los deberes de colaboración mutua.

primario del acreedor[435]. Para averiguar cuál es el resultado razonable esperado con la contratación del servicio, es imprescindible tener en cuenta la información precontracual, pues a partir de dicha información las partes contratantes crearán sus expectativas y, de esa forma, configurarán el contenido de las obligaciones contractuales[436].

Ya en el Anteproyecto de Ley por la que se modifica la regulación del Código Civil sobre los contratos de servicios y de obras, del año 1993, se intuía la relevancia de la etapa precontractual en el contrato de servicios para determinar el alcance de la obligación del prestador. Así, en su Preámbulo, a la vez que mantenía la distinción entre el contrato de servicios por ser una obligación de medios y el contrato de obra por ser una obligación de resultado, explicaba que si fuese necesario determinar el alcance de la obligación habría que ver si el prestador se comprometió a la obtención de un resultado o se comprometió, simplemente, al despliegue de una actividad. Esta interpretación se realizaría conforme a la buena fe y a los usos del artículo 1258 CC. De esta forma, se apuntaba el desvanecimiento de la distinción del contrato de servicios como obligación de medios y el contrato de obra como obligación de resultado, a la vez que se destacaba la importancia de la buena fe, de la que surgen los deberes de información precontractual[437].

Se echaba en falta que la Propuesta de Modernización del Código Civil presentada en el 2009, teniendo en cuenta no solo el Anteproyecto antes mencionado sino también las propuestas del Derecho europeo de contratos, no haya fijado su atención en el contrato de servicios. Sorprende a Barrón Arniches

[435] Defienden la opinión de que la distinción entre obligación de medios y obligación de resultado está superada en el moderno derecho de contratos BARRÓN ARNICHES (2008) p. 15 y (2011) p. 12; CRESPO MORA (2013) p. 9. Por el contrario, ALONSO PÉREZ (2012) pp. 25 y ss, aboga por el mantenimiento de la distinción de la obligación de medios y resultados.

[436] En palabras de BARRÓN ARNICHES (2008) p. 16, «...de ahí la importancia de una correcta información y advertencia pre-contractual que permita al cliente delimitar esos objetivo, saber exactamente lo que puede esperar del servicio que está encargando». En el mismo sentido se pronuncia CRESPO MORA (2013) p. 9.

[437] Para GARCÍA RUBIO y OTERO CRESPO (2010) p. 29, hoy resulta común considerar que, las reglas derivadas de la buena fe imponen a las partes deberes negociadoras deberes de cooperación que son susceptibles de generar sobre una de ellas el deber de informar a la otra de circunstancias que ésta ignora y que pueden ser fundamentales para la decisión de contratar.

que la Comisión General de Codificación no incluya en su propuesta una regulación completa y coherente del contrato de servicios, que sirva como base y fundamento del resto de la legislación que afecta a este sector en el ordenamiento y como criterio jurisprudencial para resolver los conflictos que este tipo contractual plantea en la práctica[438].

El DCFR da un paso adelante en el reconocimiento de la necesidad de incluir deberes de información precontractual en el contrato de servicios. Para ello, fija los deberes de información precontractual que corresponden no solo al prestador de servicios sino también al cliente, a la vez que prevé los remedios para los casos de incumplimiento de las obligaciones de información precontractual[439]. Sin ánimo de profundizar en la regulación de los deberes de información precontractual del DCFR, creemos que merece un apunte las distintas interpretaciones a las que ha dado lugar entre nuestra doctrina.

Barrón Arniches, al analizar el contrato de servicios diseñado en el DCFR, no duda en afirmar que su artículo 1:103 establece los deberes de información precontractual, que aunque están formulados en un sentido negativo al recoger las advertencias sobre posibles riesgos, deben ser interpretados también en sentido positivo, relacionándola con la información publicitaria y la protección al cliente[440]. Sin embargo, para Alonso Pérez las obligaciones previstas en el artículo 1:103 DCFR son deberes de advertencia, que deben diferenciarse de las obligaciones de información precontractual porque en primer lugar, las obligaciones de advertencia se imponen a ambas partes, mientras que los deberes de información precontractual recaerán en la parte que tenga una posición prevalente en el contrato, encontrándose la otra parte en situación de inferioridad o desventaja, como ocurre en la protección de los consumidores. En segundo lugar, las obligaciones de advertencia solo existen si el sujeto obligado conoce los datos o si hay razón para entender que los conozca. En tercer lugar, la

[438] BARRÓN ARNICHES (2011) pp. 2-3.
[439] El DCFR establece los deberes de información precontractual en sus apartados IV.C.-2:102 y IV.C.-2:103.
[440] BARRÓN ARNICHES (2008) pp. 8 y ss.

información que se debe suministrar es distinta. Por último, las consecuencias derivadas de su incumplimiento no son del todo equiparables[441].

Aunque el planteamiento de Alonso Pérez no nos deja indiferentes, no podemos compartirlo por varios motivos. En primer lugar, porque los deberes de información precontractual, si bien en nuestro ordenamiento jurídico han encontrado su materialización legal principalmente en el ámbito del derecho de consumo, no existen solo en los contratos entre empresarios y consumidores. Recordando nuestra exposición sobre la etapa precontractual en el derecho común de contratos, como consecuencia de la aplicación del principio de buena fe objetiva (artículo 1258 Código Civil) surge un deber de información precontractual. Además, el deber de información precontractual no solo recaerá en el prestador sino también en el prestatario. Por tanto, en nuestra opinión los deberes de advertencia previstos en el DCFR entran dentro de la categoría de deberes de información precontractual. Tal y como afirma Crespo Mora, el cliente con las advertencias o información facilitada por el prestador podrá tomar una decisión informada sobre la celebración o no del contrato de servicios[442].

Aunque no se ha integrado en la Propuesta de Modificación del Código Civil del año 2009, existe un Anteproyecto de modificación del contrato de servicios en el Código Civil del año 2011, en el que, inspirándose en el DCFR, además de establecer los deberes de información precontractual y los deberes de cooperación mutua que corresponden tanto al prestador como al cliente, determina la responsabilidad del prestador de servicio a partir de dos supuestos: el primero por su falta de diligencia y pericia; y el segundo, por la no obtención del resultado[443]. Escartín Ipiéns nos advierte que, tras los debates de la segunda lectura de este anteproyecto, primó la idea de distinguir entre prestación de resultado y prestación de actividad dentro del mismo género del contrato de servicio[444].

441 ALONSO PÉREZ (2012) pp. 14-16.
442 CRESPO MORA (2013) p. 28.
443 ESCARTÍN IPIÉNS (2012) p. 648.
444 ESCARTÍN IPIÉNS (2012) pp. 650 y 651.

La Directiva 2006/123/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, ha concretado los deberes de información precontractual en algunos tipos contractuales de servicios, aunque entre sus objetivos no se encuentre la regulación del contrato de servicios[445]. El objetivo de la Directiva es alcanzar un mercado único y competitivo en los servicios, de forma que permita a los prestadores extender sus operaciones más allá de las fronteras nacionales y beneficiarse del mercado interior, a la vez que se ofrece a los consumidores mayor transparencia e información[446].

La transposición de esta Directiva se realizó a través de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio[447]. En su artículo 22 se establece la obligación de información a cargo del prestador. Esta información no solo se debe facilitar a los consumidores y usuarios finales, tal y como se definen en el TRLGDCU, sino que se facilitará a cualquier destinatario del servicio. Además, esta información se exigirá sin perjuicio de las obligaciones de información establecidas en la legislación de protección de los consumidores y usuarios que resulte de aplicación.

La información debe facilitarse de forma accesible y con antelación a la celebración del contrato, o en su caso, antes de la prestación del servicio[448]. Si comparamos el artículo 22 de la Directiva con su homónimo de la Ley 17/2009, podemos apreciar una diferencia en la forma de facilitar la información. Mientras

[445] Para BARRÓN ARNICHES (2008) p. 4, en una primera apreciación la Directiva 2006/123/CE no se detiene a regular los aspectos de derecho privado del contrato de servicios. Pero tras un análisis detallado de la norma, aprecia que contiene varias normas que inciden claramente en el derecho privado de los contratos, entre las que destaca su artículo 22, "Información sobre los prestadores y sus servicios", que se refiere a la obligación precontractual de información.

[446] MENDOZA LOSANA (2012) pp. 54-56, analiza la relación entre los deberes de información precontractual previstos en la Directiva 2006/123, de servicios, con los previstos en la Directiva 2011/83 sobre derechos de los consumidores. Entienden que es probable que ambas Directivas se superpongan, en cuyo caso los requisitos de información que prevén son adicionales.

[447] Debemos tener en cuenta que esta Ley no será de aplicación a los servicios y redes de comunicaciones electrónicas, así como los recursos y servicios asociados en lo que se refiere a las materias que se rigen por la legislación sobre comunicaciones electrónicas.

[448] En la Directiva 2006/123/CE se establece que la información debe proporcionarse de forma clara e inequívoca y antes de la celebración del contrato, o cuando no haya contrato por escrito, antes de la prestación del servicio. BARRÓN ARNICHES (2008) p. 10.

la Directiva limita la entrega de la información antes de la prestación del servicio únicamente a aquellos supuestos en que no haya un contrato por escrito, la Ley 17/2009 no restringe dicha posibilidad y configura la entrega de la información como una posibilidad para el prestador. La redacción del legislador español podría provocar que el prestador del servicio facilitará dicha información siempre antes de la prestación y no antes de la contratación. De esta forma, dicha información perdería su calificación como información precontractual. En todo caso, la interpretación de la norma nacional debe ser conforme a la Directiva, por lo que la limitación de la entrega de información a los supuestos en que el contrato no se haga por escrito debe entenderse implícita.

Entre la información que el prestador está obligado a dar podemos destacar: los datos de identificación del prestador, las condiciones y cláusulas generales del contrato, garantías posventa adicionales a las exigidas por la ley, precio completo del servicio que incluirá los impuestos si el prestador lo fija previamente, las principales características del servicio. Antes de finalizar debemos advertir que la Ley 17/2009 no establece los remedios o consecuencias jurídicas que se derivan de la carencia parcial o total de la información precontractual que el prestador debe facilitar al cliente.

4. La información precontractual en el contrato de comunicaciones electrónicas: los deberes impuestos al empresario

El régimen de responsabilidad precontractual expuesto parte de la inexistencia de un deber precontractual de información impuesto por una norma. Tanto es así, que no hay ninguna norma de ámbito general aplicable a todos los contratos que, expresamente, imponga deberes precontractuales de información[449]. Pero este no es el caso de las normas de protección de

[449] BASOZABAL ARRÚE (2009) p. 664, afirma que el Código Civil carece de una regla que imponga deberes precontractuales de información, aunque no carece de preceptos que solucionan conflictos en los que se ven involucrados deberes precontractuales de información. Al mismo tiempo, sostiene que la perspectiva es distinta con las normas de protección de consumidores y usuarios, tanto en la derogada LGDCU como en el TRLGDCU que regulan los deberes de información precontractual que corresponden al empresario.

consumidores y usuarios[450]. Como consecuencia del derecho de información del consumidor, se le imponen al empresario deberes de información precontractual[451]. Prueba de ello, es el artículo 20 TRLGDCU que establece cuál es la información necesaria en la oferta comercial de bienes y servicios y el artículo 60 TRLGDCU[452], al recoger la información que el empresario debe facilitar al consumidor antes de la contratación[453]. Siguiendo esta línea, tanto el artículo 53.1 LT como el artículo 12 de la Carta de derechos de los usuarios, regulan específicamente el derecho de información precontractual en el contrato de servicios de comunicaciones electrónicas.

Con la información precontractual se pretende restablecer el equilibrio entre las dos partes contratantes, pues si una de las partes posee información determinante para que la otra decida libremente la contratación, ésta se encontrará en una posición de inferioridad o desequilibrio[454]. Esta función tuitiva de la información precontractual alcanza su mayor grado de eficacia en la

[450] Entre otros, cabe mencionar el artículo 5 de la Ley 4/2012, de 6 de julio, de Contratos de Aprovechamiento por Turnos de Bienes de Uso Turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio y normas tributarias; o, el artículo 10 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico.

[451] DE LA MAZA GAZMURI (2010) pp. 1695 y ss, contrapone los deberes precontractuales de información atípicos, que serían aquellos no expresamente previstos por una norma legal como ocurre en el Código Civil, y los deberes precontractuales de información típicos, que se refieren a aquellos impuestos legalmente, como ocurre en el derecho de consumo.

[452] La Ley 3/2014, por la que se modifica en TRLGDCU ha dado una nueva redacción al artículo 60 TRLGDCU, ampliando la relación de aspectos relevantes sobre los que el empresario debe informar. A pesar de la ampliación del artículo 60 TRLGDCU, no se observan cambios sustanciales en su aplicación, pues las menciones a las que hace referencia ya se podían entender incluidas en el anterior precepto. Así lo ha puesto de relieve ZURILLA CARIÑANA (2014).

[453] Estos preceptos parten directamente del artículo 51 de la Constitución española que recoge el derecho de información, como medio para alcanzar una efectiva protección de los consumidores y usuarios, y en consecuencia, garantizar la consecución de sus derechos fundamentales como es la protección de sus intereses económicos. Ambos preceptos son objeto de reforma por el Proyecto de Ley de modificación del TRLGDCU.

[454] PÉREZ GARCÍA (1990) p. 69, señala como fundamento del derecho de información, la desigualdad de conocimientos que los contratantes presentan en una relación jurídico privada. GÓMEZ CALLE (1994) p. 15, entiende que los deberes precontractuales de información tienen una finalidad protectora, pues pretenden proteger a quién se haya en una posición más débil por su escasa información o por su inexperiencia personal. GARCÍA RUBIO y OTERO CRESPO (2010) p. 29, afirman que las reglas derivadas de la buena fe imponen entre las partes negociadoras deberes de cooperación que son susceptibles de hacer recaer en una de ellas el de informar espontáneamente a la otra acerca de las circunstancias que esta última ignora y que pueden ser fundamentales para la decisión de contratar.

contratación con consumidores[455]. Recordemos que el objetivo del derecho de consumo es paliar la desigualdad o desequilibrio existente en las relaciones jurídicas entre el consumidor y el empresario, al estar el consumidor en una posición de inferioridad en el mercado[456]. La doctrina coincide en que la regulación, en el derecho de consumo, de los deberes precontractuales de información impuestos al empresario pretende salvar las deficiencias normativas existentes en el derecho común de contratos, que únicamente puede hacer valer la buena fe para exigir la información precontractual[457]. Cámara Lapuente trae al ámbito del derecho de consumo el concepto de "consentimiento informado" que surgió en el derecho a la salud[458]. Entiende que los deberes de información garantizan el "consentimiento informado" del consumidor en el momento de la contratación[459].

Traspasar el concepto de consentimiento informado, del derecho a la salud al derecho de consumo, nos llevaría a entender que si no se facilita la información precontractual el contrato no sería válido al faltar uno de sus

[455] Para DE LA MAZA GAZMURI (2010) p. 123, en el derecho español, al igual que en el ámbito comunitario, ha existido una creciente preocupación por proteger a la parte más débil de la relación contractual. Con mayor elocuencia, ésto se muestra en las reglas de protección de los consumidores.

[456] Así lo entiende la doctrina, como ya expusimos en un apartado anterior. Entre otros podemos mencionar a: REYES LÓPEZ (2005) p. 488; o CÁMARA LAPUENTE (2011) p. 484.

[457] CÁMARA LAPUENTE (2011) p. 489, sostiene que el derecho de consumo trata de anticiparse a los problemas de malformación del consentimiento informado, ante las deficiencias informativas del mercado, y para ello regula los deberes precontractuales de información. GARCÍA VICENTE ((1), 2009) p. 1469, comparte la postura expuesta.

[458] FERNÁNDEZ GIMENO (1999) p. 288, para definir el consentimiento informado manifiesta que « este consentimiento debe nacer libre, con conocimiento y voluntad de prestarlo, siendo condición necesaria para que así sea la información previa y coetánea al consentimiento. En la medida en que el paciente recibe la información necesaria y suficiente para conocer cuál es su diagnóstico, su pronóstico y su tratamiento, podrá aceptarlos y manifestar su personalidad y su autodeterminación con plena consciencia y voluntad. De lo contrario, ante la ausencia de información suficiente y completa el consentimiento nace con vicio, con error y no puede integrar la válida constitución de la relación contractual».

[459] «... Puede decirse con razón que en el ámbito de la contratación de consumo se ha invertido el paradigma, pasando de un consentimiento libre, basado en la autonomía de las partes, a un consentimiento informado, garantizado por deberes legales de información precontractual, en aras de una mayor solidaridad en el ámbito contractual». CÁMARA LAPUENTE (2011) p. 484. Pero el consentimiento informado no solo lo encontraremos en la contratación con consumidores, sino que se extiende con carácter general a todas las contrataciones, en las que se exigen deberes de información precontractual. GARCÍA RUBIO y OTERO CRESPO (2010) p. 29.

elementos esenciales[460]. Sin embargo, la respuesta en el ámbito del derecho de consumo no es tan categórica, pues ante la falta de información no siempre nos vamos a encontrar con un consentimiento viciado. No cabe duda, como veremos a continuación, de que la omisión o deficiencia en la información precontractual va a tener consecuencias jurídicas en el derecho de consumo, pero sus efectos variarán dependiendo del supuesto ante el que nos encontremos.

Hablamos de deberes de información que se imponen normativamente al empresario, en contraposición al derecho de información que corresponde al consumidor[461]. Nos encontramos así, ante una obligación unilateral que recaerá en el empresario, siendo el beneficiario no solo el consumidor a quién directamente se dirige la información, sino también en la mayoría de las ocasiones al consumidor potencial, esto es, al consumidor entendido en sentido abstracto[462]. Este es el caso de la información que se facilita en la promoción u oferta, al anunciar las principales condiciones del contrato como por ejemplo el precio[463].

Aunque los deberes de información precontractual en el sector de consumo estén previstos normativamente, ello no impide la aplicación del

460 El concepto de consentimiento informado se creó en el ámbito del derecho a la salud, para cubrir la necesidad de que el paciente conozca los riesgos derivados de una intervención o tratamiento sanitario antes de dar el consentimiento para su realización. La información precontractual es imprescindible para garantizar que el paciente, en el ámbito del derecho de la salud, manifieste su libre consentimiento. FERNÁNDEZ GIMENO (1999) pp. 288 y ss, entiende, que si la información facilitada no es suficiente o completa, el consentimiento estaría viciado, pues nace con error y no puede integrar la válida constitución de la relación contractual.

461 CÁMARA LAPUENTE (2011) p. 508, pone de relieve el acierto de la redacción del artículo 60 TRLGDCU, en contraposición a su predecesor el artículo 13 LGDCU, al clarificar que el sujeto obligado por los deberes precontractuales de información es el empresario. IZQUIERDO CARRASCO (2011) pp. 266 y ss, afirma con rotundidad que el sujeto obligado a facilitar la información es el empresario, a la vez que señala que la condición de empresario corresponderá al fabricante, importador o distribuidor dependiendo del supuesto.

462 IZQUIERDO CARRASCO (2011) p. 264, destaca la reestructuración del deber de informar de los empresarios que hace el TRLGDCU, frente a la anterior regulación en el artículo 13 LGDCU. El TRLGDCU distingue entre una información que debe facilitarse de forma generalizada y que tendrá como beneficiarios a los ciudadanos en general, sin necesidad de que haya un interés concreto en contratar; y otra información de carácter precontractual como garantía del derecho a la información del consumidor contratante o en el camino previo al contrato.

463 PÉREZ GARCÍA (1990) p. 105, distingue entre información directa, como aquella que se proporciona al contratante, y la información indirecta, que es aquella que se debe tener a disposición del público en general con una clara finalidad contractual.

principio de buena fe en los tratos previos, al igual que ocurre en el derecho común de contratos[464]. De hecho, el artículo 65 del TRLGDCU reafirma la aplicación de la buena fe a los tratos previos, ya que impone la integración del contrato en beneficio del consumidor, conforme al principio de buena fe objetiva, incluso en los casos de omisión de la información precontractual relevante. Como nos advierte Cámara Lapuente, con el artículo 65 TRLGDCU se traslada al ámbito de los contratos de consumo el criterio de la integración contractual conforme al principio general de la buena fe objetiva existente para el derecho común de contratos en el artículo 1258 CC[465].

El primer apartado del artículo 53 LT recoge la obligación del empresario de facilitar la información precontractual. Una vez más, debemos fijar nuestra atención en la redacción del precepto, que dispone: *"Antes de la celebración de un contrato entre usuarios finales y los operadores que exploten redes o presten servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público, los operadores proporcionarán a los usuarios finales al menos la información que a estos efectos se establece en el Texto refundido de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre..."*. La LT hace una remisión al TRLGDCU para determinar la información precontractual que los operadores deben aplicar a los usuarios finales. Una vez más, el legislador sectorial se refiere al TRLGDCU para establecer su regulación. Pero con una diferencia, la remisión ya no es genérica, sino que únicamente se remite al TRLGDCU para determinar cuál es el contenido del deber de información precontractual del operador[466]. Nos encontramos en este caso, ante una "remisión normativa" de carácter técnico y particular, a través de la cual las disposiciones de la norma remitida se integrarán

[464] La doctrina va más allá, al entender que el artículo 61 y el artículo 65 TRLGDCU tienen su fundamento jurídico en el principio de buena fe, previsto en el artículo 1258 del Código Civil. PINO ABAD (2011) pp. 1110-1111.

[465] CÁMARA LAPUENTE (2011) p. 579.

[466] Basta recordar el artículo 46.1 de la Ley de Telecomunicaciones, que en su segundo apartado dispone que: *El reconocimiento de los derechos específicos de los usuarios finales de redes y servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público que efectúa este Capítulo se entienden sin perjuicio de los derechos que otorga a los consumidores el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, aprobado por el Real decreto legislativo 1/2007, de 16 de noviembre".*

en el texto de la norma de remisión[467]. Así, la información precontractual del artículo 60 TRLGDCU se aplicará como una disposición más de la Ley de Telecomunicaciones y no como una norma de protección de consumidores. Por tanto, no importa si el usuario final ostenta la condición de consumidor para su aplicación, sino que en todo caso el operador está obligado a facilitar dicha información.

Sobra decir que el uso de la técnica de la remisión en el artículo 53.1 LT es muy criticable por varias razones. En primer lugar, la confusión que genera a la hora de establecer los derechos que corresponden a los usuarios finales de los servicios de comunicaciones electrónicas, como correlativos a los deberes impuestos a los operadores. No siempre coincidirá la figura del usuario final con la figura del consumidor y las constantes referencias a las normas de protección de consumidores parecen otorgar un estatus al usuario del servicio de comunicaciones que no le corresponde. En segundo lugar, la LT y el TRLGDCU son normas fundamentadas en títulos competenciales distintos y con objetivos diferenciados. Así mientras la LT busca, principalmente, la liberalización del sector y la competitividad del mercado, el TRLGDCU tiene como objetivo principal desarrollar el artículo 51 CE y otorgar a los consumidores una adecuada protección en sus relaciones jurídicas. Por ello, hubiera sido preferible que el legislador de telecomunicaciones en lugar de hacer una remisión normativa, reiterará las exigencias de información precontractual en su propio texto, tal y como venía haciendo la Carta de derechos de los usuarios (artículo 12).

El párrafo segundo del artículo 53.1 LT establece la información precontractual que adicionalmente deberán de proporcionar los operadores a los usuarios finales. Esta información es complementaria de la prevista en el TRLGDCU. Dicha información se refiere a: la descripción de los servicios a proveer y las limitaciones de su uso, los precios y tarifas aplicables, duración de los contratos y causas de resolución, información sobre las restricciones

[467] Recordemos la definición de GARCÍA RUBIO (2002) pp. 159 y 160, según la cual la técnica de la remisión es la regulación por referencia, de forma que el contenido de la norma remitida debe considerarse como parte de la normativa de la norma de remisión.

impuestas en la utilización del equipo terminal y las condiciones aplicables a la conservación de números. Esta obligación de información precontractual será desarrollada a través de real decreto. Hasta el momento su desarrollo lo encontramos en la Carta de derechos de los usuarios.

El artículo 12 de la Carta de derechos establece cuál es la información precontractual que el operador debe facilitar al usuario antes de contratar. Pero no se limita a establecer el contenido mínimo, sino que además señala las características de la información. En los mismos términos se pronuncia el artículo 60 TRLGDCU[468]. La principal diferencia entre ambos preceptos radica en que la Carta de derechos es de aplicación a todos los usuarios de los servicios de comunicaciones electrónicas, mientras que el radio de acción del TRLGDCU se limita a los consumidores y usuarios conforme a la definición de su artículo 3, como ya tuvimos ocasión de ver[469]. Pero esta diferencia desaparece con el artículo 53.1 LT que integra el contenido del artículo 60 TRLGDCU. Es evidente la innecesariedad de la remisión normativa, pues bastaba la aplicación de su norma de desarrollo para que la información precontractual fuese completa y equiparable a la exigida con carácter general por la normativa de protección de consumidores y usuarios.

La información debe ser veraz, eficaz, suficiente y transparente. Estas características ya venían siendo reconocidas por la normativa anterior[470]. Ambos

[468] Podemos observar como la redacción de ambas normas es muy similar (antes de la modificación del artículo 60 TRLGDCU su redacción era idéntica). Así el artículo 60 TRLGDCU dispone: *"Antes de que el consumidor y usuario quede vinculado por un contrato u oferta correspondiente, el empresario deberá facilitarle de forma clara y comprensible, salvo que resulte manifiesta por el contexto, la información relevante, veraz y suficiente sobre las características principales del contrato, en particular sobre sus condiciones jurídicas y económicas".* El artículo 12 de la Carta de derechos establece que: *"Antes de contratar, los operadores de comunicaciones electrónicas deben poner a disposición del usuario final de forma clara, comprensible y adaptada a las circunstancias la información veraz, eficaz, suficiente y transparente sobre las características del contrato, en particular sobre sus condiciones jurídicas y económicas y de los servicios objeto del mismo"*.

[469] ALFONSO VELÁSQUEZ (2010) p. 72, así lo señala en su nota 94, al decir «Las diferencias entre el art. 12.1 I CDUCE y el art. 60.1 TRLCU radican, por una parte, en la extensión de la norma a todos los usuarios finales – el art. 60 TRLCU tan solo se refiere a las relaciones entre empresas y consumidores-, y por otra, en lo que se le exige a la información: ser veraz, eficaz, suficiente y transparente, y no relevante, veraz y suficiente...».

[470] El ahora derogado artículo 13 LGDCU disponía que: *"los bienes, productos y, en su caso, los servicios puestos a disposición de los consumidores y usuarios deberán incorporar, llevar*

preceptos advierten que la información debe referirse a las características esenciales del contrato, en especial sobre sus condiciones jurídicas y económicas[471]. Tenemos que entender que las características esenciales del contrato son aquellas que posibilitan la determinación de la voluntad negocial[472]. Son los aspectos que directamente inciden en la decisión del consumidor para contratar[473]. Tras una lectura del artículo 60 TRLGDCU y del artículo 12 de la Carta de derechos, advertimos como la información precontractual que exigen se refieren a los elementos necesarios para la válida formalización del contrato. Junto a los datos del empresario, la información versará sobre el objeto del contrato, esto es, características y objeto de la prestación y su precio.

Puede ocurrir que aunque el empresario facilite la información al consumidor, los deberes contractuales no se cumplan debidamente, ya que la información puede ser ilegible, poco clara o errónea. Guillén Caramés entiende que para que la información cumpla su objetivo debe tener las siguientes características: útil, utilizable y usada[474]. Con el calificativo de útil se hace referencia a que resuelva eficazmente los problemas que se le plantean a los consumidores y, para ello, tendrá que ser objetiva, eficaz, cierta, suficiente y veraz. Utilizable significa que la información deberá presentarse de forma accesible a los consumidores[475]. Por último, usada hace referencia a que la

consigo o permitir de forma cierta y objetiva una información veraz, eficaz y suficiente sobre sus características esenciales..."

471 IZQUIERDO CARRASCO (2011) pp. 268 y ss, nos advierte que características esenciales es un concepto jurídico indeterminado. Significa que la realidad a la que se refiere no está totalmente precisada en su enunciado, pero es susceptible de serlo en el momento de su aplicación.

472 GÓMEZ CALLE (1994) pp. 99 y ss, analiza el contenido de los deberes informativos, a la vez que advierte que su extensión dependerá de lo que exija la buena fe y las circunstancias propias del contrato. Entre los deberes informativos, destaca los datos determinantes de la voluntad negocial, la información sobre los derechos que legalmente corresponden a las partes y los requisitos de validez del contrato.

473 Para IZQUIERDO CARRASCO (2011) p. 269, la naturaleza esencial de una característica se vincula con dos aspectos: el comportamiento económico del consumidor y una utilización segura y satisfactoria del bien o servicio.

474 GUILLÉN CARAMÉS (2002) p. 345, utiliza las características que la Federal Trade Comision reconoce en la información y que resume como las tres U.

475 Así, el párrafo segundo del artículo 12.1 de la Carta de derechos establece que: *"Los operadores de servicios de comunicaciones electrónicas publicarán sus condiciones generales de contratación en un lugar fácilmente accesible de su página de Internet. Asimismo, facilitarán dichas condiciones por escrito, si así lo solicita un usuario final, que no deberá afrontar gas-*

información sea ofrecida en el momento adecuado y en el lugar oportuno, independientemente de que el consumidor haga un uso efectivo de ésta. Además, la información debe facilitarse de forma clara y comprensible para el consumidor. Para su valoración se tendrá en cuenta el sector de consumidores al que va dirigido, a la vista de su capacidad cognitiva, edad y educación. Así lo entiende Reyes López, al considerar que el concepto de consumidor no es homogéneo en todos los sectores[476].

Se exige en la Carta de derechos de los usuarios, que la información precontractual contenga como mínimo: los datos de identificación del operador, la descripción de los servicios ofrecidos, tarifas generales, políticas de compensaciones y reembolsos, tipos de servicios de mantenimiento, condiciones normales de contratación, incluido el plazo mínimo, procedimientos de resolución de conflictos, así como información acerca de los derechos en relación con el servicio universal.

Similar contenido exige el artículo 60 TRLGDCU en la información precontractual, que añade que la información deberá facilitarse, al menos, en castellano. Pero, no es este el único artículo que dedica el TRLGDCU al derecho de información de los consumidores. El artículo 20 TRLGDCU regula la información necesaria en la oferta comercial de bienes y servicios y señala que: *"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 (...).* La información requerida en el artículo 20 TRLGDCU va a ser en la mayor parte de los casos información precontractual. Al contener todos los requisitos del contrato, va a ser suficiente el consentimiento del usuario para que el contrato quede formalizado.

to alguno por su recepción, e informarán sobre ellas en el teléfono de atención al público, que tendrá el coste máximo del precio ordinario del servicio de telecomunicaciones sin recargo".

476 REYES LÓPEZ (1999) p. 271.

En muchas ocasiones los contratos de comunicaciones electrónicas se van a celebrar a distancia. En este caso, será de aplicación la regulación del artículo 97 TRLGDCU, donde se recoge la información precontractual para este tipo de contratos, de forma similar a la establecida con carácter general en el artículo 60 TRLGDCU[477].

Ahora tenemos que preguntarnos cuál es el valor de los tratos preliminares en el proceso de la contratación de los servicios de comunicaciones electrónicas. La respuesta es clara si hablamos de contratación entre consumidores y empresarios, pues el artículo 61 TRLGDCU recoge la integración del contrato con el contenido de la oferta, promoción o publicidad[478]. Así, los tratos preliminares quedarán integrados en el contrato, aunque no se encuentren reflejados en el documento contractual[479]. Y ¿qué ocurre si en la contratación no interviene un consumidor final? Aunque no hay un reconocimiento legal en nuestro ordenamiento jurídico sobre la vinculación de los tratos previos, tanto la doctrina como la jurisprudencia llegan a un resultado similar a partir del deber de negociar de buena fe. En palabras de Díez Picazo «...No puede dudarse de la existencia de deberes precontractuales de información, regidos en muy buena medida por los criterios de buena fe y de uso de los negocios (…)»[480]. Pero los tratos previos al contrato además van a tener otra función. El artículo 1282 del Código Civil al establecer los criterios para la

[477] Dada la similitud entre el contenido del artículo 60 y 97 TRLGDCU, hubiera sido deseable que el artículo 97 hiciera una remisión a la regulación general de la información precontractual del artículo 60 y se limitará a recoger las especialidades aplicables a la contratación a distancia o fuera de establecimiento mercantil. Esta opinión es compartida por ZURILLA CARIÑANA (2014)

[478] ZURILLA CARIÑANA (2007) p. 5, afirma que la información precontractual que se proporcione al consumidor vincula al empresario, de modo que el consumidor puede exigirle las condiciones ofrecidas en la oferta, promoción y publicidad previas, incluso aunque no figuren en el contrato. CÁMARA LAPUENTE (2011) p. 487, señala que las consecuencias o sanciones civiles en caso de infracción de los deberes empresariales de información precontractual del artículo 60 TRLGDCU, se prevén en el artículo 61 en el que se ordena la integración de la oferta, promoción y publicidad en el contrato; y en el artículo 65 que ordena integrar conforme a la buena fe objetiva de los supuestos de información precontractual relevante.

[479] MENDOZA LOSANA ((2) 2012) pp. 27-28, considera que también la Directiva 2011/83/UE reconoce la integración de la información precontractual al contrato. Advierte que el contenido de la información precontractual puede ser modificado por las partes (por ejemplo el precio puede ser negociado), pero esa modificación nunca podrá alterar los deberes de información impuestos al prestador del servicio.

[480] DÍEZ PICAZO (2007) p. 312.

interpretación de los contratos, dispone que se atenderá "*a los actos de éstos, coetáneos y posteriores al contrato"*[481]. La jurisprudencia entiende que en este precepto también están incluidos los actos anteriores al contrato, esto es, los tratos preliminares[482]. Por tanto, servirán no solo para la integración del contrato, sino también para su interpretación.

La integración de la oferta y publicidad ya se reconocía en el artículo 8 LGDCU[483]. Su importancia es evidente, pues da validez contractual a los tratos preliminares al contrato[484]. Como señala el Tribunal Supremo, en su sentencia de 30 de junio de 1997: "(...) y según el artículo 8 de la Ley de defensa de consumidores y usuarios, la oferta, promoción y publicidad de los productos, se ajustaran a su naturaleza, características y condiciones, utilidad y finalidad, sin perjuicio de lo establecido sobre publicidad. Su contenido, las prestaciones propias de cada producto o servicio, y las condiciones y garantías ofrecidas, serán exigibles por los consumidores y usuarios, aun cuando no figuren expresamente en el contrato celebrado o en el documento o comprobante recibido"[485].

---

481 Este precepto se incorporó a la Propuesta de Modernización del Código Civil del año 2009, al recogerlo en el Capítulo V dedicado a la interpretación de los contratos (artículo 1279.1).

482 «La intención de las partes hay que buscarla principalmente, de acuerdo con el artículo 1282, en los actos de ellas, coetáneos o posteriores al contrato, a los que hay que añadir los anteriores según reiterada jurisprudencia», DÍEZ-PICAZO y GULLON (1995) p. 85.

483 MORALES MORENO (2006) pp. 223-256, expone esta idea en el análisis que realiza sobre la información publicitaria y protección al consumidor (reflexiones sobre el art. 8 de la LGDCU). El reconocimiento de la teoría de la integración del contrato en el artículo 8 LGDCU vino a consagrar normativamente una corriente doctrinal y jurisprudencial que daba valor jurídico a la oferta contractual, al amparo de los artículos 7.1 y 1258 del Código Civil. CÁMARA LAPUENTE (2011) pp. 510 y ss.

484 MORALES MORENO (2006) p. 244, nos advierte que para que la publicidad sea incorporada al contrato no es necesario que se considere oferta, pues la buena fe y el artículo 8 LGDCU (ahora artículo 61 TRLGDCU) permiten lograr esa incorporación al margen de la voluntad. Para CÁMARA LAPUENTE (2011) p. 516, el fundamento último de la heterointegración del contrato mediante la publicidad no se encuentra en la intención presunta o tácita de las partes, sino en las exigencias objetivas del ordenamiento jurídico que impone esa integración contractual.

485 Esta doctrina ha sido ratificada en numerosas sentencias del Tribunal Supremo, entre las que podemos mencionar, la Sentencia 6086/2004, de 19 de septiembre de 2004, y la Sentencia 4850/2011, de 12 de julio, en la que el Tribunal señala que "el folleto litigioso no responde, o al menos únicamente, a una mera función de promoción, sino que constituye una auténtica oferta publicitaria en tanto que se trata de una información concreta, que contiene datos objetivos, referidos a características relevantes, y que, si cabe entender que no es oferta en sentido estricto (…), resulta incuestionable su importancia desde la perspectiva de la integración con-

La importancia de la información precontractual no está solo en ayudar al usuario a elegir el servicio que más le interese. Su relevancia jurídica es consecuencia de su incorporación al contrato[486]. Así, el artículo 61 TRLGDCU recoge la teoría de la integración de la oferta, promoción y publicidad en el contrato, según la cual las condiciones ofertadas en la publicidad podrán ser exigidas como obligaciones contractuales, aunque éstas no se encuentren incluidas en el contrato[487]. Pero si las cláusulas contractuales fueran más beneficiosas para el usuario, prevalecerán frente a las condiciones ofertadas en la publicidad.

Si el incumplimiento de los deberes de información precontractual consiste en la omisión de la información relevante, según el artículo 65 TRLGDCU el contrato se integrará conforme al principio de buena fe objetiva[488]. Es una aplicación directa del principio de buena fe que venimos tratando a lo largo de nuestra exposición y, que en este caso, se determinará a partir del beneficio para el consumidor. Cámara Lapuente entiende que el artículo 65 TRLGDCU, a diferencia del artículo 1258 del Código Civil, restringe la integración contractual conforme a la buena fe objetiva a los supuestos en que la integración sea beneficiosa para el consumidor[489].

¿Qué ocurre si se incumplen los deberes de información precontractual impuestos por una norma, o si éstos se cumplen de forma incompleta o

tractual (art. 1258 CC), dada su repercusión relevante en la formación del consentimiento". En el mismo sentido se pronuncian la Sentencia 3402/2011, de 30 de mayo de 2011, la Sentencia 6030/2012, de 1 de octubre de 2012, o la Sentencia 4086/2013, de 23 de julio de 2013.

[486] MORALES MORENO (2006) p.231, reconoce que la efectiva protección del consumidor de la información publicitaria exige poder incorporar los contenidos de la publicidad a la regla contractual.

[487] El artículo 61 TRLGDCU dispone: *"1. 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. 2. El contenido de la oferta, promoción o publicidad, las prestaciones propias de cada bien o servicio, las condiciones jurídicas o económicas y garantías ofrecidas serán exigibles por los consumidores y usuarios, aun cuando no figuren expresamente en el contrato celebrado o en el documento o comprobante recibido y deberán tenerse en cuenta en la determinación del principio de conformidad con el contrato. 3. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, si el contrato celebrado contuviese cláusulas más beneficiosas, estas prevalecerán sobre el contenido de la oferta, promoción o publicidad"*.

[488] CÁMARA LAPUENTE (2011) p. 509.

[489] CÁMARA LAPUENTE (2011) p. 579.

defectuosa? Según el artículo 49.1.n) TRLGDCU, nos encontraríamos ante una infracción administrativa, sin consecuencias directas para la relación jurídica existente entre las partes contratantes[490]. En la esfera propia del derecho privado, no podemos dar una respuesta uniforme. En ocasiones, las normas establecerán las consecuencias jurídicas del incumplimiento de los deberes precontractuales de información[491]. Pero si no hubiera previsión alguna al respecto, siempre podríamos acudir al régimen de responsabilidad precontractual expuesto en el apartado 3.2 de este capítulo.

El TRLGDCU no prevé las consecuencias jurídicas derivadas del incumplimiento de los deberes precontractuales de información[492]. Si bien es cierto que se establece alguna medida puntual tanto en el TRLGDCU como en otras normas sectoriales, no se fija el régimen jurídico general aplicable a la culpa in contrahendo en la contratación con consumidores. Cámara Lapuente entiende que será de aplicación el régimen aplicable en el derecho común de contratos incluyendo la culpa in contrahendo[493]. Todo ello, sin olvidar las sanciones administrativas previstas para los supuestos en que el empresario incumpla los deberes de información[494].

Los supuestos más habituales en los que el operador incurre en responsabilidad precontractual derivan de una información errónea o incompleta antes de la contratación. Los operadores ofertan nuevos servicios o tarifas a los usuarios, sin mencionar parte de las condiciones aplicables al contrato. A continuación expondremos varios ejemplos.

---

490 La infracción administrativa repercutiría directamente en el operador de telecomunicaciones, que sería sancionado por su conducta infractora.

491 Especificar las normas: aprovechamiento por turnos, crédito al consumo, venta a plazos de bienes muebles

492 CARRASCO PERERA ((2) 2012) pp. 91-92, advierte de la carencia de remedios contractuales en la Directiva 2011/83 ante un incumplimiento de los deberes de información impuestos al empresario.

493 CÁMARA LAPUENTE (2011) p. 509.

494 El artículo 49 del TRLGDCU recoge, en su apartado f), como infracción en materia de defensa de los consumidores y usuarios: "*El incumplimiento de las normas relativas a registro, normalización o tipificación, etiquetado, envasado y publicidad de bienes y servicios".* En el mismo sentido, la LGT tipifica como infracción, en su artículo 53.z), *"la vulneración grave o reiterada de los derechos previstos en el artículo 38.3, salvo el previsto por el párrafo h, cuya infracción se regirá por el régimen sancionador previsto en la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, …".*

En primer lugar hay que hablar de la tendencia entre los operadores de ofrecer conexión de Internet a través de la telefonía móvil. Para ello asocian al contrato de servicio de comunicaciones electrónicas la adquisición de un terminal que permita la conexión a Internet. Son teléfonos de última generación denominados *smartphone*, en los que además de aumentar las prestaciones del teléfono aumenta la dificultad de su uso. Con frecuencia la oferta de los *smartphone* no se limita a aquellos usuarios que contraten una conexión a Internet a través de una tarifa plana, sino que los operadores ofrecen esos terminales a cualquier usuario, sin informarle que los *smartphone* necesitan conectarse automáticamente a Internet para su actualización y buen funcionamiento, ni tampoco el procedimiento a seguir para que la conexión se produzca con el consentimiento previo del usuario. En estos casos, los usuarios que no tengan contratada una tarifa plana a Internet verán incrementada considerablemente su facturación, sin ser el usuario siempre consciente de las conexiones.

El artículo 12.2 de la Carta de derechos impone al operador la obligación de informar al usuario antes de la contratación como mínimo de: la descripción de los servicios ofrecidos, indicando todos los conceptos que se incluyen en la cuota de alta, en la cuota de abono y en otras cuotas de facturación periódica; y de las tarifas generales, que incluyan la cuota de acceso y todo tipo de cuotas de utilización y mantenimiento, con inclusión de la información detallada sobre reducciones y tarifas especiales y moduladas. En el mismo sentido, se pronuncia el artículo 60 del TRLGDCU.

En aplicación de ambos preceptos, entendemos que el operador debe informar al usuario del funcionamiento del terminal, así como de los servicios a los que puede acceder con el teléfono, además de las tarifas que lleven aparejadas el uso de dichos servicios. Se incumplen los deberes de información impuestos al operador y surge su responsabilidad precontractual. Nos encontramos ante una responsabilidad de origen contractual en este caso, pues el contrato además de estar formalizado, está ejecutándose. Las consecuencias de la falta de información precontractual se manifiestan en la fase contractual. Puesto

que el operador no informó al usuario del servicio del cobro de dichas conexiones involuntarias ni del sistema de restricción del acceso a Internet, el usuario no debería quedar obligado a su abono. Será el operador quién debe soportar los costes de dichas conexiones.

Es fácil advertir otros supuestos de responsabilidad precontractual en aquellos casos en que los operadores a través de su publicidad establece las condiciones contractuales en base a las que el usuario decide la contratación, pero no se recogen todas las circunstancias aplicables, sino que se omiten algunos datos fundamentales, tales como los límites a la aplicación de las tarifas (por ejemplo la tarifa anunciada solo es aplicable a los 100 primeros minutos) o el error sobre los conceptos incluidos en el coste anunciado (como puede ser la omisión de que en el coste de la llamada no se incluye el coste por el establecimiento de llamada).

Al igual que en el supuesto anterior, en este caso la responsabilidad precontractual se manifiesta en la ejecución del contrato, por lo que su naturaleza jurídica será de responsabilidad contractual. La respuesta jurídica a la culpa in contrahendo se encuentra en el artículo 61 TRLGDCU por el que se establece la integración de la oferta, promoción o publicidad en el contrato. Aunque es necesario examinar cada supuesto, si en la publicidad el operador incluye afirmaciones como "todo por solo 19,90 euros" o "coste de llamada 0,8 céntimos/minuto", entiendo que no puede aplicar en el proceso de facturación cantidad alguna como puede ser la aplicación del IVA o el establecimiento de llamada. Pero en todo caso no podemos olvidarnos de la aplicación del artículo 65 TRLGDCU, que como ya vimos impone la integración del contrato conforme al principio de buena fe objetiva en beneficio del consumidor.

5. Deberes precontractuales del usuario. Supuesto de cancelación de portabilidad

Hasta el momento hemos hablado de los deberes de información impuestos al empresario. Podría parecer que al usuario final no le corresponde ningún deber de información previa. Pero aunque el TRLGDCU o la Carta de

derechos del usuario no especifiquen los deberes de información del usuario, en contraposición a los deberes que impone al operador, no cabe duda de que su actuación debe ser conforme al principio de buena fe. Pese a la omisión del TRLGDCU y de la Carta de derechos del usuario, el consumidor está sometido a los deberes de información y, por tanto, al régimen de responsabilidad precontractual, al igual que cualquier contratante conforme al derecho común de contratos. En el contrato de servicios los deberes de información precontractual a cargo del prestatario, en este caso usuario del servicio, tienen una mayor relevancia, tal y como se pone de manifiesto en el moderno derecho contractual europeo. En efecto, el DCFR establece, junto a los deberes de información o advertencia del prestador, los deberes de información que corresponden al prestatario[495]. A continuación expondremos un supuesto en el que es posible advertir la responsabilidad precontractual del usuario del servicio de comunicaciones electrónicas, al no ser conforme su actuación con el principio de buena fe.

El artículo 18 LGT reconoce el derecho de los usuarios a conservar, previa solicitud, los números que les hayan sido asignados, con independencia del operador que preste el servicio[496]. El cambio de operador con solicitud de conservación de número se hace a través de la llamada portabilidad. Una vez que el usuario decide contratar el servicio con un nuevo operador (que se denomina operador receptor), éste solicita al operador de origen (llamado operador donante), la línea con conservación de la numeración[497]. La portabilidad no se produce de forma inmediata. Pese a que los plazos se han reducido considerablemente, desde su solicitud hasta su efectividad transcurre un lapso de tiempo. En este periodo es habitual que el operador donante realice una contraoferta al usuario, mejorando las condiciones contratadas y ofrecidas por el

[495] Así el artículo IV.C.-2:102, en su apartado 4º dispone que: (4) *The client is under a pre-contractual duty to warn the service provider if the client becomes aware of unusual facts which are likely to cause the service to become more expensive or time-consuming than expected by the service provider or to cause any danger to the service provider or others when performing the service.*

[496] En el mismo sentido se pronuncia el artículo 10.2 de la Carta de derechos.

[497] El proceso de portabilidad se realiza a través de un sistema informático controlado por la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones.

operador receptor, para que mantenga el servicio con su empresa y la portabilidad no se haga efectiva. En ocasiones, los usuarios solicitan la portabilidad a un nuevo operador sin tener intención de cambiar de compañía, sino que tan solo buscan que su operador le mejore las condiciones contratadas. Cuando el operador donante mejora la oferta, el usuario solicita la cancelación de la portabilidad.

Se está convirtiendo en una práctica habitual entre los operadores de telecomunicaciones el cobro al consumidor que solicita una portabilidad a su compañía, de una cantidad en concepto de gastos de gestión para el supuesto de que la portabilidad no se lleve a cabo por causas imputables al consumidor. Así, en el momento de la solicitud de la portabilidad el consumidor debe pagar la cantidad estipulada por el operador receptor, que se la devolverá si la portabilidad se realiza. Si el consumidor antes de su efectividad cancela la portabilidad, el operador receptor se queda con la cantidad abonada.

Telefónica planteó a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (en adelante CMT) una consulta sobre la adecuación de que un operador imponga al cliente final algún tipo de tarifa cuando iniciada la portabilidad el usuario la cancele. La CMT, en la Resolución adoptada en la sesión número 14/11, del 28 de abril de 2011[498], determina que si bien es cierto que el artículo 18 LGT establece que los operadores pueden imponer cuotas directas a los abonados que soliciten el cambio de operador con conservación de número, este precepto solo es aplicable a los casos en que la portabilidad se produzca. Ante la falta de legislación sectorial que trate la cancelación a solicitud del usuario, la CMT entiende que hay que recurrir a las normas generales de defensa de los consumidores y usuarios y a las normas de ordenación del comercio minorista para su análisis.

Apoyándose en el TRLGDCU (artículos 68 a 79 y artículo 101-102, sobre el derecho de desistimiento en los contratos celebrados a distancia), así como en

[498] Resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, relativa a la consulta de Telefónica sobre la posibilidad de cobro a los clientes de los costes derivados de las cancelaciones de las solicitudes de portabilidad. www.cmt.es

la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista (artículo 10 por el que se prohíbe al vendedor exigir anticipos de pago o prestación de garantías que garanticen un resarcimiento para el eventual supuesto de devolución de la mercancía; y artículo 44 que regula el derecho de desistimiento en la venta a distancia), la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones resuelve que en ningún caso se podrá cobrar al usuario cualquier tipo de gasto incurrido por el operador como consecuencia de una solicitud de cambio de operador con conservación de la numeración, que posteriormente se cancela por el usuario, al entender que éste desiste del contrato.

Son varias las razones que nos llevan a estar disconformes con la Resolución de la Comisión. En primer lugar y la más evidente es que siguiendo los pasos del legislador sectorial en materia de telecomunicaciones, la CMT extiende la aplicación de la legislación sectorial de protección de consumidores a todos los usuarios del servicio de comunicaciones electrónicas. Recordemos que no todos los usuarios del servicio de comunicaciones electrónicas ostentan la condición de consumidor en sentido propio. Es un concepto más amplio, que abarca a las empresas o profesionales cuya actividad no sea la prestación del servicio de comunicaciones electrónicas[499].

En segundo lugar, la CMT entiende que, en el capítulo II del Título I (artículos 68 a 79) y en el capítulo III del Título III (artículos 101 y 102), se reconoce el derecho del usuario a desistir en el plazo de siete días hábiles desde la entrega del bien objeto del contrato o de la celebración del contrato de prestación de servicios, sin penalización de ninguna clase (art. 68) y sin la implicación de gasto alguno para el consumidor o usuario (art. 73) e impide a los empresarios exigir anticipos de pago o presentación de garantías, incluso la aceptación de efectos que garanticen un eventual resarcimiento en su favor para el caso de que se ejercite el derecho a desistir del contrato (art. 79). Pero la CMT no tiene en cuenta que, como establece el artículo 68.2 TRLGDCU, el consumidor solo tendrá derecho a desistir del contrato en los supuestos previstos

[499] Sobre el concepto de consumidor en la legislación sectorial de telecomunicaciones nos remitimos al apartado dedicado a su estudio.

legal o reglamentariamente, como es el caso del contrato celebrado a distancia; y cuando así se reconozca en la oferta, promoción, publicidad o en el propio contrato. Por tanto, la fundamentación que utiliza la CMT solo sería posible aplicarla para los supuestos en que la contratación y solicitud de portabilidad se produzca a través de un contrato a distancia o en caso de que el derecho de desistimiento sea reconocido en el contrato[500].

En tercer lugar, la CMT considera que la cláusula por la que el operador receptor impone al usuario un precio o anticipo de pago del bien o servicio para el caso de que se ejercite el desistimiento del contrato puede ser abusiva, al imponer obstáculos onerosos o desproporcionados para el ejercicio de los derechos reconocidos al consumidor en el contrato. Ya advertimos que no en todos los casos el usuario tiene derecho a desistir del contrato. En estos casos, el precio no se establece para el ejercicio por parte del usuario de su derecho a la conservación del número, sino que se aplicará a aquellos supuestos en que una vez ejercitado el derecho, el usuario decide cancelar la portabilidad sin causa que lo justifique.

Finalmente, la CMT se remite a la Ley de Ordenación del Comercio Minorista (artículo 10 que prohíbe la exigencia de anticipos y, el artículo 44 que regula el derecho de desistimiento) para apoyar su resolución. Podemos trasladar las objeciones hechas a la aplicación del TRLGDCU. Tan solo cabe añadir que la Ley de Ordenación del Comercio Minorista se destina a regular la venta de bienes y no la contratación de servicios[501].

---

[500] Así lo advierte BERMÚDEZ BALLESTEROS (2014) que al dar respuesta a una consulta sobre la posible repercusión de gastos tras la cancelación de una solicitud de portabilidad, analiza el supuesto de la contratación a distancia, en la que se prevé legalmente el derecho de desistimiento del consumidor, sin que se le pueda imponer penalización alguna derivada del ejercicio de su derecho de desistimiento. Concluye la autora con la imposibilidad de repercutir los gastos tras el ejercicio del derecho de desistimiento. Compartimos sus conclusiones, aunque advertimos que no es el mismo supuesto que el resuelto por la CMT, en el que no se hace diferencia alguna entre el contrato a distancia y el resto de tipos contractuales.

[501] El artículo 1.2 de la Ley de Ordenación de Comercio Minorista dispone que: "*A los efectos de la presente Ley, se entiende por comercio minorista aquella actividad desarrollada profesionalmente con ánimo de lucro consistente en ofertar la venta de cualquier clase de artículos a los destinatarios finales de los mismos, utilizando o no un establecimiento".*

Además de no compartir la fundamentación jurídica que utiliza la CMT, tampoco estamos de acuerdo con su resultado. Creemos que podemos estar ante un supuesto de responsabilidad precontractual del usuario que cancela la portabilidad sin razón alguna. Pero antes es necesario plantearse si cabe hablar de responsabilidad precontractual, pues entre el operador receptor y el usuario el contrato ya se ha formalizado, pues ambos han manifestado su voluntad de contratar. Al respecto hay que decir que el contrato no va a ser efectivo hasta que la portabilidad se produzca, ya que por causas técnicas la portabilidad puede ser fallida. En estos supuestos, el contrato entre el operador receptor y el usuario no será efectivo y no producirá efecto alguno. Al contrario continuará en vigor el contrato del usuario con su operador donante.

Podríamos pensar que el pacto por el que el operador receptor se obliga a tramitar la portabilidad es un contrato previo y autónomo al contrato de prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, por el que el usuario paga el precio pactado. Si tenemos en cuenta que la portabilidad solo puede ser solicitada cuando el usuario contraté el servicio con un nuevo operador y que la cantidad a pagar será devuelta si la portabilidad se realiza efectivamente, podemos concluir que la solicitud de portabilidad es una fase previa pero integrada en el contrato de servicios de comunicaciones electrónicas. Es un trámite preparatorio del contrato principal o una obligación accesoria pero necesaria para que el contrato de comunicaciones electrónicas produzca sus efectos. Estamos en el campo de lo que la doctrina denomina tratos preliminares, aunque en un acto jurídico especialmente cualificado[502].

Tal y como afirma García Rubio, la regla general es que no existe responsabilidad por la ruptura injustificada de las negociaciones, salvo que esa ruptura haya sido contraria a la buena fe[503]. Basta que las negociaciones se realicen sin intención de alcanzar un acuerdo, para detectar que su actuación es

[502] DÍEZ-PICAZO (2007) p. 311, define los tratos preliminares como los actos que los interesados o sus auxiliares llevan a cabo con el fin de elaborar, discutir y concertar el contrato.

[503] GARCÍA RUBIO (1991) p. 130 y (2010) p. 1627, afirma que la responsabilidad precontractual por ruptura de tratos se produce cuando uno de los contratantes se retira, sin justificación válida, de las negociaciones conducidas hasta el punto de inducir a la otra parte a confiar razonablemente en la conclusión del contrato.

contraria al principio de buena fe[504]. Díez-Picazo afirma que es contrario a la buena fe que una de las partes inicie o continúe las negociaciones sin intención real de llegar a un acuerdo con el otro[505]. La actuación del usuario que solicita la portabilidad con el único fin de obtener una contraoferta de su operador, no actúa de conformidad con la buena fe que debe presidir el proceso de contratación. Incurre, a nuestro parecer, pues en un supuesto de responsabilidad precontractual frente al operador receptor[506].

La responsabilidad precontractual surge porque el usuario rompe injustificadamente sus negociaciones. En su actuación se aprecian los elementos que, según Díez-Picazo, deben concurrir para que exista responsabilidad precontractual por ruptura injustificada de las negociaciones[507]. En primer lugar, entre las partes se ha creado una situación de confianza que les lleve a pensar que la contratación será efectiva. En segundo lugar, cabe calificar la actuación del usuario como contraria a la buena fe, al producirse la ruptura de las negociaciones injustificadamente. Además existe un daño en el patrimonio del operador, que ya ha dispuesto de los medios personales y materiales necesarios para que la portabilidad pueda llevarse a cabo. Finalmente, es evidente la relación de causalidad entre el daño y la confianza suscitada, pues el operador inicia el trámite de portabilidad cuando el usuario lo consiente[508].

---

504 GARCIA RUBIO (1989, p. 1113) entiende que la ruptura de las negociaciones es contraria a la buena fe cuando se produce en unas negociaciones nacidas o continuadas con el propósito de romperlas, o cuando no existiendo dolo directo, concurre un dolo eventual como podría ser el caso de las negociaciones simultáneas con más de una persona, sin informar al resto de este hecho. Así el artículo 1245.4 de la Propuesta de Modernización del Código Civil dispone que: "*La parte que hubiera procedido con mala fe al entablar o interrumpir las negociaciones será responsable de los daños causados a la otra. En todo caso, se considera contrario a la buena fe entrar en negociaciones o continuarlas sin intención de llegar a un acuerdo"*.

505 DÍEZ-PICAZO (2007) p. 312.

506 GARCÍA RUBIO (2012) analiza un supuesto similar de ruptura injustificada de las negociaciones, al mostrar interés en adquirir un local, en el que estaban interesados sus competidores, con la única intención de conseguir que la competencia no consiga el inmueble.

507 DIEZ-PICAZO (2007) pp. 322 y ss.

508 GARCÍA RUBIO y OTERO CRESPO (2010) p. 41, entienden que la ruptura de los tratos preliminares pueden ser fuente de responsabilidad cuando uno de los tratantes se retira, sin justificación válida, de las negociaciones conducidas hasta el punto de inducir a la otra parte a confiar razonablemente en la conclusión del contrato. No es la ruptura, sino la confianza generada en la otra parte y que se ha visto frustrada, la que ocasiona el deber de indemnizar.

Una vez que determinamos que existe responsabilidad precontractual, nos preguntamos cuál es su efecto en el supuesto contemplado. En el contrato se fija la cantidad que el usuario debe abonar al operador receptor para la tramitación de la portabilidad. Si la portabilidad es efectiva o no se lleva a cabo por causas no imputables al usuario la cantidad será devuelta. En caso contrario, si el usuario impide la portabilidad al solicitar su cancelación sin justa causa, perderá la cantidad abonada que quedará en manos del operador receptor para sufragar los gastos de gestión ocasionados. Ello nos puede llevar a pensar que la responsabilidad que surge es contractual, pues la cuantía de la indemnización ya se determina en el contrato, como cláusula penal sustitutiva de la indemnización. Pero a nuestro jucio, ese no es un motivo suficiente para darle a la responsabilidad la naturaleza de contractual. Como ya señalamos, el contrato de servicio de comunicaciones electrónicas no queda debidamente formalizado hasta que la portabilidad es efectiva. Al no haber contrato en el momento de la cancelación de la portabilidad, entendemos que la responsabilidad que surge es extracontractual[509]. La exigencia de que el usuario abone una cantidad determinada en el momento de la solicitud, funciona únicamente como límite indemnizable. Esa cantidad hace referencia a los gastos de gestión que el operador receptor tuvo que soportar para poner en marcha la portabilidad, pese a la cancelación por el usuario. Constituye el interés negativo del operador receptor, que ordinariamente sirve de límite al daño indemnizable en caso de responsabilidad precontractual[510].

[509] Parece unánime la posición de la doctrina para calificar como extracontractual la responsabilidad precontractual que surge por la ruptura injustificada de las negociaciones. GARCÍA RUBIO y OTERO CRESPO (2010) p. 42; GARCÍA RUBIO en sus trabajos como (1989) p. 1115, (2010) p. 1630, o (2012). DÍEZ PICAZO (2007) pp. 325-326, aunque comparte la opinión de la doctrina sobre el carácter extracontractual de la responsabilidad por ruptura injustificada de las negociaciones, abre la posibilidad de que en algunos casos esa responsabilidad sea contractual. Serían aquellos supuestos en los que se establecen pactos o acuerdos de negociación, que son contratos destinados a normar la fase negociadora y a establecer los recíprocos derechos y deberes en la negociación. Así, afirma que en los casos en que existan tales acuerdos de intenciones o contratos rectores de negociación, el fundamento de la responsabilidad precontractual tiene claramente un carácter contractual.

[510] Así lo entiende DÍEZ-PICAZO (2007) p. 325, al señalar que los daños que se deban a la responsabilidad precontractual solo deben resarcirse en el límite del interés negativo, que supone dejar el patrimonio del perjudicado en la misma situación en que estaría si no se hubiese producido el daño. La misma opinión es expresada por DÍEZ PICAZO y GULLÓN (1995) p. 81.

IV LA FORMALIZACIÓN DEL CONTRATO DE SERVICIOS DE COMUNICACIONES ELECTRÓNICAS

El contrato de servicios de comunicaciones electrónicas se formaliza como cualquier otro contrato, por la concurrencia de las voluntades de las partes para contratar. A pesar de la claridad de esta premisa, son varias las cuestiones que rodean a la formalización del contrato y de las que intentaremos ocuparnos en este apartado. En primer lugar, hemos de referirnos al consentimiento como elemento esencial del contrato. Junto a una breve referencia de los requisitos del consentimiento exigidos con carácter general, debemos atender a las especialidades que presenta el contrato de servicios de comunicaciones electrónicas formalizado con un consumidor.

En un segundo apartado analizaremos la forma del contrato de comunicaciones electrónicas, poniendo nuestra atención en la exigencia de la formalización documental del contrato para su validez. Como una medida más de protección de los consumidores, el TRLGDCU parece exigir la documentación formal del contrato, contradiciendo el principio espiritualista o de libertad de forma que caracteriza al derecho contractual en nuestro ordenamiento jurídico[511]. Trataremos de valorar la eficacia jurídica de la exigencia de formalización documental de los contratos celebrados con consumidores y, a la vez, cohonestar dicha exigencia con el régimen general del contratos.

Pero la documentación formal del contrato no es la única especialidad del contrato de servicios de comunicaciones electrónicas, sino que como medida de protección, tanto el TRLGDCU como la Ley de Telecomunicaciones, determinan cuál es el contenido contractual que debe figurar en el contrato. Junto al examen del contenido contractual, analizaremos qué ocurre si se omite o son defectuosas

GARCÍA RUBIO (2010) pp. 1630 y 1631, y en el resto de sus trabajos mencionados; sostiene que el interés negativo incluye, además del reembolso de los gastos efectivamente realizados, la frustración de ganancias o lucros cesantes, que se concretan en la pérdida de otras oportunidades de contratar con un tercero. Apoya esta postura GÓMEZ CALLE (1994) p. 36.

511 El artículo 1258 CC reitera lo dispuesto en el artículo 1254 CC (el contrato existe desde que una o varias personas consienten en obligarse), a la vez que consagran el principio general de consensualismo contractual junto con el principio espiritualista (el contrato es válido cualquiera que sea su forma). GARCÍA RUBIO (2010) p. 1374.

las previsiones contractuales. Mención aparte merecen las cláusulas predispuestas. El contrato de servicios de comunicaciones electrónicas forma parte del fenómeno de la contratación en masa. No podemos dejar de examinar el régimen jurídico aplicable a las cláusulas predispuestas. Además aprovecharemos la ocasión para valorar algunas de estas cláusulas que, con más frecuencia, se encuentran en los contratos de servicios de comunicaciones electrónicas.

1. Los elementos esenciales del contrato de servicio de comunicaciones electrónicas. El consentimiento

Los requisitos esenciales necesarios para que un contrato sea válido están recogidos en el artículo 1261 del Código Civil. Para que haya contrato exige que concurran el consentimiento de los contratantes, el objeto cierto que sea materia de contrato y la causa de la obligación. En el contrato de servicios de comunicaciones electrónicas, que estamos analizando, es fácil definir tanto su objeto como su causa. Así, el objeto del contrato será el servicio de comunicaciones electrónicas, mientras que, por tratarse de un contrato oneroso, la causa será la prestación que corresponde a cada una de las partes contratantes[512]. Determinados el objeto y la causa, es momento de que nos detengamos en el consentimiento necesario para formalizar el contrato de comunicaciones electrónicas que, como veremos a lo largo de nuestra exposición, tiene alguna particularidad.

El artículo 1261 del Código Civil recoge como uno de los requisitos esenciales del contrato el consentimiento de los contratantes[513]. Pero este no es el único precepto en los que el Código Civil destaca su importancia en la formación del contrato. El artículo 1254 CC establece que el contrato existe desde que una o varias personas consienten en obligarse y el artículo 1258 CC reafirma el

[512] Así, el artículo 1274 del Código Civil dispone que: "*En los contratos onerosos se entiende por causa, para cada parte contratante, la prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra parte; en los remuneratorios, el servicio o beneficio que se remunera, y en los de pura beneficencia, la mera liberalidad del bienhechor*".

[513] LACRUZ BERDEJO (2007) p. 353, advierte que en la sistemática del Código Civil el consentimiento, el objeto y la causa se configuran, más que como elementos integrantes, como requisitos necesarios para que el contrato se constituya válidamente.

precepto anterior, al disponer que los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento[514]. Se responde de esta forma al principio de autonomía de la voluntad básico en nuestro ordenamiento jurídico en el momento de la creación del Código Civil[515]. Se otorgaba a las partes la libertad contractual, no solo a la hora de decidir si contrataban o no, sino también a la hora de establecer las condiciones del contrato. Pero esta concepción liberal ha evolucionado con el paso de los años, al hacerse evidente la desigualdad entre los contratantes, pues frecuentemente uno de ellos va a ostentar una posición prevalente y dominante en el mercado[516].

Ante la necesidad de equilibrar la posición de los contratantes en el mercado, se aprecia una cada vez mayor intervención del Estado en la vida económica, que tiene como consecuencia la limitación de la libertad contractual en el sentido clásico. Díez-Picazo señala tres rasgos que definen la intervención del Estado y que limitan la autonomía de la voluntad[517]. En primer lugar, se limita el principio de libertad de contratar cuando los agentes gozan de supremacía en el mercado. En segundo lugar, limita el principio de libertad en la fijación del contenido del contrato, al establecer los derechos y deberes que corresponden a cada parte, que solo pueden ser modificadas en beneficio de la parte que se pretende proteger. Finalmente, el Estado realiza un control público de determinados bienes o servicios sobre los que fija un precio.

En la contratación de las comunicaciones electrónicas es fácil apreciar las limitaciones que las normas imponen a la autonomía de la voluntad. Aunque es un sector liberalizado, el Estado ejerce cierto control, con el fin de garantizar que

514 Así lo entiende GARCÍA RUBIO ((3) 2010) p. 1374, que señala que la primera parte del artículo 1258 CC reitera lo establecido al inicio del artículo 1254 CC.

515 Es interesante el trabajo que DÍEZ-PICAZO (2012) pp. 3-19, elabora sobre la autonomía privada como concepto jurídico por el cuál las personas pueden obligarse a través de sus relaciones jurídicas. Describe los tres conceptos utilizados hasta el momento: autonomía de la voluntad, autonomía privada y libertad de contratar, para finalizar apuntando la necesidad de seguir profundizando en su estudio.

516 GARCÍA RUBIO (2010) p. 1374, reconoce que tanto el principio general del consensualismo contractual (o autonomía de la voluntad para contratar) como el principio espiritualista (validez del contrato cualquiera que sea su forma) presentan notables excepciones que son crecientes en el derecho moderno, como por ejemplo en el caso de los contratos reales, que requieren una forma ad solemnitatem para su validez.

517 DÍEZ PICAZO y GULLÓN (1995) pp. 31-32.

todos los usuarios posean el servicio de comunicaciones electrónicas en las condiciones mínimas impuestas en la norma. Este control estatal es consecuencia de su consideración como servicio de interés general, que como ya apuntamos, se concreta en la regulación del servicio universal[518]. A esto hay que sumar que, en muchas ocasiones, el contrato se formaliza con un consumidor, que por ser la parte débil en la relación contractual goza de una protección especial[519]. Así, el TRLGDCU exige la voluntad inequívoca del consumidor para contratar.

Pero antes de analizar las particularidades derivadas de la contratación de servicios de comunicaciones electrónicas por parte de los consumidores, es interesante hacer una breve referencia a la regulación general del consentimiento, pues tanto el consumidor como el operador deben tener capacidad para contratar. Comenzaremos con los requisitos generales del consentimiento según el derecho común de contratos, en el que se incluyen los vicios que pueden dar lugar a su impugnación, siempre desde el punto de vista del contrato de servicios de comunicaciones electrónicas. Finalizaremos este primer apartado determinando el momento en que el contrato queda perfeccionado, en especial en la contratación entre personas distantes.

En un segundo apartado, abordaremos las peculiaridades del consentimiento del usuario del servicio de comunicaciones electrónicas, para conocer el valor jurídico de la previsión del TRLGDCU por la que se exige el consentimiento expreso del consumidor para la celebración del contrato. Además, estudiaremos el consentimiento del operador, ya que en ocasiones

[518] CARLÓN RUIZ (2007) pp. 46-47, sostiene que la desaparición del régimen de titularidad pública no debía negar el carácter esencial de las telecomunicaciones. Por ello se configuran como servicios de interés general que se prestan en régimen de competencia, y en consecuencia deben ser garantizados a todos los ciudadanos en unas condiciones determinadas de precio y calidad. MONTERO PASCUAL (2007) pp. 216-217, se pronuncia en el mismo sentido, al afirmar que el nuevo modelo de intervención pública tiene como instrumento principal la imposición de cargas de servicio público a los operadores privados, para así garantizar la satisfacción del interés general al tiempo que sea compatible con las normas comunitarias de competencia en el mercado.

[519] DÍEZ-PICAZO (2013) p. 13, no es partidario de la idea de que el derecho de consumo es la moderna forma de protección de las personas necesitadas, como una de las aspiraciones de la sociedad democrática. Al contrario, entiende que se favorece el consumo no porque los consumidores sean más o menos necesitados de protección, sino por el hecho de que la economía de consumo es un capítulo muy importante de la economía general.

parece que es la propia norma la que lo sustituye, pues además de imponerle la prestación del servicio universal, se otorga al usuario el derecho a celebrar contratos. Todo ello, sin olvidar la mención especial que merecen las ofertas al público realizadas por el operador, a través de medios publicitarios.

A) Los requisitos del consentimiento. La capacidad de contratar de menores y discapacitados

Podemos definir el consentimiento como la manifestación de la voluntad de obligarse contractualmente[520]. Díez-Picazo distingue tres momentos dentro del consentimiento contractual. En primer lugar, existe una formación interna e individual de la voluntad de contratar. En segundo lugar, esa voluntad es declarada para que sea conocida por el otro contratante. Y en último lugar, para que la voluntad tenga efectos jurídicos es necesario que entre ambos contratantes la voluntad sea coincidente, esto es, que haya una intención común de celebrar el contrato[521].

Lacruz Berdejo distingue en el consentimiento o voluntad contractual, la capacidad natural, que se refiere a la voluntad de los contratantes para prestar su consentimiento como la posibilidad de querer y entender; y la capacidad legal, que se refiere a la capacidad para contratar de modo que, con arreglo a las leyes, se lleve a cabo un negocio válido y eficaz[522]. Para la formación del contrato es necesario que los contratantes que prestan su consentimiento tengan capacidad para contratar. Además de su emisión, se exige que el consentimiento sea válido. Es el artículo 1263 CC, el que establece que no pueden prestar consentimiento los menores no emancipados, ni los incapacitados[523]. La regulación de la capacidad para contratar se hace de modo negativo, excluyendo a aquellos que

[520] DÍEZ-PICAZO (2007) pp. 173-175, parte de la idea de consentimiento contractual como la voluntad de crear una vinculación y como la voluntad de vincularse. Así diferencia los contratos de los acuerdos no vinculantes.

[521] DÍEZ-PICAZO (1995) p. 40; y (2007) p. 173.

[522] LACRUZ BERDEJO (2007) pp. 355 y ss. DÍEZ-PICAZO (2007) p. 169, también parte de la misma distinción para analizar el consentimiento, distinguiendo la capacidad para contratar, de la prestación efectiva del consentimiento.

[523] Coincide la doctrina en que los menores de edad no son total y absolutamente incapaces, sino que tiene una capacidad de obrar limitada. DÍEZ-PICAZO (2007) p. 170, y LACRUZ BERDEJO (2007) pp. 355-356.

no tienen capacidad para contratar[524]. Pero la regulación de la capacidad de obrar prevista en el Código Civil debe ser reinterpretada conforme a la nueva realidad social[525]. García Rubio señala que la evolución del derecho positivo ha venido mostrando la progresiva restricción de las situaciones de incapacidad de obrar de las personas y cada vez se reconoce un mayor ámbito de actuación a menores e incapacitados[526].

El cambio en la forma de entender la capacidad de obrar ha sido propiciada por la adhesión de España tanto a la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989[527], como a la Convención Internacional sobre los Derechos de las personas con Discapacidad, adoptada por las Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006[528]. Con ambas Convenciones no solo se busca dar asistencia y tutela a los menores y a las personas discapacitadas, sino que su propósito es promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por los menores y todas las personas con discapacidad y promover el respecto de su dignidad inherente[529]. Ya no se concibe un sistema en que el incapaz deja de tener

524 DÍEZ-PICAZO (2007) p. 170, ve implícita en la redacción del artículo 1263 CC la regla positiva, según la cual serán capaces de contratar todas aquellas personas a quienes la ley no declare expresamente incapaces para ello.

525 GARCÍA RUBIO (2013) p. 96, recoge la doctrina del Tribunal Supremo en la que haciendo una interpretación conforme a la realidad social, se ha mostrado a favor de la validez, de este tipo de actos realizados por menores.

526 GARCÍA RUBIO (2013) pp. 94-95, menciona como ejemplos el artículo 211.3 del Código Civil de Cataluña establece que: *1. La capacidad de obrar de la persona se fundamenta en su capacidad natural, de acuerdo con lo establecido por el presente código. 2. La plena capacidad de obrar se alcanza con la mayoría de edad. 3. Las limitaciones a la capacidad de obrar deben interpretarse de forma restrictiva, atendiendo a la capacidad natural*. También el Código de Derecho Foral de Aragón, aprobado por el Decreto legislativo 1/2011, de 22 de marzo, en su artículo 7 reconoce al menor de edad capacidad para otorgar los actos y contratos propios de la vida corriente del menor que, estando al alcance de su capacidad natural, sean conformes a los usos sociales y recalca que las limitaciones a la capacidad de obrar del menor se interpretarán de forma restrictiva.

527 La adhesión de España a la Convención sobre los derechos del niño se produce a través de su ratificación el 30 de noviembre de 1990.

528 La adhesión de España a la Convención se produce con su ratificación el 23 de noviembre de 2007.

529 La doctrina coincide en la necesidad de cambiar la percepción y tratamiento jurídico que corresponde dar a la discapacidad tras la entrada en vigor de la Convención de Nueva York. ÁLVAREZ LATA y SEOANE RODRÍGUEZ (2010) p. 21, entienden que el ideal normativo de la Convención y el modelo de los derechos no se colman con la igualdad formal y de opor-

capacidad de obrar, sino que éste debe ser asistido para aquellos actos en los que sea preciso, manteniendo intacta su capacidad para el resto de sus actos[530]. La jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo se hace eco de la necesidad de adaptar la legislación nacional a las Convenciones de Naciones Unidas, y tiene en consideración las disposiciones de las Convenciones para interpretar y aplicar la normativa nacional[531].

La adaptación de los servicios de comunicaciones electrónicas a personas con discapacidad ha sido una constante en la legislación de las telecomunicaciones, incluso antes de su inclusión en la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Así, dentro de las obligaciones impuestas a los operadores como servicio universal, se recogen las medidas para facilitar la accesibilidad al servicio por las personas con discapacidad[532]. Se incluyen como sujetos beneficiarios a las personas ciegas o con grave discapacidad visual, las personas sordas o con grave discapacidad auditiva, las personas con graves problemas en el habla y, en general, cualesquiera otras con

tunidades, sino con la autonomía de las personas con discapacidad. GARCÍA CANTERO (2012) pp. 218 y ss, destaca el valor de la Sentencia del Tribunal Supremo en Pleno, de 29 de abril de 2009, que ofrece una interpretación de la normativa nacional acorde al artículo 12 de la Convención de Naciones Unidas de 2006. TORRES GARCÍA (2013) pp. 69 y ss, ponen de manifiesto que como resultado de la necesidad de adaptar y modificar la normativa española a la Convención de Nueva York, se aprobó la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de Adaptación normativa de la Convención internacional sobre Derechos de las personas con discapacidad, por la que se modifican varias leyes y normas administrativas.

530 En palabras de ÁLVAREZ LATA y SEOANE RODRÍGUEZ (2010) p. 23, el artículo 12.3 de la Convención de Nueva York expresa el propósito de completar el modelo de toma de decisiones y actuación centrado en la sustitución con un modelo de asistencia o apoyos ajustado a las necesidades de cada persona con discapacidad. El principal objetivo es modificar la interpretación y concebir de modo amplio las necesidades de apoyo, que en ciertos casos van a requerir la sustitución en la toma de decisiones, pero siempre completado y modulado por el principio de participación que obliga a integrar en la mayor medida posible a la persona con discapcidad en el proceso de toma de decisiones.

531 Entre otras podemos mencionar la Sentencia del Tribunal Supremo ROJ 2362/2009, de 29 de abril de 2009, la Sentencia del Tribunal Supremo ROJ 229/2013, de 5 de febrero de 2013 o la Sentencia del Tribunal Supremo ROJ 5301/2013, de 10 de octubre de 2013.

532 El artículo 33 del Reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios, dispone que los operadores designados deben garantizar que los usuarios finales con discapacidad tengan acceso a dichos servicios a un nivel equivalente al que disfrutan el resto de usuarios finales.

discapacidades físicas que les impidan manifiestamente el acceso normal al servicio telefónico fijo o le exijan un uso más oneroso de este[533].

Por otro lado, aunque no es momento de detenernos con un estudio detallado de la capacidad jurídica de los menores o incapacitados, es preciso que hagamos referencia a dos cuestiones que se han planteado en la práctica de la contratación de los servicios de comunicaciones electrónicas. La primera surge porque las operadoras exigen para la formalización del contrato que el contratante sea mayor de edad, por lo que se presume que tiene capacidad de obrar. Pero puede ocurrir que el mayor de edad que contrata tenga una discapacidad que afecte a la correcta formación de su consentimiento para contratar y para conocer las consecuencias que se derivan del contrato. Si el discapacitado está incapacitado judicialmente, a día de hoy será necesario ver el alcance de la sentencia de incapacitación para saber si el contrato es válido[534]. Pero pensemos por ejemplo en un discapacitado psíquico que no está incapacitado judicialmente y que formaliza un contrato de servicios de comunicaciones electrónicas con una operadora. Para valorar la posible nulidad del contrato por falta de capacidad natural, será necesario determinar si en el momento de la contratación el discapacitado adoptó su decisión de contratar con pleno conocimiento de la vinculación y consencuencias jurídicas que se derivan del mismo, pues aunque tenga una discapacidad es posible que, por ejemplo, mientras esté medicado sea una persona capaz que no necesita de auxilio o apoyo para realizar la contratación.

También puede ocurrir que la contratación del servicio de comunicaciones electrónicas se produzca por un mayor de edad con capacidad de obrar plena, pero que el servicio sea utilizado por un menor o un incapaz. El problema en estos casos se produce cuando el menor o incapacitado utiliza el

[533] Como ejemplo de las medidas que garantizan la accesibilidad de los servicios a las personas con discapacidad podemos mencionar la adaptación de las cabinas y teléfonos públicas a personas de movibilidad reducida o en silla de ruedas, así como su adaptación a la numeración en braille, el envío de facturas en braille, la puesta a disposición de teléfonos adaptados para personas con discapacidad auditiva, etc.

[534] Como nos advierte TORRES GARCÍA (2013) p. 55, la incapacitación es una categoría de producción judicial que se decreta por sentencia.

servicio de comunicaciones electrónicas para modificar el contrato inicial o para contratar servicios ajenos al contrato de telefonía[535]. La cuestión que se nos plantea es la validez del consentimiento de este menor o incapaz y, en su caso, si se produce o no la modificación contractual. Parece que la primera respuesta nos llevaría a afirmar que no hay un consentimiento íntegro, pues el menor o incapaz no tiene plena capacidad de obrar. Pero debemos recordar que la regulación y jurisprudencia actual, cada vez reconocen una mayor capacidad de obrar con efectos jurídicos a menores e incapaces[536]. Podríamos interpretar que el titular del contrato que facilita el acceso al servicio de comunicaciones electrónicas al menor o incapaz está completando o convalidando tácitamente el consentimiento prestado por éstos. Es dificil dar una respuesta uniforme. Recordemos que la adecuación de la normativa a la realidad social y su adaptación tanto a la Convención sobre los Derechos del Niño como a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, nos exigen atender a las circunstancias concretas de cada caso para valorar ese consentimiento.

Expondremos dos ejemplos concretos para aclarar nuestra exposición. El primero sucede cuando un padre contrata una línea de telefonía móvil que va a ser utilizada por su hija de diecisiete años. El servicio incluye en la tarifa contratada 100 minutos de llamadas y una conexión a Internet de 500 MB. Sin embargo, al recibir la factura el padre se da cuenta que el importe facturado supera la tarifa pactada. Al ponerse en contacto con la operadora, le informan de que desde esa línea se llamó para solicitar un bono extra de conexión a Internet. Debemos preguntarnos si sería válida la contratación de ese bono por la menor

[535] La modificación del contrato de prestación de servicios se produce cuando el menor o incapaz llama a la operadora a través de la línea ya contratada, para ampliar la tarifa o contratar un nuevo bono de Internet. La contratación de servicios ajenos se produce cuando el menor o incapaz hacen uso del servicio de comunicaciones electrónicas para llamar o conectarse a servicios de tarificación adicional, como pueden ser las descargas de juegos, canciones, tarot, etc.

[536] Así lo pone de manifiesto SANTOS MORÓN (2011) *passim*, al analizar la capacidad del menor en el ejercicio de los derechos personalísimos, como puede ser la propia imagen o el derecho a la salud. GARCÍA RUBIO (2013) pp. 96-97, evidencia la cada vez mayor autonomía del menor de edad en la realización de actos con transcendencia jurídica, apoyándose además de en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, en algunas normas autonómicas (como el artículo 211.5.b) del Código Civil de Cataluña o el artículo 7 del Código de Derecho Foral de Aragón) que reconocen capacidad de obrar a los menores en los actos propios a su edad, de acuerdo con los usos sociales.

de edad. Si tenemos en cuenta que fue el padre el que facilitó a su hija el servicio de comunicaciones electrónicas, que tiene diecisiete años y, que fue ella quién llamó y dió los datos necesarios para solicitar un bono de Internet, todo nos lleva a pensar que la menor actuaba conscientemente y conocía las consecuencias derivadas de su actuación[537]. Para la operadora será difícil distinguir por teléfono la edad de su interlocutor[538].

El segundo ejemplo trata de un discapacitado que llama por teléfono a líneas de tarificación adicional, que conlleva un incremento en el coste del servicio, pues parte del precio facturado se destina a pagar el servicio prestado a través de la comunicación electrónica, ya sea una descarga de música o juegos o un servicio erótico o de tarot. Con la realización de la llamada o el envío del mensaje, se formaliza un nuevo contrato con el prestador del servicio de tarificación adicional. Determinar en estos casos si es válido el consentimiento prestado por el discapacitado para acceder a dichos servicios es aún más dificil que en el caso anterior, pues es posible que no haya un contacto directo entre el prestador y el discapacitado.

En otro orden cosas y siguiendo con el análisis del consentimiento contractual, partiendo de la existencia de capacidad para contratar, es necesario que el consentimiento se preste de manera consciente y voluntaria. En palabras de Díez-Picazo, para que exista contrato, debe existir un consentimiento serio,

537 SANTOS MORÓN (2011) p. 70, nos recuerda que la capacidad natural presupone el conocimiento del alcance y consecuencias de la decisión que se adopta, de forma que el desconocimiento de los riesgos y la transcendencia que tiene un acto de ejercicio de derechos de la personalidad determina que no pueda considerarse al titular como poseedor de suficiente capacidad para ejercerlos. GARCÍA RUBIO (2013) p. 95, afirma que el menor no es un incapaz sino una persona con capacidad limitada, no porque se le considere incapaz de entender y de querer, sino por la especial protección que merece y que el ordenamiento le dispensa.

538 A la misma conclusión parece llegar CARRETERO GARCÍA (2014) passim, al dar respuesta a la cuestión de si es posible que un menor de 17 años puede encargar la reparación de su móvil sin consentimiento de sus padres. La autora entiende que la realización de un acto jurídico exige que el sujeto tenga, al menos, la capacidad natural de entender y querer, presente cuando un menor de 17 años lleva a reparar su teléfono móvil. Nos recuerda que el Tribunal Supremo, en su Sentencia de 10 de junio de 1991 (ROJ 4434/1991), considera que si existe capacidad natural de entender y querer, hay que interpretar que los representantes legales del menor prestan un permiso de carácter tácito para realizar este tipo de actos, de modo que no cabría apreciar la invalidez de los mismos.

espontáneo y libre[539]. Si el consentimiento carece de estas notas características estará viciado y el contrato podrá ser anulado[540]. El artículo 1265 del Código Civil, enumera los vicios del consentimiento, al disponer que: *será nulo el consentimiento prestado por error, violencia, intimidación o dolo*[541]. A continuación nos referiremos brevemente a cada uno de los vicios del consentimiento, tipificados en nuestro Código Civil.

Díez-Picazo define el error como una falsa representación mental de la realidad que vicia el proceso formativo del querer interno y que opera como presupuesto para la realización del negocio, pues de haberse conocido no se hubiera contratado o se hubiera hecho en otras condiciones[542]. Tradicionalmente se han distinguido varias categorías de error[543]. La primera distinción hace referencia al error obstativo o impropio que se produce cuando la voluntad se

539 DÍEZ-PICAZO (2007) p. 185.

540 Así lo afirma GASPAR LERA (2014) p. 270, al señalar que los contratantes se vinculan legalmente por su voluntad, lo que presupone que ésta es plenamente consciente y libre. Por ello, cuando el proceso de formación de esa voluntad, que se desarrolla en la fase previa del contrato, es defectuoso el consentimiento estará viciado. En el contrato habrá una irregularidad que permite su anulación.

541 En los PECL, además de los vicios del consentimiento ya recogidos en el Código Civil, se prevé un nuevo vicio del consentimiento para aquellos supuestos en que una de las partes obtenga un beneficio excesivo o una ventaja injusta. Así su artículo 4:109 dispone que: *Una parte puede anular el contrato si, en el momento de su conclusión: (a) dependía de la otra parte, tenía una relación de confianza con ella, se encontraba en dificultades económicas o tenía otras necesidades urgentes, no tenía capacidad de previsión o era ignorante, inexperimentado o carente de capacidad negociadora, y (b) la otra parte conocía o debería haber conocido dicha situación y, atendidas las circunstancias y el objeto del contrato, se aprovechó de ello de manera claramente injusta u obtuvo así un beneficio excesivo. (2) A petición de la parte interesada, y si resulta oportuno, el juez o tribunal puede adaptar el contrato y ajustarlo a lo que podría haberse acordado respetando el principio de la buena fe contractual. (3) La parte a quien se comunica el ejercicio de la acción de anulabilidad del contrato por beneficio excesivo o por ventaja injusta, puede igualmente solicitar del juez una adaptación del contrato, siempre que esta parte informe de ello sin dilación a la parte que le comunicó el ejercicio de su acción y antes de que dicha parte actúe en función de ella.*

542 DÍEZ-PICAZO y GULLÓN (1995) p. 55. LACRUZ BERDEJO (2007) p. 358, aprecia el error cuando la ignorancia o la defectuosa representación de una situación de hecho (error de hecho) o de derecho (error de derecho) que haya de ser considerada para la conclusión del acuerdo induzca al sujeto a estipular el contrato. OLIVA BLÁZQUEZ (2009) p. 300, define el error-vicio como la falsa representación o creencia equivocada relativa a una cualidad, hecho o acontecimiento que en realidad no existen, y que de haberlos conocido el contratante que lo padece no habría realizado el contrato o, al menos, lo habría concluido en otros términos. Entiende este autor que se trata de una patología registrada en el iter volitivo que afecta al consentimiento finalmente prestado y que, como tal, puede provocar la ineficacia del contrato siempre y cuando concurran las condiciones jurisprudencialmente exigidas, que son la esencialidad, la excusabilidad y la imputabilidad.

543 DÍEZ-PICAZO (2007) pp. 210-213, y LACRUZ BERDEJO (2007) pp. 358-360.

forma correctamente pero el error se produce en su declaración; y el error vicio del consentimiento o error propio que se produce cuando el consentimiento está viciado al haberse formado en base a una información o consideraciones erróneas. En segundo lugar, se distingue entre error de hecho y de derecho[544]. Por último, se distingue entre el error en el objeto y el error en la persona. A esta distinción se refiere el artículo 1266 CC[545].

El error no siempre va a tener las mismas consecuencias jurídicas. Conforme al artículo 1266 CC, para que el error invalide el consentimiento debe recaer sobre el objeto del contrato o de la persona, de forma que hubiera sido relevante para adoptar la voluntad de contratar. Mientras que el error de cuenta o de cálculo solo dará lugar a su corrección[546]. Sin embargo, tal y como ha reconocido la doctrina, no siempre el error sobre el objeto del contrato o sobre la persona va a tener efectos invalidantes[547]. Para que el contrato pueda ser invalidado por vicio en el consentimiento, es necesario que el error sea relevante[548].

La doctrina y la jurisprudencia coinciden al exigir como requisitos para que el error sea relevante, su esencialidad y su excusabilidad[549]. La esencialidad

[544] OLIVA BLÁZQUEZ (2009) pp. 300-301, distingue entre el error de hecho como el que recae sobre circunstancias fácticas de la realidad que rodean a los sujetos, y el error de derecho que será la ignorancia, desconocimiento o equívoca interpretación de una norma jurídica que impulsa al errado a llevar a cabo un determinado acto jurídico. Nos advierte que no deben confundirse el error de derecho con el principio de la inexcusabilidad de la ignorancia en el cumplimiento de las normas, por tratarse de dos figuras distintas, con ámbitos de aplicación diferentes y no coincidentes.

[545] MORALES MORENO (1988) p. 152, entiende que el artículo 1266 CC se refiere a tres manifestaciones del error: el error en el objeto, el error sobre la persona y el error de cálculo.

[546] Para MORALES MORENO (1988) pp. 181-182, el artículo 1266 CC se refiere tan solo al error en las operaciones de cálculo.

[547] MORALES MORENO (1988) pp. 189 y ss, considera que dentro del ámbito de aplicación de la figura del error no se puede considerar relevante cualquier error que se invoque, tal y como se infiere del artículo 1266 CC. El error jurídicamente significativo debe tener cierta importancia, esto es, debe ser un error esencial. En el mismo sentido, LACRUZ BERDEJO (2007) p. 364.

[548] En palabras de DÍEZ-PICAZO (2007) p. 207, «...puede afirmarse que hay un tipo de error que podemos llamar relevante, que permite a quien lo ha sufrido desligarse del contrato por medio de una acción o de una excepción de nulidad, mientras que existe otro tipo de error (error irrelevante) con el cual el que lo ha sufrido tiene que pechar, pues no obstante el error el contrato es válido y le obliga...».

[549] OLIVA BLÁZQUEZ (2011) pp. 1314-1318, y (2013) pp. 302 y ss. La Propuesta de Modernización del Código Civil recoge las exigencias de que el error sea esencial e inexcusable, en su

hace referencia a que el error debe tener cierta importancia, debe ser relevante jurídicamente, no solo en función de lo que signifique para el contratante que lo padece, sino también en relación al contrato en el que surge[550]. El error es esencial cuando recae sobre los hechos o datos que han determinado la voluntad de contratar de las partes[551].

El requisito de la excusabilidad no se establece en el Código Civil, sino que su reconocimiento ha sido jurisprudencial[552]. Hace referencia a que el error no sea imputable al sujeto que lo padece, quien debió actuar con la diligencia exigida para evitarlo. Para apreciar el error es necesario que su actuación se realice con diligencia, conforme a los principios de autoresponsabilidad y de buena fe[553]. Morales Moreno destaca que es inexcusable el error cuando pudo ser evitado empleando una diligencia media o regular[554].

En la contratación de los servicios de comunicaciones electrónicas podemos encontrar varios supuestos en los que el consentimiento del usuario final está viciado por error grave o esencial que puede invalidar el contrato. En primer lugar, imaginemos que tenemos contratada una línea de telefonía fija en nuestro domicilio y recibimos una oferta de una nueva operadora para realizar la portabilidad de dicha línea, en la que además se incluye un servicio de movilidad de la línea de telefonía fija, de forma que podamos hacer llamadas desde el teléfono fijo aunque no nos encontremos en nuestro domicilio. Sin embargo, en el momento de la contratación no nos informan correctamente sobre la tecnología que utilizará la nueva operadora para prestar el servicio, pues aunque

artículo 1298. Son numerosas las sentencias del Tribunal Supremo delimitando los requisitos necesarios para que el error sea un vicio del consentimiento con efectos invalidantes. Las más recientes hacen referencia a la contratación bancaria a través del tipo contractual "swap". Con carácter ejemplificativo podemos mencionar: la Sentencia 5479/2013, de 29 de octubre de 2013; la Sentencia 2659/2014, de 7 de julio de 2014; la Sentencia 2660/2014, de 7 de julio de 2014; o la Sentencia 2666/2014, de 8 de julio de 2014.

550 MORALES MORENO (1988) pp. 197 y ss, hace un estudio detallado del requisito de la esencialidad del error, en relación al contrato.

551 DÍEZ-PICAZO (2007) pp. 213-214, señala que el error es esencial cuando recae sobre datos determinados del supuesto de hecho tenido en cuenta por las partes, cuya falta de presencia impide alcanzar el resultado concreto que con el negocio se buscaba.

552 MORALES MORENO (2003) pp. 378-380, pone de relieve que la inexcusabilidad del error es una causa de exclusión de la relevancia del error, según su configuración en los PECL.

553 Así lo entiende LACRUZ BERDEJO (2007) p. 364, y DÍEZ-PICAZO (2007) pp. 215 y 216.

554 MORALES MORENO (1988) pp. 217 y ss.

conservamos la numeración fija, el servicio será prestado a través de una línea de telefonía móvil. Parece que el consentimiento está viciado, al haber un error sobre el servicio contratado. Entendemos que estamos ante un error esencial, pues aunque la operadora nos prestará igualmente el servicio de comunicaciones electrónicas, no va a ser en las mismas condiciones que si se tratará de una línea de telefonía fija (pensemos en la falta de cobertura, en la carencia de garantía de funcionamiento en caso de corte de suministro eléctrico o la conexión a través de roaming en una zona geográfica fronteriza).

También podríamos estar ante un error en el consentimiento cuando el usuario no conoce el alcance de sus obligaciones contractuales en el momento de la contratación. Por ejemplo, no conoce que el compromiso de permanencia por adquisición de terminal se acumula al compromiso de permanencia asumido por la contratación de una tarifa, siendo su duración superior. Otro supuesto sería el no conocer con exactitud las tarifas aplicables a las llamadas o servicios que no entran dentro del servicio básico (por ejemplo el coste de las llamadas internacionales recibidas en el extranjero). En estos supuestos nos encontramos con un solapamiento de los remedios jurídicos al alcance del usuario, pues en una misma situación podemos reconocer un error como vicio del consentimiento o, una falta o inexactitud de la información contractual o precontractual que el operador debe facilitar al usuario del servicio. Incluso podríamos estar ante una cláusula predispuesta que pudiera ser calificada de abusiva. Parece que ante esta acumulación el legitimado podrá escoger la mejor opción para la salvaguarda de sus intereses, al ser compatibles entre sí[555]. La importancia de su elección está en que de la misma derivarán distintas consecuencias jurídicas, pues si estamos ante un error como vicio del consentimiento el contrato será anulable, mientras que si es una cláusula abusiva será nula y se tendrá por no puesta, y además si se trata de omisión o defectuosa información nos podríamos encontrar ante un supuesto

[555] GARCÍA RUBIO (2010) p. 1642, aboga por una aclaración, en la Propuesta de modernización del derecho de obligaciones y contratos, de la posible compatibilidad de las acciones que derivan de la falta de información, el error como vicio del consentimiento u otros incumplimientos contractuales. GASPAR LERA (2014) pp. 308-310, comparte esta postura y reconoce que nuestra tradición jurídica, al igual que en los PECL, se establece la compatibilidad de dichos remedios.

de responsabilidad precontractual o la necesidad de integrar el contrato conforme al principio de buena fe (artículo 65 TRLGDCU).

Por su parte, la violencia y la intimidación, al igual que el dolo, surgen de un acto ilícito de la otra parte[556]. Aunque las consecuencias jurídicas de la violencia y la intimidación en la formación del consentimiento son iguales, es necesario distinguir ambos conceptos[557]. La violencia es el empleo de una fuerza irresistible, ya sea por uno de los contratantes o por un tercero ajeno al contrato[558]. Por su parte, la intimidación hace referencia a infundir en uno de los contratantes un temor racional a sufrir un mal inminente y grave en su persona o en su cónyuge, descendientes o ascendientes[559]. Es una amenza de un mal próximo y relevante, que el perjudicado pretende evitar con su consentimiento. Para que la intimidación pueda llevar a la anulación del contrato, se exige que la amenaza sea considerable, que consista en un mal inminente y grave, y que la coacción inspire a quién lo sufre un temor racional y fundado que le determine a contratar[560]. No es fácil imaginar supuestos en los que el consentimiento del usuario del servicio de comunicaciones electrónicas esté viciado por existir violencia o intimidación. Aunque los comerciales de las operadoras que acuden a los domicilios de los posibles usuarios, utilizan técnicas muy agresivas de oferta, será dificil encontrarnos con un consentimiento viciado por violencia o intimidación.

Finalmente, se define el dolo en el artículo 1269 CC como "cuando con palabras o maquinaciones insidiosas de parte de uno de los contratantes, es

[556] En la regulación que los PECL hacen del dolo y de las amenazas, se hace notar el carácter ilícito de ambas figuras. Así cuando habla del dolo utiliza de forma reiterada el adverbio fraudulentamente, y al tratar las amenazas se refiere al acto ilegítimo de una de las partes. MORALES MORENO (2003) pp. 162-168, y (2003) pp. 384-388.

[557] DÍEZ-PICAZO (2007) p. 188, advierte que la determinación de la violencia se hace en base al comportamiento del sujeto que la emplea, mientras que la intimidación se fija a partir del resultado en la actitud del sujeto pasivo.

[558] DÍEZ-PICAZO (1995) p. 60, entiende que aunque la violencia venga de un tercero ajeno al contrato, el perjudicado está legitimado para anular el contrato, además de la acción que le corresponde frente al tercero para reclamar los daños ocasionados.

[559] La fórmula empleada por el Código Civil al referirse únicamente al cónyuge, descendientes o ascendiente del sujeto que sufre la amenaza es muy desafortunada, ya que nos podemos encontrar supuestos en que la amenaza se dirija a otros sujetos igualmente allegados al contratante. DÍEZ-PICAZO (1995) p. 61.

[560] LACRUZ BERDEJO (2007) pp. 370-372.

inducido el otro a celebrar un contrato que, sin ellas, no hubiera hecho". Uno de los contratantes provoca un engaño en la otra parte, incumpliendo el deber de actuar de buena fe[561]. Para que el contrato pueda ser impugnado por dolo, es necesario que las maquinaciones provengan de uno de los contratantes, que se empleen de forma maliciosa para provocar el engaño en la otra parte, y que ese engaño determine la contratación[562].

El dolo puede ser positivo, esto es por acción del sujeto, u omisivo cuando lo provoca la inactividad del sujeto como puede ser el no facilitar la información necesaria para la formación del consentimiento[563]. El dolo debe ser grave para que el consentimiento se encuentre viciado. La doctrina lo denomina como dolo causante, que es aquel en el que el contrato tiene su causa, esto es, que determina el consentimiento contractual[564]. Frente al dolo causante, está el dolo incidental que es el que recae sobre circunstancias secundarias del contrato y solo obliga a la indemnización de los daños y perjuicios causados.

Ya advertimos que la falta o inexactitud en la información facilitada al usuario del servicio de comunicaciones electrónicas puede llevar a que el consentimiento se encuentre viciado por error. Además, si la omisión de la información o su inexactitud se hace con intención de engañar para que el usuario contrate el servicio, estaríamos ante un supuesto de dolo omisivo. Un ejemplo claro sería cuando el comercial de la operadora acude al domicilio del usuario para mejorar la oferta de su operadora, ofreciéndole un descuento en la factura durante el primer año y con la entrega de un terminal de telefonía de forma gratuita. Ante la oferta tan ventajosa, el usuario decide contratar y acepta el cambio de compañía. Sin embargo, el comercial no le informó que el descuento solo será aplicable a la cuota fija de la línea y no al consumo en las

561 DÍEZ-PICAZO (2007) p. 198, afirma que el dolo se asimila a la mala fe y se contrapone a la noción de buena fe.

562 LACRUZ BERDEJO (2007) pp. 366-369. DÍEZ-PICAZO (2007) p. 199, señala como elementos integrantes del dolo: que exista un acto ilícito consistente en el empleo de palabras o maquinaciones insidiosas, y que haya intención o el propósito de engañar.

563 En el PECL se prevé específicamente la posibilidad de un dolo omisivo, esto es, por no facilitar la información debida. El problema surgirá a la hora de determinar cuál es la información que se debe proporcionar. MORALES MORENO (2003) pp. 163-164.

564 LACRUZ BERDEJO (2007) p. 368, y DÍEZ-PICAZO (2007) pp. 200-201.

llamadas, y que la entrega del terminal conlleva un compromiso de permanencia en tarifa y compañía de 24 meses. Estamos ante un claro supuesto de dolo omisivo, pues el comercial no facilitó toda la información al usuario, con la única intención de que contratará, y la voluntad de contratar del usuario final está determinada por los datos facilitados por el comercial[565].

Si el consentimiento se encuentra viciado, el contrato será anulable conforme al artículo 1300 del Código Civil. Como señala Díez-Picazo, la anulabilidad es la medida protectora del que ha sufrido un vicio en su voluntad o del que contrata estando su capacidad de obrar restringida[566]. No hay acuerdo en la doctrina a la hora de determinar la condición del contrato que está en una situación provisional hasta que se ejercita o transcurra el tiempo de ejercicio de la acción de anulación[567]. Díez-Picazo sostiene que el contrato existe y es válido hasta que exista una declaración judicial que le prive de eficacia, ya que en el concurren todos los requisitos exigidos en el artículo 1261 CC. Para este autor, la anulación del contrato es un supuesto de ineficacia sobrevenida. En contraposición, Lacruz Berdejo sostiene que el contrato anulable debe considerarse inválido e ineficaz desde su origen, ya que el ordenamiento solo le otorga un efecto provisional. Apoya su opinión en que ejercitada la anulación, el contrato será desde siempre y para siempre ineficaz, al igual que si se tratará de una nulidad radical o absoluta. La validez del contrato se producirá una vez que sea confirmado y por tanto convalidado, lo que tendrá efectos retroactivos conforme al artículo 1313 CC[568].

[565] No podemos confundir este supuesto de dolo omisivo con el supuesto en que el comercial acude a nuestro domicilio para hacernos una oferta, que nosotros no llegamos a aceptar. Sin embargo, se tramita el cambio de compañía y el servicio pasa a ser prestado por la nueva operadora. En este caso, consideramos que no estamos ante un consentimiento viciado, sino que no hay consentimiento del usuario y por tanto el contrato será inexistente.

[566] DÍEZ-PICAZO (1995) p. 116.

[567] GASPAR LERA (2014) pp. 283-284, nos recuerda que algunas de las propuestas de armonización (DCFR y CESL) se han pronunciado sobre la cuestión, estableciendo que los contratos susceptibles de ser anulados serán válidos hasta el momento de la anulación, pero a partir de entonces serán declarados nulos con efecto retroactivo.

[568] LACRUZ BERDEJO (2007) p. 542.

El plazo de caducidad de la acción es de cuatro años, que empieza a contar en el momento establecido en el artículo 1301 del Código Civil[569]. Están legitimados para ejercitar la acción los que hubieran sufrido el vicio, y en el caso del menor o incapacitado podrán ejercitar la acción sus representantes legales, o ellos mismos al alcanzar la mayoría o una vez recuperada su capacidad de obrar[570]. Además de la acción, el legitimado podrá hacer valer la nulidad del contrato por vía de excepción cuando el otro contratante inste judicialmente la ejecución del contrato.

Declarada la nulidad del contrato, los contratantes deben restituirse recíprocamente sus prestaciones junto con sus frutos, salvo los incapaces que únicamente estarán obligados a la restitución del enriquecimiento que hubieran tenido[571]. Si uno de los obligados no puede devolver la cosa por haberse perdido, estará obligado a restituir los frutos percibidos y el valor de la cosa en el momento de su pérdida con los intereses generados desde esa fecha[572].

El perjudicado por el vicio del consentimiento tiene la posibilidad de confirmar el contrato, extinguiendo así la acción de anulación. Con su declaración se produce la convalidación del contrato viciado[573]. La confirmación

569 DÍEZ-PICAZO (1995) p. 117 advierte que el plazo de la acción es de caducidad y no de prescripción, pues la acción pretende la modificación de una situación jurídica. Esta es la postura mayoritaria de la doctrina. LACRUZ BERDEJO (2007) p. 549.

570 OLIVA BLÁZQUEZ (2011) p. 1328, deduce del artículo 1302CC que está legitimado activamente para ejercitar la acción quien padeció el vicio del consentimiento, en cuanto es el sujeto protegido por la norma. LACRUZ BERDEJO (2007) p. 545, afirma que solo los vinculados por el contrato y no los terceros pueden pedir la anulación del contrato. Pero de los vinculados solo podrán ejercitar la acción aquél a quien afecta la incapacidad, o a sufrido el vicio en su consentimiento. DÍEZ-PICAZO (2007) p. 595, entiende que la acción de anulación se concede exclusivamente a la persona que es titular del específico interés que se trata de proteger, ya que se trata de un medio de protección de intereses. Por tanto, en caso de anulación por vicio de consentimiento la legitimación le corresponde a quien ha sufrido el vicio. Si la anulación es por falta de capacidad la acción le corresponde al incapaz cuando alcanza la plena capacidad o a sus representantes legales.

571 El enriquecimiento de los menores o incapacitados debe entenderse como el aumento real o un beneficio para el patrimonio del menor o incapacitado. DÍEZ-PICAZO (2007) p. 601.

572 Es interesante el análisis que OLIVA BLÁZQUEZ (2011) pp. 1301-1323, hace de la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de noviembre de 2010, en la que para sorpresa del autor el Tribunal estima la dación en pago de los bienes adquiridos con el dinero entregado a partir del contrato invalidado.

573 LACRUZ BERDEJO (2007) p.566, define la convalidación como el fenómeno por el cual las partes quedan vinculadas por un contrato originariamente inválido, en virtud de un hecho posterior.

del contrato puede ser expresa, pero también tácita, si el legitimado realiza algún acto concluyente que da eficacia al contrato[574]. Para que la convalidación sea válida, es necesario que la causa de nulidad haya cesado (por ejemplo que ya no se ejerza la violencia o intimidación sobre el sujeto, o éste ya conozca el error) y que el contrato todavía reúna los requisitos exigidos en el artículo 1261 CC.

La perfección del contrato. La contratación entre personas distantes

Conforme al artículo 1258 del Código Civil, los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento[575]. Desde la perfección del contrato los contratantes quedan obligados al cumplimiento no solo de lo pactado, sino también a todas las consecuencias conformes a la buena fe, al uso y a la ley. Lacruz Berdejo afirma que el acuerdo de los contratantes es el requisito básico del contrato, ya que comprende el resto de sus requisitos de validez. La conjunción de los artículos 1258, 1254 y 1262.1 del Código Civil muestran el carácter espiritualista de la contratación que rige nuestro sistema jurídico[576].

Para determinar el momento de la perfección del contrato es necesario saber cuándo hay consentimiento. En este sentido, el artículo 1262 del Código Civil dispone 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. Basta el concurso de una oferta y de una aceptación que sean coincidentes en sus términos, para que el contrato quede formado[577].

---

[574] La confirmación es un acto jurídico unilateral que corresponde al contratante legitimado para ejercitar la acción de anulación. LACRUZ BERDEJO (2007) p. 568. Para GASPAR LERA (2014) pp. 298-299, la manifestación de la voluntad de confirmar el contrato anulable puede ser expresa o tácita. La confirmación tácita supone la realización de un acto que suponga necesariamente la voluntad de renunciar al derecho a invocar la causa de nulidad.

[575] Con la perfección del contrato se marca el momento inicial de la vida del contrato. El artículo 1258 CC reitera lo dispuesto en el artículo 1254 CC (el contrato existe desde que una o varias personas consienten en obligarse), a la vez que consagran el principio general de consensualismo contractual junto con el principio espiritualista (el contrato es válido cualquiera que sea su forma). GARCÍA RUBIO (2010) p. 1374.

[576] LACRUZ BERDEJO (2007) p. 374.

[577] Para la formación del acuerdo contractual es necesario que la aceptación se dirija al oferente, que se refiera a la oferta y que coincida perfectamente con ésta. Si no hubiera una coincidencia perfecta entre la oferta y la aceptación, esta última tendría que considerarse una contraoferta al oferente inicial. LACRUZ BERDEJO (2007, p. 375).

Dejando para el posterior análisis de las ofertas de contrato el estudio de la problemática que puede plantear que la oferta y la aceptación no sean coincidentes o sucesivas en el tiempo, es necesario determinar cuándo se produce el consentimiento si no hay presencia física simultánea de ambas partes en el momento de la contratación. La cuestión se plantea al no ser instantánea la recepción o conocimiento de la aceptación por el oferente[578]. Es el apartado segundo del artículo 1262 del Código Civil el que nos ofrece la solución, al establecer que si el oferente y el aceptante se hayan en lugares distintos habrá consentimiento desde que el oferente conoce la aceptación o desde que, habiéndosela remitido, el aceptante no pueda ignorarla sin faltar a la buena fe.

La actual redacción del artículo 1262 CC proviene de la modificación que realizó la Ley 34/2002, de 11 de julio, sobre servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, con el fin de dar una solución única en el ordenamiento jurídico para la contratación entre distantes. La solución adoptada por la original redacción del artículo 1262 del Código Civil no coincidía con la previsión del artículo 54 del Código de Comercio[579].

La doctrina reconoce cuatro posibles teorías para dar solución a la contratación entre personas distantes[580]. Nos encontramos en primer lugar ante la teoría de la emisión, según la cual el contrato queda perfeccionado desde el momento en que el aceptante emite su declaración de voluntad de aceptación, sin entrar a valorar si el receptor conoce la aceptación. Es fácil adivinar la crítica que merece, pues da validez únicamente a la emisión del consentimiento sin tener en cuenta no solo la recepción sino la posibilidad real de que sea conocido por su

[578] DÍEZ-PICAZO (2007, p. 368) nos advierte que la utilización de medios de comunicación que permitan una transmisión ininterrumpida de la comunicación para la declaración del consentimiento no se puede considerar como una contratación entre personas distantes, y ello pese a que no están físicamente en el mismo lugar. Un ejemplo sería la perfección del contrato a través de una conversación telefónica o por videoconferencia.

[579] El artículo 1262 del Código Civil en su redacción original disponía 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. 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". Por su parte, el ahora derogado artículo 54 del Código de Comercio preveía que "los contratos que se celebren por correspondencia, quedarán perfeccionados desde que se conteste aceptando la propuesta o las condiciones con que ésta fuere modificada".

[580] DÍEZ-PICAZO (2007, pp. 369-371) y LACRUZ BERDEJO (2007, p. 376).

destinatario. En sentido opuesto, surge la teoría de la cognición, que requiere para que haya consentimiento que una vez sea emitida la aceptación, su destinatario tome conocimiento de ella. La emisión de la aceptación no tiene ningún efecto hasta que es conocida por el destinatario. Las objeciones que surgen en este caso, es que queda en manos del destinario de la aceptación que haya consentimiento y, por tanto, cuando queda perfeccionado el contrato.

De la evolución de la teoría de emisión y de la teoría de cognición, se proponen dos nuevas teorías que pretenden salvar las objeciones de la aplicación de sus predecesoras. Por una parte está la teoría de la expedición, que para superar los límites de la teoría de emisión, entiende que el consentimiento existe cuando el receptor de la oferta exterioriza su aceptación. No es suficiente la intención de aceptar, sino que el consentimiento debe ser dirigido o expedido a su destinatario. Por último, y salvando las dificultades que plantea la teoría de la cognición, surge la teoría de la recepción. La perfección del contrato se producirá cuando la aceptación llegue al círculo del destinatario, de forma que pueda conocerla actuando con la diligencia que le es exigible. No es necesario para que el contrato quedé formado que el oferente conozca la aceptación, sino que basta que la tenga a su alcance.

La teoría de la recepción es la que ha encontrado mejor acomodo en la doctrina y en nuestro ordenamiento jurídico[581]. La actual redacción del artículo 1262 del Código Civil y del artículo 54 del Código de Comercio despejan cualquier duda que pudiera haber al respecto. Ahora basta que el destinatario conozca o pueda conocer la aceptación para que haya consentimiento y por tanto el contrato se perfeccione. Por tanto, el contrato entre personas distantes se entiende concluido cuando el oferente conoce o puede conocer de buena fe, la aceptación. Este criterio será de aplicación no solo cuando la aceptación se produzca por carta u otro medio similar (como el telegrama o el fax), sino

[581] DÍEZ-PICAZO (2007) pp. 371, que cita a ALBADALEJO. Para PARRA LUCÁN (2014) p. 92, la tendencia es la preferencia por el principio que atribuye un carácter recepticio a las declaraciones de voluntad, de modo que solo producen efectos cuando su destinatario las conoce, o más matizadamente, cuando la declaración llegue a su círculo de interés y tenga posibilidad de conocerla.

también a los contratos celebrados a través de medios electrónicos. Pero si la contratación se produce a través de un dispositivo automático, habrá consentimiento desde que se manifiesta su aceptación[582].

B) Particularidades del consentimiento en el contrato de servicio de comunicaciones electrónicas

a) La voluntad inequívoca del consumidor de contratar (artículo 62.1 TRLGDCU). Su aplicación al contrato de servicios de comunicaciones electrónicas

El artículo 62.1 del TRLGDCU dispone que: "*En la contratación con consumidores y usuarios debe constar de forma inequívoca su voluntad de contratar o, en su caso, de poner fin al contrato*". Nos preguntamos cuál es el valor jurídico de tal exigencia. Recordemos que en nuestro ordenamiento jurídico rige el principio general del consensualismo contractual y el principio espiritualista[583]. Ambos principios se han consagrado a través de diversos preceptos de nuestro Código Civil, como son el artículo 1254 (el contrato existe desde que una o varias personas consienten en obligarse respecto de otra u otras...), el artículo 1258 (los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento...) y el artículo 1262.1 (el consentimiento se manifiesta por el concurso de la oferta y de la aceptación...)[584]. Si atendemos al artículo 1261 del Código Civil, en el que se recoge como uno de los requisitos esenciales del contrato el consentimiento de ambas partes, la conclusión es evidente. Parece que el artículo 62 TRLGDCU es una reiteración de lo ya exigido en el Código Civil, pues para que se formalice el contrato es necesario el consentimiento tanto del operador como del usuario.

---

582 La venta mediante dispositivos automáticos son las máquinas de autoventa de bebidas u otros productos, que cuando el contratante hace uso del dispositivo, acepta la contratación, sin necesidad de que el oferente conozca el consentimiento. Creemos que esta previsión es consecuencia de que en el momento de la aceptación, el contrato se ejecuta, sin necesidad de realización de acto alguno por parte del oferente del producto.

583 DÍEZ-PICAZO (2007) p. 291; y GARCÍA RUBIO ((3) 2010) p. 1374.

584 LACRUZ BERDEJO (2007) p. 374, afirma que los preceptos indicados ponen de manifiesto la primacía del consentimiento sobre los demás requisitos de validez del contrato y señalan el carácter espiritualista de la contratación que acoge nuestro derecho positivo.

En nuestra opinión, la lectura del artículo 62.1 TRLGDCU hay que realizarla en consonancia con el artículo 101 del TRLGDCU, que ordena que la falta de respuesta a una oferta de contratación a distancia o fuera de establecimiento mercantil no puede considerarse como aceptación[585]. La previsión del artículo 62.1 TRLGDCU, sobre la exigencia de la constancia inequívoca del consentimiento del consumidor, generalizó a todos los contratos con consumidores lo que, hasta la aprobación del TRLGDCU en el año 2007, estaba únicamente previsto para la contratación a distancia.

La doctrina coincide en que la importancia del artículo 62.1 TRLGDCU es la exclusión de la atribución de un efecto positivo al silencio del consumidor ante una oferta de contratación[586]. Tal y como afirma García Vicente, el artículo 62.1 TRLGDCU, en sentido propio, sólo excluye la posibilidad de atribuir un efecto positivo al silencio, de forma que es inadmisible que el empresario o profesional deduzca de una pura omisión del consumidor una voluntad cualquiera, de manera que la falta de respuesta no puede considerarse como consentimiento[587].

La necesidad de una voluntad inequívoca del consumidor no imposibilita que su aceptación sea a través de sus declaraciones tácitas de voluntad. Serán actos concluyentes e inequívocos, de los que se infiera la voluntad de contratar del consumidor[588]. Cámara Lapuente advierte que para entender que hay voluntad inequívoca del consumidor para contratar a través de declaraciones tácitas, es necesario que se produzca a través de actos positivos (nunca omisivos) y concluyentes[589].

---

585 El artículo 101 TRLGDCU sustituye al original artículo 99 del mismo texto refundido, tras la reforma realizada por la Ley 3/2014, por la que se modifica el TRLGDCU. Esta modificación implica la aplicación del artículo también a los contratos celebrados fuera de establecimiento mercantil.

586 CÁMARA LAPUENTE (2011) p. 542; y BOTANA GARCÍA (2011) p. 1100.

587 GARCÍA VICENTE ((2), 2009) p. 797.

588 DÍEZ-PICAZO (2007) p. 176 entiende que la declaración tácita de la voluntad contractual es la que se realiza por medio de actos concluyentes e inequívocos, y está sometida a la interpretación y valoración de los tribunales, que se realizará de forma objetiva, buscando el sentido que el comportamiento tiene y la confianza que suscita en los demás.

589 CÁMARA LAPUENTE (2011) p. 543.

Esta previsión ofrece una solución a todos aquellos supuestos en los que el consumidor recibía un producto sin haberlo solicitado que después intentaba ser cobrado por el empresario. El sector de las comunicaciones electrónicas no es ajeno a estas prácticas. Al contrario, la práctica nos muestra que son numerosas las reclamaciones de los consumidores que se fundamentan en que tras la visita de un comercial a su domicilio que le pide una factura de su actual operadora para poder realizarle una oferta ventajosa, recibe en su domicilio una factura de un nuevo operador con el que nunca contrató. En otras ocasiones, la reclamación del consumidor se basaba en la aplicación de una oferta telefónica por parte de su operadora que nunca se llegó a consentir, sino que tan solo le informaron de su existencia. Por ello, el artículo 5.2 de la Carta de derechos de los usuarios, establece la misma regla que el artículo 62.1 TRLGDCU, al disponer que los operadores no podrán acceder a la línea de un usuario final sin su consentimiento.

Ante una contratación no solicitada, si no hay una voluntad inequívoca del consumidor para contratar, no se puede entender que hay aceptación y, por tanto, perfección del contrato[590]. Es el artículo 1261 del Código Civil el que impone la necesidad del consentimiento de los contratantes para que nazca el contrato. Por tanto, si el consumidor no hubiera dado o manifestado su consentimiento, el contrato nunca llegaría a existir. Incluso el artículo 1265 CC dispone que será nulo el consentimiento prestado por error, violencia, intimidación o dolo. Por tanto, no basta el consentimiento para que el contrato se formalice, sino que tras el consentimiento es necesario que exista voluntad de contratar y que esa voluntad no se halle viciada.

Es interesante el artículo 7 de la 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

[590] CÁMARA LAPUENTE (2011) p. 543, advierte que las consecuencias de la falta de consentimiento expreso del consumidor conforme al artículo 62.1 TRLGDCU, son las mismas que las previstas en los artículos 99 y 100 TRLGDCU. Si el empresario suministra un bien o servicio no solicitado, al no haber consentimiento, el consumidor no estará obligado a su devolución ni podrá reclamársele su precio. Si el consumidor recibe una oferta o propuesta de un bien o servicio en su domicilio, no habrá contrato aunque no se pronuncie al respecto.

electrónicas y la atención al cliente por los operadores, en el que se impone al operador la carga de la prueba de la contratación del servicio[591]. Es evidente la importancia de este precepto en la práctica. Muchos servicios de comunicaciones electrónicas se contratan a través de teléfono, sin que quede constancia documental de la contratación. En caso de conflicto sobre la existencia del contrato, será el operador quién debe acreditar el consentimiento prestado por el usuario. Sobre el operador recae la carga de la prueba de la contratación[592].

b) La obligación del contratar del operador

El artículo 3 de la Carta de derechos de los usuarios recoge como uno de los derechos de los usuarios de los servicios de comunicaciones electrónicas, el derecho a celebrar contratos y a rescindirlos. En el mismo sentido, el artículo 5.1 de la propia Carta de derechos dispone que los usuarios finales de servicios de comunicaciones electrónicas tendrán derecho a celebrar contratos con los operadores.

Ante tal afirmación, nos planteamos si ambos preceptos imponen al operador la obligación de celebrar contratos siempre que un usuario así lo solicite. Tras una lectura de la Carta de derechos de los usuarios podríamos concluir que, ante una solicitud de un usuario final, existe para el operador la obligación de contratar. Pero esta interpretación es demasiado simple. Hay que tener en cuenta que el artículo 1258 del Código Civil dispone que *los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento (…)*. En nuestro ordenamiento jurídico rige la autonomía de la voluntad en la contratación[593]. Por tanto, en

[591] El artículo 7 de la Orden ITC/1030/2007 dispone que: *"A los efectos probatorios de la celebración de un contrato, sería el operador el que deba acreditar que la contratación de un determinado servicio se ha producido..."*.

[592] CÁMARA LAPUENTE (2011) pp. 542-543, llega a la misma conclusión, al señalar que aunque el artículo 62.1 TRLGDCU no establece una regla ad hoc sobre a quién corresponde la carga de la prueba de la constancia, las reglas generales sobre la carga de la prueba del artículo 217 LEC, conducen a que si es el empresario quién alega la existencia del contrato, sobre él recaerá la carga de su prueba.

[593] DÍEZ-PICAZO (2007) p. 155, entiende que la autonomía de la voluntad en el campo contractual es la libertad de contratación, lo que significa la libre opción del individuo entre contratar o no contratar.

principio no solo basta la voluntad del consumidor para contratar, sino que también el operador debe dar su consentimiento.

Como ya advertimos, es frecuente que la autonomía de la voluntad se vea limitada por razones de política económica o social[594]. Una manifestación de esos límites la encontramos en el sector de las telecomunicaciones[595]. Con la regulación del servicio universal, el legislador garantiza el acceso a cualquier ciudadano, a determinados servicios de comunicaciones electrónicas por ser considerados como servicios de interés general. La consecuencia de que los servicios de comunicaciones electrónicas sean servicios de interés general es que el operador designado al efecto queda obligado a prestar el servicio ante la solicitud de cualquier usuario en las condiciones impuestas por la norma[596].

Montero Pascual considera que los servicios de telecomunicaciones están afectados por un interés público, ya que son imprescindibles para la participación social de los individuos y para el desarrollo de sus actividades económicas. De ahí, deriva su calificación como servicio de interés general y legitima la intervención pública en el sector[597]. Como ya señalamos anteriormente, nos

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

[594] DÍEZ-PICAZO (2007) pp. 155-156, advierte que la autonomía de la voluntad no es omnímoda, sino que se encuentra limitada. Destaca entre sus límites, las normas de carácter imperativo, la moral entendida como el conjunto de las convicciones de ética social imperantes en la comunidad jurídica, y el orden público.

[595] LACRUZ BERDEJO (2007) pp. 331-332, resalta que la autonomía de la voluntad presenta en la actualidad algunos fallos. Para su correcto funcionamiento en el mercado es necesario que las partes contraten en libertad y en igualdad de condiciones. Sin embargo, ambas condiciones está restringidas por el mercado actual. Por ello, el legislador interviene para equilibrar las posiciones de las partes, y limita su autonomía de la voluntad.

[596] CARLÓN RUIZ (2007) pp. 46 y 47, señala que las telecomunicaciones aunque han dejado de ser un servicio público en sentido estricto y se presten en régimen de libre competencia, siguen conservando su carácter esencial. Por ello, es necesario que se garantice a todos los ciudadanos la prestación del servicio en unas condiciones determinadas de precio y calidad.

[597] MONTERO PASCUAL (2007) p. 216.

encontramos ante un contrato forzoso[598]. La voluntad de contratar del operador se sustituye por la imposición legal de contratar[599].

Por tanto, si la contratación entra dentro del ámbito del servicio universal, el operador designado tiene la obligación de prestar el servicio tras la solicitud del usuario[600]. Así, lo dispone el artículo 28.2 del Reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios, aprobado por el Real decreto 424/2005, de 15 de abril, al señalar: *"El operador designado para la prestación del servicio telefónico disponible al público deberá satisfacer todas las solicitudes de acceso al servicio telefónico disponible al público sobre conexiones que posibiliten dicho acceso, de forma que permita al usuario recibir y efectuar llamadas telefónicas de ámbito nacional e internacional a través de números geográficos o no geográficos (…)"*[601].

c) La oferta del operador. Delimitación entre oferta y publicidad

Es habitual que los operadores utilicen la publicidad para captar clientes a través de distintos medios de comunicación, como por ejemplo la emisión de anuncios de televisión o radio, o el envío de folletos al domicilio del consumidor[602]. La publicidad puede ir dirigida a una generalidad de

[598] Ya analizamos la inclusión del contrato de servicios de comunicaciones electrónicas en la categoría de contratos forzosos, en el apartado 2.3.4 de este Capítulo, al que nos remitimos. Ahora tan solo, recordemos que el contrato forzoso es aquel cuya formalización se impone como una obligación, que en caso de incumplimiento dará lugar a las sanciones administrativas que correspondan. Como señaló DÍEZ-PICAZO (2007) p. 161, el contrato forzoso no es un verdadero contrato, pues no hay verdadera voluntad de las partes a la hora de contratar.

[599] En palabras de MONTERO PASCUAL (2007) p. 218, «La naturaleza de servicio de interés general, legalmente establecida, legitima la limitación de la libertad de empresa mediante la imposición de cargas de servicio público».

[600] CARLÓN RUIZ (2007) pp. 112 y ss, resalta la relevancia de la garantía del acceso al servicio universal, y destaca las resoluciones de la CMT, en las que obliga a los operadores a prestar el servicio. Muestra así la obligatoriedad del operador de prestar el servicio.

[601] Conforme a la redacción dada por el Real decreto 726/2011, de 20 de mayo, por el que se modifica el reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios.

[602] El artículo 1 de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, general de publicidad, define la publicidad 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.

consumidores, como por ejemplo el uso de vallas publicitarias o los anuncios de televisión. Díez-Picazo lo denomina como comunicación u oferta hecha al público, pues se dirige a un grupo indeterminado de personas. Pero también puede estar dirigida a un sujeto concreto o a un grupo de personas determinadas por la oferta, como es el caso de la publicidad que algunos operadores adjuntan a nuestras facturas, en las que se personaliza la oferta atendiendo a nuestro consumo y posibles necesidades. Díez-Picazo advierte que no tiene transcendencia jurídica la distinción entre las ofertas al público y las ofertas ad incertam personam. Lo importante será diferenciar la oferta contractual (sea una oferta al público o determinada), de las simples comunicaciones publicitarias que se limitan a informar sobre los bienes o servicios que se publicitan[603].

Creemos, por nuestra parte, que en ocasiones la publicidad del operador puede ser entendida como una verdadera oferta contractual, en la que basta la aceptación por parte de su destinatario para que el contrato se formalice[604]. El operador con la publicidad pretende dar a conocer su servicio, mientras que con la oferta contractual busca la perfección de los contratos en los términos establecidos en la oferta. En ello radica la principal diferencia entre publicidad y oferta contractual. Para tener la consideración de oferta contractual, la publicidad debe contener los elementos esenciales del contrato[605]. Para Lacruz Berdejo la

603 DÍEZ-PICAZO (2007) p. 335, señala que la oferta al público presenta interés para todos y cada uno de los miembros de la comunidad, mientras que la oferta ad incertam personam supone una delimitación dentro del grupo al dirigirse a los sujetos con unas características o intereses particulares. Para el autor debe distinguirse la genuina oferta al público frente a la comunicación publicitaria, que contiene simplemente meras informaciones o invitaciones o incitaciones para que por parte del público se formulen ofertas de contrato.

604 DÍEZ-PICAZO (2007) p. 330, la define como: «La oferta es una declaración de voluntad en la que el oferente manifiesta su intención de alcanzar la formación de un contrato y, además, establece los requisitos necesarios del contrato al que quiere llegar, de manera que éste quedará formado si recae la aceptación».

605 ALFONSO VELÁSQUEZ (2010) p. 69, afirma que: « Las propuestas de contratación sobre el servicio telefónico disponible al público que se encuentran en las páginas web de la generalidad de los operadores de telecomunicaciones son verdaderas ofertas al público – dirigidas no a celebrar un contrato con quien primero acepte, sino a contratar en masa-. Contienen todos los elementos esenciales del contrato (objeto, tarifas…) e inequívocamente revelan el propósito de vincularse contractualmente… de forma tal que pueda quedar perfecto el contrato (…). Si además, se ofrece debidamente toda la información sobre las características esenciales de los contratos y de los servicios y se exige la aceptación de las condiciones generales también publicadas en la página, el carácter de oferta pública que obliga a aceptar la solicitud de alta de cualquiera que cumpla las condiciones requeridas, resulta indudable...». En el mis-

oferta supone la propuesta de celebración de un contrato determinado, por lo que es necesario que sea precisa, completa y definitiva, y además que muestre la voluntad del empresario de contratar en los términos establecidos en la oferta[606].

El artículo 20 del TRLGDCU reconoce la posibilidad de que las ofertas comerciales sean verdaderas ofertas contractuales, en cuyo caso deberán contener la información prevista en el precepto[607]. Así, dispone que "*las prácticas comerciales que incluyan información sobre las características del bien o servicio y su precio, posibilitando que el consumidor o usuario tome una decisión sobre la contratación...".* El artículo 20 TRLGDCU exige que la oferta contractual contenga el nombre, razón social y domicilio completo del empresario responsable de la oferta; las características esenciales del bien o servicio; el precio final completo; los procedimientos de pago, plazos de entrega, ejecución del contrato y procedimientos de reclamación; y existencia, en su caso, del derecho de desistimiento.

No todas las ofertas comerciales van a contener la información exigida en el artículo 20 TRLGDCU[608]. Es fácil que la oferta comercial haga referencia a su responsable a través de una marca o logotipo que el destinatario identifica a

mo sentido se pronuncia DÍEZ-PICAZO (2007) p. 335, al señalar que para que una comunicación dirigida al público pueda ser considerada como una oferta de contrato hecha al público, no basta que el declarante manifieste su voluntad o deseo de contratar, sino que además la comunicación debe contener todos los elementos del contrato proyectado.

606 LACRUZ BERDEJO (2007) p. 375, destaca que las notas características de la oferta contractual han sido reconocidas jurisprudencialmente. Así, la jurisprudencia exige que la oferta sea completa, definitiva e inequívoca sobre la voluntad del oferente de contratar, además de recepticia.

607 El artículo 20 TRLGDCU ha merecido la crítica de la doctrina, por ser una transposición parcial y separada del artículo 7.4 de la Directiva 2005/29, 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; y por la dificultosa coordinación del precepto con algunos artículos del TRLGDCU (como el artículo 18 y 60), ya que aunque se destina a la regulación de las prácticas comerciales desleales, impone requisitos de información precontractual. Así lo evidencia CÁMARA LAPUENTE (2011) pp. 278 y ss; REBOLLO PUIG e IZQUIERDO CARRASCO (2011) pp. 387 y ss.

608 Como consecuencia de la finalidad del precepto que es evitar prácticas comerciales engañosas, el incumplimiento del artículo 20 TRLGDCU será considerado como práctica desleal por engañosa, con la consiguiente infracción. CÁMARA LAPUENTE (2011) p. 282, entiende que aunque nada dice al respecto, el incumplimiento de la información requerida en el artículo 20 TRLGDCU debe permitir la aplicación de las acciones derivadas del derecho contractual común o especial (responsabilidad precontractual y aplicación de los artículos 61 y 65 TRLGDCU).

simple vista, pero no va a especificar su domicilio o razón social. Hay que preguntarse si la omisión de alguno de los datos exigidos en el TRLGDCU impide considerar a la oferta comercial como una verdadera oferta contractual. Es el propio artículo 20.1 TRLGDCU el que establece la excepción, al obligar a facilitar la información salvo que se desprenda claramente del contexto.

Por tanto, si la oferta comercial contiene todos los elementos esenciales del contrato, aunque omita alguno de los datos del artículo 20, estamos ante una verdadera oferta contractual, en la que basta la aceptación del destinatario para que el contrato se perfeccione[609]. Pensemos por ejemplo en una oferta comercial realizada por Movistar en la que además de detallar las condiciones de prestación del servicio y sus características, establece su precio, pero omite la razón social. El destinatario de la oferta podrá y sabrá acudir a uno de los establecimientos autorizados por Movistar para formalizar el contrato. La omisión del dato no impide la perfección del contrato, siempre y cuando la omisión no recaiga en uno de los elementos esenciales del contrato. Para avalar nuestra opinión basta recordar el artículo 65 TRLGDCU, que prevé la integración del contrato conforme al principio de buena fe objetiva en los supuestos de la omisión de información precontractual relevante.

Algunas ofertas contractuales se limitan a un grupo de destinatarios determinado atendiendo a las circunstancias que fijará la propia oferta. Un ejemplo frecuente es cuando Movistar emite una oferta publicitaria destinada únicamente a aquellos clientes que ya tienen contratada la ADSL. Son ofertas limitadas y, para la perfección del contrato, no es suficiente que un usuario acepte la propuesta, sino que será necesario que cumpla las condiciones previamente establecidas por el oferente. Podríamos preguntarnos si cualquier usuario puede hacer valer su derecho a celebrar contratos, recogido en el artículo 5.1 de la Carta de derechos aunque no cumpla las condiciones de la oferta. Recordando que solo el operador designado está obligado a la prestación del servicio universal siempre y cuando lo solicite un usuario, la respuesta es clara.

[609] Es evidente que para la perfección del contrato es necesario que la oferta sea aceptada por el destinatario en todos sus términos. LACRUZ BERDEJO (2007) p. 375.

Entendemos que la oferta está limitada a los sujetos que cumplan las condiciones allí establecidas, por lo que la voluntad negocial del operador únicamente se manifiesta para esos supuestos[610]. El contrato solo se perfecciona si el aceptante cumple las condiciones de la oferta[611].

2. La forma del contrato de comunicaciones electrónicas

Como ya hemos puesto de manifiesto, el derecho de información se ha convertido quizá en el principal medio para garantizar el equilibrio entre el empresario y el consumidor en la contratación. Prueba de ello es su reconocimiento como derecho básico de los consumidores en el artículo 8 TRLGDCU. También la legislación sectorial de telecomunicaciones se ha hecho eco de la importancia de la información que se debe facilitar al usuario del servicio. Así, el artículo 47.2.d) LT reconoce a los usuarios finales el derecho a una información veraz, eficaz, suficiente, transparente, comparable y actualizada.

En el proceso de contratación el derecho de información que asiste al consumidor, se transforma en una obligación para el empresario. Esta obligación surge en dos momentos distintos de la contratación[612]. En primer lugar, al empresario se le imponen los deberes de información precontractual que, como ya hemos analizado, responden a la necesidad de garantizar que la voluntad de contratar del consumidor se forme de manera consciente y libre. En segundo lugar, en el momento de la contratación, el empresario está obligado a cumplir las exigencias formales y de contenido, para asegurar que el consumidor conoce

610 Un ejemplo constante se produce cuando los operadores mejoran los precios del servicio para aquellos usuarios que provengan de otras compañías. Podríamos cualquier usuario solicitar la contratación en esas mismas condiciones. La respuesta es indudablemente negativa, si en las ofertas se recogen los requisitos establecidos para poder beneficiarse de ella.

611 LACRUZ BERDEJO (2007) p. 375, admite que para que la aceptación pueda dar lugar al acuerdo contractual, debe dirigirse al oferente, referirse a la oferta, coincidir con ésta y ser expresiva de la intención de concluir el contrato propuesto, correspondiéndole los mismos caracteres de recepticia, completa y definitiva. DÍEZ-PICAZO (2007) p. 352 y ss, analiza algunos supuestos en que no hay una coincidencia exacta entre la oferta y la aceptación, como ocurre en los casos de contratación a través de formularios.

612 BOTANA GARCÍA (2011) p. 1104, afirma que «El TRDCU ha adoptado una serie de medidas con el fin de que el consumidor y usuario esté informado de sus derechos y obligaciones. La norma española prevé un doble nivel de información: por una parte, el consumidor y usuario debe recibir una información previa al contrato (art. 60); por otra parte, una confirmación documental de la contratación realizada debe ser suministrada (art. 63)».

todos los términos pactados en el contrato y también, para facilitar su ejecución[613].

Botana García califica la introducción del derecho de información en el proceso de contratación como el desarrollo del "formalismo informativo", por el cual se exigen en la contratación el cumplimiento de unos requisitos formales para, por un lado, asegurar la información del consumidor y, por tanto, su libertad contractual, y por otro, proporcionar medios de prueba en previsión de eventuales conflictos[614]. La misma opinión es la expresada por Cámara Lapuente, al afirmar que la finalidad del artículo 63.1 TRLGDCU es facilitar al consumidor un medio de prueba sobre la existencia y contenido del contrato, y de forma indirecta garantizar el cumplimiento de los deberes de información que corresponden al empresario[615].

A continuación, trataremos las formalidades exigibles en el contrato de comunicaciones electrónicas, dejando para el siguiente apartado el análisis del contenido del contrato. Puesto que nuestro trabajo se centra en la contratación de los servicios de comunicaciones electrónicas por parte de los consumidores, antes es necesario hacer una referencia a las exigencias de formalización documental de los contratos con consumidores previstos en el TRLGDCU, a través de su artículo 63[616].

613 GARCÍA RUBIO (1994) p. 278, ya afirmó en su análisis de la forma en el contrato celebrado fuera de establecimiento mercantil que el retorno al formalismo como garante de la información y la protección de la parte contractual que se encuentra en situación de inferioridad es una constante del moderno derecho de contratos. El mismo sentido tienen las palabras de GARCÍA VICENTE ((1) 2009) p. 1525, al entender que «el retorno al formalismo que se predica del Derecho de consumo se justifica en buena medida en que la forma debe calificarse como *ad lucitatem* o para salvaguardar la libertad y sensatez de la decisión contractual del consumidor».

614 BOTANA GARCÍA (2011) p. 1102.

615 CÁMARA LAPUENTE (2011) p. 563.

616 El artículo 63 TRLGDCU ha sido objeto de modificación por la Ley 3/2014. En un primer momento parece que no se trataba de una modificación sino de una sustitución, pues se eliminaban los dos primeros apartados del artículo 63, para introducir una previsión sobre la facturación electrónica. De esta forma desaparecía la exigencia general de documentar los contratos celebrados con consumidores del TRLGDCU. Pero tras advertir el error (mes y medio después), el 14 de mayo de 2014 se publicó en el BOE una Corrección de errores de la Ley 3/2014, según la cual al artículo 63 se le añadía un nuevo párrafo 3, quedando en vigor los dos primeros ya existentes.

Del primer apartado del artículo 63 TRLGDCU, parece desprenderse la obligación del empresario de documentar los contratos por escrito[617]. Exige que en la contratación con consumidores se entregue un recibo, justificante, copia o documento acreditativo con las condiciones esenciales de la operación, así como con las condiciones generales. Sin embargo, esta afirmación pierde sentido cuando leemos el apartado segundo del propio artículo 63 TRLGDCU, en el que nos dice que será gratuita para el consumidor la formalización documental del contrato cuando sea exigida legal o reglamentariamente. Del texto del artículo 63.2 parece desprenderse que solo será obligatoria su formalización documental cuando así lo exija una norma legal o reglamentaria[618]. Si fuese siempre una obligación del empresario documentar el contrato no sería necesario establecer su gratuidad para los supuestos exigidos legal o reglamentariamente. El empresario no podría repercutir al consumidor el coste del cumplimiento de su obligación.

Esta interpretación del artículo 63 TRLGDCU permite conciliar la normativa de protección de consumidores con el régimen general de contratos establecido en el Código Civil. El artículo 1278 CC parte de la idea de que los contratos serán obligatorios siempre que concurran los requisitos esenciales de su validez, cualquiera que sea su forma. Se establece así un principio general, por el que habiendo consentimiento, objeto y causa el contrato es válido, independientemente de su forma[619]. El contrato es válido siempre que concurran los requisitos del artículo 1261 CC. Hay que recordar el artículo 1258 CC que establece que los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento. Por

[617] Artículo 63.1 TRLGDCU: *"En los contratos con consumidores y usuarios se entregará recibo o 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".*

[618] GARCÍA VICENTE ((2) 2009) p. 803, asume esta interpretación, al afirmar que «el contrato que no se haya documentado del modo previsto en la norma es válido y plenamente eficaz, eso es, salvo en aquellos casos en que una norma especial así lo establezca, por tanto, la forma no es un requisito de validez del contrato».

[619] GARCÍA RUBIO (2010) p. 1374, lo identifica como el principio espiritualista. Significa que el contrato será válido cualquier que sea su forma. DÍEZ-PICAZO (2007) pp. 290-292, reconoce en el artículo 1278 y 1258 CC el principio espiritualista en nuestro ordenamiento. LACRUZ BERDEJO (2007) p. 407, señala que nuestro ordenamiento acoge el principio espiritualista de libertad o de consensualidad del contrato y declara válida la convención cualquiera que sea la forma expresiva de la voluntad contractual.

tanto, el contrato existe desde que hay consentimiento. Su formalización no es un requisito de validez.

Esta posición se avala con el artículo 1279 CC, que permite a los contratantes compelerse recíprocamente a formalizar el contrato desde que haya consentimiento y demás requisitos para su validez, cuando la ley exigiere una forma especial para hacer efectivas las obligaciones contractuales. Una interpretación uniforme de estos preceptos nos lleva a concluir que el contrato existe desde que hay consentimiento y, en caso de que una norma exija la formalización del contrato para su efectividad, las partes pueden exigirse recíprocamente la documentación del contrato[620].

Entendemos que esta interpretación es la que debe aplicarse también al artículo 63 TRLGDCU[621]. El contrato existirá desde que hay consentimiento, pero el usuario está facultado para exigir al empresario su documentación formal desde que éste sea válido[622]. Si una norma legal o reglamentaria exige la documentación del contrato, como ocurre frecuentemente en derecho de consumo, en ese caso, el empresario no podrá repercutir en el usuario gasto o coste alguno. Sin embargo, parece que el legislador abre la posibilidad de que si no hay disposición legal o reglamentaria al respecto, el empresario podrá repercutir en el consumidor los costes de documentación del contrato[623].

El artículo 98 TRLGDCU ratifica lo hasta ahora expuesto, al exigir la confirmación escrita de la información contractual antes de la ejecución del contrato, cuando el contrato se realice a distancia. Al disponer que *"antes de la ejecución del contrato deberá facilitarse al consumidor..."*, el legislador parte de

620 Esta interpretación es recogida por DÍEZ-PICAZO (2007) p. 293; y LACRUZ BERDEJO (2007) pp. 407-409.

621 CÁMARA LAPUENTE (2011) p. 562, afirma que el artículo 63.1 versa sobre un deber del empresario posterior a la celebración del contrato, cual es la confirmación documental de éste.

622 CÁMARA LAPUENTE (2011) pp. 567 y 568, nos recuerda con el consumidor no podrá renunciar previamente al derecho que le otorga el artículo 63.1 TRLGDCU (recibir una justificación documental de la contratación realizada). Serán nulas las renuncias previas a este derecho. Pero el consumidor sí que podría no exigir su cumplimiento.

623 CÁMARA LAPUENTE (2011) pp. 569-570, concluye que aunque la gratuidad establecida en el artículo 63.2 TRLGDCU cubre muchos de los contratos de consumo (contrato a distancia, contratos fuera de establecimiento mercantil, viajes combinados, crédito al consumo...), no puede aplicarse a todos los contratos de consumo.

la existencia de un contrato válido. Si la contratación se celebrará a distancia, el operador está obligado a facilitar al consumidor la documentación del contrato ya sea por escrito o a través de cualquier otro soporte de naturaleza duradera[624]. También exige el artículo 99 TRLGDCU la formalización por escrito cuando la contratación se produzca fuera de establecimiento mercantil[625].

Bastante ambigüedad presenta el artículo 63 TRLGDCU a la hora de establecer cómo debe ser la documentación del contrato[626]. En su primer apartado parece referirse a un documento escrito, mientras que en el segundo incluye cualquier otro soporte de naturaleza duradera[627]. Además, como posible documento señala el recibo, justificante, copia o documento acreditativo de las condiciones del contrato. Este tipo de documentos no van a ser suficientes en caso de que haya una norma que exija un contenido mínimo en el documento contractual, como es el caso de los contratos de servicios de comunicaciones electrónicas.

A diferencia de la LGT 2003, el apartado 4 del artículo 53 LT dispone que: "*Los operadores deberán entregar o remitir a los usuarios por escrito o en*

[624] Con anterioridad a la Ley 3/2014, de modificación del TRLGDCU, era preciso hacer referencia tanto al artículo 80.1.b) segundo apartado y al Real decreto 1906/1999, de 17 de diciembre, por el que se regula la contratación telefónica o electrónica con condiciones generales en desarrollo del artículo 5.3 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, de condiciones generales de la contratación. Ambas normas establecían las exigencias formales de la contratación telefónica o electrónica con condiciones generales. Eran constantes las críticas doctrinales en relación a la legalidad del Real decreto 1906/1999. GARCÍA RUBIO (2001) p. 1693-1698, sostenía su nulidad por contradecir los principios elementales que han de regir la creación de las normas jurídicas que conforma a la Constitución, además de incurrir en una total falta de rigor en el contenido de la norma reglamentaria. Afortunadamente, la Ley 3/2014 no solo deroga el Real decreto 1906/1999 por considerarlo incompatible con el enfoque de armonización máxima de la Directiva que transpone, sino que también elimina el segundo apartado del artículo 80.1.b) TRLGDCU.

[625] GARCÍA RUBIO (1994) p. 285, ya había calificado la exigencia de forma en la contratación celebrada fuera de establecimiento mercantil como "forma legalmente impuesta".

[626] La doctrina critica la descripción de los instrumentos designados en el artículo 63.1 TRLGDC para documentar el contrato, al no ser términos con valor jurídico y por el orden establecido en el precepto. GARCÍA VICENTE ((1) 2009) p. 1525 y ((2) 2009) pp. 807-808; CÁMARA LAPUENTE (2011) pp. 564-565.

[627] Hay que señalar que el legislador prevé la formalización del contrato a través de la prestación del consentimiento verbal con verificación del tercero. La documentación del contrato se produce a través de una grabación de voz, que verificará un tercero acreditado para ello. Se prevé expresamente su aplicación a los procesos de preselección de operador, así como a las solicitudes de portabilidad.

cualquier otro soporte duradero el contrato celebrado"[628]. De esta forma, el legislador impone al operador la obligación de documentar el contrato y remitir una copia al usuario final. No podemos entender que está exigencia de documentación contractual afecte a la validez del contrato sino que, tal y como acabamos de exponer, el contrato quedará formalizado y será válido desde que tanto el operador como el consumidor manifiesten su voluntad de contratar. La documentación formal del contrato se configura como una obligación del operador para garantizar que el usuario final conoce su contenido[629]. Nos encontramos una vez más con el formalismo informativo[630].

Son varias las posibilidades que tiene el operador para documentar el contrato. Así podrá hacerlo por escrito o a través de cualquier otro soporte de naturaleza duradera, como por ejemplo, soporte electrónico que permita su almacenaje y reproducción o incluso una grabación de voz. Nada establece la LT quién decidirá la forma en la que se documentará el contrato. Parece que está en manos del operador la elección del medio, como sujeto obligado. Pero es evidente que su elección tendrá que hacerse de conformidad al medio de

[628] La LGT 2003 no especificaba nada sobre la forma del contrato de servicio de comunicaciones electrónicas, aunque sí que recogía, en su artículo 38 bis, el contenido que de forma clara, comprensible y fácilmente accesible debía incluirse en los contratos que se celebren entre los usuarios finales y los operadores (actual artículo 53.2 LT). Aunque no de forma expresa, parecía que la LGT 2003 estaba pensando en la documentación del contrato, ya que en caso contrario sería absurdo que hablará de "incluir un contenido". En su desarrollo aún en vigor, el artículo 5 de la Carta de derechos establece que: "la formalización y entrega del contrato se regirá por lo dispuesto en el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios...". Había que analizar el TRLGDCU para saber cuales eran las exigencias formales del contrato.

[629] Fijémonos que la LT impone específicamente la obligación de documentar el contrato al operador, mientras que nada se dice al respecto en el artículo 63 TRLGDCU. A pesar de su omisión, es evidente tanto de la redacción del precepto como del sentido y finalidad de la norma, que la exigencia de documentar el contrato corresponde al empresario. GARCÍA VICENTE ((2) 2009) p. 803, considera que la obligación de documentar el contrato celebrado recae implícitamente en el empresario o profesional. CÁMARA LAPUENTE (2011) p. 562, afirma que el artículo 63.1 versa sobre un deber del empresario, posterior a la celebración del contrato, como es la confirmación documental de este. En el mismo sentido se pronuncia BOTANA GARCÍA (2011) p. 104, al entender que el artículo 63 TRLGDCU implica una obligación sobre el empresario de documentar el contrato

[630] Recordemos que la doctrina reconoce la introducción del formalismo informativo como una medida más de protección de la parte contractual que se encuentra en situación de inferioridad o en posición de desventaja. Así podemos mencionar: GARCÍA RUBIO (1994) p. 278, GARCÍA VICENTE ((1) 2009) p. 1525, BOTANA GARCÍA (2011) p. 1102, CÁMARA LAPUENTE (2011) p. 563.

contratación utilizado y atendiendo al servicio contratado, pues si no fuera así podrían darse algún caso que aunque el contrato esté documentado, el usuario no puede acceder al mismo. Pensemos por ejemplo en un usuario de avanzada edad que contrata una línea de telefonía fija. El operador documenta el contrato por vía electrónica, que estará a disposición del usuario en su página web con acceso a través de las claves enviadas por correo postal. Es evidente que el usuario difícilmente podrá acceder al documento contractual, sin que el objetivo principal de la exigencia documental quede garantizado. En este caso, parece obvio que la documentación del contrato debe realizarse por escrito. Además el operador no podrá cobrar cantidad alguna por la formalización documental del contrato, al ser la formalización documental una obligación impuesta legalmente, conforme al artículo 63 TRLGDCU.

De lo expuesto hasta el momento, podemos concluir que el operador está obligado a documentar el contrato y remitir una copia al usuario final, de forma gratuita. La cuestión que nos queda por resolver es qué ocurre si no se cumplen los requisitos formales impuestos por la norma. En ocasiones, el legislador va a establecer las consecuencias jurídicas de su incumplimiento. Este es el supuesto de la contratación a distancia o celebrada fuera de establecimiento mercantil, al prever el artículo 100 TRLGDCU que el contrato puede ser anulado a instancia del consumidor, por vía de acción o de excepción, en los casos de que no se le haya facilitado la copia del contrato o la confirmación del mismo[631]. Pero no ocurre lo mismo, con la Ley de Telecomunicaciones que tan solo impone al operador la obligación de documentar el contrato, sin hacer mención alguna a las consecuencias derivadas de su incumplimiento.

Si tenemos en cuenta que, salvo excepciones previstas legalmente, la forma no es un requisito de validez del contrato, podemos afirmar que la

[631] GARCÍA RUBIO (1994) p. 286, ya abogaba por la anulabilidad del contrato celebrado fuera de establecimiento mercantil sin cumplir los requisitos formales impuestos legalmente, en oposición a la nulidad radical o absoluta. Apoyaba su postura al considerar que si la forma impuesta legalmente persigue proteger la integridad del consentimiento y garantizar el ejercicio de los derechos del consumidor, lo más conveniente para los intereses en juego será sancionar su omisión con la anulabilidad, que solo puede ejercitar la persona cuyo interés protege la regla incumplida.

documentación contractual se configura como un medio para acreditar no solo la existencia del contrato, sino también su contenido contractual. El artículo 63 TRLGDCU no establece a quién corresponde la carga de la prueba para acreditar la existencia o contenido del contrato. Pero si es el empresario el sujeto obligado a rellenar las formalidades exigidas, éste estará también obligado a acreditar su cumplimiento[632]. Esta afirmación es clara cuando hablamos de contratos de servicios de comunicaciones electrónicas, ya que el artículo 7.1 de la 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 los operadores de servicios de comunicaciones electrónicas y la atención al cliente por los operadores, impone al empresario la carga de la prueba a la hora de acreditar la contratación[633]. Salvo previsión legal expresa, entendemos que la formalización documental del contrato va a incidir en su acreditación. El operador tendrá que probar la contratación además de las condiciones en las que se realizó. Ya para finalizar, hay que recordar el artículo 65 TRLGDCU que establece la integración del contrato en beneficio del consumidor, conforme al principio de buena fe objetiva.

3. El contenido del contrato de comunicaciones electrónicas

Como una manifestación más del derecho de información de los consumidores y usuarios, se imponen al empresario los deberes de información

[632] BOTANA GARCÍA (2011) p. 1105, también entiende que la carga de la prueba sobre la formalización del contrato recae en el empresario, al ser el sujeto que tiene el control sobre la formación y ejecución del contrato. GARCÍA VICENTE ((2) 2011) p. 816, utiliza como argumentos para atribuir la carga de la prueba el empresario, en primer lugar, por corresponder al empresario el deber de cumplir los requisitos formales, en segundo lugar, por tener el control sobre la formación y ejecución del contrato, y por último, por la regla de la facilidad probatoria. CÁMARA LAPUENTE (2011) p. 569, entiende que la infracción de la confirmación documental establecida en el artículo 63, por su finalidad probatoria y no constitutiva o integrativa del tipo, no da lugar a la nulidad del contrato.

[633] El artículo 7.1 de la Orden ITC/1030/2007 establece que: "A los efectos probatorios de la celebración de un contrato, será el operador el que deba acreditar que la contratación de un determinado servicio se ha producido. En el supuesto en el que la normativa vigente exija solicitud por escrito del abonado, dicho escrito acreditará la contratación. Para el resto de supuestos, se considerará acreditada la contratación cuando conste en alguno de los siguientes soportes: a. contrato celebrado mediante firma electrónica reconocida, b. contrato firmado por escrito, c. contrato celebrado mediante el sistema de contratación verbal con verificación por terceros independientes.

contractual. Junto a los deberes precontractuales de información y a los requisitos de forma, es habitual que el legislador imponga al empresario un contenido contractual mínimo y así, además de asegurar que el usuario adopta su decisión de contratar con conocimiento, garantiza que la ejecución del contrato se adecúa a lo pactado por las partes[634].

Podríamos pensar que el contenido contractual va unido a la forma del contrato. Pero como veremos a continuación, con independencia del formato del contrato, el legislador va a imponer al operador la obligación de facilitar determinada información en el momento de la contratación, que además en ocasiones va a exigirse en un formato concreto, esto es que se facilite por escrito o a través de cualquier otro soporte de naturaleza duradera.

El artículo 53.2 LT establece el contenido que debe figurar en el contrato de servicios de comunicaciones electrónicas[635]. Pero además de fijar la información contractual, recoge sus características al disponer que, en los contratos celebrados entre los operadores y los usuarios finales se incluirán de forma clara, comprensible y fácilmente accesible. No pasa inadvertido que las características del contenido contractual son iguales a las características de la información que debe proporcionarse al consumidor. Basta recordar que el artículo 60.1 TRLGDCU, dedicado a la información precontractual, habla de información clara, comprensible y adaptada a las circunstancias. Esta coincidencia es una prueba más de que el contenido del contrato es una derivación del derecho de información que corresponde al usuario.

634 «... a veces se imponen contenidos predeterminados respecto a deberes precontractuales y, en otras ocasiones, respecto a deberes contractuales, esto es, a aquellos que deben satisfacerse al tiempo de celebrar el contrato, de manera que forman parte de éste e, incluso, pueden concernir a la ejecución o desenvolvimiento del contrato. Aunque debemos recordar que las finalidades se confunden entre sí y las mismas reglas se predican de deberes anteriores y coetáneos son el contrato, puesto que el contenido de unos (los precontractuales) se trasladan normativamente a los otros (contractuales) ». GARCÍA VICENTE ((1) 2009) pp. 1477-1478. GARCÍA RUBIO (1994) p. 279, entiende que el legislador cuando configura el contenido del contrato a través de las menciones obligatorias informativas, pretende imponer al redactor del contrato la obligación de incluir ciertos contenidos que informen expresamente a la otra parte sobre las prestaciones recíprocas y sobre las disposiciones legales destinadas a protegerle.

635 El artículo 53.2 de la LT sustituye al artículo 38 bis LGT 2003, con una variación en su contenido al añadir un nuevo requisito de información que deberá figurar en el contrato.

Exige el artículo 53.2 LT que en el contrato se incluya, en primer lugar, la información sobre los servicios prestados, que se refiere, entre otros, a las condiciones que limiten el acceso o la utilización de los servicios, los niveles mínimos de calidad del servicio y tipos de mantenimiento. En segundo lugar, se incluirá la decisión del abonado de incluir sus datos en una guía. En tercer lugar, se establecerán la duración del contrato y las condiciones para su renovación, terminación o resolución del contrato, incluyendo los plazos mínimos de duración de promociones, gastos relacionados con la conservación del número y los gastos de resolución del contrato. En cuarto lugar, se reflejará el modo en que se inicia el procedimiento de resolución de conflictos. Finalmente, recogerá los tipos de medidas que podría adoptar la empresa en caso de incidentes de seguridad, integridad, amenazas y vulnerabilidad.

Pero este no es el único precepto en la legislación sectorial de telecomunicaciones dedicado a recoger el contenido contractual. En la normativa de desarrollo de la LT, encontramos varios preceptos que fijan la información que debe constar en el contrato. La regulación del contenido contractual en el contrato de comunicaciones electrónicas está dispersa y puede resultar confusa, pues la redacción del artículo 53.2 LT es posterior a su normativa de desarrollo[636]. Aunque no hay derogación del desarrollo normativo de la LT, su interpretación y aplicación debe ser acorde a la nueva redacción de la regla legal, en base al principio de jerarquía normativa.

El artículo 8 de la Carta de derechos recoge cuál es el contenido mínimo que debe constar en los contratos de servicios de comunicaciones electrónicas. Además de los datos de identificación del operador, se deben hacer constar en el contrato las características del servicio contratado, los niveles individuales de calidad del servicio, los precios y demás condiciones económicas aplicables,

[636] También su predecesor, el artículo 38 bis, fue introducido con posteridad a la normativa de desarrollo en la LGT. Su incorporación se produjo a través del Real Decreto-ley 13/2012, de 30 de marzo, por el que se transponen directivas en materia de mercados interiores de electricidad y gas y en materia de comunicaciones electrónicas, y por el que se adoptan medidas para la corrección de las desviaciones por desajustes entre los costes e ingresos de los sectores eléctricos y gasistas.

entre otros[637]. Pese a la diferente estructura con el artículo 53.2 LT, es fácil advertir que en ambos preceptos se trata de la misma información.

Mayor discusión puede generar el apartado 3 del artículo 11 de la 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, que recoge el contenido contractual para aquellos contratos que se celebren telefónica o telemáticamente[638]. A la vista de este precepto, nos preguntamos si a los contratos celebrados telefónica o telemáticamente no le serán de aplicación el artículo 53.2 LT o el artículo 8 de la Carta de derechos de los usuarios. Conforme al principio de jerarquía normativa y teniendo en cuenta que, tanto la LT como la Carta de derechos, no excluyen ni especifican que su regulación se limite a un tipo contractual, no hay razón que impida su aplicación.

Además hay que tener en cuenta que si la contratación se realiza telefónica o telemáticamente es posible que nos encontremos ante un contrato celebrado a distancia, sometido a los artículos 92 y siguientes del TRLGDCU. El artículo 98.7 TRLGDCU exige que antes de la ejecución del contrato se facilite por escrito al consumidor la información precontractual salvo que el empresario ya se la hubiese facilitado al consumidor en un soporte duradero antes de la celebración del contrato y, cuando proceda, la confirmación del previo consentimiento del consumidor y conocimiento por su parte de la pérdida del derecho de desistimiento. No bastará entonces con que en el momento de la contratación se facilite la información prevista en el artículo 11 de la Orden ITC/1030/2007, sino que además el operador tendrá que facilitar por escrito la

[637] Este precepto hay que completarlo con el artículo 10 de 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, que prevé que en los contratos se precisará en relación con la calidad de servicio, los niveles individuales que el operador se compromete a ofrecer, así como los supuestos en que su incumplimiento de lugar a indemnización.

[638] Dispone que: *"En el momento de contratar el servicio, cuando la contratación se haga telefónicamente o telemáticamente, se informará al cliente de: 1. El plazo para la conexión inicial que figura en el contrato-tipo y la prevista para ese caso concreto. 2. La existencia, en su caso, de un periodo mínimo de contratación, y la posible compensación por su incumplimiento. 3. Su derecho a poner fin al contrato a través de la misma forma en que celebra, así como las otras formas de darse de baja del servicio en caso de existir".*

información contenida en el artículo 98.7 TRLGDCU antes del inicio de la ejecución del contrato.

La acumulación normativa descrita pone en evidencia el escaso valor jurídico del artículo 11.3 de la Orden ITC/1030/2007. Sus previsiones quedan absorbidas tanto por el artículo 53.2 LT y el artículo 8 de la Carta de derechos, como por la regulación del contrato a distancia del TRLGDCU, al exigir estos preceptos un contenido contractual más amplio que el previsto en el artículo 11.3 de la Orden ITC/1030/2007, y que además deberá facilitarse al usuario final por escrito o en cualquier otro soporte de naturaleza duradera.

Pese a la dispersión normativa sobre el contenido contractual, una simple lectura de los preceptos mencionados nos permite advertir que todos ellos tienen varios puntos en común. En primer lugar, coinciden en la necesidad de exigir un contenido contractual mínimo para garantizar que el usuario contrata con conocimiento de sus condiciones. En segundo lugar, la información exigida es muy similar. En todos ellos se refieren a los datos de identificación del operador, las características esenciales del servicio ofrecido y demás circunstancias relevantes para su ejecución. Ya por último, la normativa descrita no prevé las consecuencias jurídicas del incumplimiento del operador de la exigencia de un contenido contractual mínimo.

Al igual que ocurre con las formalidades del contrato, podemos encontrar soluciones puntuales ante el incumplimiento del empresario de los requisitos de contenido exigidos en la norma. Pero este no es el caso de la LT y su normativa de desarrollo. Tan solo prevén las medidas administrativas de reacción ante una posible infracción, al tipificar como infracción el incumplimiento de las obligaciones de servicio público y la vulneración de los derechos de los consumidores y usuarios finales, según lo establecido en el Título III de la Ley y su normativa de desarrollo[639].

[639] Una muestra son: el artículo 77 apartados 36) y 37); el artículo 78 apartados 11) y 12) de la Ley de Telecomunicaciones.

Por su parte, la regulación original del contrato celebrado a distancia recogía la consecuencia del incumplimiento de las obligaciones de información contractual[640]. Así, si el empresario incumplía su deber de información, el consumidor tenía la opción de resolver el contrato en el plazo de tres meses, salvo que dicha obligación fuera cumplida antes de su finalización[641]. Sin embargo, la redacción original recogida en el TRLGDCU dejaba a salvo la posibilidad de resolver el contrato en el plazo de tres meses únicamente cuando al consumidor no se le informará acerca de su derecho de desistimiento[642].

No entendíamos como el autor del Texto Refundido podía confundir la regulación del derecho de desistimiento, con las consecuencias del incumplimiento de las obligaciones de información contractual. Además cabía recordar que la delegación para la refundición de un sector normativo, no permite al legislador hacer innovaciones o modificaciones de la normativa a refundir[643]. La situación tras la aprobación del TRLGDCU dejaba al consumidor

640 Esta regulación se incorporó a la Ley de ordenación del comercio minorista a través de la Ley 47/2002, de 19 de diciembre. Pero ha sido sustituida por el TRLGDCU cuando en el contrato celebrado a distancia intervenga un consumidor, quedando en vigor para el resto de los supuestos (Disposición derogatoria única, apartado 1º TRLGDCU). El artículo 47 de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de ordenación del comercio minorista, establecía la obligación de información contractual, al señalar que, además de la información precontractual recogida en el artículo 40, antes de la ejecución del contrato el consumidor debe haber recibido la información y documentación que en el TRLGDCU recoge su artículo 98.

641 El artículo 44.5 de la Ley 47/2002, de 19 de diciembre, por la que se modifica la Ley de ordenación del comercio minorista, disponía: "*En el caso de que el vendedor no haya cumplido con tal deber de información, el comprador podrá resolver el contrato en el plazo de tres meses a contar desde aquel en que se entregó el bien. Si la información a que se refiere el artículo 47 se facilita durante el citado plazo de tres meses, el período de siete días hábiles para el desistimiento empezará a correr desde ese momento. Cuando el comprador ejerza su derecho a resolver el con trato por incumplimiento del deber de información que incumbe al vendedor, no podrá éste exigir que aquél se haga cargo de los gastos de devolución del producto".*

642 Así el artículo 71.3 TRLGDCU dispone que: *"Si el empresario no hubiera cumplido con el deber de información y documentación sobre el derecho de desistimiento, el plazo para su ejercicio será de tres meses a contar desde que se entregó el bien contratado o se hubiera celebrado el contrato si el objeto de éste fuera la prestación de servicios. Si el deber de información y documentación se cumple durante el citado plazo de tres meses, el plazo legalmente previsto para el ejercicio del derecho de desistimiento empezará a contar desde ese momento".*

643 El artículo 82.5 de la Constitución Española únicamente posibilita que en la delegación para refundir textos legales se faculte al Gobierno para regularizar, aclarar y armonizar los textos legales que han de ser refundidos, pero no permite la modificación de la norma. En ese caso estaríamos ante una extralimitación de la delegación. Recordemos la crítica de REBOLLO

en una posición más desfavorable que cualquier otro sujeto que contratará a distancia. En el caso de los servicios de comunicaciones electrónicas, si la contratación a distancia era realizada por un usuario que reinvirtierá el servicio en su actividad empresarial, entonces tendría la posibilidad de resolver el contrato en caso de que el operador incumpliera su obligación de información contractual. Sin embargo, si el usuario era un consumidor conforme al TRLGDCU, no podría valerse de esa facultad.

La situación descrita ha variado sustancialmente tras la modificación del TRLGDCU por la Ley 3/2014, que además de modificar la regulación del contrato a distancia, deroga y elimina la regulación de las ventas celebradas fuera de establecimiento mercantil de la Ley 7/1996, de Ordenación de Comercio Minorista. En la actualidad, el contrato a distancia solo estará regulado cuando la contratación se celebre entre un empresario y un consumidor, el cual podrá valerse de las medidas protectoras que le otorga el TRLGDCU.

El artículo 100 TRLGDCU recoge las consecuencias derivadas del incumplimiento de los requisitos formales de los contratos, tomando en consideración la regulación ya prevista para el contrato celebrado fuera de establecimiento mercantil y unificando las consecuencias para ambos tipos contractuales. Así el apartado primero del artículo 100 TRLGDCU dispone que: *El contrato celebrado sin que se haya facilitado al consumidor y usuario la copia del contrato celebrado o la confirmación del mismo, de acuerdo con los artículos 98.7 y 99.2, podrá ser anulado a instancia del consumidor y usuario por vía de acción o excepción*. Si leemos con detenimiento el artículo trascrito, nos damos cuenta de que la posibilidad de anulación del contrato a instancia del consumidor solo está prevista para el incumplimiento de la documentación del contrato, sin afectar a la carencia de la información o contenido contractual. Así, si el operador documenta el contrato por escrito y se lo envía al consumidor antes de su ejecución, aunque en el contenido del contrato no figuren todos los requisitos exigidos a través del artículo 98.7 o 99.1 TRLGDCU, el consumidor

PUIG (2011) pp. 19 y ss, sobre la extralimitación de la delegación legislativa a la hora de refundir las normas de protección de consumidores y usuarios.

no tendrá la posibilidad de instar la anulación del contrato. En cambio, la nueva redacción del TRLGDCU mantiene la consecuencia derivada de la falta de información sobre el derecho de desistimiento que se unifica para el contrato a distancia y el celebrado fuera de establecimiento mercantil. Según su artículo 105, si el empresario no informa en el contrato sobre el derecho de desistimiento se amplia el periodo para su ejercicio a doce meses, que se contarán desde la fecha de expiración del periodo de desistimiento inicial.

Por tanto, si el operador no cumple sus deberes de información contractual, habrá que acudir a las consecuencias previstas con carácter general para el incumplimiento del contrato. Pero es necesario preguntarse si también podríamos acudir al artículo 65 TRLGDCU, que prevé la integración del contrato en beneficio del consumidor conforme al principio de buena fe objetiva.

Afirma García Vicente que el artículo 65 TRLGDCU introduce una regla general de integración de los contratos de consumo cuando haya una laguna contractual, bien sea porque en el contrato se omita alguna regla o porque esa regla no supere los controles de contenido o incorporación al que están sometidas las cláusulas predispuestas de los contratos de consumo como veremos a continuación[644]. Siguiendo la premisa de este autor, entendemos que si el contrato no tiene alguno de los requisitos de contenido previstos normativamente, deberá integrarse conforme al principio de buena fe objetiva y siempre en beneficio del consumidor. No olvidemos que es el operador el que incumple la obligación de informar contractualmente, lo que justifica que la integración siempre sea favorable al consumidor.

Pino Abad interpreta conjuntamente los artículos 61 y 65 TRLDCU, al entender que la incorporación de la publicidad al contrato debe realizarse también conforme al principio de buena fe objetiva y en beneficio del consumidor[645]. Está claro que el artículo 61 TRLGDCU se complementa con el artículo 65, pues así lo dispone el propio precepto, al señalar que también se aplicará a los supuestos de omisión de información precontractual relevante.

644 GARCÍA VICENTE ((2), 2009) p. 820.
645 PINO ABAD (2011) p. 1129.

Pero el ámbito de aplicación del artículo 65 TRLGDCU no se puede limitar a la información precontractual, sino que ese tan solo es uno de los supuestos. La integración del contrato se producirá en caso de laguna contractual, con independencia del momento en el que se produzca, ya sea antes o durante la contratación.

4. Condiciones generales de contratación

Al estudiar la naturaleza jurídica del contrato de servicios de comunicaciones electrónicas afirmamos que son contratos normados, pues el legislador dota a este tipo contractual de un contenido imperativo, tal y como hemos analizado en el apartado anterior. Pero el contenido impuesto legislativamente no agota todo el contenido contractual. Las partes podrán negociar algunos aspectos del contrato dentro de los márgenes fijados normativamente[646].

Sin embargo al igual que ocurre en otros sectores, la negociación en los contratos de prestación de servicios de comunicaciones electrónicas queda muy reducida o casi extinguida, ya que los contratos van a ser redactados de forma unilateral por una de las partes. El operador fijará las cláusulas contractuales a través de condiciones generales. Mientras, el usuario es únicamente libre para decidir si contrata o no, ya que el ámbito no cubierto por la reglamentación va a ser copado por el operador, que impondrá las condiciones contractuales[647]. La autonomía de la voluntad del consumidor queda limitada a un solo extremo, el de

[646] Podemos citar como ejemplo del margen de negociación de los contratantes, que aunque el artículo 8.1.f) de la Carta de derechos de los usuarios, establece que en el contrato se precise el periodo contractual y la indicación de existencia de plazos mínimos de contratación y de renovación, así como, en su caso, las consecuencias de su posible incumplimiento; no fija un plazo mínimo o la consecuencia derivada de su incumplimiento. Serán las partes las que acuerden el plazo mínimo o las consecuencias de su incumplimiento.

[647] CAMPUZANO TOMÉ (2006) p. 693, apunta que, con carácter general, la relación contractual que une a los usuarios con los prestadores de servicios de telecomunicación constituye una modalidad de contratación con condiciones generales en la que una de las partes se encuentra en situación de desequilibrio contractual siendo preciso proporcionarle las garantías suficientes para evitar posibles abusos derivados de tal relación. DÍEZ-PICAZO (2007) p. 158, cuando afirma que la libertad de iniciativa individual y la autonomía de la voluntad de ambos contratantes se encuentran en este tipo de contratos de algún modo restringidas. El contrato no es ya una regla de conducta, obra común de ambas partes contratantes, sino que una de ellas tiene que limitarse a aceptar o rechazar el único contrato posible.

contratar o no, sin que pueda colaborar en la fijación de los términos, cláusulas y contenido del contrato[648].

Como apunta Pagador López, la utilización de condiciones generales en sus contratos es imprescindible para muchos empresarios, ya que le permite reducir los costes derivados de la negociación en cada uno de los contratos que formalicen, al ahorrar tiempo además de optimizar su organización y recursos[649]. Pero la reducción de costes no es el único beneficio que el empresario pretenderá obtener de la utilización de condiciones generales[650]. Además, puede aprovechar la ocasión para imponer al usuario condiciones gravosas e incluso abusivas[651]. Se limita así la autonomía de la voluntad del usuario o adherente, que tan solo podrá decidir si contrata o no. El consumidor/adherente se encontrará en una posición de inferioridad respecto al predisponente, ya que con frecuencia verá como sus derechos se limitan a la par que sus obligaciones contractuales aumentan[652].

---

[648] PAGADOR LÓPEZ (2011) p. 1308. En palabras de PARDO GATO (2004) p. 29, con la contratación a través de condiciones generales se produce una hipertrofia del principio de la autonomía de la voluntad en favor de uno de los contratantes, el predisponente, con la consiguiente reducción para el otro, el adherente, quien encuentra limitada su autonomía a un único extremo, decidir si contrata o no.

[649] PAGADOR LÓPEZ (1999) pp. 31 y ss, desarrolla esta idea en su monografía sobre condiciones generales y cláusulas predispuestas. CASTRO Y BRAVO (1975) pp. 16 y ss, ya advirtió que los contratos con condiciones generales sirven a la rapidez de la circulación de bienes y a la racionalización de las explotaciones. Por ello, se admite en general su utilidad y hasta su conveniencia. LETE ACHIRICA (2000) pp. 637 y 638, justifica la utilización de las condiciones generales por los empresarios, en la necesidad de racionalizar su actividad contractual en el desempeño de su actividad. En el mismo sentido se pronuncia DÍEZ-PICAZO (2007) p. 437; y PERTÍÑEZ VÍLCHEZ ((1) 2009) p. 1585.

[650] ALFARO ÁGUILA-REAL (1991) p. 37, concluye que la utilización de condiciones generales responde a necesidades de racionalización de la actividad contractual de las empresas que han de calificarse como legítimas. Además, ALFARO AGUILA-REAL (2000) p. 11 y (2002) pp. 76, entiende que las cláusulas predispuestas son un instrumento de racionalización vía estandarización y, además de reducir los costes de celebración y regulación de los contratos, favorecen la división de tareas en la organización empresarial, facilitan su coordinación y posibilitan el cálculo anticipado del coste de producción de los bienes y servicios que ofrece la empresa.

[651] Para REBOLLEDO VARELA (1998) el problema de las condiciones generales es que van asociadas a cláusulas abusivas, que implican un importante desequilibrio en las prestaciones contractuales en favor del predisponente.

[652] DÍEZ-PICAZO (2007) p. 437. La desigualdad entre el consumidor respecto del profesional en la contratación con condiciones generales ya fue tenida en cuenta por el Tribunal de Justicia de la CE, a la hora de interpretar la Directiva 93/13/CE, sobre cláusulas abusivas. El Tribunal de Justicia de la CE entiende que el sistema de protección de la Directiva se basa en la idea de que el consumidor se halla en situación de inferioridad respecto del profesional, en lo referido tanto a la capacidad de negociación como al nivel de información (Considerando 44 de la Sentencia de 14 de marzo de 2013, asunto Mohamed Azid).

Al no ser viable ni conveniente económicamente la prohibición de inclusión de condiciones generales en los contratos, se hace necesaria su regulación para garantizar que el adherente conoce las condiciones generales incorporadas a su contrato y, para controlar que las condiciones utilizadas no generen un desequilibrio entre los contratantes[653]. Como reiteró el Tribunal de Justicia de la CE, la regulación de las condiciones generales de la contratación pretende reemplazar el equilibrio formal que el contrato establece entre los derechos y obligaciones de las partes por un equilibrio real que pueda restablecer la igualdad entre éstas[654].

En su momento, fueron dos las tesis defendidas para explicar la naturaleza jurídica de las condiciones generales[655]. Por una parte, la tesis normativista afirma que las condiciones generales y las cláusulas predispuestas son normas, que aunque no hayan sido consentidas por las partes, deben considerarse vinculantes pues forman parte del contrato como si fuesen normas jurídicas supletorias que, en virtud del artículo 1258 CC integran el contenido del contrato si las partes no lo han excluido[656]. Mientras, la tesis más apoyada, la

653 ALFARO AGUILA-REAL (1998) pp. 62-63, defiende que la justificación del control de contenido de las condiciones generales es el carácter predispuesto de las cláusulas y su incorporación al contrato de forma unilateral, pues impiden garantizar que respecto a ellas hayan funcionado los controles e incentivos que permiten predecir que el contenido de los contratos es justo.

654 Así lo reconoce el Tribunal de Justicia de la CE, en su Sentencia de 14 de marzo de 2013, asunto Mohamed Aziz/Catalunyacaixa (considerando 45). Esta posición es una constante a lo largo de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la CE, en la que se deja constancia de la necesidad de restablecer el desequilibrio contractual que provoca la introducción de condiciones generales y cláusulas abusivas en el contrato. Entre otras, podemos mencionar Sentencia de 9 de noviembre de 2010, asunto VB Pénzügyi Lízing Zrt.; la Sentencia de 6 de octubre de 2009, asunto Asturcom Telecomunicaciones; o la Sentencia 30 de mayo de 2013, asunto Man Garabito (considerando 31).

655 ALFARO AGUILA-REAL (1991) pp. 38 y ss, repasa pormenorizadamente las teorías existentes sobre el fundamento de la validez de las condiciones generales. LLODRÁ GRIMALT (2002) pp. 71 y ss, para explicar el fundamento de validez de las condiciones generales de la contratación, trata tanto las tesis mayoritarias (normativista y contractualista), como las tesis minoritarias (teoría declarativista y teoría de las expectativas razonables). PARDO GATO (2004) pp. 42-44, analiza la naturaleza jurídica de las condiciones generales desde la teoría normativista y la teoría contractualista.

656 CASTRO Y BRAVO (1975) pp. 21 y ss, se opuso a la consideración de las condiciones generales como una fuente del derecho, ya que implicaba el otorgamiento de uno de los poderes del Estado a un grupo con poder económico. También destacó la escasa vigencia de esta teoría. MIQUEL GONZÁLEZ (1996) pp. 4941-4942, afirma que las teorías normativistas no son seguidas en la actualidad, al no ser posible reconocer un poder normativo a los empresarios.

contractualista entiende que las condiciones predispuestas vinculan a las partes porque han sido aceptadas por el adherente. Pero tal y como advierte Alfaro Aguila-Real, la aceptación de las cláusulas predispuestas no tiene el mismo valor que el consentimiento contractual[657]. Para explicar esta afirmación, Miquel González distingue el contrato como acto y el contrato como regla, añadiendo que a cada uno le corresponde un ámbito de la libertad contractual[658]. El contrato como acto se rige por la libertad de decisión que corresponde a cada uno de los contratantes, pues el contrato siempre debe ser producto de su voluntad. Mientras el contrato como regla se ampara en la libertad de configuración, que es la que permite establecer las reglas aplicables al contrato. En los contratos con condiciones generales, el adherente está excluido de la libertad de configuración del contenido contractual y su participación en el contrato, como regla general, será pasiva[659].

Novedosa es la opinión de Ballugera Gómez, que obviando las dos teorías que tratan de explicar la naturaleza jurídica de las condiciones generales, define la contratación con condiciones generales como "anfibológica"[660]. Distingue en el contrato de adhesión un acuerdo nuclear o parte esencial del contrato, además de las condiciones generales. Para el autor, mientras en el acuerdo nuclear el consentimiento es cierto pero su contenido indeterminado, en las condiciones generales el consentimiento es indeterminado pero el contenido es cierto. Para dar claridad a su teoría, utilizaremos un ejemplo. En la contratación de un transporte aéreo, nadie duda de la existencia del contrato, por

657 ALFARO AGUILA-REAL, (2002) pp. 79 y ss. El citado autor (2000) pp. 12-13, califica la adhesión como una firma en barbecho, que vincula al reclamante por haber actuado negligentemente. Pero como nadie lee los condicionados generales antes de su firma, ese comportamiento es un comportamiento diligente, por lo que carece de sentido la aplicación de la regla el que firma se vincula y por tanto considerar vinculado al adherente como si se hubiera comportado con negligencia.

658 MIQUEL GONZÁLEZ (1996) pp. 4944-4948.

659 CASTRO Y BRAVO (1975) p. 60, ya apuntó esta idea, al afirmar que la libertad como fundamento de la autonomía de la contratación no existe verdaderamente en el comprador que ha aceptado cláusulas generales para obtener lo que necesita. En este sentido, MIQUEL GONZÁLEZ (2004) p. 11, afirma que «...los contratos con condiciones generales son contratos, pero otra cosa es que exista un verdadero consentimiento contractual sobre las condiciones generales o, si se quiere, que éste consentimiento sea de la misma naturaleza que el consentimiento sobre los elementos esenciales».

660 BALLUGERA GÓMEZ (2006) pp. 52 y ss.

cuanto es evidente el consentimiento del cliente de contratar el viaje. Pero si ese viajero quiere reclamar daños en su equipaje derivados del transporte, no existe la certeza de que conozca el contenido normativo del contrato.

La doctrina reconoce como la primera regulación de las condiciones generales en nuestro ordenamiento jurídico, el artículo 3 de la Ley 50/1980, de 18 de octubre, del Contrato de Seguro[661]. En este precepto se apuntan los controles que con carácter general se impondrán frente a la utilización de condiciones generales. En primer lugar, establece el control de inclusión o incorporación, al exigir que el asegurador incluya las condiciones generales en la proposición o en la póliza del seguro. Estas condiciones deben redactarse de forma clara y precisa y, se destacarán de modo especial las cláusulas limitativas de los derechos del asegurado, que deben ser aceptadas específicamente por escrito. En segundo lugar, se prevé un control sobre el contenido de las condiciones generales, al prohibir las condiciones que resulten lesivas para los asegurados.

Por su parte, en su redacción original el artículo 10 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, recogió la regulación de las condiciones generales para los contratos con consumidores[662]. Díez-Picazo advirtió que con este precepto se produjo un importante avance en la regulación de las condiciones generales, pese a que su redacción era técnicamente deficiente y su aplicación se limitaba a los contratos celebrados entre los consumidores y los empresarios[663].

[661] PAGADOR LÓPEZ (2011) pp. 1318 y ss. DÍEZ-PICAZO (2007) p. 438, además del artículo 3 de la Ley de contrato de seguro, apunta como antecedentes de la regulación de las condiciones generales, el artículo 310 del Código de Comercio, así como los artículos 1783 y 1873 del Código Civil. MENÉNDEZ MENÉNDEZ (2002) pp. 49 y ss, hace una exposición pormenorizada del proceso de elaboración de la actual regulación de las condiciones generales y cláusulas predispuestas, analizando los distintos proyectos normativos que dieron lugar a la actual regulación.

[662] La redacción original del artículo 10 LGDCU se hace teniendo en cuenta la jurisprudencia sobre condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas dictada hasta el momento, y tomando en consideración el derecho comparado, así como la doctrina científica. Así lo ponen de manifiesto SERRA RODRÍGUEZ (1996) pp. 27 y ss; o CABELLO DE LOS COBOS Y MANCHA (1998) pp. 98-99.

[663] DÍEZ-PICAZO (2007) pp. 439-440.

La actual regulación de las condiciones generales surge a partir de la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores[664]. Aunque la Directiva 93/13/CEE se refiere únicamente a los contratos que se celebren entre empresarios y consumidores, el legislador español decide aprovechar la transposición de la Directiva para establecer un régimen general sobre condiciones generales, aplicable tanto a los contratos celebrados entre un empresario y un consumidor, como entre empresarios, que venía siendo ampliamente reclamado[665].

La Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación (en adelante LCGC), fija la regulación general de las condiciones generales. Dedica su disposición adicional primera a transponer la Directiva 93/13/CEE, para lo que modifica el artículo 10 LGDCU, al que añade un nuevo apartado, el 10bis[666]. El artículo 10 LGDCU se sustituyó por los artículos 80 y siguientes del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios, que ha sufrido una reciente modificación a través de la Ley 3/2014, de 27 de marzo. Así, se prevé la modificación de la redacción del artículo 83 del TRLGDCU para adaptarlo a la Jurisprudencia del Tribunal de

[664] La Directiva 93/13/CEE sobre cláusulas abusivas en los contratos con consumidores, ha sido modificada a través de la Directiva 2011/83/UE, de 25 de octubre de 2011, sobre derechos de los consumidores. La modificación consiste en la introducción de un nuevo artículo 8 bis, que se refiere a la obligación que tienen los Estados miembros de informar sobre cualquier cambio que adopte respecto a dicha directiva. Aunque la modificación de la Directiva 93/13/CE afecta a un único apartado, en la Propuesta de directiva relativa a los derechos de los consumidores (8 de octubre de 2008) se preveía una modificación sustancial y la refundición de dicha Directiva. Así lo ha puesto de manifiesto CARBALLO FIDALGO (2010) que en su trabajo hace una análisis pormenorizados del Capítulo V de la Propuesta de Directiva.

[665] REBOLLEDO VARELA (1998) pp. 157-159, apunta varias críticas a la transposición de la Directiva 93/13/CEE a través de la Ley 7/1998, de condiciones generales. Además de reconocer que la transposición de la Directiva podía haberse realizado a través de la reforma de la Ley 26/1984; pone en evidencia que el legislador español regula la contratación con condiciones generales entre profesionales, apartándose así de la finalidad y ámbito de aplicación de la directiva, y marca la innecesariedad de la creación de un Registro de Condiciones Generales.

[666] ARROYO MARTÍNEZ (1999) pp. 21-23, advierte que la Ley 7/1998 se dicta para adaptar la Directiva 93/13/CE sobre cláusulas abusivas, sin embargo la adaptación o incorporación de los aspectos esenciales de la Directiva se hace de forma tangencial u oblicua, con su incorporación a otra ley ya vigente, Ley 26/1984, general para la defensa de los consumidores y usuarios. PARDO GATO (2004) p. 448, también califica la transposición de desafortunada, al pretender articular en un único texto la regulación de las condiciones generales y la transposición de la Directiva.

Justicia de la Unión Europea, STJCE de 14 de junio de 2012, asunto Banco Español de Crédito[667]. Elimina la facultad de los jueces y tribunales de modelar las posibles cláusulas abusivas, que en todo caso se tendrán por no puestas.

Si repasamos lo hasta ahora expuesto, las condiciones generales se regulan en nuestro ordenamiento jurídico a través de dos regímenes. Por una parte, nos encontramos con la LCGC que pretende establecer el régimen general aplicable a las condiciones generales de la contratación, que es de aplicación subsidiaria al resto de la normativa[668].

La LCGC se desarrolló por el Real Decreto 1828/1999, de 3 de diciembre, sobre el Registro de Condiciones Generales de la Contratación y, por el Real Decreto 1906/1999, de 17 de diciembre, sobre incorporación de las condiciones generales al contrato en los supuestos de contratación telefónica y electrónica[669]. El Real Decreto 1906/1999 ha sido derogado por la Ley 3/2014, por la que se modifica el TRLGDCU y, en su Exposición de Motivos, el legislador explica que su derogación se produce por ser incompatible sus disposiciones con el enfoque de armonización máxima de la Directiva.

Por otra parte tenemos los artículos 80 y siguientes del TRLGDCU. Su aplicación se limita a los contratos celebrados entre un empresario y un consumidor. Pero regula cualquier condición redactada previamente por el empresario, ya sea una condición general aplicable a una pluralidad de contratos, en cuyo caso se aplicará de forma subsidiaria la LCGC y su normativa de desarrollo; como una condición particular aplicable a un solo contrato, siempre y

667 Con la nueva redacción del artículo 83 TRLGDCU se elimina la posibilidad de que los jueces o Tribunales moderen o modifiquen las cláusulas abusivas de los contratos, de forma que éstas en todo caso se tendrán por no puestas.

668 PAGADOR LÓPEZ (2011) p. 1316, entiende que la LCGC se ha concebido como una norma aplicable supletoriamente a las condiciones generales empleadas frente a adherentes-consumidores.

669 GARCÍA RUBIO (2001) p. 1693, puso en evidencia el desafortunado desarrollo de la Ley de condiciones generales de la contratación, al no haber mejorado la técnica legislativa utilizada en la propia ley. Comparte esta opinión PARDO GATO (2004) p. 416.

cuando ésta se imponga al consumidor por el empresario, por no haber sido objeto de negociación individual[670].

La Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos de 2009 incorpora la regulación de las condiciones generales al texto codificado[671]. Su Sección IV, del Capítulo II del Título II recoge la regulación de las condiciones generales de la contratación y podemos destacar su brevedad, pues tan solo son cuatro los artículos que contiene. Se define condición general de la contratación como las cláusulas preparadas por una de las partes para su uso general y repetido en los contratos y, de hecho, utilizadas en ellos sin haber sido negociadas individualmente. Aunque el control de incorporación se aplicará a las condiciones generales, el control de contenido o de abusividad será ejercido ante las cláusulas predispuestas o negociadas[672]. Parece que mantiene la distinción entre condición general y cláusula predispuesta, ya recogida en la regulación en vigor como veremos con posterioridad.

También incorpora la regulación de las condiciones generales de la contratación la Propuesta del Código Mercantil, elaborada por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación y entregada en el año

[670] La aplicación de la LCGC cuando en la contratación entre empresarios y consumidores utilicen condiciones generales, se establece expresamente en el artículo 59.3 TRLGDCU, al señalar que: "los contratos con consumidores y usuarios que incorporen condiciones generales de la contratación están sometidos, además, a la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación". Ya la Exposición de Motivos de la LCGC ponía de manifiesto su carácter de norma general de aplicación subsidiaria, al señalar que: «La regulación específica de las cláusulas contractuales en el ámbito de los consumidores, cuando no se han negociado individualmente (por tanto también los contratos de adhesión particulares), no impide que cuando tengan el carácter de condiciones generales se rijan también por los preceptos de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación.

[671] CARBALLO FIDALGO (2013) p. 51, destaca el carácter innovador de la regulación propuesta, pues además de incorporar al Código civil el fenómeno de la contratación estandariza, extiende el control del equilibrio contractual, centrando en la noción de cláusula abusiva, a los contratos celebrados entre profesionales y entre no profesionales.

[672] CARBALLO FIDALGO (2013) p. 51, advierte que al igual que la disciplina vigente, los artículos 1261 a 1264 someten las condiciones generales de la contratación a un sistema de control, claramente protector del adherente, que opera a dos niveles básicos. De una parte, el artículo 1261 establece los requisitos de incorporación, mientras que el artículo 1262 somete estas cláusulas al control de contenido, que mide su compatibilidad con las exigencias de la buena fe y el justo equilibrio ente prestaciones para expulsar del contrato aquellas que, por no superar tal control, deben reputarse abusivas.

2013 (artículo 430, en sus cinco apartados), siguiendo la línea ya criticada, de duplicar la regulación de las obligaciones y contratos[673].

Al ser el objeto de este trabajo la contratación de servicios de comunicaciones electrónicas por los consumidores, centraremos nuestro estudio en las cláusulas predispuestas y, por tanto, en la regulación contenida en el TRLGDCU, aunque haremos mención a la LCGC cuando sea necesario.

Empezaremos nuestra exposición con la definición tanto de cláusula predispuesta como de condición general de la contratación, para así poder delimitar su ámbito de aplicación. A continuación nos referiremos a los controles a los que se someten las cláusulas predispuestas: en primer lugar, trataremos el control de incorporación que obliga al empresario a cumplir determinados requisitos para que las cláusulas incluidas lleguen a formar parte del contrato. En segundo lugar nos encontramos con el control de contenido, por el cual se podrá determinar el carácter abusivo de una cláusula, siempre y cuando produzca un desequilibrio para el consumidor. Finalmente haremos mención de un supuesto tercer control que ha sido reconocido por parte de la doctrina y la jurisprudencia, como es el control de transparencia. Vistos los controles hay que preguntarse qué ocurre cuando una o varias cláusulas del contrato no consiguen superarlos. Para dar respuesta a esta cuestión, es preciso analizar tanto las consecuencias que se derivan para las cláusulas que no pasen el control, como para el resto del contrato. Además haremos una breve mención de las acciones que el consumidor puede ejercitar para hacer valer sus derechos. Para completar nuestra exposición sobre condiciones generales o cláusulas predispuestas, haremos una reflexión sobre algunas cláusulas que se encuentran en los contratos utilizados por las operadoras para la contratación de los servicios de comunicaciones electrónicas. Intentaremos valorar la adecuación de dichas cláusulas a la normativa actual.

673 Así lo pone de manifiesto GARCÍA RUBIO (2014) p. 24, al señalar que la Propuesta de Código Mercantil no responde al modelo de código con el que se persigue la clarificación y simplificación del Derecho, evitando duplicidades, redundancias o antinomias dentro del mismo sistema, sino que hay duplicidad normativa y repetición de normas en materia de obligaciones y contratos basadas en una diferencia forzada entre lo civil y lo mercantil.

A) Definición de condición general de la contratación y cláusula predispuesta. Ámbito de aplicación del TRLGDCU

Ante la ausencia de definición tanto de condición general como de cláusula predispuesta en el TRLGDCU, es necesario acudir a la LCGC para saber qué son condiciones generales de la contratación[674]. Hay que recordar una vez más que la LCGC es de aplicación subsidiaria a la regulación del TRLGDCU. Visto el concepto de condiciones generales y a partir del mismo, abordaremos la definición de cláusula predispuesta.

Se definen, en el artículo 1 LCGC, las condiciones generales como las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato es impuesta por una de las partes, con independencia de su autoría material, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos[675]. De esta definición podemos extraer cuatro notas características presentes en las condiciones generales, que son: contractualidad, predisposición, imposición y generalidad[676].

Es inherente a la condición general su carácter contractual. Su elaboración tiene como destino principal su incorporación al contrato, donde

674 ALFARO AGUILA-REAL (1998) pp. 53-69, analiza con detalle el concepto utilizado por la Directiva 93/13/CEE sobre cláusulas abusivas, en su artículo 3 para definir el objeto del control de contenido previsto en la directiva. En su trabajo delimita el concepto de cláusula predispuesta, condición general y cláusula abusiva.

675 La Propuesta de Modernización del Código Civil define condición general como las cláusulas preparadas por una de las partes para su uso general y repetido en los contratos y, de hecho, utilizadas en ellos sin haber sido negociadas individualmente. Mientras que para la Propuesta del Código Mercantil, será condición general aquella predispuesta por una de las partes para su utilización inalterada en una o varias categorías de contratos. Completa la definición su párrafo segundo, al señalar que dejarán de ser condiciones generales cuando durante la formación o modificación de una contrato se someten a negociación individualizada o negociación competitiva. A pesar de la diferente redacción de ambos preceptos, las notas características que definen a la condición general se mantienen, tales como la contractualidad, predisposición, imposición y generalidad.

676 En su importante Sentencia de 9 de mayo de 2013, el Tribunal Supremo reconoce como características de las condiciones generales: la contractualidad, la predisposición, la imposición y la generalidad (apartado 137).En el mismo sentido, se ha pronunciado la doctrina mayoritaria. Podemos destacar, entre otros, a PAGADOR LÓPEZ (1999) p. 233 y (2011) pp. 1337-1348; RODRÍGUEZ ARTIGAS (1999) pp. 58-65; ARROYO MARTÍNEZ (1999) pp. 23 y ss; LETE ACHIRICA (2000) p. 639; ALFARO AGUILA-REAL (2002) pp. 100 y ss; LLODRÁ GRIMALT (2002) p. 108; PARDO GATO (2004) pp. 106 y ss; BALLUGERA GÓMEZ (2006) pp. 67 y ss; BUSTO LAGO (2008) pp. 142 y ss; PERTÍÑEZ VILCHEZ ((1) 2009) pp. 1589-1598; ALBIEZ DOHRMANN (2013) pp. 430-431.

adquiere relevancia jurídica. De forma acertada, Pagador López extiende la consideración de condición general a los negocios jurídicos distintos pero vinculados al contrato, esto es, a las declaraciones jurídicamente relevantes que puedan influir directa o indirectamente en el contenido del contrato[677]. Esta posición ha sido avalada legalmente por el TRLGDCU, que da un paso más e incluye en su ámbito de aplicación todas aquellas prácticas no consentidas expresamente por el consumidor. Con esta previsión da cabida en su ámbito de protección tanto a las comunicaciones o avisos al público realizados por el empresario pero no incluidos en el contrato, así como a los usos o actos impuestos por el empresario en el tráfico económico, siempre y cuando no hayan sido consentidos por el consumidor.

Alfaro Aguila-Real siguiendo el parecer de la doctrina mayoritaria, nos advierte que no deben calificarse como condiciones generales las estipulaciones que aunque recogidas en un contrato, se limitan a reproducir una norma legal aplicable al contrato con carácter imperativo[678]. El carácter contractual determina que solo se considerarán como condiciones generales las cláusulas cuya validez se derive de su incorporación al contrato[679].

[677] Son claros los ejemplos que nos permiten entender la extensión de la aplicación de la normativa sobre condiciones generales a los actos o negocios de una de las partes siempre que influyan en el contenido contractual. PAGADOR LÓPEZ (2011) p. 1339, señala las estipulaciones de que figuran en los estatutos reguladores de la propiedad horizontal a los que se adhiere el adquiriente de una vivienda en régimen de propiedad horizontal, o los carteles al público existentes en los comercios y por virtud de los cuales la clientela autoriza el registro de sus efectos personales para acceder a las instalaciones, o los avisos al pública en las salas de cine por los que se prohíbe al público la introducción de alimentos ajenos a la propia empresa...

[678] ALFARO AGUILA-REAL (2002) pp. 105 y 106. Así también lo reconoce el TJUE, al afirmar que tal y como se desprende del artículo 1, apartado 2, de la Directiva 93/13, las cláusulas contractuales que reflejen disposiciones legales o reglamentarias imperativas no están sujetas a las disposiciones de la misma. En efecto, tal y como resulta del décimotercer considerando de la Directiva 93/13, la exclusión prevista en el artículo, apartado 2, de ésta se extiende a las cláusulas que reflejan las disposiciones del derecho nacional que se apliquen entre las partes contratantes con independencia de su elección o aquellas de tales disposiciones aplicables por defecto, es decir, cuando las partes no llegan a un acuerdo diferente al respecto (Sentencia de 21 de marzo de 2013, asunto RWE Vertrieb AG, apartado 25 y 26).

[679] ALFARO AGUILA-REAL (1991) p. 116, aclara que estas cláusulas no pueden ser declaradas ineficaces al someterlas a control del contenido porque su legitimidad se basa en una norma legal.

La predisposición parece referirse a que las condiciones generales deben estar previamente redactadas por una de las partes antes de ser incorporadas y aplicadas al contrato[680]. Díez-Picazo nos aclara que la predisposición no es una referencia literal a la prerredacción, ya que no se exige la autoría intelectual del empresario, sino que puede utilizar cláusulas que hubiesen sido redactadas por un tercero ajeno[681]. Lo relevante es que existan antes de la celebración del contrato para el cual fueron redactadas[682]. Contradice esta posición la redacción del artículo 1261.1 de la Propuesta de Modernización del Código Civil, al señalar que son condiciones generales las cláusulas preparadas por una de las partes. A pesar de su redacción, entendemos que la predisposición debe ser entendida en el mismo sentido, no siendo necesaria la autoría intelectual del empresario para ser una condición general, pues en caso contrario el empresario podría fácilmente evitar la aplicación de esta regulación, al bastarle la utilización de cláusulas redactadas por un tercero.

La incorporación al contrato de las condiciones generales se produce por iniciativa del empresario o predisponente. La imposición significa la falta de negociación sobre las condiciones generales[683]. El adherente no podrá discutir la inclusión de las cláusulas impuestas por el predisponente, tan solo podrá decidir la contratación en los términos establecidos por el empresario[684]. Si alguna de las

680 ALFARO AGUILA-REAL (2002) p. 111, hace notar la necesidad de que las cláusulas se hayan redactado "antes" de la fase de negociación del contrato para que se produzca la predisposición.

681 Como afirma BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., (2000) p. 25, la predisposición no implica que sea el predisponente quien haya redactado las cláusulas, esto es, que sea el autor de las mismas. Lo relevante es que las haya asumido y las tenga dispuestas o preparadas para su contratación. En el mismo sentido ALFARO AGUILA-REAL (1991) pp. 123-124, PAGADOR LÓPEZ (1999) p. 255.

682 PAGADOR LÓPEZ (2011) p. 1345.

683 En palabras de ALFARO AGUILA-REAL (2002) p. 116, «con el requisito de la imposición se hace referencia a la idea de que la incorporación de las condiciones generales al contrato no se produce tras un proceso de negociación entre las partes, sino por iniciativa exclusiva del predisponente frente a la que el adherente solo puede optar por tomarlas o dejarlas, es decir, contratar sometiéndose a las condiciones preestablecidas o renunciar a contratar». Se pronuncia en el mismo sentido ALFARO AGUILA-REAL (1991) pp. 126 y ss. RODRÍGUEZ ARTIGAS (1999) p. 62, entiende que habrá imposición cuando la imputación de la incorporación de las condiciones al contrato corresponde en exclusiva a una de las partes.

684 ALFARO AGUILA-REAL (1991) pp. 138 y ss, ya defendió en su monografía que las cláusulas que regulan los elementos esenciales del contrato, aun cuando sean cláusulas prerredactadas, no pueden considerarse condiciones generales, y por tanto no están sometidas al control

cláusulas contractuales fuese negociada por los contratantes, ésta no se somete al régimen jurídico de las condiciones generales. Pero el que una cláusula sea negociada individualmente, no impide la aplicación del régimen de condiciones generales al resto de las cláusulas contractuales. Conforme al artículo 82.2 TRLGDCU corresponde al empresario la carga de la prueba que acredite que una cláusula ha sido negociada individualmente[685].

La generalidad es la última nota que caracteriza a las condiciones generales, tal y como su denominación indica. Significa que las cláusulas se elaboraron para ser incluidas en una pluralidad de contratos. No podemos hablar de condiciones generales cuando se utilicen en un único contrato[686]. Aclara Bercovitz Rodríguez-Cano que la pluralidad de contratos debe referirse a un único profesional predisponente, no siendo condición general la cláusula predispuesta que se incorpore a diversos contratos cada uno de un profesional distinto[687].

Analizada la definición de condiciones generales que nos ofrece la LCGC, debemos advertir que a pesar de que la denominación del Título II del Libro II del TRLGDCU se refiere a Condiciones Generales y Cláusulas Abusivas, su Capítulo I lleva por título Cláusulas No Negociadas Individualmente. De esta forma, el legislador nos indica que el régimen previsto en los artículos 80 y siguientes del TRLGDCU no solo será aplicable a las condiciones generales, sino que se extiende a todas aquellas cláusulas que no

de contenido. Son dos los argumentos que el autor utiliza para defender su postura, en primer lugar por el fundamento del control de las condiciones generales, y en segundo lugar, por una interpretación de la Ley general de consumidores conforme con la Constitución. ALFARO AGUILA-REAL (2000) p. 16, nos advierte que no podemos considerar cláusulas predispuestas (y esta exclusión es extensible a las condiciones generales) las cláusulas de un contrato que regulen sus elementos esenciales. Éstos deben considerarse acuerdos individuales, ya que no se puede afirmar que los elementos esenciales del contrato no fueron tenidos en cuenta por el adherente a la hora de contratar.

685 En el apartado 19 de su Sentencia de 16 de enero de 2014 (asunto Principado), el TJUE reconoce que atendiendo al reparto de la carga de la prueba establecido en el artículo 3, apartado 2, párrafos primero y tercero de la Directiva 93/13/CE, el profesional que afirme que una cláusula tipo se ha negociado individualmente, tendrá que asumir plenamente la carga de su prueba.

686 Este es uno de los puntos en los que la LCGC se aparta de la Directiva 93/13/CE, que delimita su ámbito de aplicación a las cláusulas no negociadas individualmente y que se definen en su artículo 3.2 prescindiendo del requisito de la generalidad.

687 BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., (2000) p. 29.

hayan sido negociadas entre el empresario y el consumidor[688]. Esta idea queda reflejada en la definición que el artículo 82 TRLGDCU nos ofrece de cláusula abusiva, al referirse a las estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquéllas prácticas no consentidas expresamente[689]. De esta forma, el legislador acoge la línea de la Directiva 93/13/CE que incluye en su ámbito a las cláusulas no negociadas individualmente, esto es cuando hayan sido redactadas previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, en particular en el caso de los contratos de adhesión[690].

El TRLGDCU prescinde del requisito de la generalidad de las cláusulas para establecer su ámbito de aplicación[691]. No diferencia en su aplicación que la cláusula sea incluida en uno o en varios contratos[692]. Basta que sean cláusulas contractuales, predispuestas e impuestas por el empresario para la aplicación de los artículos 80 y siguientes del TRLGDCU[693]. Es fácil deducir estas características del artículo 3.2 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, en el que define como cláusulas no negociadas individualmente aquellas que

688 Más clara es la Exposición de Motivos del TRLGDCU, que prescinde el término condiciones generales, para hablar únicamente de cláusulas contractuales no negociadas individualmente.

689 Esta distinción ya se recogió en la Exposición de Motivos de la LCGC, al señalar que: *"Una cláusula es condición general cuando está predispuesta e incorporada a una pluralidad de contratos exclusivamente por una de las partes, y no tiene por qué ser abusiva. Cláusula abusiva es la que en contra de las exigencias de la buena fe causa en detrimento del consumidor un desequilibrio importante e injustificado de las obligaciones contractuales y puede tener o no el carácter de condición general, ya que también puede, darse en contratos particulares cuando no existe negociación individual de sus cláusulas, esto es, en contratos de adhesión particulares"*.

690 En la transposición de la Directiva 93/13/CE a través de la modificación del artículo 10 de la original Ley general para la defensa de consumidores y usuarios, ya se seguía la línea marcada por la Directiva, al definir su ámbito de aplicación a partir de las cláusulas predispuestas (y no condiciones generales de la contratación, ámbito propio de la Ley 7/1998). Así lo pone de manifiesto BOTANA GARCÍA (1999) p. 247.

691 Así lo entiende PARDO GATO (2004) pp. 118-119, al señalar que conforme a la Directiva, las cláusulas predispuestas coinciden con las condiciones generales en las notas de contractualidad, predisposición e imposición, y difieren en la de la generalidad o uniformidad que no es imprescindible que concurra en aquéllas.

692 ALFARO AGUILA-REAL (2000) p. 15, define las cláusulas predispuestas o no negociadas individualmente como aquellas que han sido prerredactadas y cuya incorporación al contrato sea exclusivamente imputable a una de las partes. De esta definición extrae como características de las cláusulas predispuestas: la contractualidad, la predisposición y la imposición.

693 PAGADOR LÓPEZ (1999) p. 235; RODRÍGUEZ ARTIGAS (1999) pp. 67-75; ALFARO AGUILA-REAL (2002) p. 101.

hayan sido redactadas previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido[694].

Siguiendo la definición prevista en el artículo 1 LCGC para las condiciones generales, podemos afirmar que son cláusulas no negociadas individualmente, las cláusulas o estipulaciones predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de su autoría material, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias[695].

Con el concepto de cláusula no negociada individualmente se delimita el ámbito de aplicación objetivo del TRLGDCU. Pero además, su aplicación se limita desde un punto de vista subjetivo, pues únicamente será aplicable a los contratos celebrados entre empresarios y consumidores[696]. Coincide con el ámbito de aplicación subjetivo del TRLGDCU, que ya analizamos con anterioridad y al que nos remitimos.

B) La protección del consumidor frente a las cláusulas no negociadas

La protección del consumidor frente al uso de cláusulas no negociadas se establece a través de los sistemas de control previstos en el TRLGDCU, que en aquello no previsto, se completará por la LCGC. El TRLGDCU estructura los controles atendiendo al proceso de contratación[697]. En primer lugar, prevé un

694 ALFARO AGUILA-REAL (1998) p. 61, sostiene que la lectura del artículo 3 de la Directiva permite deducir que son las cláusulas predispuestas e impuestas unilateralmente por el empresario las que resultan objeto del control de la Directiva, y no las cláusulas abusivas como reza su título.

695 ALFARO AGUILA-REAL (1998) p. 65, afirma que la única diferencia entre cláusula predispuesta y condición general es que, para estar ante una cláusula predispuesta no es necesario que hubiera sido redactada para ser utilizada en una pluralidad de contratos, como se exige para el concepto de condición general. LETE ACHIRICA (2000) p. 639, también reconoce que en el concepto de cláusula predispuesta se prescinde el requisito de la generalidad, presente en la definición de condición general.

696 REBOLLEDO VARELA (1998) p. 168, hace hincapié en la necesidad de que la contratación se produzca entre un consumidor y un empresario para aplicar el control sobre cláusulas predispuestas y cláusulas abusivas.

697 VAQUER ALOY (1999) pp. 230 y ss, distinguió en la jurisprudencia dos criterios para analizar el carácter abusivo de una cláusula contractual. Por una parte, el criterio formal se refiere a cómo se presenta la cláusula, a su formulación o inserción en el documento contractual. Es el que denominamos como control de incorporación. Por otra parte, el criterio material se refiere al contenido de esa cláusula. Se configura como el control de contenido de la cláusula.

control de incorporación de cláusulas no negociadas. Establece los requisitos formales que deben cumplir las cláusulas predispuestas para que lleguen a formar parte del contrato. En caso de incumplimiento, esas cláusulas se tendrán por no puestas.

Una vez que las cláusulas no negociadas han superado el control de incorporación, el TRLGDCU establece un control sobre su contenido. Las cláusulas serán abusivas si en contra de las exigencias de la buena fe causan, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibro importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato. La declaración de una cláusula como abusiva conlleva su nulidad. La redacción original del artículo 83 TRLGDCU preveía que en caso de nulidad de algunas de sus cláusulas por abusividad, el contrato se integraría conforme a las reglas de integración que fija la propia norma. Pero esta integración contractual ha llegado al final de sus días, pues con el fin de adaptar la redacción del TRLGDCU a la interpretación que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea hace del artículo 6 de la Directiva 93/13/CEE, sobre cláusulas abusivas, la Ley 3/2014 modifica el artículo 83 y elimina la posibilidad de integración del contrato. Con la nueva regulación, las condiciones generales que no superen el control de contenido simplemente se tendrán por no puestas.

Parte de la doctrina reconoce en la regulación de las cláusulas predispuestas un tercer control, esto es, el control de transparencia. Para Busto Lago, este nuevo género de control tendría por objeto velar por la transparencia de las estipulaciones contractuales en las que se contienen los aspectos del contrato que resultan decisivos para obtener el consentimiento[698]. Sin embargo, no podemos compartir la opinión de esta doctrina, ya que no reconozco la existencia de este tercer control en la regulación de las cláusulas predispuestas. Entendemos que a lo que se refiere este sector doctrinal hace referencia al derecho de información que corresponde a todos los consumidores, con independencia de que el contrato que formalicen tenga o no tenga cláusulas predispuestas.

[698] BUSTO LAGO (2008) p. 179.

A la vista de la fuerza que está adquiriendo la postura a favor de la existencia del tercer control de transparencia de las cláusulas predispuestas, sobre todo tras su reconocimiento en la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013[699], es interesante dedicar un apartado de nuestro trabajo a exponer los argumentos que defienden la existencia de este control, para a continuación ofrecer las razones que nos llevan a equiparar este supuesto control de transparencia con el derecho de información (precontractual y contractual), previsto en los artículos 60 y 61 TRLGDCU.

Siguiendo un orden cronológico, analizaremos en primer lugar el control de incorporación y, en segundo lugar, el control de contenido. A continuación haremos una reflexión sobre el posible control de transparencia, principalmente de las cláusulas predispuestas referentes a los elementos esenciales del contrato. Finalizaremos este apartado con las reglas de integración del contrato.

Pero antes hemos de advertir que la redacción del TRLGDCU es confusa, ya que además de en la denominación del Título II, el artículo 80.1 se refiere en ocasiones a "condiciones generales", en lugar de cláusulas predispuestas. Entendemos que es un error del legislador, que al dejarse llevar por la redacción de la LCGC, utiliza el término equivocado. Hay que entender que se refiere a las cláusulas predispuestas, sean generales o no. Otra interpretación no sería lógica, sobre todo si tenemos en cuenta que una de las grandes diferencias entre el TRLGDCU y la LCGC es que para ofrecer una mayor protección a los consumidores se amplía el ámbito de aplicación de los artículos 80 y ss del TRLGDCU para abarcar a cualquier cláusula predispuesta con independencia de que se utilice en uno o varios contratos.

[699] En esta sentencia, el Tribunal Supremo analiza la validez de las denominadas "cláusulas suelo" utilizadas en los préstamos hipotecarios entre profesionales y consumidores, en su condición de cláusulas predispuestas. Al ser considerado el tipo de interés aplicable a los préstamos hipotecarios como un elemento esencial del contrato, el Tribunal Supremo admite la imposibilidad de aplicarle el control de contenido. Pero ello no obsta, para que las cláusulas predispuestas referidas a los elementos esenciales del contrato estén fuera de todo control, pues a las mismas es aplicable el control de transparencia.

a) El control de incorporación

Tal y como afirmamos, una de las características de las cláusulas predispuestas es que su incorporación al contrato se produce por voluntad e imposición del empresario, sin que el consumidor pueda decidir al respecto. Para salvar el desequilibrio que produce la utilización de cláusulas predispuestas y garantizar que el consumidor conoce su existencia, el legislador obliga al empresario a cumplir los requisitos de incorporación para que dichas cláusulas lleguen a formar parte del contrato[700]. Pero con el control de incorporación no se garantizará que el consumidor conoce con exactitud el contenido de cada una de las cláusulas predispuestas por el empresario[701]. Basta que el consumidor sea consciente en el momento de contratar que el contenido del contrato se compone de cláusulas predispuestas[702].

El TJUE destaca la importancia para el consumidor de disponer, antes de la celebración de un contrato, de la información sobre las condiciones contractuales y las consecuencias de su celebración y de esta forma, decidir si desea quedar vinculado por las condiciones predispuestas por el empresario en base a dicha información. Además, el TJUE nos recuerda que la Directiva 93/13/CE no solo impone a los empresarios la obligación de redactar las cláusulas de forma clara y comprensible, sino que en su considerando 20 precisa

[700] Como afirma FELIÚ REY (1999) p. 55, el control de incorporación actúa en la fase de perfección del contrato y persigue la correcta formación de la voluntad contractual del adherente o consumidor, en el sentido de que tenga a su alcance los elementos de juicio suficientes para poder conocer el contenido de la relación jurídica que entabla.

[701] ALFARO AGUILA-REAL (1991) pp. 196 y ss, o (2000) pp. 18-19, habla de la función de publicidad que tiene el control de incorporación de las cláusulas predispuestas. Considera que los requisitos de incorporación son insuficientes para garantizar que el cliente consienta. Su función será hacerle saber de la existencia de condiciones aplicables al contrato y permitirle disponer de ellas durante la vida del contrato para que adapte su conducta. MIQUEL GONZÁLEZ (1996) pp. 4949-4950, comparte esta opinión. Afirmar que el consentimiento del adherente se refiere fundamentalmente a la existencia de condiciones generales, no a su contenido, y a los elementos esenciales del contrato.

[702] GONZÁLEZ PACANOWSKA (2000) p. 150, recoge con claridad la función del control de incorporación, al señalar que lo importante es que el aceptante conozca que el contenido de la oferta se integra con condiciones generales, tratándose de establecer exigencias de cognoscibilidad objetiva, que permiten determinar cuál es el marco del acuerdo contractual. Como señala BALLUGERA GÓMEZ (2006) p. 250, los requisitos de inclusión no aseguran la realidad subjetiva y psicológica del consentimiento, sino que garantizan la cognoscibilidad, no el conocimiento, del clausulado contractual.

que el consumidor debe contar con la posibilidad real de tener conocimiento de todas las cláusulas del contrato[703].

Pertíñez Vílchez entiende que los requisitos de incorporación son manifestaciones de un concepto más amplio, como es el de transparencia. Afirma el autor que el deber de transparencia es consecuencia de la facultad de predisposición del contenido del contrato reconocida al empresario[704]. Sin embargo, tal y como expondremos en un apartado posterior, en nuestra opinión el deber de transparencia es lo que venimos denominando como control de incorporación.

La modificación del TRLGDCU a través de la Ley 3/2014, incide en el control de incorporación de las cláusulas predispuestas. Aunque como principal novedad de la norma, en materia de cláusulas predispuestas, se anunció la eliminación de la facultad judicial de moderar las cláusulas abusivas, es quizá tan importante los cambios que el control de incorporación ha sufrido con la nueva regulación. Así, además de eliminar cualquier especialidad para la contratación telefónica o electrónica con condiciones generales, en la redacción original de la Ley 3/2014 desapareció la obligación del empresario de documentar por escrito el contrato con condiciones generales. Afortunadamente, el legislador se percató de su error y, el 14 de mayo de 2014, se publicó en el BOE la corrección de errores de la Ley 3/2014, para mantener la redacción original del artículo 63 y únicamente añadir un nuevo apartado.

Es evidente el desacierto que supondría la supresión de los dos apartados iniciales del artículo 63 TRLGDCU, ya que se eliminaba toda referencia a la forma del contrato celebrado con el consumidor. Con el cambio introducido por la Ley 3/2014, el precepto únicamente se refería a la obligatoriedad de emisión

[703] STJUE de 21 de marzo de 2013 (asunto RWE Vertrieb AG), apartados 43 y 44. En el mismo sentido se pronuncia el TJUE, entre otras, en su sentencia de 15 de marzo de 2012 (asunto Perenicova y Perenic) o en su sentencia de 16 de enero de 2014 (asunto Principado).

[704] En palabras de PERTÍÑEZ VÍLCHEZ (2011) p. 697, «Estos requisitos son distintas manifestaciones de un concepto más amplio, el de transparencia. El deber de transparencia en la redacción de las cláusulas no negociadas individualmente surge como correlato de la facultad de predisposición del contenido contractual reconocida al empresario: si el empresario puede predisponer unilateralmente el contenido del contrato, la buena fe le impone un deber de hablar claro».

de facturas en papel salvo autorización expresa del consumidor para su emisión en otro formato, sin que el legislador, en la Exposición de Motivos, diera alguna explicación al cambio del artículo 63 TRLGDCU. No nos cabe la menor duda que la nueva redacción responde a la necesidad de regular la emisión de facturas electrónicas que algunos empresarios, entre ellos los operadores de telefonía, venían practicando sin consentimiento del usuario. Pero esta previsión no era incompatible con la redacción original del precepto, pudiendo optar simplemente el legislador por su ampliación, como finalmente ha hecho.

El artículo 80.1 TRLGDCU establece los requisitos que deben cumplir las cláusulas no negociadas para ser incorporadas a los contratos con consumidores. De los tres párrafos que contiene el precepto, son los dos primeros los que recogen el control de incorporación de las cláusulas predispuestas, ya que el tercer párrafo [apartado c)] se refiere al control de contenido o de abusividad de las cláusulas contractuales. Así, se exige por una parte concreción, claridad y sencillez en su redacción, accesibilidad y legibilidad, de forma que se permita al consumidor su conocimiento previo a la celebración del contrato. Por otra parte y respecto al segundo control, se requiere buena fe y justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, lo que excluye la utilización de cláusulas abusivas.

A su vez, el artículo 5.1 LCGC exige, para que las condiciones generales pasen a formar parte del contrato, que el adherente acepte su incorporación y que se haga referencia a las condiciones generales en el contrato. Su redacción se ajustará a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez. Además con el ahora derogado artículo 5.4 LCGC, en los casos de contratación telefónica o electrónica, se exigía la aceptación de todas las cláusulas contractuales y el predisponente quedaba obligado, tras la celebración del contrato, a enviar al adherente justificación de la contratación donde consten todos sus términos, por escrito o a través de cualquier otro soporte duradero[705].

[705] El artículo 5.4 LCG prevé su desarrollo reglamentario para aquellos supuestos en que la contratación sea telefónica o electrónica. Se hizo efectivo a través del Real decreto 1906/1999, que en su artículo 3 establece la obligación de confirmar documentalmente la contratación

Tras la lectura de los dos preceptos podemos concluir que son dos las exigencias que deben cumplir las cláusulas predispuestas para ser incorporadas al contrato. En primer lugar, las cláusulas deben ser concretas, claras y con una redacción sencilla. Deben ser comprensibles, esto es en palabras de Pertíñez Vílchez, que exista la posibilidad de conocer la regulación contractual sin realizar un esfuerzo intelectual extraordinario, ni de consultar a terceros o procurarse ulteriores informaciones[706]. Es lo que ya calificamos como el principio de transparencia que debe regir la contratación con condiciones generales o cláusulas predispuestas.

En segundo lugar, las cláusulas deben ser accesibles para el consumidor. Se exige que el empresario facilite o ponga a disposición del consumidor las cláusulas predispuestas, de forma que éste tenga la posibilidad efectiva de conocer su contenido en el momento de la contratación. En este punto, hay que preguntarse cuándo debemos considerar que están accesibles para el consumidor las cláusulas predispuestas o las condiciones generales. A través de la modificación del artículo 80.1.b) TRLGDCU, se intenta dar una respuesta a esta cuestión, al prever que no se entenderán cumplidos los requisitos de legibilidad y accesibilidad cuando el tamaño de la letra del contrato fuese inferior al milímetro y medio o el insuficiente contraste con el fondo hiciese dificultosa su lectura. Con este nuevo párrafo, el legislador concreta las exigencias de legibilidad que deben poseer las cláusulas predispuestas, pero omite cualquier referencia a su accesibilidad[707].

El artículo 5 LCGC fija los criterios para valorar la accesibilidad de las condiciones generales. Este precepto ha sido modificado por la Ley 3/2014, que

realizada con condiciones generales de la contratación. Este Real decreto ha sido derogado por la Ley 3/2014, por la que se modifica el TRLGDCU. Como ya advertimos, el legislador justifica la derogación del Real decreto en su incompatibilidad con la actual normativa comunitaria. Pero GARCÍA RUBIO (2001) pp. 325-337, ya había puesto de manifiesto y defendido la absoluta invalidez del Real decreto 1906/1999, al haberse extralimitado en sus posibilidades el desarrollo reglamentario, y contradecir la norma principal.

706 PERTÍÑEZ VILCHEZ (2011) p. 698.

707 Como nos recuerda MARTÍNEZ ESPÍN (2014) p. 78, ésta no es la primera vez en que el legislador establece los criterios para considerar legible y accesible la información que debe facilitarse a los consumidores. Menciona entre otros la Circular 5/2012, de 27 de junio, sobre transparencia de los servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de préstamos.

al derogar su apartado 4, elimina la especialidad prevista para la contratación electrónica o telefónica. Son tres los supuestos que diferenciaba el artículo 5 LCGC en su redacción original: los contratos formalizados por escrito, los contratos verbales y los contratos telefónicos o electrónicos[708]. En primer lugar, si se producía la formalización por escrito para su incorporación era y sigue siendo necesario que el contrato se refiera a la existencia de condiciones generales y, además, se exige que esté firmado por todos los contratantes. En los contratos no formalizados por escrito pero en los que el predisponente entregue un resguardo justificativo de la contraprestación, basta con que el predisponente anuncie las condiciones generales en un lugar visible o que las inserte en el documento que acompaña a la celebración del contrato o, que de cualquier otro modo garantice que el adherente conoce su existencia. Finalmente, si la contratación se producía telefónica o electrónicamente bastaba la aceptación de todas y cada una de las cláusulas del contrato sin necesidad de firma convencional de la forma que se determine reglamentariamente, siendo necesario el envío al consumidor de la justificación escrita de la contratación donde constarán todos sus términos[709].

Por su parte, el artículo 80 TRLGDCU tan sólo exige que el usuario tenga conocimiento previo a la celebración del contrato sobre la existencia o contenido de las cláusulas predispuestas. Si interpretamos literalmente el artículo 80.1 b) del TRLGDCU, tenemos que entender que no es necesario que las cláusulas predispuestas se incorporen al contenido del contrato. Basta con que el usuario conozca su existencia y tenga la posibilidad de conocer su contenido antes de su celebración.

Pero este precepto hay que completarlo con el artículo 63.1 TRLGDCU, en el que se dispone que en la contratación con consumidores se entregará recibo o justificante en el que consten las condiciones generales utilizadas, que estarán aceptadas y firmadas por el consumidor. El legislador crea gran confusión al

[708] REBOLLEDO VARELA (1998) p. 165.

[709] Un análisis en profundidad del artículo 5 LCGC lo encontramos en GONZÁLEZ PACANOWSKA (2000) p. 139 y ss, y DURANY PICH (2002) pp. 264 y ss.

extraer del título dedicado a las condiciones generales, las exigencias de incorporación de las cláusulas predispuestas, para ubicarlo en las disposiciones generales de los contratos con consumidores. Así cuando el contrato se formalice por escrito o exista cualquier documento (recibo o justificante) que acredite su existencia, se incorporarán al mismo las condiciones generales utilizadas. Ya no basta una referencia a las mismas, sino que sería necesario que en el propio documento contractual figuren las condiciones generales[710].

Hay que apuntar además que el artículo 63.1 TRLGDCU choca con la redacción del artículo 5.3 de la LCGC. Recordemos que este último precepto prevé que, en aquellos supuestos en que el contrato no deba formalizarse por escrito pero el predisponente entregue un resguardo justificativo de la contratación, basta que el predisponente anuncie las condiciones generales en un lugar visible dentro del lugar que se celebra el negocio, que las inserte en la documentación del contrato o que de cualquier otra forma garantice que el adherente conoce su existencia y contenido en el momento de su celebración.

Tanto el artículo 63.1 TRLGDCU como el artículo 5.3 LCGC parten de la premisa de que la contratación no es necesario formalizarla por escrito, pero se entrega por el predisponente o empresario un resguardo o justificante de la contratación realizada[711]. Mientras el artículo 63.1 TRLGDCU exige que en ese justificante se reflejen las condiciones generales aplicables al contrato, el artículo 5.3 LCGC ofrece varias posibilidades al predisponente siempre que se garantice que el adherente en el momento de la contratación conoce la existencia y contenido de las condiciones generales. Así el predisponente podrá optar entre anunciar las condiciones en un lugar visible del establecimiento, insertarlas en la documentación del contrato, o de cualquier otra forma que garantice su conocimiento.

[710] Esta misma idea también se refleja en el artículo 10 de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista, que exige que las condiciones generales aplicables a la contratación se exhiban en un lugar visible del establecimiento, y deben insertarse en los tickets o documentos de venta.

[711] Nos remitimos a nuestro anterior análisis del artículo 63.1 TRLGDCU en el estudio de la forma del contrato.

Ante esta acumulación normativa, nos preguntamos qué norma sería de aplicación si en la contratación interviene un consumidor. No dudamos al afirmar que el TRLGDCU prevalece frente a la LCGC, al ser una ley especial frente a una ley general. Por tanto, si en la contratación con consumidores se utilizan cláusulas predispuestas, el empresario debe incluirlas en los recibos o justificantes de la celebración del contrato que entregue al consumidor[712].

La normativa anterior a la modificación de la Ley 3/2014, nos planteaba una cuestión respecto a la contratación telefónica o electrónica con condiciones generales. A pesar de que las modificaciones del artículo 80.1.b) TRLGDCU y del artículo 5 LCGC no dejan rastro de esta controversia, es interesante conocer cuál era la situación existente hasta hace bien poco, y tomar conciencia de la complejidad de la normativa existente hasta el momento. Referido a los supuestos de contratación telefónica o electrónica, el párrafo segundo del artículo 80.1 b) TRLGDCU disponía que era necesario que conste la aceptación de todas y cada una de las cláusulas del contrato y, que el empresario envíe al consumidor justificación de la contratación efectuada, en la que constarán todos los términos de la misma. Son varias las cuestiones que nos surgían tras la lectura del precepto. En primer lugar, el legislador se refería a condiciones generales, pero una vez más interpretábamos que su aplicación abarcaba las cláusulas predispuestas.

En segundo lugar, nos preguntábamos cuál era la intención del legislador al remitir la regulación de la aceptación de las cláusulas "a los términos que reglamentariamente se establezcan". Es fácil advertir que el precepto derivaba del artículo 5.4 LCGC, sin que hubiera apenas diferencias en su redacción. Este precepto fue desarrollado a través del Real decreto 1906/1999, de 17 de

[712] BUSTO LAGO y ÁLVAREZ LATA (2008) p. 154, entienden que el artículo 63.1 TRLGDCU debe completarse con lo dispuesto en el artículo 5.3 LCGC, al entender que el predisponente que utilice condiciones generales puede anunciarlas en un lugar visible para el consumidor, incluirlas en el documento acreditativo de la operación o, bien a través de cualquier otra forma con la que se garantice al adherente su conocimiento. Esta interpretación no nos convence, pues en primer lugar, solo sería válida cuando nos encontremos ante condiciones generales y no cláusulas predispuestas, y en segundo lugar, el precepto contraría el artículo 63.1 TRLGDCU, que exige la entrega de resguardo o documento justificativo de la contratación en donde constarán las condiciones generales.

diciembre[713]. La cuestión versaba sobre si la remisión del TRLGDCU nos lleva a la aplicación del Real decreto 1906/1999. Partiendo de la premisa de que el artículo 80.1 b) TRLGDCU no había sido desarrollado y, que la LCGC era de aplicación subsidiaria, cabía interpretar que su normativa de desarrollo era igualmente aplicable mientras no hubiera una norma específica[714].

Estas cuestiones y controversias que nos planteaba la normativa anterior han encontrado una solución definitiva con la aprobación de la Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el TRLGDCU. Elimina la especialidad en la contratación telefónica o electrónica con condiciones generales de la contratación, al suprimir tanto el segundo párrafo del artículo 80.1.b) TRLGDCU como el artículo 5.4 LCGC; y derogar el Real decreto 1906/1999 al resultar incompatible con el enfoque de armonización máxima de la Directiva.

Por tanto, desaparece cualquier referencia a la contratación telefónica o electrónica con condiciones generales[715]. Pero en este apartado es necesario hacer mención a la LSSICE, que en el artículo 27.4 recoge la obligación del prestador de servicio de poner a disposición de los destinatarios previamente al inicio de la contratación, las condiciones generales a que deba sujetarse el

[713] La doctrina mayoritaria denuncia la manifiesta ilegalidad del Real decreto 1906/1999, al ser una extralimitación de la delegación legislativa y traspasar las exigencias de la propia LCGC. Entre otros GARCÍA RUBIO (2001) pp. 1693-1698 y (2001) pp. 325-337, JUSTE MENCÍA (2002) pp. 336 y ss, PERTÍÑEZ VÍLCHEZ (2011) p. 702.

[714] PERTÍÑEZ VÍLCHEZ (2011) p. 702, critica la remisión a un ulterior desarrollo reglamentario para la concreción de los términos en los que debe efectuarse la aceptación de las cláusulas sin necesidad de firma convencional, desarrollo reglamentario que está pendiente desde la entrada en vigor de la LCGC en virtud de su artículo 5.4 y que todavía no ha tenido lugar, puesto que el denostado RD 1906/1999, de 17 de diciembre (…), que supuestamente tenía que haber cumplido ese cometido, más allá de imponer algunos requisitos de incorporación adicionales que exceden de su ámbito de habilitación legal, precisamente no dice nada en relación a los términos en los que debe constar la aceptación de las cláusulas. En el mismo sentido se pronunció GARCÍA RUBIO (2001) p. 1694.

[715] Aunque el legislador utiliza la expresión "aceptación de todas y cada una de las cláusulas", la totalidad de la doctrina entiende que no es necesario una aceptación individualizada de las cláusulas, sino que basta una aceptación general referida a la totalidad de las cláusulas predispuestas. PERTÍÑEZ VILCHEZ (2011) p. 704, manifiesta que: «Más bien, lo que el legislador ha querido expresar, aunque de manera ciertamente desafortunada, es la necesidad de aceptación expresa de todas las cláusulas predispuestas aunque sea de manera generalizada (vid. Por todos en la doctrina, Cavanillas Múgica, La conclusión, pág. 167)».

contrato[716]. De esta forma, se establece el requisito de incorporación de las condiciones generales en la contratación por vía electrónica. Para su cumplimiento se exige que las condiciones se faciliten de forma previa al inicio de la contratación. Además, se exige que las condiciones generales estén disponibles de forma que el destinatario pueda almacenarlas y reproducirlas. No basta una mera referencia a la existencia de condiciones generales, sino que además se exige su fácil acceso a los destinatarios.

La consecuencia del incumplimiento del control de inclusión, según el artículo 7 LCGC, es la no incorporación al contrato. Aunque el TRLGDCU no recoge expresamente la no incorporación, esta medida debe ser aplicada a todas aquellas cláusulas predispuestas que no superen el control de incorporación, en aplicación subsidiaria de la LCGC[717]. Pero debemos tener en cuenta que aunque algunas cláusulas predispuestas se encuentren incluidas en el contrato, su redacción oscura, incomprensible y carente de transparencia, puede llevar a que sean consideradas cláusulas abusivas por no permitir conocer al consumidor su contenido. En estos casos, en que el incumplimiento de los requisitos de incorporación conllevan la declaración de abusividad, la cláusula predispuesta afectada será nula.

b) El control de contenido

El apartado c) del artículo 80.1 TRLGDCU exige que las cláusulas no negociadas individuamente, que se incluyan en los contratos con consumidores, deben cumplir los requisitos de buena fe y justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes[718]. Excluye la utilización de cláusulas abusivas. De

[716] Aunque la regulación de la contratación a distancia del TRLGDCU no hace referencia alguna a la constancia de las condiciones generales o cláusulas predispuestas, tanto su artículo 97 (información precontractual) como su artículo 98 (contenido contractual), se remiten expresamente a la LSSICE.

[717] El TRLGDCU únicamente establece la nulidad de pleno derecho de las cláusulas abusivas, en su artículo 83. Así lo entiende PAGADOR LÓPEZ (2011) p. 1436, al considerar que aunque el artículo 83 TRLGDCU se olvida del artículo 80.1 que contiene el control de inclusión o incorporación, ello no es óbice al reconocimiento de que las cláusulas que infrinjan dichos preceptos sean ineficaces, ya por aplicación analógica del propio artículo 83 TRLGDCU, ya por aplicación supletoria (artículo 59.3 TRLGDCU) o analógica de los artículos 7, 9 y 10 LCGC.

[718] MIQUEL GONZÁLEZ (2004) p. 14, justifica el control de contenido sobre las condiciones generales, en que éstas se establecen por un procedimiento en el que la voluntad contractual

esta forma, el legislador establece el control de contenido de las cláusulas predispuestas en la contratación con consumidores[719]. Su fin es verificar que la inclusión de las cláusulas predispuestas no provoca el desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, en perjuicio del consumidor[720].

El Tribunal de Justicia de la CE ha reiterado a lo largo de sus sentencias que el fin u objeto del control de las condiciones generales es impedir que el consumidor individual quede vinculado por una cláusula abusiva, a la vez que disuade del empleo de dichas cláusulas. De esta forma se reemplaza el equilibrio formal que el contrato establece entre los derechos y obligaciones de las partes por un equilibrio real que pueda restablecer la igualdad entre éstas[721].

Antes de analizar el concepto de cláusula abusiva, debemos advertir que conforme al artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CE, el control de contenido no afectará a la definición del objeto principal del contrato, ni a la adecuación entre el precio y el bien o servicio objeto del contrato[722]. El legislador español en la transposición de la directiva, omitió cualquier referencia a su artículo 4.2. Pero a pesar de la omisión de la transposición del artículo 4.2 de la Directiva 93/13, la doctrina española entendía que una interpretación del TRLGDCU acorde a la misma nos lleva a la exclusión del control de contenido de los elementos

del adherente no tiene protagonismo, y por tanto, hay un déficit de contractualidad. Este autor (2006) p. 6, califica el control de contenido de las condiciones generales y cláusulas predispuestas como un control de legalidad (no administrativo ni judicial). Con el control de contenido se trata de aplicar la ley.

719 Para ALFARO AGUILA-REAL (1998) pp. 62-63, el control de contenido se justifica por la falta de alguno de los elementos presupuestos por el legislador para remitir a los particulares la autorregulación de sus relaciones. Este es el caso de las condiciones generales, en el que las cláusulas contractuales han sido predispuestas e impuestas.

720 Señala MIQUEL GONZÁLEZ (2002) p. 934, que la meta perseguida por el control de contenido es el equilibrio de derechos y obligaciones, y la buena fe es el criterio para medir ese equilibrio.

721 Así lo reconoce el Tribunal de Justicia de la CE en su Sentencia de 27 de junio de 2000, asunto Océano Grupo Editorial, y en la Sentencia de 9 de noviembre de 2010, asunto VB Pénzügyi Lízing Zrt.

722 Para CÁMARA LAPUENTE (2014) p. 766, la excepción del artículo 4.2 de la Directiva 1993/13 en relación con el objeto principal del contrato y la adecuación entre precio y cosa o servicio (relación calidad/precio) tuvo por finalidad respetar cierto margen de autonomía de la voluntad en relación con la configuración de los elementos esenciales del contrato al amparo de la libertad de la contratación.

esenciales del contrato[723]. Miquel González justificó la exclusión, al no haber precepto alguno que lo establezca, así como por la interpretación integradora que se debe hacer del TRLGDCU con el artículo 4.2 de la Directiva[724]. Esta interpretación parece quedar corroborada con la redacción del texto del artículo 82, que sustituye el término contraprestaciones por derechos y obligaciones de las partes. Concluye el citado autor que la protección de los consumidores frente a cláusulas predispuestas no consiste en un control de equilibrio económico, sino jurídico.

Sin embargo, la exclusión del control de contenido de las cláusulas predispuestas, no impediría que los elementos esenciales del contrato se sometan a otros controles legales, como puede ser el control general del artículo 1255 del Código Civil, u otros específicos como la Ley de usura o la regulación pormenorizada del contrato de aprovechamiento por turnos. Además, el control de incorporación sí será de aplicación a los elementos esenciales del contrato[725].

Pero esta interpretación choca con la Sentencia del Tribunal de Justicia de la CE, de 3 de junio de 2010, asunto Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid/Ausbanc. El Tribunal de Justicia de la CE entiende que el artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CE no tiene carácter vinculante e imperativo para los Estados miembros, sino que al contrario el precepto entra dentro del ámbito de aplicación del artículo 8 de la propia Directiva, que permite a los Estados adoptar

[723] Así lo reconoce la doctrina. Entre otros, podemos mencionar a ARROYO MARTÍNEZ (1999) pp. 30-33, LLODRÁ GRIMALT (2002) pp. 139 y ss, BUSTO LAGO y ÁLVAREZ LATA (2008) p. 147, CARRASCO PERERA y GONZÁLEZ CARRASCO (2013) p. 148. MIQUEL GONZÁLEZ (2004) pp. 21 y ss, hace un estudio detallado del control de contenido sobre los elementos esenciales del contrato. Advierte que aunque los elementos esenciales del contrato están excluidos del control de contenido, en ocasiones algunos aspectos de esos elementos esenciales pueden someterse a dicho control.

[724] MIQUEL GONZÁLEZ (2011) pp. 723-724.

[725] Recordemos que la propia Directiva 93/13/CE, en su artículo 4.2 excluye del control de abusividad las cláusulas referidas al objeto principal del contrato, siempre que se encuentren redactadas de forma clara y comprensible. En el mismo sentido, MIQUEL GONZÁLEZ (2011) p. 734, advierte que el equilibrio de las prestaciones no es controlable en el sentido económico, por eso mejor que de equilibrio de prestaciones es hablar de derechos y obligaciones, por ello, en lo relativo a los elementos esenciales no se controla el equilibrio sino la transparencia. En el mismo sentido se pronuncia GONZÁLEZ PACANOWSKA (2000) p. 187.

disposiciones que garanticen al consumidor un mayor nivel de protección[726]. Concluye el Tribunal que el carácter de mínimos de la Directiva 93/13/CE, permite al Estado miembro, en este asunto España, establecer un mayor nivel de protección a los consumidores en su regulación nacional, como es la posibilidad de aplicar el control de abusividad sobre el objeto principal del contrato o a la adecuación entre el precio o retribución y los servicios o bienes que hayan de prestarse[727].

El artículo 32 de la Directiva 2011/83/UE, sobre los derechos de los consumidores, introduce un nuevo artículo a la Directiva 93/13/CE sobre cláusulas abusivas. Con su nuevo artículo 8 bis, los Estados miembros están obligados a informar a la Comisión de las disposiciones que adopten sobre la transposición de la directiva o cambios posteriores, en particular aquellas que hagan extensiva la evaluación del carácter abusivo a las cláusulas contractuales negociadas individualmente o a la adecuación del precio o de la remuneración. Con este precepto el legislador comunitario reafirma la posibilidad de que los Estados amplíen el ámbito de protección de la Directiva 93/13/CE al objeto principal del contrato e incluso a las cláusulas predispuestas.

El TJCE admite en la citada Sentencia de 3 de junio de 2010 (Caja Madrid/Ausbanc) que en el ordenamiento jurídico español los jueces y tribunales podrán apreciar el carácter abusivo de una cláusula no negociada que se refiera al

[726] CÁMARA LAPUENTE (2014) p. 769, extrae de las afirmaciones que sobre el artículo 4.2 de la Directiva sobre cláusulas abusivas hace la STJUE de 3 de junio de 2010, que las cláusulas contempladas en dicho artículo están comprendidas en el ámbito regulado por la Directiva y, por tanto, como la armonización que persigue ésta es de mínimos, el artículo 8 también se le aplica, por los que los Estados miembros pueden autorizar un control judicial completo del carácter abusivo de estas cláusulas esenciales pues ello supondrá una protección efectiva más elevada que la de la Directiva.

[727] En palabras del propio Tribunal de Justicia de la CE: "Los artículos 4, apartado 2, y 8 de la Directiva 93/13/CE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a una normativa nacional, como la controvertida en el litigio principal, que autoriza a un control jurisdiccional del carácter abusivo de las cláusulas contractuales que se refieren a la definición del objeto principal del contrato o a la adecuación entre, por una parte, precio y retribución y, por otra, los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, aunque estas cláusulas estén redactadas de manera clara y comprensible".

objeto principal del contrato[728]. Sin embargo, ésta no es la interpretación que la doctrina hacía de la omisión de la transposición del artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CE. Como muy bien expone en sus recientes trabajos, Cámara Lapuente entiende que el TJCE se extralimita en sus competencias, al recoger en su sentencia la interpretación de la legislación de un estado miembro, pues únicamente podrá examinar su ajuste al derecho comunitario, así como ofrecer una interpretación acorde al mismo[729].

Aunque nunca fue unánime la interpretación de la omisión de la transposición del artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CE, tras la STJCE de 3 de junio de 2010 (en el asunto de Caja Madrid/Ausbanc), la situación se complica. Se produce una disparidad en la aplicación del control de abusividad sobre el objeto principal del contrato. Mientras en algunas sentencias el Tribunal Supremo recoge la posibilidad de entrar a conocer sobre la posible abusividad de las cláusulas predispuestas que versen sobre el objeto principal del contrato, en base a la mencionada STJCE de 3 de junio de 2010 (Caja Madrid/Ausbanc); en otras evita su control de abusividad, al entender que aunque cabe la posibilidad de que los Estados miembros extiendan el control de contenido a las cláusulas sobre el objeto principal del contrato, ésta no es la opción seguida por el legislador español[730].

Esta cuestión se clarifica con la STS en Pleno de 9 de mayo de 2013, en la que el Tribunal Supremo afirma con rotundidad que aunque la Directiva 93/13/CE es una directiva de mínimos que permite una mayor protección a los consumidores y usuarios frente a las cláusulas abusivas, la transposición al ordenamiento español no prevé la ampliación del control de abusividad a las

[728] Apartados 42 y 43 de la STJCE de 3 de junio de 2010. CARBALLO FIDALGO (2013) p. 114, considera que tras esta sentencia del TJUE la disputa doctrinal se ha mantenido inalterable, pues para los partidarios de la apertura del control a estas cláusulas, la sentencia corrobora su tesis; mientras que para sus detractores critican el exceso en que ha incurrido el tribunal al hacer una interpretación del derecho interno.

[729] CÁMARA LAPUENTE ((1) 2013) pp. 213 y 214, ((2) 2013) pp. 101-103, (2014) pp. 771-772.

[730] CÁMARA LAPUENTE ((1) y (2) 2013) analiza de forma pormenorizada la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la posibilidad de entrar a valorar la abusividad de las cláusulas predispuestas que se refieran al objeto principal del contrato, recaídas con posterioridad a la STJCE de 3 de junio de 2010.

cláusulas predispuestas referidas al objeto principal del contrato. Prueba de ello, es que en la reciente modificación del TRLGDCU a través de la Ley 3/2014, el legislador optó por no incluir la ampliación del control de abusividad al objeto principal del contrato, reafirmando así la interpretación de su exclusión conforme al artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CE.

En el artículo 82 se definen las cláusulas abusivas como: "*aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquéllas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato*"[731]. Son varios los elementos que a partir de la definición del artículo 82 se pueden extraer de cláusula abusiva.

En primer lugar, para que una cláusula pueda ser declarada abusiva tendrá que ser una cláusula no negociada individualmente. Tan solo añadir al análisis ya hecho de cláusula no negociada individualmente, que el legislador en el artículo 82 TRLGDCU hace una mención expresa a las prácticas no consentidas expresamente, aunque sin dar una definición clara de a qué se refiere. Entendemos que son los usos impuestos por el empresario, que aunque no figuren en el contrato, influyen de manera significativa en su ejecución[732]. La distinción entre cláusula no negociada y práctica no consentida es clara cuando

[731] El Tribunal de Justicia de la CE reitera a lo largo de su Jurisprudencia la definición de cláusula abusiva. Entre otras, podemos mencionar la Sentencia de 16 de enero de 2014, asunto Constructora Principado; la Sentencia de 14 de marzo de 2013, asunto Mohamed Azid; o la Sentencia de 27 de junio de 2000, asunto Océano Grupo Editoria. De la doctrina jurisprudencial del Tribunal de Justicia de la CE, la cláusula abusiva será que predispuesta por el empresario genera un desequilibrio importante, teniendo en cuenta la naturaleza del bien o del servicio que sea objeto del contrato, considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de la su celebración y de las demás cláusulas contractuales.

[732] BUSTO LAGO y ÁLVAREZ LATA (2008) pp. 163 y ss, califican de desafortunada la referencia a prácticas abusivas y no consentidas expresamente consentidas por el consumidor dentro del concepto de cláusulas abusiva. Entiende que difícilmente se puede calificar como cláusula abusiva una práctica que no es una cláusula contractual. Consideran que una práctica empresarial difícilmente puede producir un desequilibrio jurídico salvo que se entienda en términos fácticos.

nos encontramos ante un contrato formalizado por escrito, pero desaparece cuando se trata de contratos verbales[733].

Para valorar la abusividad de una cláusula se parte de la buena fe exigible a las partes durante el proceso de contratación[734]. Pero el concepto de buena fe no se refiere en este caso a la voluntad o intención de los contratantes durante el proceso de contratación. Se trata de una buena fe objetiva, cuyo fin es valorar si los derechos y obligaciones de las partes son equilibrados y conforme a las expectativas que la contratación genera[735]. La buena fe es resultado del equilibrio jurídico del contrato, de forma que los derechos y obligaciones contractuales que se deriven para las partes sean proporcionados[736]. En palabras de Miquel González, la buena fe es el respeto a la esencial igualdad de los contratantes[737].

733 Pensemos por ejemplo en la compra de un producto en un establecimiento en el que el empresario indica que admite cambios o devoluciones, sin ninguna especificación; y en el momento de solicitar la devolución del producto nos advierte que únicamente entrega vales canjeables.

734 MIQUEL GONZÁLEZ (1996) p. 4951, afirma que la adhesión debe ser interpretada conforme a la buena fe y en consecuencia no puede considerarse como aceptación de cualquier contenido contractual. Para el autor, las condiciones generales vincular en la medida en que establezcan una regla contractual que sea conforme con aquellas y en particular con la buena fe.

735 De forma generalizada la doctrina equipara el concepto de buena fe del artículo 82 TRLGDCU al equilibrio de derechos y obligaciones contractuales. PAGADOR LÓPEZ (2011) p. 1427, señala que es irrelevante la buena o mala fe con que haya actuado el predisponente; lo que expresa es la regulación equilibrada aplicable al contrato. En el mismo sentido, MIQUEL GONZÁLEZ (2011) p. 734, afirma que el artículo 82 TRLGDCU no alude a la buena fe subjetiva, esto es, el control de contenido no requiere que el predisponente actúe de mala fe cuando establece las condiciones generales.

736 Hemos de advertir que se trata del mismo concepto de buena fe aplicable a los tratos previos, y a partir de la cual se valora la existencia de responsabilidad precontractual. SERRA RODRÍGUEZ (1996) pp. 62-65, comentando la original regulación de las condiciones generales y cláusulas abusivas contenida en el artículo 10 LGDCU, ya destacó que la buena fe es utilizada en este contexto como un criterio valorativo de las obligaciones impuestas a las partes de una relación contractual. De esta forma, podrán calificarse como contrarias a la buena fe, las obligaciones que no respeten una justa, racional y equilibrada ordenación de los intereses jurídicos de las partes.

737 En palabras de MIQUEL GONZÁLEZ (2011) p. 739: «Es el respeto a la esencial igualdad de los contratantes lo que debe mantenerse cuando se apela a las exigencias de la buena fe. Ya que su libertad no es la que determina el contenido contractual, debe determinarlo su igualdad». El mismo autor (2002) p. 941, señala que: «La cláusula general de la buena fe es la que proporciona un criterio que permite y debe proporcionar una consideración de todas las circunstancias contractuales que puedan justificar la ruptura con una regla que era equilibrada e imparcial al estar establecida por la Ley dispositiva o ser derivación de los principios».

El factor determinante para que una cláusula sea abusiva es que cause un desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes[738]. Las cláusulas predispuestas no deben alterar los efectos normales y esperados del contrato atendiendo a su naturaleza[739]. Para valorar el desequilibrio se utilizarán como criterios los usos y las normas de derecho dispositivo, esto es, aquellas que serían aplicables si no existieran las cláusulas predispuestas[740]. De esta forma, el derecho dispositivo se convierte, en la práctica, en derecho imperativo[741]. Así, las cláusulas predispuestas no pueden contradecir las reglas del derecho dispositivo[742].

Es clara, al respecto, la posición del Tribunal de Justicia de la CE. En su Sentencia de 14 de marzo de 2013 (asunto Mohamed Azid) afirma que el concepto de desequilibrio importante en detrimento del consumidor se apreciará a través de un análisis de las normas nacionales aplicables a la falta de acuerdo entre las partes, para determinar si el contrato deja al consumidor en una situación jurídica menos favorable que la prevista por el Derecho nacional vigente.

El uso del derecho dispositivo como criterio para valorar el desequilibrio entre los derechos y obligaciones, no nos debe llevar a entender que con el control de contenido las cláusulas predispuestas únicamente podrán redactarse en el sentido de las normas dispositivas, siendo una extensión o desarrollo de las

738 Así lo entiende ALBIEZ DOHRMANN (2013) p. 436, cuando señala que lo decisivo para poder calificar una cláusula como abusiva es que provoque un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones contractuales de las partes en el contrato, para lo que es un criterio delimitador fundamental la buena fe.

739 BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (2000) p. 758.

740 ALFARO AGUILA-REAL (2000) p. 23, concluye que la buena fe significa conformidad de la condición general con el reparto de riesgos recogido en el Derecho dispositivo o, a falta de éste, con el que resulta de una valoración equilibrada de los intereses de las partes.

741 CASTRO Y BRAVO (1975) p. 80, ya puso de manifiesto la importancia del derecho dispositivo, al considerar que no son normas dadas para auxilio de descuidados o desmemoriados, supletorias o adivinatorias de sus voluntades, sino que manifiestan la regulación normal y que, por tanto, tienen un cierto carácter imperativo, al ser preceptos en los que el legislador ha ponderado cuidadosamente la situación normal de los intereses de las partes, tienen una función ordenadora, por lo que no pueden ser desplazados sin una razón suficiente.

742 MIQUEL GONZÁLEZ (2011) p. 739, señala que «La cláusula general de la buena fe permite operar precisamente sobre las reglas de derecho dispositivo transformándolas en derecho imperativo en el caso concreto para obtener un equilibrio de derechos y obligaciones».

mismas[743]. Bercovitz Rodríguez-Cano apunta que esta concepción desvirtúa la función del derecho dispositivo, al atribuirle una capacidad de desarrollo ilimitado para cualquier relación contractual. En palabras del autor, se trata de saber cuál sería el pacto o cláusula que alcanzaría en un supuesto como el considerado por dos contratantes en condiciones normales de igualdad y debidamente informados[744].

No cualquier desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes determina la abusividad de una cláusula. Advierte Bercovitz Rodríguez-Cano que al tratarse de proteger al consumidor, solo el desequilibrio entre los derechos y obligaciones que causen un perjuicio al consumidor será determinante para encontrarnos ante una cláusula abusiva. Si el perjuicio se deriva para el empresario-predisponente no se establece consecuencia alguna en la norma, pues no será una cláusula abusiva[745].

Es necesario que el desequilibrio que produzca la cláusula sea relevante. Por ello, para declarar una cláusula abusiva se atenderá a la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato, así como a las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración. La valoración de las cláusulas predispuestas se realizará sobre el conjunto del contrato y no de forma individualizada. Sería

[743] Para MIQUEL GONZÁLEZ (1996) p. 4954, el primer parámetro al que se someten las condiciones generales es el derecho dispositivo. Si las condiciones generales discrepan del derecho dispositivo deben considerarse contrarias a la buena fe y equilibrio de las contraprestaciones, salvo que estén justificadas por las circunstancias del caso y particularmente en ventajas concedidas al consumidor más allá de la norma legal. En palabras de BALLUGERA GÓMEZ (2006) pp. 207 y ss, el derecho dispositivo solo podrá ser derogado por condiciones generales equilibradas, pero nunca abusivas.

[744] BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (2000) p. 759.

[745] En palabras del autor: «Puesto que se trata de proteger al consumidor, al igual que al adherente en general frente a las condiciones generales abusivas, solo es relevante el desequilibrio contractual que perjudique al consumidor. No importa que el mismo pueda perjudicar al predisponente. Semejante situación anómala no preocupa al legislador. Eso no es el problema. El profesional o empresario podrá pues imponer al consumidor cuantas cláusulas predispuestas quiera a favor de este último y en su propio perjuicio, sin que las mismas puedan ser calificadas de abusivas y consecuentemente nulas, de acuerdo con el artículo 10 bis.2». BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (2000) p. 757.

posible que una cláusula que por si sola pudiera ser considerada abusiva, se complete y compense con otra u otras previsiones contractuales[746].

Además, el hecho de que una cláusula o parte de ella sea negociada individualmente no excluye el control sobre el resto del clausulado contractual. Corresponde en todo caso al empresario la prueba de que una cláusula se ha negociado individualmente.

El Texto Refundido establece un listado de cláusulas que se consideran abusivas[747]. Pero esa lista no es cerrada, sino que se considera como ejemplificativa, pudiendo haber otras cláusulas abusivas[748]. Nos encontramos ante un listado de cláusulas que se consideran, en todo caso, abusivas (lista negra) y, que además, servirán para valorar la posible abusividad de otras

[746] MIQUEL GONZÁLEZ (2002) pp. 956 y ss, analiza la relatividad del concepto de cláusula abusiva, al entender que es necesario valorar el conjunto del contenido contractual, incluyendo la naturaleza de los bienes y servicios como otras circunstancias, para poder determinar el carácter abusivo de una cláusula.

[747] MIQUEL RODRÍGUEZ (1999) p. 286 y ss, considera poco afortunado establecer una lista imperativa de cláusulas abusivas, ya que de esta forma el legislador incurre en un exceso de protección, y priva de eficacia a la cláusula general de adecuación a la buena fe y no causar un desequilibrio entre los contratantes. Tal y como advierte LETE ACHIRICA (2000) p. 640, el legislador optó por establecer una lista negra o de cláusulas en todo caso abusivas, a diferencia de la Directiva. Pero reconoce que el legislador actuó dentro de los márgenes legales que la Directiva posibilita.

[748] El antecedente de este listado está en la Directiva 93/13/CE, que en su anexo establece un listado de posibles cláusulas abusivas. Pero el listado de la Directiva, al contrario que el TRLGDCU, no recoge cláusulas que en todo caso son consideradas abusivas, sino que se establecen como los criterios que se utilizarán para la valoración de la posible abusividad de las condiciones generales incorporadas al contrato. Así, lo ha interpretado el Tribunal de Justicia de la UE a lo largo de sus pronunciamientos. En su Sentencia de 9 de noviembre de 2010 (Pénzügyi Lízing/Schneider), que en su apartado 43 afirma que: ...el artículo 3 de la Directiva delimita tan sólo de manera abstracta los elementos que confieren carácter abusivo a una cláusula contractual que no ha sido negociada individualmente, que el anexo al que remite el artículo 3, apartado 3, de la Directiva sólo contiene una lista indicativa y no exhaustiva de cláusulas que pueden ser declaradas abusivas...". En el mismo sentido, se pronuncia entre otras, en las sentencias: STJUE de 7 de mayo de 2002 (Comisión/Suecia), STJUE de 4 de junio de 2009 (Pannon GSM), STJU de 26 de abril de 2012 (Nemzeti/Invitel). Podemos diferenciar así dos tipos de listados. En primer lugar, nos encontramos con la lista gris de la Directiva 93/13/CE, en la que se establecen los criterios para valorar la posible abusividad de las cláusulas predispuestas. En segundo lugar, tenemos el sistema de lista negra del TRLGDCU, en el que se recogen determinadas cláusulas que en todo caso son consideradas como cláusulas abusivas. RALUCA STROIE (2012) p. 6, al examinar el camino recorrido por la Directiva 2001/83/UE, destaca como una de sus novedades respecto al Propuesta del 2008, la desaparición de la regulación en el texto final de la Directiva, pues en dicha Propuesta se había plasmado un listado de cláusulas abusivas en cualquier circunstancia, junto a un listado de cláusulas presuntamente abusivas.

cláusulas no contempladas en esa lista[749]. Así el artículo 82.4 dispone que: *"No obstante lo previsto en los apartados precedentes, en todo caso son abusivas las cláusulas que, conforme a lo dispuesto en los artículos 85 a 90, ambos inclusive: a. vinculen el contrato a la voluntad del empresario, b. limiten los derechos del consumidor y usuario, c. determinen la falta de reciprocidad en el contrato, d. impongan al consumidor y usuario garantías desproporcionadas o le impongan indebidamente la carga de la prueba, e. resulten desproporcionadas en relación con el perfeccionamiento y ejecución del contrato, o, f. contravengan las reglas sobre competencia y derecho aplicable".*

La consecuencia de que una cláusula sea abusiva, conforme al artículo 83, es su nulidad de pleno derecho, teniéndose por no puesta[750]. La nulidad solo podrá ser instada en beneficio del consumidor. Como apunta Pasquau Liaño, se trata de una nulidad de pleno derecho pero relativa, ya que la protección del consumidor es el único interés legítimo que permite instar la nulidad[751].

La redacción original del artículo 83 TRLGDCU designaba al juez que declaraba la nulidad de la cláusula, el encargado de integrar el contenido del contrato conforme al artículo 1258 del Código Civil y al principio de buena fe objetiva. Pero además, este precepto facultaba al juez para moderar las posibles cláusulas abusivas, y así se venía haciendo por nuestros tribunales, sobre todo en aquellos casos en los que la nulidad era consecuencia de plazos lesivos para el consumidor o en caso de la fijación de indemnizaciones gravosas en relación al perjuicio sufrido.

[749] PAGADOR LÓPEZ (2011) p. 1432, advierte que la lista suministra argumentos adicionales para enjuiciar, con arreglo a la cláusula general de buena fe, las estipulaciones predispuestas no incluidas en ella, ya sea por aplicación analógica o a sensu contrario.

[750] PASQUAU LIAÑO (2000) p. 775, considera que es un acierto considerar la nulidad de las cláusulas abusivas como una nulidad total o de pleno derecho frente a una anulabilidad. En el mismo sentido, FERNÁNDEZ DE SENESPLEDA y otros (2014) p. 91, afirma que «(…) el legislador español acude a la institución de la nulidad absoluta o de pleno derecho, lo que se corresponde con la naturaleza imperativa de la normativa de consumo y con el artículo 6.3 del Código Civil (...)».

[751] PASQUAU LIAÑO (2000) p. 778. Es una opinión generalizada en la doctrina, entre los que podemos mencionar a PAGADOR LÓPEZ (2011) p. 1437, o MIQUEL GONZÁLEZ (2011) p. 756.

En su sentencia de 14 de junio de 2012 (asunto Banco de Crédito Español) el TJUE afirmó con rotundidad que el juez nacional únicamente podía limitarse a declarar la nulidad de las cláusulas abusivas incorporadas al contrato y, de esta forma, dejarlas sin efecto, pero en ningún caso podrá modificar su contenido, integrarlas o sustituirlas. Esta afirmación del TJUE se fundamenta en que la posibilidad de que el juez integre o modifique una cláusula abusiva, anima a los empresarios a su utilización, pues en caso de que sus cláusulas lleguen a los tribunales, éste confiará en que únicamente el juez modere su abusividad[752].

Para dar cumplimiento a la STJUE de 14 de junio de 2012, el legislador aprovechó la transposición de la Directiva 2011/83/CE a través de la Ley 3/2014, para modificar el artículo 83 TRLGDCU[753]. En su nueva redacción se prevé la nulidad de pleno derecho de las cláusulas abusivas, que se tendrán por no puestas[754]. El contrato seguirá siendo vinculante para las partes en los mismos términos, salvo que no sea posible su vigencia sin dichas cláusulas. Si la subsistencia del contrato determina una situación no equitativa para las partes, el juez podrá declarar su ineficacia.

Para garantizar la protección de los derechos de los consumidores y la efectividad de la Directiva 93/13/CE, el TJUE ha reconocido a lo largo de su

752 En palabras de CARRASCO PERERA (2012) p. 145, la exclusión de que el juez pueda moderar o modificar la cláusula abusiva encuentra su fundamento en una consideración de política legislativa de prevención general de conductas abusivas, pues si la cláusula se suprime, y no se sustituye, modera o reconduce a lo justo, el empresario que utilice las cláusulas abusivas sufrirá un impacto in terrorem que de otra forma se ahorraría.

753 FERNÁNDEZ SENESPLEDA y otros (2014) p. 95, consideran que habrá que inaplicar y excluir los efectos propios frente al consumidor de la cláusulas contractual declarada nula, al no ser vinculante y no ser posible ningún tipo de moderación judicial. Advierten, además, que lo indicado afecta únicamente a las cláusulas abusivas según el TRLGDCU y a las condiciones generales de la contratación incluidas en los contratos de consumo.

754 CARRASCO PERERA (2012) pp. 145-147, duda de que la imposibilidad judicial de moderar, modificar o sustituir las cláusulas abusivas sea beneficioso para el consumidor, pues en algunos casos la eliminación total de la cláusula podría dañar la posición del consumidor frente a otras opciones más favorables (derecho de desistimiento contractual con un plazo excesivamente corto, que en caso de considerarse abusiva eliminaría la posibilidad de desistir), o incluso cuando afecte a un elemento esencial del contrato sin el cual éste no podrá sobrevivir. A la misma conclusión llega PAZOS CASTRO (2014) p. 14, en su comentario de la STJUE de 30 de mayo de 2013, asunto Asbeek Brusse y De Man Garabito. Considera que el respeto a la autonomía de la voluntad en la contratación con consumidores se pone en duda, pues la posibilidad de modular la cláusula estaría justificada en el debate contradictorio al que es sometida en el propio procedimiento.

jurisprudencia la facultad de que los jueces y tribunales de los Estados miembros apliquen el control de abusividad de oficio, en aquellos asuntos en los que el objeto de litigio sea un contrato con cláusulas predispuestas[755]. Como también reconoce nuestro Tribunal Supremo, el juez podrá apreciar de oficio el carácter abusivo de las cláusulas contractuales, sin necesidad de que las partes en sus escritos de demanda y oposición formulen alegación alguna al respecto[756].

Cordón Moreno sintetiza la doctrina del TJUE sobre el poder de los jueces de actuar de oficio ante las cláusulas abusivas a través de dos premisas[757]. En primer lugar, la posibilidad de la intervención del juez de oficio es una herramienta imprescindible para conseguir el efecto útil de la Directiva 93/13/CE. En segundo lugar, este deber no solo comprende la apreciación de la abusividad cuando aparezca demostrada de forma clara y contundente en el proceso, sino que el juez también deberá acordar la práctica de la prueba cuando existan motivos fundados de que una cláusula puede ser abusiva. Pero también nos advierte de la dificultad que en ocasiones puede suponer la aplicación de estas reglas en el sistema español, en el que corresponde a las partes decidir sobre el ejercicio de sus derechos en vía jurisdiccional, así como la carga de

[755] Así, lo ha recordado el TJUE, en su reciente sentencia de 14 de marzo de 2013, al señalar que "el Tribunal de Justicia ha subrayado ya en varias ocasiones que el juez nacional deberá apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual incluida en el ámbito de aplicación de la Directiva y, de este modo, subsanar el desequilibrio que existe entre el consumidor y el profesional, tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de derecho necesarios para ello". PAZOS CASTRO (2014) p. 7, concluye a la vista de la jurisprudencia del TJUE que el juez nacional no tiene una mera facultad de intervención en el contrato, sino que tiene una auténtica obligación de examinar el carácter abusivo de una cláusula contractual y pronunciarse al respecto en cuanto disponga de los elementos de hecho y de derecho necesarios para ello. GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO (2014) p. 320, afirma con rotundidad que hay que tener muy claro que el TJUE configura el control de oficio de la abusividad en los contratos celebrados entre consumidores y profesionales, no como un derecho del juez nacional, sino como una verdadera obligación, que debe ejercitar, en cualquier momento, y tan pronto como disponga de los elementos de hecho y Derecho necesarios.

[756] BUSTO LAGO (2012) destaca la relevancia de la STJUE de 26 de abril de 2012 (asunto Invitel), pues aclara de forma definitiva que es conforme al derecho de la UE permitir que los órganos jurisdiccionales controlen, de oficio y en cualquier momento procesal (incluyendo la ejecución), la validez de las cláusulas contractuales.

[757] CORDÓN MORENO (2013) p. 526.

probar los hechos sobre los que el juez debe decidir; y en el que debe garantizarse en todo caso el principio de contradicción[758].

La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 17 de julio de 2014 (asunto Sánchez Morcillo/BBVA) reconoce que la legislación española impide una adecuada protección de los consumidores frente al desequilibrio que supone la utilización de cláusulas abusivas. Considera que la imposibilidad del consumidor/ejecutado de interponer recurso de apelación contra la resolución que desestime su oposición a la ejecución, cuando el ejecutante sí tiene la posibilidad de ejercitar dicho recurso, implica una contradicción con el artículo 7, apartado 1 de la Directiva 93/13/CEE sobre cláusulas abusivas[759]. Aunque la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil, a través de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, ha introducido una importante excepción en materia de cláusulas abusivas, la adaptación de la normativa española al control de oficio de las cláusulas abusivas no alcance el sistema previsto por el TJUE[760].

c) El control de transparencia. Verdadero deber de información contractual

Como ya señalamos una parte del sector doctrinal reconoce en la regulación de las cláusulas predispuestas un tercer control, esto es, el control de transparencia. El objeto de este nuevo control sería velar por la transparencia de las estipulaciones contractuales, en las que se contienen los elementos esenciales

[758] DOMÍNGUEZ LUELMO (2013) comparte la opinión de la dificultad de aplicar la doctrina del control de oficio por los jueces y tribunales de las cláusulas abusivas. Así lo pone de manifiesto en su trabajo sobre el control de las cláusulas abusivas dentro de los procedimientos de ejecución hipotecaria, al hilo de la STJUE de 14 de marzo de 2013. Esta misma postura es la que sostiene CARBALLO FIDALGO (2006) pp. 2629-2637.

[759] En la STJUE de 17 de julio de 2014, el TJUE entiende que en tales circunstancias el procedimiento nacional de ejecución hipotecaria se caracteriza por disminuir la efectividad de la protección del consumidor que pretende la Directiva 93/13, en la medida en que dicha regulación procesal incrementa la desigualdad de armas entre los profesionales, en su condición de acreedores ejecutantes y los consumidores.

[760] Así lo entienden FERNÁNDEZ DE SENESPLEDA y otros (2014) pp. 44 y ss, que tras analizar la doctrina del TJUE sobre la necesidad del control de oficio de las cláusulas abusivas y la situación actual del ordenamiento español, concluyen que la doctrina del TJUE tiene un mayor alcance que el reconocido por la Ley 1/2013, de 14 de mayo, que a pesar de que ha introducido la posibilidad de apreciar de oficio la abusividad de ciertas cláusulas en el momento anterior al despacho de la ejecución de ciertos títulos ejecutivos, no reconoce esta posibilidad en otros momentos procesales, como los procesos declarativos o el monitorio.

del contrato y que resultan decisivos para que el consumidor pueda adoptar la decisión de contratar[761].

Coincide la doctrina en señalar que el control sobre los elementos esenciales del contrato no se limita a un simple control de incorporación, en el que se valora la disponibilidad y accesibilidad de las condiciones contractuales para el consumidor[762]. Se trata de un verdadero control de transparencia de los elementos esenciales, que entra a valorar la comprensión de la oferta contractual y la posibilidad de su comparación en el mercado[763]. Así lo ha entendido el Tribunal Supremo en su Sentencia de 9 de mayo de 2013, sobre las cláusulas suelo: "*Que la transparencia de las cláusulas no negociadas, en contratos suscritos con consumidores, incluye el control de comprensibilidad real de su importancia en el desarrollo razonable del contrato*[764]*"*. De forma clara y

[761] BUSTO LAGO (2008) p. 179.

[762] PERTÍÑEZ VILCHEZ (2013) p. 13, manifiesta que la obligación de transparencia en las condiciones generales tiene un contenido dinámico que no se agota en el mero cumplimiento de los requisitos de incorporación, o en la redacción de una cláusula sin ambigüedad, sino que exige un plus de información que permita al consumidor adoptar su decisión con conocimiento de causa. En este sentido, SÁNCHEZ MARTÍN (2013) p. 2, entiende que en relación al objeto principal del contrato, garantiza que el cliente conozca o pueda conocer la carga económica que el contrato supone para él y la prestación que va a recibir de la otra parte y, además, garantiza la adecuada elección del consumidor en aquello cuya determinación se confía al mercado y la competencia, lo que supone que más allá de la mera exigencia de claridad en los términos de las cláusulas, se pretende garantizar que el consumidor tenga una posibilidad real de comparar las distintas ofertas y alternativas de la contratación del producto.

[763] Afirma PERTÍÑEZ VILCHEZ (2011) p. 706, que respecto a las cláusulas relativas al precio y a su adecuación con la contraprestación no basta con el cumplimiento de los requisitos de comprensibilidad, accesibilidad y legibilidad exigidos en general a las cláusulas no negociadas individualmente, sino que se requiere un aporte especial de transparencia en la fase precontractual y en su plasmación documental que asegure su conocimiento efectivo antes de la celebración del contrato.

[764] Clara es la exposición que hace el Tribunal Supremo para explicar la necesidad de que los elementos esenciales del contrato se sometan a un doble filtro (el control de incorporación y el control de transparencia): *210. Ahora bien, el artículo 80.1 TRLCU dispone que"[e]n los contratos con consumidores y usuarios que utilicen cláusulas no negociadas individualmente [...], aquéllas deberán cumplir los siguientes requisitos: a) Concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa [...]-;b) Accesibilidad y legibilidad, de forma que permita al consumidor y usuario el conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido". Lo que permite concluir que, además del filtro de incorporación, conforme a la Directiva 93/13/CEE y a lo declarado por esta Sala en la Sentencia 406/2012, de 18 de junio, el control de transparencia, como parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta, esto es, fuera del ámbito de interpretación general del Código Civil del "error propio" o "error vicio", cuando se proyecta sobre los elementos esenciales del contrato tiene por objeto que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la "carga económica" que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizada a cambio de la prestación económica que se*

concisa, Cámara Lapuente resume la postura del Tribunal Supremo, al señalar que la STS entiende que existe un primer control de transparencia documental para todas las condiciones generales que, una vez se ha superado, permite su incorporación al contrato; y un segundo control de transparencia reforzado o específico para los elementos esenciales del contrato, que permitirá al consumidor conocer con sencillez tanto la carga económica como la carga jurídica del contrato y, de no superarse este segundo control, la cláusula podrá declararse abusiva[765].

Por tanto, los elementos esenciales del contrato estarán sometidos a un control más riguroso y exigente que el resto del condicionado contractual. No basta que estén redactados con claridad y sean accesibles para que el consumidor conozca su existencia, sino que además se exige que sean comprensibles y acordes al contenido del contrato[766]. De esta forma, se eliminarán las cláusulas que sean sorpresivas o inesperadas[767]. El control de transparencia analiza la

quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo". 211. En este segundo examen, la transparencia documental de la cláusula, suficiente a efectos de incorporación a un contrato suscrito entre profesionales y empresarios, es insuficiente para impedir el examen de su contenido y, en concreto, para impedir que se analice si se trata de condiciones abusivas. Es preciso que la información suministrada permita al consumidor percibir que se trata de una cláusula que define el objeto principal del contrato, que incide o puede incidir en el contenido de su obligación de pago y tener un conocimiento real y razonablemente completo de cómo juega o puede jugar en la economía del contrato."

765 CÁMARA LAPUENTE ((1) 2013) p. 217, y (2014) p. 778. CARBALLO FIDALGO (2013) pp. 116-117, considera que el Tribunal Supremo en su sentencia de 9 de mayo de 2013 desarrolla su razonamiento en tres tiempos. En primer término, defiende que las cláusulas controvertidas forman parte inescindible del precio que debe pagar el prestatario y por tanto, definen el objeto principal del contrato. En segundo lugar, el tribunal descarta que la transparencia sea una característica de las cláusulas enjuiciadas, haciendo una digresión sobre el control reforzado o doble control de transparencia a que estas cláusulas deben ser sometidas cuando se utilizan en la contratación con consumidores. Finalmente, tras declarar el carácter no transparente de estas cláusulas, arranca el tercer tramo de razonamiento del tribunal con una afirmación hasta el momento controvertida: la falta de transparencia de una cláusula no produce, por si misma, un desequilibrio importante en perjuicio del consumidor contrario a la buena fe. Es necesario que concurran los parámetros definitorios del carácter abusivo de las cláusulas controvertidas, interpretados a la luz de los criterios contenidos en el artículo 82.3 TRLGDCU.

766 Para PAGADOR LÓPEZ (2011) p. 1424, las estipulaciones reguladoras de los elementos esenciales están sujetas al control de transparencia, cuyo resultado puede consistir en la calificación de una cláusula como abusiva por intransparente.

767 En palabras de PERTÍÑEZ VILCHEZ (2013) p. 13, la falta de transparencia se identifica con la sorpresa o con el engaño que supone para el cliente la inclusión de la cláusula, de la que no

influencia de esas cláusula en la decisión del consumidor a la hora de contratar, por ser una parte esencial del contrato[768]. Nos encontramos en el ámbito de la voluntad de contratar, esto es, la necesidad de que el consentimiento del consumidor sea libre, autónomo e informado.

En palabras de Pertíñez Vilchez, mediante el juicio de abusividad sobre los elementos esenciales del contrato no se juzga la justicia objetiva del precio, sino la alteración mediante una condición general del equilibrio económico pactado por las partes[769]. No se trata de valorar económicamente las prestaciones de las partes, esto es un control económico del objeto contractual, sino que se trata de un control jurídico de los elementos esenciales del contrato[770].

Parece unánime la opinión de que las cláusulas que no superen este control de transparencia deben considerarse abusivas[771]. El control de transparencia se configura en un punto intermedio entre el control de incorporación y el control de abusividad de las cláusulas predispuestas, pues no basta que su redacción sea clara y sencilla y que están accesibles para el usuario, sino que además tendrán que ser comprensibles y transparentes, aunque sin entrar a valorar el equilibrio económico de las prestaciones[772]. Por tanto, la abusividad de las cláusulas predispuestas no es consecuencia de la falta de

se informó debidamente para ser tenida en cuenta por el consumidor a la hora de decidir sobre la contratación.

768 PAGADOR LÓPEZ (2011) p. 1424, apunta que el objetivo del control de transparencia es preservar el consentimiento negocial prestado por el adherente frente al efecto de opacidad derivado de la inclusión de cláusulas reguladoras de elementos esenciales dentro del conjunto de las condiciones generales.

769 PERTÍÑEZ VILCHEZ (2011) p. 707.

770 En este sentido, PERTÍÑEZ VILCHEZ (2013) p. 10, afirma que mediante el control de las cláusulas relativas al objeto principal del contrato, no se trata de enjuiciar si por mor de una cláusula concreta el precio es caro o barato, sino si a consecuencia de la misma se ha producido una alteración del precio, tal y como pudo legítimamente haber sido percibido por el consumidor.

771 Así se deduce de la redacción del artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CE: *La apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible.*

772 En este sentido PERTÍÑEZ VILCHEZ (2004) p. 46, afirma que la falta de transparencia puede recibir un distinto emplazamiento sistemático en la legislación sobre condiciones generales: como requisito de incorporación de las condiciones generales al contrato, como causa de una interpretación «contra proferentem» o con un supuesto de cláusula abusiva por causar un desequilibrio sustancial en contra de la buena fe.

equilibrio, sino de la oscuridad en la redacción y presentación de dichas cláusulas[773].

La mayor dificultad a la hora de aplicar el control de transparencia será determinar cuando nos encontramos ante cláusulas que afecten a los elementos esenciales del contrato. Ni la Directiva 93/13/CE ni la Jurisprudencia del TJUE nos ofrecen una definición clara de "objeto del contrato" o "elementos esenciales". Habrá que atender a cada caso concreto para su determinación[774].

Aunque no cabe la menor duda de que las cláusulas predispuestas que se refieran a los elementos esenciales del contrato deben ser transparentes, no podemos compartir la opinión de esta doctrina, pues no reconocemos la existencia de un tercer control en la regulación de las cláusulas predispuestas[775]. El principio de transparencia está presente en la regulación del artículo 80 TRLGDCU y el artículo 5.5 LCGC, al exigir que sean redactadas con concreción, claridad y sencillez[776]. No obstante, creo que los requisitos de redacción no configuran un tercer control de las cláusulas predispuestas, sino que completan el control de incorporación.

---

[773] PERTÍÑEZ VILCHEZ (2004) p. 81, entiende que una cláusula puede ser ineficaz no solo por su falta de transparencia, sino que esta falta de transparencia será instrumental a un desequilibrio sustancial, causa última de su ineficacia. PERTÍÑEZ VILCHEZ (2011) pp. 707-708, defiende que la falta de transparencia sobre los elementos esenciales del contrato entronca con el control de contenido, porque en estos casos, la falta de transparencia provoca un perjuicio material para el consumidor, consistente en la alteración del acuerdo que creía haber alcanzado.

[774] PAGADOR LÓPEZ (2011) p. 1415-1416, pone de relieve la dificultad de distinguir las cláusulas que deben considerarse exentas del control de contenido, y las que, aun afectándoles, no deben recibir tal calificación ni deben considerarse sustraídas a control de contenido, lo que exige la consideración de las circunstancias concurrentes para cada caso.

[775] CARRASCO PERERA y CORDERO LOBATO (2013) p. 181, tras analizar críticamente la STS de 9 de mayo de 2013, concluyen que «...no hay un *tertium genus* entre incorporación y abusividad por desequilibrio del art. 82 TRLCU, pues no existe una exigencia autónoma de transparencia «sustancial» como la que propone el Tribunal cuyo control pueda dar lugar, *per se* (esto es, sin que exista abusividad por desequilibrio censurable conforme al art. 82.1) a nulidad». CARRASCO PERERA y GONZÁLEZ CARRASCO (2013) p. 156, en su estudio sobre la posible inconstitucionalidad de la STS de 9 de mayo de 2013, también concluyen que es jurídica y fácticamente imposible practicar un control abstracto de transparencia.

[776] PERTÍÑEZ VILCHEZ (2011) p. 697, nos recuerda que el artículo 80.1.a) TRLGDCU exige que las cláusulas no negociadas cumplan en su formulación los requisitos de concreción, claridad y sencillez con posibilidad de comprensión directa, y que estos requisitos son manifestación de un concepto más amplio, como es el deber de transparencia. En el mismo sentido, DURANY PICH (2002) p. 274 y pp. 315-326, GONZÁLEZ PACANOWSKA (2000) pp. 185 y ss.

El control de incorporación de las cláusulas predispuestas referidas a los elementos esenciales del contrato se refuerza y complementa con el derecho de información que corresponde a los consumidores[777]. Es el propio TRLGDCU el que reconoce a los consumidores un derecho de información tanto precontractual como contractual. Se configura como una obligación para el empresario en cualquier contrato celebrado con un consumidor, sin que quede reducido a los contratos con cláusulas predispuestas. Como reconoce Miquel González, la transparencia respecto de los elementos esenciales cumple la misión de garantizar que el cliente conozca o pueda conocer la carga económica que el contrato le supone y la prestación que va a obtener de la otra parte, esto es la equivalencia de las prestaciones[778].

Recordemos que el artículo 60 TRLGDCU impone al empresario la obligación de facilitar al consumidor, antes de la contratación, la información relevante, veraz y suficiente sobre las características esenciales del contrato, en particular sobre sus condiciones jurídicas y económicas, y de los bienes o servicios objeto del mismo. De esta forma, el legislador pretende garantizar que el consumidor toma su decisión debidamente informado, esto es, que da un "consentimiento informado".

Por tanto, "el control de transparencia" no debemos considerarlo como un tercer control aplicable a las cláusulas predispuestas referidas a los elementos esenciales del contrato, sino que se trata del control de incorporación. Este control de incorporación se refuerza cuando recae sobre aquellas cláusulas que afecten a los elementos esenciales del contrato, al entrar en juego el derecho de información del consumidor.

Cuando la falta de transparencia o la falta de información sobre los elementos esenciales del contrato, provoquen un desequilibrio entre las obligaciones de las partes en perjuicio del consumidor, esas cláusulas serán

[777] Para MIQUEL GONZÁLEZ (2011) p. 726-727, los elementos esenciales en cuanto que están exentos de control de contenido deben someterse a un control de consentimiento (inclusión, transparencia). Se trata de unos requisitos diferentes a los de inclusión cuando afecta a los elementos esenciales, porque va más allá de las exigencias de incorporación.

[778] MIQUEL GONZÁLEZ (2011) pp. 726 y ss.

abusivas. Pero la abusividad no es una consecuencia directa de la falta de transparencia, sino que solo habrá abusividad cuando haya desequilibrio para las partes. Para determinar el posible desequilibrio debemos traer a colación el artículo 65 TRLGDCU que prevé la integración del contrato, en beneficio del consumidor, conforme al principio de buena fe objetiva. Por tanto, si la falta de transparencia puede suplirse con la integración del contrato conforme al principio de buena fe objetiva en beneficio del consumidor y, de esta forma, se elimina el desequilibrio contractual, las cláusulas ya no serían abusivas.

d) Integración del contrato

La consecuencia de que una cláusula predispuesta no supere el control de incorporación es su exclusión del contenido contractual, entendiéndose como no puesta, esto es, que no forma parte del contrato. Si la cláusula predispuesta no sobrevive al control de contenido será nula y, por tanto, tampoco formará parte del contrato[779]. Si se produce cualquiera de estos supuestos, caben dos posibilidades. En primer lugar, que el contrato no sobreviva por carecer de los elementos esenciales[780]. Y en segundo lugar, que nos encontremos ante un contrato válido pero incompleto, que necesita ser integrado para su correcta ejecución[781].

El legislador español apuesta por la conservación del contrato cuando nos encontremos ante la no incorporación de alguna cláusula por no superar los requisitos de transparencia e incorporación o, cuando el contrato contenga alguna

[779] MIQUEL GONZÁLEZ (2006) analiza la nulidad de las condiciones generales, prevista en el artículo 8 LCGC. Pone en evidencia la falta de rigor de la LCGC, al prever la consecuencia del control de contenido de las condiciones generales, a pesar de que en el texto normativo no se prevé tal control.

[780] Así, el artículo 9 LCGC establece que tras el proceso judicial de declaración de nulidad o no incorporación, se podrá declarar la nulidad del propio contrato cuando la nulidad de las cláusulas o su no incorporación afecte a uno de los elementos esenciales del contrato en los términos del artículo 1261 del Código Civil. A pesar de la redacción del precepto, ALFARO AGUILA-REAL (2000) pp. 28-29, entiende que es difícil que la nulidad afecte a los elementos esenciales del contrato, ya que no están sometidos a control. Este autor afirma que la nulidad se refiere a los casos en que el control de contenido destroza el equilibrio económico del contrato haciendo inexigible al predisponente seguir vinculado.

[781] Tanto el artículo 83.2 TRLGDCU como el artículo 10 LCGC prevén la integración del contrato afectada por la nulidad a través del artículo 1258 del Código Civil.

cláusula abusiva[782]. Así, dispone la nulidad de pleno derecho tan solo de las cláusulas abusivas, y reserva la ineficacia del contrato para el supuesto de que las cláusulas subsistentes determinen una situación no equitativa en la posición de las partes que no pueda ser subsanada[783]. Pasquau Liaño reconoce suficientes argumentos que avalan la preferencia de la nulidad parcial, como sanción para los casos de cláusulas abusivas y de condiciones generales, que no superen el control de inclusión o que se oponen a normas imperativas[784].

Aunque la declaración de no incorporación o de abusividad de una cláusula predispuesta se realiza teniendo en cuenta el perjuicio que produce al consumidor/adherente, el contrato se declarará ineficaz cuando la supresión de dicha cláusula del contenido del contrato determine una situación no equitativa para cualquiera de las partes, sin distinguir si el perjuicio es para el consumidor o empresario. Así lo evidencia la redacción del artículo 83 TRLGDCU, al disponer que el juez declarará la nulidad de las cláusulas abusivas incluidas en el contrato, el cual seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, siempre que pueda subsistir sin dichas cláusulas.

Si la nulidad o no incorporación de una cláusula predispuesta no determina la ineficacia del contrato, el legislador preveía la integración de su contenido. En su redacción original, el artículo 83 TRLGDCU, refiriéndose únicamente a la necesidad de integrar el contrato en caso de declaración de nulidad de sus cláusulas, establecía que la parte del contrato afectada por la nulidad se integrará con arreglo a lo dispuesto en el artículo 1258 del Código Civil y al principio de buena fe objetiva. En el mismo sentido se pronuncia el artículo 10 LCGC, aunque esto sí, haciendo una referencia expresa tanto al supuesto de nulidad como al de no incorporación.

782 FERNÁNDEZ SENESPLEDA y otros (2014) p. 96, entienden que tanto el TRLGDCU como la Ley de Condiciones Generales de la Contratación prevén el principio de conservación del contrato a partir de las disposiciones subsistentes. La regulación legal muestra un especial interés en mantener la efectividad del contrato y reducir al máximo los supuestos en que la afectación sea total.

783 Para ALFARO AGUILA-REAL (2000) p. 28, la nulidad total del contrato es absolutamente excepcional.

784 PASQUAU LIAÑO (2000) pp. 296 y ss.

Pero para dar cumplimiento a la ya citada Sentencia del TJUE de 14 de junio de 2012 (asunto Banco Español de Crédito), la Ley 3/2014, de modificación del TRLGDCU, recoge una nueva redacción del artículo 83 TRLGDCU y, así, armoniza su regulación a la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que entiende que el legislador español no puede dotar a los jueces de la facultad de modificar el contenido de las cláusulas abusivas que figuren en los contratos[785]. Con la nueva redacción desaparece la facultad de los jueces y tribunales de integrar las lagunas del contrato tras la anulación de alguna de sus cláusulas.

Pero la omisión de cualquier referencia en el nuevo artículo 83 TRLGDCU a la integración del contrato, no debe implicar la imposibilidad de aplicar las reglas generales de integración. Recordemos que el artículo 65 TRLGDCU prevé que los contratos con consumidores se integrarán, en beneficio del consumidor, conforme al principio de buena fe objetiva. Además, el artículo 1258 del Código Civil implica que la integración del contrato se realizará conforme a la buena fe, al uso y a la ley, según su naturaleza. Es evidente la importancia que adquiere la buena fe en la integración del contrato, pues el legislador no se conforma con su referencia en el artículo 1258 del Código Civil, sino que hace una mención expresa.

Una vez más, la buena fe que integrará el contrato debe entenderse en un sentido objetivo. En palabras de Pasquau Liaño, no es una pauta de valoración de comportamientos, se trata de la concreción del principio general de buena fe del artículo 7.1 del Código Civil, que designa la legítima expectativa del consumidor que contrata con condiciones generales, quien puede legítimamente confiar en que la reglamentación contenida en el clausulado no se va a separar en su perjuicio de lo que es normal en el tipo de contrato que ha celebrado y es esa normalidad la que integrará el contrato[786]. Se trata de integrar el contrato

[785] El Tribunal Supremo en su Sentencia 1484/2014, de 11 de marzo de 2014, se anticipa a la modificación del artículo 83 TRLGDCU, al declarar que no es posible la moderación de una cláusula, por la que se establece una pena convencional para el desistimiento unilateral de contratos de duración prolongada, que ha sido calificada como cláusulas abusiva.

[786] PASQUAU LIAÑO (2000) p. 787.

conforme a su contenido natural. Si las normas dispositivas eran el criterio utilizado para controlar la abusividad de las cláusulas predispuestas, en el momento de integrar el contrato nos servirán para determinar el contenido natural del contrato. Pero no basta la regulación dispositiva, sino que para determinar el contenido natural hay que tener en cuenta las peculiaridades del contrato celebrado y la expectativa generada en el consumidor. Se atenderán así a los usos, a la publicidad y las manifestaciones de las partes.

e) Registro de condiciones generales. Acciones colectivas

Junto a los controles de incorporación y contenido ya analizados, la LCGC completa y da efectividad a la protección de los adherentes, al prever la creación de un Registro de Condiciones Generales y regular las acciones colectivas frente al uso de condiciones generales[787].

El artículo 11 LCGC crea el Registro de condiciones generales de la contratación, en el que se inscribirán las cláusulas contractuales que sean condiciones generales de la contratación. Su inscripción es facultativa, salvo que el Gobierno imponga la inscripción de las condiciones generales utilizadas por un sector específico. Además en el registro se realizarán las anotaciones preventivas de interposición de demandas ordinarias de nulidad o no incorporación de cláusulas generales. El Registro es público y se encuentra a cargo de un registrador de la propiedad y mercantil.

Son tres las acciones colectivas que se recogen en el Capítulo IV de la LCGC frente al uso de condiciones generales que resulten contrarias a la ley u otras normas imperativas o prohibitivas[788]. La acción de cesación se dirige a

[787] GASCÓN INCHAUSTI (2010) pp. 15 y ss, sostiene que las acciones colectivas son un medio efectivo para garantizar el equilibrio en las relaciones jurídicas entre empresarios y consumidores. El mismo autor (2011) pp. 893-896, para definir la acción colectiva afirma que si la acción es el derecho subjetivo público a obtener de los tribunales una tutela judicial concreta, puede decirse que la acción es colectiva cuando a través de ella se solicita de los tribunales que ofrezcan la tutela a un bien jurídico colectivo, en el que existen una única infracción con una pluralidad de afectados, o bien existe una pluralidad de controversias homogéneas.

[788] GASCÓN INCHAUSTI (2010) p. 17, destaca como rasgo común de las acciones colectivas que ofrecen la posibilidad de resolver en un solo proceso y con una sola sentencia un conflicto que afecta a los derechos o intereses de una colectividad o de una pluralidad homogénea de sujetos.

obtener una sentencia que condene al demandado a no utilizar condiciones generales nulas. La acción de retractación pretende que la sentencia obligue al demandado a no recomendar el uso de condiciones generales nulas. Finalmente, la acción declarativa se dirige al reconocimiento de una cláusula como condición general de la contratación y se ordene su inscripción.

Antes de la interposición de las acciones colectivas, las partes pueden someter la cuestión a dictamen del Registrador de Condiciones Generales. Su resolución se dictará en el plazo de quince días hábiles, y podrá proponer una redacción alternativa para las cláusulas objeto del dictamen[789].

C) Cláusulas predispuestas en los contratos de servicios de comunicaciones electrónicas

La contratación de los servicios de comunicaciones electrónicas se produce de forma generalizada en nuestra sociedad. Basta remitirnos a las cifras mencionadas en el inicio de este trabajo, para comprobar que la casi totalidad de la población dispone al menos de un teléfono, sea éste fijo o móvil; y, cada vez más hogares tienen una conexión a Internet. Es fácil advertir a la vista de estos datos, que el sector de las comunicaciones electrónicas se encuentra en un lugar destacado dentro de la contratación en masa o con condiciones generales de la contratación. Los operadores utilizan condiciones generales en la totalidad de sus contratos. El usuario tan solo podrá decidir entre las opciones que le oferta el operador, sin que tenga margen de negociación. Le ofrecerá varios servicios con varias tarifas, pero no podrá ni siquiera negociar sobre su combinación. Tan solo podrá decidir la opción que mejor se adapte a sus necesidades.

La utilización de condiciones generales implica que los contratos de servicios de comunicaciones electrónicas tengan que superar tanto el control de incorporación como el control de contenido previsto en el TRLGDCU y en la LCGC, antes mencionados. Tras el examen de algunos de los clausulados de condiciones generales utilizados por los operadores, analizaremos en primer

[789] ALFARO AGUILA-REAL (2000) p. 32, resalta el carácter voluntario del dictamen de conciliación, y califica la previsión normativa de ridícula, pues el dictamen se puede pedir a cualquier profesional, sin que tenga ninguna repercusión.

lugar si superan el control de incorporación, para a continuación cuestionarnos la posible abusividad de algunas cláusulas de uso frecuente en este tipo de contratos.

Antes de analizar las condiciones generales utilizadas por los operadores de servicio de comunicaciones electrónicas, cabe preguntarse si la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones puede ejercer algún tipo de control sobre los clausulados contractuales, para evitar la inclusión de cláusulas abusivas. El artículo 11 de la Carta de derechos obliga a los operadores a comunicar con antelación a su entrada en vigor las condiciones generales de la contratación y, en caso de tratarse de la prestación de servicios sujetos a obligaciones de servicio público, el contrato tendrá que ser aprobado con antelación por la SETSI.

Incluido en la enumeración de los derechos de los usuarios finales, encontramos camuflado en su apartado g), la posibilidad de que el Ministerio de Industria, Energía y Turismo aprueben las condiciones generales de los contratos en aquellos supuestos determinados en el desarrollo de la norma[790]. Se establece un control previo de carácter administrativo a la utilización de las condiciones generales incluidas en los contratos de prestación de servicios de comunicaciones electrónicas[791]. A pesar de la ambición del precepto, no hay desarrollo legal de la facultad que le concede al Ministerio de Industria, Energía y Turismo para controlar administrativamente la inclusión de cláusulas abusivas en los contratos utilizados por las operadoras[792]. En todo caso, no podemos entender que la

[790] Esta disposición ya se encontraba con mayor claridad en el artículo 38.7 LGT 2003, que disponía: *"El Ministerio de Ciencia y Tecnología podrá 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"*

[791] El apartado segundo del artículo 3 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de contrato de seguro, recoge el control administrativo de las condiciones generales que se incorporen a los contratos de seguro. Dispone que: "*Las condiciones generales del contrato estarán sometidas a la vigilancia de la Administración Pública en los términos previstos por la Ley"*.

[792] SÁNCHEZ CALERO (1999) pp. 101-105, repasa la evolución del control administrativo de las condiciones generales de los contratos de seguro. En sus inicios este control preveía la autorización previa de los clausulados utilizados por las aseguradoras, para en la actualidad limitarse a la obligación de las aseguradoras de tener a disposición de la Dirección General de Seguros los clausulados de condiciones que utilicen. GUISASOLA PAREDES (2000) p. 81-82, advierte que «en el derecho español se puede encontrar un control judicial-administrativo singular, que establece el artículo 3 LCS, el cual permite superar los efectos limitados de toda sentencia judicial, llevando la doctrina sentada en ella, siempre que se trate de una sentencia

aprobación del contrato por el Ministerio otorga validez a todas sus cláusulas. Van a seguir sometidas al control establecido en el TRLGDCU y en la Ley de Condiciones Generales de la Contratación[793].

Para darle una mayor efectividad en el control sobre las cláusulas predispuestas, hubiera sido deseable que el Ministerio competente en materia de Telecomunicaciones tuviera atribuciones similares a las que el artículo 81.1 TRLGDCU otorga a la Administración estatal, autonómica y local competente en la protección del consumidor. Así, las empresas que celebren contratos con consumidores están obligadas a facilitar las condiciones generales que integren en sus contratos, a solicitud de la Agencia Española de Consumo y Seguridad Alimentaria y Nutrición, de los órganos o entidades correspondientes de las Comunidades Autónomas y Corporaciones Locales competentes en materia de consumo. De esta forma, la Administración competente podrá examinar, estudiar y valorar el carácter abusivo de las cláusulas, para en su caso, ejercitar las competencias que en materia de control les atribuye la propia ley. La importancia del precepto deriva de la legitimación para ejercitar las acciones contra el uso de las cláusulas abusivas, que otorga a las distintas administraciones competentes en materia de protección al consumidor.

del Tribunal Supremo, a todas las cláusulas idénticas contenidas en contratos de seguro. Será la Administración Pública la que, en la práctica, deba llevar a cabo la eliminación de todas las cláusulas idénticas a las que hayan sido consideradas ilegales por el Tribunal Supremo, obligando a las Compañías de seguros a su modificación en todas las pólizas en las que las hayan insertado». Muy clara es la opinión al respecto de LARRAYA RUIZ (2001) p. 65, al afirmar que actualmente no hay un control preventivo por parte de la Administración de este tipo de contratos, al no estar fijado legalmente un contenido contractual. Únicamente se faculta a la Dirección General de Seguros a solicitar los modelos de las pólizas para su estudio y valoración, pero esta exigencia no es una condición previa para el ejercicio de la actividad aseguradora. En el mismo sentido se pronuncia ELGUERO MERINO (2004) pp. 62-63, al señalar que el artículo 3 de la Ley del contrato de seguro otorga a la Administración Pública el deber de vigilancia sobre las condiciones generales de los contratos de seguro, al corresponderle el deber de obligar a los aseguradores a modificar las cláusulas de los contratos que en ese u otros casos hayan sido declaradas nulas por el Tribunal Supremo.

793 GUISASOLA PAREDES (2000) p. 45, apoya esta opinión cuando destaca la Sentencia de 19 de octubre de 1992 de la Audiencia Provincial de Madrid, en la que queda sometido al control judicial las condiciones generales establecidas por la Administración por medio de Decreto y que figuran en un modelo predeterminado. El autor afirma que ello no obsta para que los excesos o defectos del contrato deban juzgarse conforme a preceptos civiles.

a) Control de incorporación en los contratos

Para analizar la incorporación de las condiciones generales a los contratos de servicios de comunicaciones electrónicas es necesario distinguir los supuestos en los que la contratación se realiza en un establecimiento comercial con presencia física de ambos contratantes, de los supuestos en los que la contratación se produce a través de vía telefónica o electrónica.

Cuando la contratación del servicio de comunicaciones electrónicas se realiza en el establecimiento del operador, el contrato se formaliza por escrito. Los operadores utilizan formularios o contratos-tipo, en los que las condiciones generales figuran en el reverso del documento contractual. Hasta aquí parece que los requisitos de incorporación exigidos por el TRLGDCU se cumplen, pues en el contrato formalizado por escrito constan las condiciones generales.

Pero estas condiciones suelen referirse a la contratación de la línea telefónica, y con cada línea el usuario contrata un plan o tarifa aplicable a su contrato. Si bien es cierto que en el documento contractual se hace referencia al plan contratado, no siempre figuran en el mismo las condiciones generales que le serán aplicables. Dichas condiciones suelen anunciarse en algún folleto o en el establecimiento. Sin embargo, entendemos que ello no es suficiente para superar el control de incorporación, ya que es necesario que las condiciones generales figuren en el documento contractual en los contratos con consumidores que se formalicen por escrito. Por tanto, estas condiciones generales quedarían excluidas del contrato[794].

[794] Para ofrecer una mejor explicación plantearemos un supuesto práctico. Un consumidor se dirige a un establecimiento del operador X para contratar un servicio de telefonía móvil con acceso a Internet. El operador le ofrece la tarifa Y que en ese momento tiene un descuento aplicado. Además, le ofertan la adquisición de un terminal a precio promocional que como se advierte en el documento contractual implica una cláusula de permanencia de 18 meses en la compañía, previéndose la penalización en caso de incumplimiento. Transcurridos los 18 meses de permanencia por la adquisición del terminal, el consumidor decide cambiar de compañía. El operador en la última factura le aplica una cláusula de penalización por tarifa, pues la tarifa con descuento contratada se renueva anualmente salvo oposición expresa, y por el plazo de un año. Las condiciones de aplicación de la tarifa no constan en el documento contractual, pero si en la página web del operador y se exhiben en el establecimiento. En el supuesto planteado, entendemos que las condiciones generales aplicables a la tarifa contratada

Para dar cumplimiento al requisito de incorporación exigido en la norma, Movistar incluye en el clausulado contractual la siguiente leyenda: «El cliente manifiesta, en tal sentido, haber leído, entendido y aceptado el presente contrato, puesto a su disposición, en todo momento, con carácter previo a la contratación en los canales habilitados por Movistar, de conformidad con lo dispuesto en la cláusula 23ª de este contrato». Habría que preguntarse si basta esta leyenda para cumplir los requisitos de incorporación de las cláusulas predispuestas al contrato. Si tenemos en cuenta que con el control de incorporación se pretende que el consumidor conozca la existencia de cláusulas predispuestas en el contrato, no siendo necesario que conozca con detalle cada una de dichas cláusulas, los requisitos de incorporación al contrato estarían cumplidos. Pero recordemos que el artículo 80 TRLGDCU hay que interpretarlo conforme al artículo 63, que exige que las condiciones generales figuren en el documento contractual. Por tanto, si la contratación es con un consumidor, no es suficiente la advertencia de condiciones generales para que éstas se incorporen al contrato. Es necesario que en el documento contractual consten las condiciones generales aplicables.

Cuando la contratación se produce por vía electrónica, recordemos que las condiciones generales deben estar disponibles para el adherente antes del inicio de la contratación de forma que pueda almacenarlas (artículo 27.4 LSSICE). Al consultar las páginas web de los distintos operadores, comprobamos que es difícil acceder al contenido de las condiciones generales aplicables a cada contrato, pues no hay un enlace directo y de fácil acceso que nos permita su conocimiento[795]. La normativa no solo exige que las condiciones generales están disponibles para los adherentes, sino que además deben ser accesibles para que se incorporen al contrato. Por tanto, la mayoría de las

no pueden ser incorporadas al contrato, pues al consumidor no se le informó de su existencia, así como tampoco constan en el documento contractual.

795 En sus páginas web, las operadoras distinguen las condiciones generales aplicables a los contratos dependiendo si se refiere a una línea de telefonía fija, móvil o de conexión a Internet. Pero también establecen condiciones generales aplicables a las tarifas, y por la adquisición de terminales o aparatos a través de la operadora. Es evidente la dificultad del contratante del servicio para conocer las condiciones aplicables a su contrato.

operadoras no cumplen los requisitos exigidos para que las condiciones generales se incorporen al contrato cuando se formalizan por vía electrónica.

Si la contratación se produce por vía telefónica, el operador debe informar de las condiciones generales aplicables al contrato e indicará al adherente donde se encuentran a su disposición. Son frecuentes las reclamaciones en vía arbitral que se fundamentan en la falta de información cuando la contratación del servicio se realiza por teléfono. Si el operador no puede acreditar que el adherente conocía la existencia de las condiciones generales y que estaban accesibles para el mismo, no se incorporarán al contrato.

Una práctica habitual entre los operadores es la falta del envío de la justificación de la contratación, donde consten todos los términos de la misma. El incumplimiento del artículo 80.1.b) TRLGDCU determinará la no incorporación de las condiciones generales al contrato.

b) Control de contenido

Dentro de las condiciones generales utilizadas por los operadores, encontramos algunas cláusulas que nos generan dudas acerca de su posible carácter abusivo. Parte de esas cláusulas son de uso generalizado por todos los operadores. A continuación analizaremos algunas de esas cláusulas, que son susceptibles de ser declaradas abusivas por generar un desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, en contra de las exigencias de buena fe.

Cláusula de modificación unilateral del contrato. Se incluye en los contratos de servicios de comunicaciones electrónicas la cláusula que otorga al operador la facultad de modificación unilateral del contrato[796]. En primer lugar

[796] Las condiciones generales de los servicios de comunicaciones móviles pospago de Vodafone dispone: «El presente contrato podrá ser modificado por Vodafone cuando exista un cambio en el Servicio, en las condiciones y tarifas aplicables o en la normativa vigente que resulte de aplicación. Dicha modificación se notificará al Cliente con un (1) mes de antelación a la entrada en vigor de la misma. El cliente tendrá derecho a resolver anticipadamente el contrato sin penalización alguna por este concepto, siempre que no esté de acuerdo con la modificación».
R Cable y Telecomunicaciones Galicia, S. A., establece en su cláusula 5ª.1: « R podrá modificar libremente las tarifas y/o las condiciones establecidas para la prestación del/los servicio/s contratados, cumpliendo en todo caso con las disposiciones legales que resulten de aplicación y cumpliendo con lo previsto en la Condición General Vigésima. Cualquier modificación de

debemos señalar que esta facultad se reconoce al operador en la normativa vigente. Es el artículo 9 de la Carta de derechos del usuario el que ampara esta posibilidad y, a la vez, el propio precepto establece un límite, al disponer: *"Los contratos de servicios de comunicaciones electrónicas sólo podrán ser modificados por los motivos válidos expresamente previstos en el contrato"*[797]. La primera cuestión que debemos plantearnos es si es posible someter al control de abusividad las cláusulas que recogen lo ya dispuesto por una norma. Aunque el TRLGDCU no establece nada al respecto, el artículo 4 LCGC excluye de su ámbito de aplicación las condiciones generales que reflejen las disposiciones reguladas específicamente por una disposición legal o administrativa de carácter general y que sean de aplicación obligatoria para los contratantes. Este es el caso del artículo 9 de la Carta de derechos de los usuarios. El artículo 2 de la propia Carta de derechos prevé la aplicación obligatoria de las disposiciones contenidas en la norma[798].

Pese a que en la norma se establece una facultad a favor únicamente de una de las partes, no cabe la posibilidad de someterla al control impuesto para las condiciones generales. Sin embargo, sí que queda sujeto al control de las condiciones generales aquello que sobrepase lo dispuesto en la norma que hemos tenido ocasión de analizar. En ninguna de las cláusulas contractuales utilizadas por los operadores se establecen los supuestos en los que puede ejercer esta facultad. Esta indeterminación genera un grave perjuicio en el usuario, pues no

las tarifas aplicables será comunicada a la Administración y representantes de los Consumidores y Usuarios en los plazos legalmente establecidos. Cualquier modificación de las tarifas será puesta en conocimiento del Cliente con una antelación mínima de un mes precio a la fecha de su entrada en vigor, mediante los medios de contacto previstos en el punto 1.2».
Movistar dispone: « El presente contrato podrá ser modificado por Telefónica Móviles España, S.A.U., dicha circunstancia será comunicada al cliente con un antelación mínima de un mes, quien podrá resolver el contrato, sin penalización por este motivo, en caso de no aceptación de las nuevas condiciones».

797 Este precepto deriva del artículo 38.2.h) de la LGT, que determina los derechos de los consumidores que deben ser posteriormente regulados, y al efecto señala: *"El derechos a resolver anticipadamente y sin penalización el contrato, en los supuestos de propuestas de modificación de las condiciones contractuales por motivos válidos especificados en aquél y sin perjuicio de otras causas de resolución unilateral".*

798 El artículo 2 de la Carta de derechos de los usuarios establece que: *"Serán titulares de los derechos reconocidos en este Real decreto, en las condiciones establecidas en el mismo, los usuarios finales de servicios de comunicaciones electrónicas. Los operadores estarán obligados a respetar los derechos reconocidos en esta disposición".*

puede saber cuándo su contrato va a ser modificado. En este sentido, el artículo 85.3 del TRLGDCU establece como cláusula abusiva: *"las cláusulas que reserven a favor del empresario facultades de interpretación o modificación unilateral del contrato, salvo, en este último caso, que concurran motivos válidos especificados en el contrato".*

Por consiguiente, la cláusula en la que se prevé la modificación unilateral del contrato por parte del operador, sin especificar los supuestos en que se pueda producir, genera un claro desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes. Debe considerarse como una cláusula abusiva y, en consecuencia nula.

Alfaro Aguila-Real afirma que «un problema particular se plantea cuando, en contratos de duración el empresario desea modificar las cláusulas aplicables al contrato para adaptarlas a nuevas circunstancias. Para que tal modificación sea oponible al cliente será necesario que las nuevas queden incorporadas a la relación y, para que ocurra tal cosa, de acuerdo con las reglas que hemos examinado anteriormente, es necesario que el predisponente las comunique al adherente indicándole que, caso de que no esté de acuerdo con las mismas, deberá/podrá denunciar el contrato. En tal caso, es suficiente el silencio del adherente para poder afirmar que aceptó la inclusión de las nuevas cláusulas»[799].

Nos sorprende esta afirmación que no compartimos, ya que entendemos que es una modificación unilateral del contrato por el empresario, que tal y como establece la Carta de derechos de los usuarios, solo podrá realizarse en aquellos casos previstos contractualmente. En caso contrario, el usuario se vería obligado a aceptar una modificación contractual o, en su caso prescindir del servicio contratado. En nuestra opinión, solo será posible la modificación unilateral del contrato en aquellos casos previstos normativamente (como ocurre en los contratos de comunicaciones electrónicas). En el resto de los supuestos, el usuario siempre podrá exigir el cumplimiento del contrato en los términos inicialmente pactados, mientras dure el contrato.

[799] ALFARO AGUILA-REAL (2000) p. 21.

Cláusula de permanencia y su penalización por incumplimiento. En la mayoría de los contratos de servicios de comunicaciones electrónicas se establece una cláusula de permanencia, impuesta al usuario. La permanencia se impone en aquellos casos en que el usuario se beneficia de un descuento[800] o una promoción, ya sea en el precio del servicio o en la adquisición de un terminal u otro aparato relacionado con el servicio a prestar[801]

El incumplimiento de la cláusula de permanencia tiene como consecuencia la imposición de una penalización económica. Así, el usuario se verá obligado a pagar una cantidad de dinero como penalización por el incumplimiento de la duración mínima del contrato. Pero esta penalización económica no se establece a la inversa para aquellos casos en que el operador incumpla su contrato. Dejaremos para un momento posterior el análisis de la naturaleza jurídica de la penalización prevista en el contrato y ahora, simplemente nos limitaremos a valorar su posible abusividad, por si generara un desequilibrio en las prestaciones de las partes contrario a la buena fe.

La validez de la cláusula de permanencia se establece a partir del artículo 8.f) de la Carta de derechos de los usuarios, por el que se obliga a facilitar en el contrato la información relativa al periodo contractual, indicando, en su caso, la existencia de plazos mínimos de contratación y de renovación, así como, en su caso, las consecuencias de su posible incumplimiento. Del texto del precepto queda claro que las cláusulas de permanencia que conlleven una penalización económica en caso de incumplimiento son perfectamente admisibles[802].

---

[800] R Cable denomina este tipo de descuentos como subvenciones: «Determinadas tarifas y promociones en vigor incluyen la posibilidad de subvencionar total o parcialmente la cuota de alta, la tarifa o los terminales y equipos entregados al Cliente, a cambio de un período de permanencia».

[801] Empieza a ser frecuente que con la contratación de una conexión a Internet el operador facilite al usuario un ordenador a precio promocional, a cambio de exigir un periodo determinado de permanencia.

[802] A la misma conclusión llega MENDOZA LOSANA (2014), que tras analizar tres posibles supuestos en los que existe una cláusula de permanencia y su consiguiente penalización, admite su legalidad, aunque advirtiendo que dichas cláusulas se someterán al control de incorporación y de abusividad propios de las cláusulas predispuestas. Para superar el control de incorporación es necesario que se garantice que el consumidor conozca o pueda conocer la existencia de dicha cláusula, por lo que el empresario deberá cumplir los deberes de informa-

Podríamos pensar que al no ser una cláusula recíproca o aplicable a ambas partes del contrato, es una cláusula abusiva conforme al artículo 87.6 del TRLGDCU[803]. Sin embargo, no hay que olvidar que la permanencia se impone porque el usuario obtiene un beneficio económico, ya sea en el precio del contrato o en un bien adquirido. Como hemos visto para apreciar la abusividad de una cláusula es necesario tener en cuenta tanto la naturaleza de los bienes y servicios objeto del contrato, todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración y las demás cláusulas del contrato[804]. En este supuesto entendemos que la falta de reciprocidad de la cláusula de permanencia no genera un desequilibrio para el usuario, que ya ha obtenido el beneficio económico[805].

Pero del propio artículo 87.6 TRLGDCU se deriva un límite en la penalización económica impuesta al usuario por el incumplimiento de la permanencia. La indemnización debe responder al daño efectivamente causado[806]. Las primeras cláusulas de permanencia impuestas en los contratos de prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, preveían una

ción y transparencia que le impone el TRLGDCU. Mientras la abusividad de la cláusula se valorará a la vista de los daños efectivamente causados con la baja anticipada.

803 Se consideran abusivas: *"Las estipulaciones que impongan obstáculos onerosos o desproporcionados para el ejercicio de los derechos reconocidos al consumidor y usuario en el contrato, en particular en los contratos de prestación de servicios o suministro de productos de tracto sucesivo o continuado, la imposición de plazos de duración excesiva, la renuncia o el establecimiento de limitaciones que excluyan y obstaculicen el derecho del consumidor y usuario a poner fin a estos contratos, así como la obstaculización al ejercicio de este derecho a través del procedimiento pactado, cual es el caso de las que prevean la imposición de formalidades distintas de las previstas para contratar o la pérdida de las cantidades abonadas por adelantado, el abono de cantidades por servicios no prestados efectivamente, la atribución al empresario de la facultad de ejecución unilateral de las cláusulas penales que se hubieran fijado contractualmente o la fijación de indemnizaciones que no se correspondan con los daños efectivamente causados".*

804 CARBALLO FIDALGO (2013) pp. 173 y ss.

805 MENDOZA LOSANA (2014) p. 10, al analizar la cláusula de permanencia que los distribuidores de telefonía imponen a los consumidores, concluye que son válidas, aunque están sometidas al control de incorporación y contenido propio de las cláusulas predispuestas a través de las cuales se incluyen en el contrato.

806 Así lo entiende CARBALLO FIDALGO (2013) p. 172, que al analizar la posible abusividad de las cláusulas penales excesivas afirma que el carácter abusivo de estas cláusulas radica en la desproporción existente entre la indemnización fijada y el perjuicio previsiblemente derivado del incumplimiento del contrato.

indemnización a tanto alzado en caso de incumplimiento[807]. Se producían situaciones en las que al usuario le suponía un mayor coste el pago de la permanencia que el cumplimiento del contrato hasta la finalización de la permanencia. La cláusula así redactada presentaba claros indicios de ser abusiva. Por ello, tras numerosos laudos arbitrales modulando la indemnización, en los contratos se prevé la penalización en atención al tiempo que resta para la finalización de la permanencia[808].

Cláusula de cesión del contrato a terceros. En los contratos de servicios de comunicaciones electrónicas, los operadores suelen incluir una cláusula dedicada a la cesión del contrato. Exigen para la validez de la cesión el

[807] Se solía establecer una permanencia de doce meses, y en caso de incumplimiento una penalización de 150 o 300 euros, con independencia de que ese incumplimiento se produjera en el primer o penúltimo mes de duración obligatoria. Así, los usuarios con un gasto mínimo de 9 euros, por ejemplo, si solicitaban la baja en el décimo mes, se veían obligados a pagar la penalización, mientras que manteniendo el contrato solo pagarían 18 euros.

[808] Vodafone para telefonía móvil dispone: «El cliente se compromete a permanecer dado de alta en este Contrato con la línea vinculada al mismo durante dieciocho (18) meses, contados a partir de la fecha de firma del Contrato. En caso de baja anticipada del Cliente por cualquier causa, suspensión definitiva del servicio motivada por impago del Cliente de las cantidades adeudadas a Vodafone o cambio desde el plan de precios contratado a otro plan de precios distinto que tenga un compromiso de consumo mínimo menor, el Cliente abonará a Vodafone una cantidad que podrá ser de hasta un máximo de 150 euros (impuestos indirectos no incluidos) en concepto de compensación por la subvención obtenida de Vodafone como descuento sobre el precio de mercado del terminal». Mientras, para telefonía fija, en su cláusula 26ª establece: «Devolución de promociones en atención a la duración del servicio. El cliente deberá abonar y/o devolver a Vodafone todos los descuentos, regalos o promociones que se le hubiesen aplicado, en el supuesto de que se diese de baja el servicio con anterioridad a que transcurra el plazo mínimo de dieciocho (18) meses establecido para la obtención de los mismos».
La cláusula de permanencia de R Cable (5.3) fija la indemnización en los siguientes términos: «... si el cliente acepta cualquiera de esas subvenciones y decide resolver el contrato antes de finalizar el período de permanencia establecido en cada caso, deberá satisfacer, además de las cantidades devengadas por la utilización del/los servicio/s, la parte subvencionada y no satisfecha de los mismos o la penalización establecida en cada caso, que será siempre proporcionada en su cuantía y se aplicará ponderadamente al tiempo que reste de cumplimiento del período de permanencia».
Movistar recoge en su contrato de telefonía móvil pospago la siguiente cláusula: «... El cliente podrá darse de baja en el servicio movistar en todo momento o cambiar a un plan de precios que implique un menor compromiso de consumo, si bien en estos supuestos, deberá abonar a Telefónica Móviles España, S.A.U. una cantidad proporcional al apoyo económico recibido y al número de meses que ha respetado su compromiso de permanencia».

consentimiento de la otra parte[809]. A la vez es habitual que prevean una excepción a la necesidad del consentimiento del usuario en los casos en que la cesión sea a una operadora que pertenezca al mismo grupo empresarial que el operador cedente.

Díez-Picazo nos advierte que la cesión de la posición contractual es una figura configurada por la doctrina, con el fin de viabilizar el fenómeno de la comercialización y dinamización de la relación obligatoria a partir de un cambio de sujetos en la misma[810]. La cesión del contrato es el traspaso a un tercero, por parte de un contratante, de la íntegra posición que en el contrato ocupa[811]. Ante la carencia de una regulación general sobre la cesión del contrato, la doctrina admite su existencia al amparo de la libertad para contratar que se reconoce en el artículo 1255 del Código Civil[812]. Con la cesión, el tercero cesionario se coloca en la posición del contratante original, esto es del cedente, y asume sus derechos y obligaciones derivados de la relación contractual objeto de cesión. Para que la cesión produzca plenos efectos se requiere el consentimiento del contratante cedido[813]. Así en la cláusula predispuesta de los contratos de servicios de

809 Vodafone, en su cláusula 14ª de las condiciones de telefonía móvil pospago, establece: «Ninguna de las partes podrá ceder el presente contrato total o parcialmente a terceros sin el consentimiento previo de la otra parte. A estos efectos, no tendrán la consideración de terceros las sociedades pertenecientes al Grupo Vodafone del sector de las telecomunicaciones»
Orange, en las condiciones aplicables a la telefonía móvil pospago, dispone: «El servicio objeto de este contrato es personal. El cliente se obliga a no ceder el presente Contrato ni los derechos y obligaciones derivados del mismo sin permiso escrito expreso y previo de Orange. En caso de que Orange autorice un cambio de titularidad se devengará el correspondiente cargo para el cliente por gestión (…)»

810 DÍEZ-PICAZO (2008) p. 1043.

811 LACRUZ BERDEJO (2007) p. 525.

812 En nuestro ordenamiento jurídico existen algunos casos en los que se reconoce la cesión del contrato legalmente, como es el caso del contrato de arrendamiento o del contrato de seguro. Así lo reconoce LACRUZ BERDEJO (2007) p. 525, y DÍEZ-PICAZO (2008) p. 1044.

813 LACRUZ BERDEJO (2007) p. 526, entiende que la asistencia del contratante cedido es un elemento constitutivo de cesión, indispensable para que se produzca el efecto de liberar al cedente y obligar al cesionario en la posición de aquel. Así lo reconoce también DÍEZ-PICAZO y GULLÓN (1995) p. 266. DÍEZ-PICAZO (2008) p. 1047, nos advierte que el contratante cedido puede autorizar la cesión antes de que se produzca, como así se reconoció en la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de noviembre de 1982. HIDALGO GARCÍA (2012) p. 22, afirma que la cesión de un contrato requiere el consentimiento de la otra parte. CARBALLO FIDALGO (2013) p. 157, nos recuerda que la doctrina jurisprudencial exige el consentimiento de tres voluntades contractuales (cedente, cedido y cesionario) para que la cesión produzca sus efectos.

comunicaciones electrónicas se recoge la necesidad del consentimiento de la otra parte para que la cesión a terceros sea válida[814].

Parece que hasta el momento la cláusula se adecúa a las exigencias de la cesión. El problema surge con la excepción prevista en la cláusula, por la que se permite al operador la cesión del contrato a los operadores de su mismo grupo empresarial, sin necesidad de que el usuario consienta la cesión. Podríamos pensar que estamos ante una autorización previa de la cesión a un tercero[815]. Sin embargo, esta posibilidad hay que descartarla, ya que la exención del consentimiento se justifica por la pertenencia del cesionario al mismo grupo empresarial que el operador original. De la redacción de las cláusulas, se desprende que los operadores del mismo grupo empresarial no tienen, para el operador cedente, la consideración de terceros y, por ello, no es necesario el consentimiento del usuario.

En nuestra opinión, el hecho de pertenecer a un mismo grupo empresarial no es motivo suficiente para no considerar al nuevo operador cesionario como un tercero ajeno al contrato. Prueba de ello, es que el usuario no podrá exigir a las empresas del grupo empresarial del operador las obligaciones y responsabilidades derivadas del contrato. Frente al usuario, el único obligado por el contrato, es el operador con el que celebra el contrato. Además, cuando

814 En el caso de Movistar solo se exige el consentimiento del operador cuando sea el usuario quién ceda el contrato. Para la cesión por el operador a una empresa de su grupo, basta la comunicación al usuario, que no tiene opción a oponerse a la cesión. Así, mientras la cláusula segunda, declara el carácter personal del abono, al señalar: «El abono al servicio telefónico objeto de este contrato es personal, por lo que el cliente no podrá ceder sus derechos y obligaciones dimanantes del mismo a terceros, sin el consentimiento expreso de Movistar, salvo en caso de sucesión del abono»; la cláusula vigesimosegunda dice: «Movistar podrá, siempre que la normativa vigente lo permita, ceder o subrogar en el Contrato de abono a una sociedad unipersonal, filial o participada del Grupo Telefónica SA, siempre que ésta pueda exportar redes y prestar servicios de comunicaciones electrónicas a terceros por reunir los requisitos establecidos en el artículo 6,1 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, general de telecomunicaciones (…). La cesión, por sí misma, no implicará la modificación de las condiciones del presente contrato. Dicha circunstancia será comunicada al Cliente con un mes de antelación»

815 HIDALGO GARCÍA (2012) p. 22, reconoce que el consentimiento puede ser anterior a la cesión, en cuyo caso, surtirá efecto en el momento en el que se le notificase. Creemos que solo habrá un verdadero consentimiento anticipado a la cesión, cuando en el contrato se determinen las condiciones y el posible cesionario, pues su introducción a través de una cláusula predispuesta que no determine dichas circunstancias, deja la ejecución del contrato en manos del empresario. Hay que tener en cuenta que según el artículo 82.4 TRLGDCU son abusivas las cláusulas que vinculen el contrato a la voluntad del empresario.

contratamos con un operador tenemos en cuenta la confianza que nos ofrece, así como los niveles de calidad que anuncian, que no tienen por qué coincidir con el resto de las empresas de su grupo empresarial[816]. La imposibilidad del usuario de oponerse a la cesión del contrato, puede dejarlo en una situación de desventaja. Por ello, el artículo 86.3 TRLGDCU declara como abusivas las cláusulas que prevean la liberación de responsabilidad del empresario por cesión del contrato a tercero sin consentimiento del deudor, si puede engendrar merma de las garantías de éste[817]. Podemos entender así, que esta cláusula es abusiva ya que no es suficiente la pertenencia a un mismo grupo empresarial, para que el cesionario no sea considerado como un tercero.

Cláusula por la que el operador impone el pago una cantidad por no domiciliación del recibo. Es una práctica habitual entre los operadores de servicios de comunicaciones electrónicas, el cobro de una cantidad económica en concepto de gastos de gestión cuando el usuario no opta por el pago del servicio a través de la domiciliación bancaria[818]. Se impone un recargo por pago en efectivo.

Antes de valorar la posible abusividad de esta práctica, hay que señalar que la imposición del cobro de los gastos de gestión por pago de factura en efectivo, se realizó, por parte de los principales operadores nacionales (Vodafone, Orange y Movistar), a la generalidad de los contratos ya en vigor, con una simple notificación a los usuarios por parte del operador[819]. En estos casos, se produce una modificación unilateral del contrato por parte del operador, sin consentimiento del usuario y sin cumplir los requisitos previstos en el artículo 9

816 Pensemos por ejemplo en Vodafone, un operador conocido por la gran mayoría de los usuarios, que tiene como filial Tele2.

817 Tal y como advierte CARBALLO FIDALGO (2013) p. 157, el artículo 86.3 TRLGDCU contempla el supuesto específico de exoneración de responsabilidad del empresario por cesión del contrato no consentida, si tal cesión puede engendrar una merma de las garantías de cumplimiento.

818 Esta práctica se está generalizando no solo en los prestadores de servicios de comunicaciones electrónicas, sino también en otros prestadores de servicios esenciales para cualquier ciudadano como puede ser el gas o la luz. La cantidad a cobrar no es unitaria, sino que oscila dependiendo del operador. La media suele estar en dos euros por factura a abonar.

819 Esta práctica no fue exclusiva de los operadores de los servicios de telefonía, sino que también se aplicó por las comercializadoras de energía, como Gas Natural-Fenosa.

de la Carta de derechos de los usuarios. Por tanto, entendemos que esta cláusula no quedará incorporada al contrato, al no cumplir los requisitos establecidos en el artículo 80 TRLGDCU.

El artículo 60 TRLGDCU impone al prestador del servicio la obligación de informar antes de la contratación, sobre el precio completo de los servicios, desglosando el importe de los incrementos o descuentos que sean aplicables, así como los gastos que se repercutan al consumidor y los gastos adicionales por servicios accesorios, financiación u otras condiciones de pago. En el mismo sentido se pronuncia el artículo 8.1 apartado e) de la Carta de derechos de los usuarios. Tras la lectura de ambos preceptos, entendemos que no hay limitación alguna a la imposición a los usuarios de los gastos ocasionados por el pago en efectivo de las facturas. Basta que conste en la información y contenido del contrato. También hay que tener en cuenta el artículo 1168 del Código Civil, conforme al cual los gastos extrajudiciales que ocasione el pago serán de cuenta del deudor, por tanto, corresponderán al usuario los gastos que genere el pago en efectivo[820].

El artículo 25 de la Carta de derechos reconoce al usuario la elección del medio de pago entre los comúnmente utilizados en el tráfico comercial. No hace referencia alguna a la prohibición de cobrar un recargo en atención al medio de pago utilizado. De esta forma, se deja abierta al operador la posibilidad de cobrar en concepto del medio de pago utilizado. Pero tenemos que preguntarnos si esta cláusula está sujeta al control de contenido de las cláusulas predispuestas y si el operador goza de libertad a la hora de fijar la cantidad a cobrar por el recargo.

Para saber si el cobro del recargo por pago en efectivo está excluido del control de contenido, antes es necesario determinar si forma parte del objeto principal del contrato[821]. La obligación principal del usuario es el pago del

[820] DÍEZ-PICAZO (2008) p. 587.

[821] Recordemos que la Sentencia del Tribunal Supremo, de 9 de mayo de 2013, afirma con rotundidad que el objeto principal del contrato está excluido del control de contenido previsto en el TRLGDCU. Dicha sentencia ratifica la posición mayoritaria de la doctrina. Entre otros, LLODRÁ GRIMALT (2002) pp. 139 y ss; MIQUEL GONZÁLEZ (2004) pp. 21 y ss; BUSTO LAGO Y ÁLVAREZ LATA (2008) p. 147; CÁMARA LAPUENTE (2013).

servicio de comunicaciones electrónicas, que a su vez es la obligación principal del operador. Por tanto, el recargo por el pago en efectivo es una prestación accesoria. El usuario solo la pagará si opta por el abono en efectivo. Al no ser parte del objeto del contrato no queda excluido del control de contenido[822].

Ahora queda saber si el operador puede fijar libremente la cantidad a cobrar por el recargo. Recordemos que el usuario tiene derecho a la elección del medio de pago. La imposición de un recargo elevado por el pago en efectivo limitaría el derecho del usuario a la elección del medio pago. Por tanto, entendemos que el recargo no podrá tener un efecto disuasorio. Su importe no podrá reducir las posibilidades de elección del usuario. En este sentido y para evitar el efecto disuasorio en la elección del medio de pago, el artículo 24.3 de la Ley 16/2009, de 13 de noviembre, de servicios de pago, restringe el cobro por el uso de instrumentos de pago específicos a los gastos que efectivamente se produzcan por el uso del medio de pago elegido frente al resto de opciones[823].

Por lo tanto, la cláusula por la que se impone un recargo por el pago en efectivo es válida en sí misma[824]. La limitación estará en la cuantía a cobrar, que no podrá superar el coste diferencial efectivo en relación a los otros medios de pago. Esto es, el operador solo podrá repercutir al usuario el coste añadido por el uso del pago en efectivo en relación al resto de los medios de pago disponibles. El recargo se determinará por la existencia de un coste diferencial real.

Nuestra postura ha sido avalada por la Ley 3/2014, que amplia el artículo 60 TRLGDCU, con el apartado ter) que establece: *"1. los empresarios no podrán facturar a los consumidores y usuarios, por el uso de determinados*

[822] MIQUEL GONZÁLEZ (2004) p. 35, apoya el sometimiento al control de contenido de las cláusulas que contengan suplementos que supongan incrementos de precio por servicios o prestaciones accesorias, financiación, aplazamientos o recargos.

[823] El artículo 24.3 de la Ley 16/2009, de 13 de noviembre, de Servicios de Pago, dispone que: "*Las cuotas adicionales que se impongan por el uso de instrumentos de pago específicos no podrán superar los gastos diferenciales en que efectivamente incurra el beneficiario por la aceptación de tales instrumentos*".

[824] En prueba de su validez es la previsión del Proyecto de modificación del TRLGDCU, que dedica su artículo 63 ter a los cargos por la utilización de medios de pago. En el precepto se dispone que: «1. Los empresarios no podrán facturar a los consumidores y usuarios, por el uso de determinados medios de pago, cargos que superen el coste soportado por el empresario por el uso de tales medios. 2. Corresponde al empresario probar el cumplimiento de las obligaciones a que este artículo se refiere.»

medios de pago, cargos que superen el coste soportado por el empresario por el uso de tales medios. 2. Corresponde al empresario probar el cumplimiento de las obligaciones a que este artículo se refiere"[825].

En consecuencia, la abusividad no está en la cláusula sino en la cuantía a cobrar. Si se impone una cantidad desproporcionada estaremos ante un supuesto de cláusula abusiva. Su conservación pasaría por la modulación de su cuantía, que se tendría que minorar hasta la diferencia del coste por el uso del pago en efectivo, en relación a los otros medios de pago disponibles. Pero recordemos que los jueces no pueden modificar el contenido de las cláusulas abusivas que figuren en los contratos[826]. Por tanto, si el recargo por el uso de un medio de pago determinado supera el coste soportado por el empresario, la cláusula será abusiva y, en consecuencia, nula.

Cláusula de presunción de veracidad a favor del operador. La carga de la prueba se establece en el artículo 217 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, que en sus apartados segundo y tercero impone la carga de la prueba al demandante o reconviniente para acreditar sus pretensiones, y al demandado o actor reconvenido para probar los hechos que impidan, extingan o enerven la eficacia jurídica de los hechos objeto de la demanda o reconvención. A esto se añade en el último apartado del artículo 217, que "*para la aplicación de lo dispuesto en los apartados anteriores de este artículo el tribunal deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio".* Por tanto, la carga de la prueba recaerá en la parte que pretenda dar eficacia al hecho alegado, pero teniendo en cuenta, que si a una de las partes le fuese muy difícil o imposible la prueba de alguna circunstancia relevante, el tribunal podrá valorar la disponibilidad y facilidad probatoria de

[825] Esta opinión la comparte RALUCA STROIE (2014) pp. 5-6, al considerar que «... el legislador español no ha hecho uso de la posibilidad que le confería el artículo 52.3 de la Directiva de prohibir los gastos adicionales, pero sí ha limitado el importe de los mismos a los gastos diferenciales en que efectivamente incurra el beneficiario por la aceptación de tales instrumentos. Tampoco se ha hecho uso de dicha prerrogativa por la Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, que se limita a exigir al empresario a recabar el consentimiento expreso del consumidor ...».

[826] Es a partir de la modificación del artículo 83 TRLGDCU, por la Ley 3/2014, para dar cumplimiento a la Sentencia del TJUE de 14 de junio de 2012 (asunto Banco Español de Crédito).

cada una de las partes, e invertir la carga de la prueba. Se incorpora así la distribución dinámica de la prueba[827].

El artículo 82.4.d) TRLGDCU reconoce como cláusula abusiva aquellas que impongan al consumidor y usuario indebidamente la carga de la prueba. En el mismo sentido, el artículo 88.2 TRLGDCU considera abusiva la imposición de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor y usuario en los casos en que debería corresponder a la otra parte contratada.

Vodafone incluye en sus contratos la siguiente cláusula: «el cliente otorga plena validez a los registros almacenados en los sistemas de Vodafone relativos a las conversaciones entre Vodafone y el Cliente salvo prueba en contrario». El reconocimiento de valor iuris tamtum a los registros de Vodafone, impone al usuario la carga de la prueba para poder invalidar los registros. Por tanto, entendemos que se trata de una cláusula abusiva.

Cláusula de exención de responsabilidad por incumplimiento. El artículo 86.1 del TRLGDCU califica como cláusula abusiva, aquella que suponga la exclusión o limitación de forma inadecuada de los derechos legales del consumidor y usuario por incumplimiento total o parcial o cumplimiento defectuoso del empresario[828].

La 15.2ª condición general del contrato de R Cable dispone: «R podrá interrumpir ocasionalmente la prestación del servicio, por necesidades técnicas tendentes a procurar la mejora del mismo, sin derecho a compensación a favor del cliente siempre y cuando éstas no se realicen en más de diez ocasiones al mes y su duración no sea superior a 30 minutos. En todo caso, dichas interrupciones se realizarán preferentemente durante franjas horarias de mínima utilización del

[827] DOMÍNGUEZ LUELMO (2011) p. 650, afirma que el artículo 217.7 LEC recoge la doctrina de la distribución dinámica de la prueba, que consiste en repartir la carga de la prueba, de manera que se obligue a aportar cada una de las pruebas a aquella parte que se encuentre en mejores condiciones de hacerlo.

[828] CARBALLO FIDALGO (2013) pp. 152 y ss, nos advierte que la norma acoge diversas manifestaciones de abuso en torno a los efectos de la inejecución del contrato, ya afecten a los remedios legales y jurisprudenciales ofrecidos al consumidor frente al incumplimiento del empresarios (ejecución en forma específica, excepción de incumplimiento contractual, resolución del contrato, reducción del precio, indemnización de daños y perjuicios), ya alcance de la eventual responsabilidad del predisponente.

servicio». Con esa cláusula contractual, R Cable está obligando al consumidor a aceptar un servicio interrumpido a criterio del operador. No se fijan los supuestos objetivos en los que se puede producir los cortes de suministro, y se limita la opción del consumidor de reclamar indemnización alguna. La cláusula encaja en el supuesto de la cláusula abusiva reconocida en el artículo 86.1 del TRLGDCU.

Cláusula por la que el operador se reserva el derecho a suspender el servicio o resolver el contrato. La operadora France Telecom incluye en sus contratos una condición general por la que se reserva el derecho a suspender el servicio y resolver el contrato, si detecta un consumo excesivo. En el contrato no se determina qué debe entenderse por consumo excesivo, por lo que la operadora es libre para delimitar cuándo existe un consumo excesivo. Al amparo de esta cláusula, France Telecom suspende la línea de los usuarios que incrementen su facturación puntualmente, aunque nunca hayan incurrido en impago. La suspensión se mantiene hasta que el usuario acepta una modificación de tarifa a propuesta de la operadora, realiza el depósito de la facturación o, paga por adelantado la factura.

La abusividad de la cláusula es evidente, pues se vincula la vigencia del contrato a la voluntad del empresario. Así, podemos valernos de los apartados 5, 6 y 11 del artículo 85 TRLGDCU, para determinar su abusividad[829]. Además el artículo 19 de la Carta de derechos de los usuarios establece aquellos supuestos en que la línea podrá suspenderse por impago del usuario. En ningún caso, se prevé que la suspensión quede al arbitrio del operador, sino que establece las circunstancias en que debe producirse.

[829] El artículo 85 TRLGDCU califica de abusivas: *5. Las cláusulas que determinen la vinculación incondicionada del consumidor y usuario al contrato aun cuando el empresario no hubiera cumplido con sus obligaciones; 6. Las cláusulas que supongan la imposición de una indemnización desproporcionadamente alta, al consumidor y usuario que no cumpla sus obligaciones; y 11. Las cláusulas que supongan la concesión al empresario del derecho a determinar si el bien o servicio se ajusta a lo estipulado en el contrato*.

V. EJECUCIÓN DEL CONTRATO DE SERVICIOS DE COMUNICACIONES ELECTRÓNICAS

Con la formalización del contrato de servicios de comunicaciones electrónicas, el operador y el usuario se obligan al cumplimiento tanto de las obligaciones contractuales como de las obligaciones impuestas por la norma. Recordemos que, según el artículo 1258 del Código Civil, los contratantes se obligan al cumplimiento de lo pactado y a las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley[830].

La validez de las obligaciones contractuales es consecuencia de la autonomía de la voluntad. Las partes contratantes le otorgan eficacia cuando prestan su consentimiento y aceptan su incorporación al contrato. Su límite se establece a partir de las normas imperativas, por lo que su diversidad es evidente.

Sin embargo, las obligaciones impuestas por la norma se caracterizan por su uniformidad, pues vinculan a las partes con independencia de lo que establezcan en el contrato. A continuación analizaremos las obligaciones recíprocas que la normativa vigente impone al usuario y al operador que formalizan el contrato de comunicaciones electrónicas.

1. Obligaciones del usuario del servicio de comunicaciones electrónicas

El artículo 32 de la Carta de derechos de los usuarios establece las obligaciones que les corresponden a los usuarios de los servicios de comunicaciones electrónicas. Como reconoce el propio artículo, no solo estará obligado al cumplimiento de las obligaciones establecidas en el precepto, sino también al cumplimiento de las condiciones que figuren válidamente en el contrato.

[830] GARCÍA RUBIO (2010) pp. 1373-1374, considera que el contenido del artículo 1258 del Código Civil tiene dos partes bien diferenciadas, una relativa a la perfección del contrato y, otra, al contenido de la regla contractual. Es en esta segunda parte del precepto donde establece una norma de integración del contenido contractual que las partes han dejado incompleto, por no haberlo previsto o por omisión. Es en función de esta norma que la regla del contrato se disecciona en dos partes diferenciadas, por un lado, la derivada de la autonomía de la voluntad de los contratantes, y por otro, los términos nacidos de la buena fe, los usos y la ley como fuentes heterónomas de la reglamentación contractual.

La Carta de derechos de los usuarios recoge como obligaciones del usuario: el pago de la contraprestación económica por el suministro del servicio, su uso para los fines previstos en el contrato, la utilización de aparatos autorizados en el disfrute del servicio, la configuración de los equipos y mantenimiento de la red más allá del punto de terminación de red, y el suministro de los datos personales exigidos por la legislación vigente. Centraremos nuestra atención en el pago de la prestación que corresponde al usuario y completaremos su estudio con las consecuencias que se derivan de su incumplimiento.

La principal obligación del usuario es el pago de la contraprestación económica a cambio del servicio prestado. La prestación del servicio de comunicaciones y el pago del usuario son obligaciones recíprocas. Los precios y tarifas se fijarán en el contrato, conforme al artículo 8.1.e) de la Carta de derechos de los usuarios[831]. Las tarifas pueden ser modificadas por el operador de forma unilateral en los supuestos previstos en el contrato, en cuyo caso debe comunicárselo al usuario con un mes de antelación, quién podrá resolver anticipadamente el contrato sin penalización alguna.

Debemos advertir que la Carta de derechos de los usuarios exige la determinación del precio del servicio, al igual que en el TRLGDCU que exige que en la información precontractual figure el precio detallado del bien o servicio y, en los casos en que no sea posible, se determinará la forma para su cálculo. Esta previsión difiere del derecho contractual europeo moderno. Tanto en el DCFR como en el Borrador del Anteproyecto de modificación del Código Civil en relación al contrato de servicios, se prevé la posibilidad de que el precio del servicio no figure en el contrato, en cuyo caso se determinará con arreglo a los criterios a los que las partes implícitamente se hubieran remitido, o que

[831] Artículo 8.1.e) de la Carta de derechos de los usuarios, dispone: *"Los contratos que celebren los usuarios finales de servicios de comunicaciones electrónicas con los operadores precisarán, como mínimo, los siguientes aspectos: e) Precios y otras condiciones económicas de los servicios. Se incluirán en el contrato los precios generales relativos al uso del servicio, desglosando, en su caso, los distintos conceptos que los integren y los servicios incluidos en los mismos. Asimismo, se especificarán las modalidades de obtención de información actualizada sobre todas las tarifas aplicables y las cuotas de mantenimiento".*

resulten del tipo de contrato, o de los usos y, en su defecto, los criterios de mercado en el momento de la celebración del contrato[832]. Es evidente que, en este caso, la exigencia de determinación del precio del servicio o el método de su cálculo en el contrato responde a la necesidad de ofrecer al consumidor una mayor protección, lo que resulta preferible.

El pago del servicio de comunicaciones electrónicas puede ser realizado de dos formas distintas[833]. En primer lugar y la más usual, es el cobro del servicio una vez que haya sido prestado por el operador, quién emitirá una factura previa al abono del servicio. En segundo lugar, cabe la posibilidad de que el servicio de comunicaciones electrónicas se realice a través de un prepago. En este caso, el usuario abona con anterioridad a la utilización del servicio una cantidad determinada, de la que se irá descontando el coste del servicio que utilice en cada momento, quedando pendiente el resto de la cantidad ya abonada para posteriores usos. En la actualidad no hay diferencia alguna entre el contrato del servicio de comunicaciones electrónicas prepago y pospago, pues los derechos de los usuarios se establecen para ambas modalidades contractuales[834].

Correlativa a la obligación de pago, el usuario tiene derecho a obtener una factura por los cargos efectuados, en la que se diferenciarán los precios por los servicios que se tarifican[835]. El usuario podrá elegir el medio para realizar el pago entre los comúnmente utilizados en el tráfico comercial. El artículo 66 TRLGDCU dispone: *"En la contratación con consumidores y usuarios no se*

832 ESCARTÍN IPIÉNS (2012) p. 637 y ss.

833 La Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios, introdujo una novedad que venía siendo reclamada insistentemente por las asociaciones de consumidores, al prohibir el redondeo al alza del tiempo consumido. De esta forma, las operadoras deben tarificar por segundo, en lugar de por minuto como se venía haciendo hasta ese momento, aunque la propia norma permite la imposición de una cantidad o tasa por el establecimiento de la comunicación. MONTERO PASCUAL (2007) p. 258.

834 De ello se deja constancia en numerosos preceptos de la Carta de derechos de los usuarios. Un ejemplo es el artículo 8.2, al disponer: *"El contenido mínimo previsto en el apartado anterior deberá, constar, igualmente, en las condiciones generales y particulares de los contratos de los usuarios finales de servicios de comunicaciones electrónicas, en la modalidad de prepago. En dichas condiciones generales, figurará el procedimiento, para conocer el saldo y el detalle del consumo, así como para la recarga"*, o el artículo 15.1 párrafo 3º, al reconocer: *"En el caso de abonados sujetos a modalidades prepago, el correspondiente ajuste en el saldo se realizará en un plazo no superior al del resto de abonados"*.

835 El derecho a obtener una factura no solo corresponde a los usuarios de los servicios pospago, sino también corresponde a los usuarios de la modalidad de prepago.

podrá hacer obligatoria la comparecencia personal del consumidor y usuario para realizar cobros, pagos o trámites similares, debiendo garantizarse, en todo caso, la constancia del acto realizado".

Se ha convertido en una práctica habitual que los operadores impongan una cantidad adicional a los usuarios que opten por el pago de la factura por ventanilla. En el apartado anterior, tras su argumentación, hemos llegado a la conclusión de que no es una cláusula abusiva, siempre y cuando la cantidad adicional se corresponda con el coste real de utilizar el pago por ventanilla[836]. Por tanto, el cobro de los gastos generados por el uso de un medio de pago determinado no choca con el derecho del usuario a la elección del medio de pago que le reconoce la norma[837].

Una vez que el operador emite la factura y la presenta para su pago, el usuario debe abonarla en el plazo de un mes. En caso de impago, el operador tiene la facultad de suspender temporalmente el servicio, lo que supone una aplicación del remedio general de suspensión de la propia prestación en caso de incumplimiento de la prestación recíproca[838]. Si el impago persiste en el tiempo, la suspensión se convertirá en definitiva[839]. Como veremos a continuación, estamos ante un supuesto de resolución del contrato a favor del operador como

836 Postura que ha sido avalada por la reciente incorporación de un nuevo artículo 60 ter al TRLGDCU. Sobre el cobro del recargo por pago por ventanilla, ver comentario en el apartado anterior.

837 Esta postura queda avalada por el artículo 1168 CC, que impone al deudor los gastos extrajudiciales que ocasione el pago. DÍEZ-PICAZO (2008) p. 587.

838 OLIVA BLÁZQUEZ (2012) p. 255, afirma que aunque no se reconozca expresamente en el Código Civil, la jurisprudencia reconoce el derecho a suspender el cumplimiento de una obligación recíproca, cuando la otra parte haya incumplido. Es la excepción de incumplimiento, que consiste en el derecho que tiene una parte a suspender total o parcialmente la ejecución de su prestación hasta que la otra parte cumpla con lo debido. ARNAU RAVENTÓS (2013) p. 1280, entiende que la facultad de suspender el cumplimiento es un instrumento dispensado al acreedor, que incide sobre su propia obligación y que lo hace provocando su inexigibilidad. Aclara que la suspensión no tiene porque aparecer siempre y necesariamente como un mecanismo reactivo frente a la pretensión de cumplimiento instada por la contraparte, al contrario que la *exceptio adimpleti contractus* que tiene una finalidad defensiva.

839 MONTERO PASCUAL (2007) p. 257, afirma que la regulación de la suspensión del servicio por impago limita la capacidad de los operadores del servicio telefónico para rescindir el contrato por falta de pago, al establecer un proceso con dos momentos diferenciados.

consecuencia del incumplimiento previo de la obligación de pago que corresponde al usuario final[840].

La suspensión temporal del servicio por impago se prevé en el artículo 19 de la Carta de derechos. Sin razón o motivo que lo justifique, el legislador limita la aplicación de dicho artículo a la telefonía fija. Tenemos que preguntarnos qué ocurre en caso de impago de las facturas que se deriven del uso de la telefonía móvil. La respuesta hace absurda a la pregunta, pues las consecuencias del impago son las mismas. Así se establece en la Orden PRE/361/2002, que en su artículo 19 prevé las consecuencias del retraso total o parcial en el pago por el usuario, sin diferenciar si se trata de la telefonía fija o móvil. No entendemos por qué la Carta de derechos limita la aplicación de su artículo 19 a la telefonía fija, sobre todo si tenemos en cuenta que en el resto de su articulado no diferencia cuando se trata de telefonía fija o móvil. De lo que no tenemos duda es de la vigencia de la Orden PRE/361/2002, pues así lo afirma la propia Carta de derechos de los usuarios en su Disposición Transitoria Primera. Aún hay más, pues las previsiones de la Orden PRE/361/2002 completan las previsiones de la Carta de derechos de los usuarios sobre la suspensión del servicio por impago.

En caso de retraso en el pago, el operador podrá suspender temporalmente el servicio previo aviso al abonado[841]. Si el impago se refiere únicamente a los servicios de acceso a Internet o a servicios de tarifas superiores, como son las llamadas internacionales o los servicios de tarificación adicional, la

[840] OLIVA BLÁZQUEZ (2012) p. 263, define la resolución como el remedio que permite al acreedor, para el caso de que el deudor no cumpla con lo pactado, liberarse de su obligación y recuperar lo que en su caso hubiere entregado o realizado (la prestación), siempre y cuando haya cumplido lo que le incumbe, esté dispuesto a hacerlo o su incumplimiento se haya debido a la otra parte.

[841] Le corresponde al operador la carga de la prueba de la realización del aviso previo a la suspensión, según el párrafo segundo del artículo 19.1 de la Carta de derechos de los usuarios. La Orden PRE/361/2002, de 14 de febrero, de desarrollo, en lo relativo a los derechos de los usuarios y a los servicios de tarificación adicional del título IV del Real Decreto 1736/1998, de 31 de julio, por el que se aprueba el Reglamento por el que se desarrolla el título III de la Ley General de Telecomunicaciones. El apartado vigésimo de la Orden PRE/361/2002, establece los requisitos que ha de cumplir el operador para que pueda llevarse a cabo la suspensión del servicio, al disponer: *"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."*

suspensión únicamente se producirá para esos servicios. Durante la suspensión temporal, el operador está obligado a mantener el servicio para todas las llamadas entrantes, excepto las de cobro revertido, así como para las llamadas salientes de urgencia. Si el usuario paga la deuda, el operador está obligado a restablecer el servicio en suspenso, dentro del día laborable siguiente a aquel en que tenga constancia de que el importe adeudado ha sido satisfecho (apartado vigésimo primero de la Orden PRE/361/2002).

Si el retraso en el pago se prolonga por un periodo superior a tres meses, o si se produce la suspensión temporal por retraso en el pago en dos ocasiones, el operador podrá resolver definitivamente el contrato, previo aviso al abonado. De la misma forma, si el impago se refiere a los servicios de acceso a Internet o a servicios de tarifas superiores, la interrupción definitiva solo se producirá para esos servicios. La interrupción definitiva del servicio se realizará de la forma establecida para la suspensión temporal, conforme el apartado vigésimo quinto de la Orden PRE/361/2002.

La suspensión temporal o definitiva del servicio de comunicaciones electrónicas se prevé como una opción para el operador[842]. No es un proceso automático, sino que será el operador quién decide si inicia el proceso de suspensión[843]. Podríamos decir que es una facultad que la norma concede al operador, que podrá ejercitar si el usuario incumple su obligación de pago. Pero esta facultad no es exclusiva del sector de las comunicaciones electrónicas, sino que ya se prevé con carácter general en el artículo 1124 CC, donde la doctrina

[842] ARNAU RAVENTÓS (2013) p. 1287, entiende que la suspensión está configurada como una facultad o poder del acreedor.

[843] CLEMENTE MEORO (1992) pp. 37 y ss, evidenció que la resolución no se produce de forma automática por la simple voluntad del deudor, sino que es necesaria la voluntad del acreedor, quien puede preferir no dar por extinguida la relación obligatoria. Defiende el mismo autor (1998) pp. 121 y ss, que nos encontramos ante una facultad del acreedor, a la vez que se pregunta si tiene carácter judicial o extrajudicial. Tras examinar las dos líneas jurisprudenciales existentes, el autor opina que nos encontramos ante una facultad extrajudicial, y que la sentencia solo tendrá efectos declarativos (no constitutivos). Nos advierte este autor (2011) p. 7, que en la Propuesta para la modernización de las obligaciones y contratos mantiene la premisa de que es el acreedor quién insta la resolución del contrato por el incumplimiento, y cuya voluntad le otorga validez. Al respecto, SANMIGUEL PRADERA (2011) p. 1716, considera que si bien del tenor literal del artículo 1124 Código Civil se desprende la elección del modelo de resolución extrajudicial, desde sus primeros años de aplicación el Tribunal Supremo admitió la posibilidad de una resolución sin intervención judicial.

incluye también implícitamente la facultad de suspender que venía siendo llamada excepción de contrato no cumplido[844].

En efecto, el artículo 1124 del Código Civil establece las consecuencias del incumplimiento de las obligaciones recíprocas[845]. Ante un incumplimiento contractual grave o esencial, el perjudicado podrá optar entre exigir el cumplimiento de las obligaciones o resolver el contrato[846]. Sin embargo, la

[844] CLEMENTE MEORO (1998) p. 89, tras analizar las distintas teorías que buscan el fundamento de la resolución de los contratos por incumplimiento, opina que su fundamento se encuentra en la concepción de la resolución como un medio de tutela frente a la inejecución o ejecución defectuosa o tardía de la prestación. FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL (1998) pp. 22 y ss, comparte esta opinión, al señalar que la resolución prevista en el artículo 1124 constituye una facultad que el Ordenamiento atribuye a una de las partes contratantes para restablecer el desequilibrio patrimonial derivado del incumplimiento de la parte contraria. La autora pone de manifiesto que esta postura es la mantenida por el Tribunal Supremo. MORALES MORENO (2006) p. 43, considera que el fundamento último de la resolución se halla en el incumplimiento, y que su función económica es permitir al contratante insatisfecho recuperar los recursos utilizados en el contrato incumplido, para darles otro destino. DÍEZ-PICAZO (2008) p. 812, entiende que el artículo 1124 CC establece una facultad que se confiere al contratante cumplidor para poner fin a la relación obligatoria que le liga con el contratante incumplidor. Para OLIVA BLÁZQUEZ (2012) p. 263, el remedio de la resolución se encuentra de alguna forma oculto en el artículo 1124 CC, precepto al que califica de incompleto e insuficiente, y que al estar ubicado en sede de obligaciones condicionales lleva a pensar que el legislador lo concibió como una suerte de condición resolutoria implícita de todas las obligaciones recíprocas.

[845] El artículo 1124 del Código Civil dispone: *"La facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliere lo que le incumbe. El perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos. También podrá pedir la resolución, aun después de haber optado por el cumplimiento, cuando éste resultare imposible. El Tribunal decretará la resolución que se reclame, a no haber causas justificadas que le autoricen para señalar plazo. Esto se entiende sin perjuicio de los derechos de terceros adquirentes, con arreglo a los artículos 1.295 y 1.298 y a las disposiciones de la Ley Hipotecaria".* La doctrina es unánime al entender que el artículo 1124 CC también incluye la excepción de contrato no cumplido. La resolución del contrato como remedio ante el incumplimiento en caso de obligaciones recíprocas también se encuentra recogida en el PECL (Capítulo 9 dedicado a los remedios en caso de incumplimiento de contrato) y en el DCFR (Capítulo III sobre remedios ante el incumplimiento). LACRUZ BERDEJO (2007) pp. 192-193, afirma que se desprende tanto del artículo 1124 como del artículo 1100 del Código Civil. En virtud de la excepción del contrato no cumplido, nadie está obligado a cumplir mientras no cumpla su contratante. Es la regla del cumplimiento simultáneo. DÍEZ-PICAZO (2008) p. 803, considera que la excepción del contrato no cumplido es una de las consecuencias del carácter sinalagmático de una relación obligatoria y del principio de interdependencia o de reciprocidad de las obligaciones, y que se funda en la regla de la ejecución simultánea de las prestaciones recíprocas y en la idea de que cada parte puede rehusar o rechazar el cumplimiento de la obligación prevista a su cargo, mientras la otra parte no cumpla con la suya. Entre la doctrina, también podemos mencionar a OGAYAR Y AYLLÓN (1983) pp. 33 y ss; FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL (1998) pp. 127 y ss; SANMIGUEL PRADERA (2014) pp. 81 y ss.

[846] Es unánime la opinión de la doctrina y de la jurisprudencia cuando exigen que haya un incumplimiento esencial o grave para que el contratante tenga la facultad de resolver el contrato

normativa sectorial en materia de telecomunicaciones limita las opciones del operador, que únicamente podrá optar por la resolución del contrato cuando tras el requerimiento efectuado al usuario, éste no realice el pago. Solo se producirá la resolución del contrato si el operador requiere previamente el pago al usuario, quién podrá saldar la deuda hasta el día previsto para la suspensión definitiva.

Se trata de una situación similar a la prevista en el artículo 1504 del Código Civil, para el caso de incumplimiento del pago aplazado en la compraventa de inmuebles[847]. El deudor tiene la posibilidad de efectuar el pago

conforme al artículo 1124 CC. OGAYAR Y AYLLÓN (1983) pp. 92 y 93, afirma que la prestación incumplida debe ser lo suficientemente importante en la economía del contrato para justificar la resolución. El autor recoge el parecer de la Jurisprudencia en el mismo sentido. FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL (1998) pp. 33 y ss, recoge la doctrina del Tribunal Supremo al señalar que para que tenga lugar la resolución, no basta cualquier incumplimiento o inexactitud en el cumplimiento, sino que el incumplimiento debe ser básico, esencial y grave. Para CLEMENTE MEORO (1998) pp. 251 y ss, el incumplimiento de las obligaciones ha de revestir cierta gravedad e importancia para que, por su causa, quepa resolver. CLEMENTE MEORO (1992) se pronuncia en el mismo sentido, al hacer una comparativa entre el incumplimiento resolutorio en el sistema del Common Law y en el artículo 1124 del Código Civil español. Este autor en su trabajo sobre la resolución por incumplimiento en la Propuesta de modificación del Código Civil (2011) p. 4, nos advierte que en la Propuesta se mantiene la exigencia de incumplimiento esencial para que surja la posibilidad de resolver el contrato. DIEZ-PICAZO (2005) analiza los supuestos en que el incumplimiento puede considerarse esencial, y nos aclara la falta de relevancia de la intervención de la culpa en el incumplimiento para que la facultad resolutoria sea reconocida. MORALES MORENO (2006) pp. 45-46, comparte esta opinión. Es clara al respecto la afirmación de SANMIGUEL PRADERA (2011) p. 1701, o (2014) pp. 84-85, al señalar que: «En resumen, a pesar de la indefinición del Código Civil, es posible concluir que se ha producido una evolución en el ordenamiento español en materia de resolución por incumplimiento y que tanto la doctrina como en la jurisprudencia hoy mayoritaria se ha impuesto la idea de que la resolución es un mecanismo de protección del acreedor en aquellos casos en los que exista un incumplimiento importante o esencial que puede revestir cualquier manifestación (imposibilidad, retraso, cumplimiento parcial, defectuoso...), sin exigir que el mismo sea subjetivamente imputable al deudor». Para OLIVA BLÁZQUEZ (2012) p. 264, no cualquier incumplimiento podrá dar lugar a la resolución del contrato, sino únicamente aquél que puede ser calificado de esencial, cuya determinación se hará caso por caso, teniendo en cuenta que lo importante no es el carácter principal o accesorio de la obligación incumplida, sino su gravedad a efectos de frustrar el fin perseguido.

847 Claras son las palabras de OGAYAR Y AYLLÓN (1983) pp. 146-147, cuando señala que «los artículos 1124 y 1504, no sólo no se eluden ni se excluyen entre sí, sino que se complementan, pues la regla que con carácter general para toda clase de obligaciones recíprocas contiene el precepto primeramente citado, se aplica de modo concreto en el segundo cuando se trata de un contrato de compraventa de bienes inmuebles, si la acción resolutoria del mismo está basada en incumplimiento imputable al adquiriente o comprador por impago del precio en el tiempo convenido; por ello, el artículo 1504 es una modalidad singular de la doctrina genérica de que la facultad de resolver las obligaciones va implícita en las recíprocas, con arreglo al artículo 1124...».

de la deuda, hasta que se le efectúe un requerimiento judicial o notarial[848]. En caso de realizarse el pago, la resolución ya no será posible. Como señala la jurisprudencia, el artículo 1504 CC está directamente relacionado con el artículo 1124 CC, y será necesario un incumplimiento grave o sustancial para que se produzca la resolución contractual por impago del precio aplazado[849]. En el mismo sentido se establece en la suspensión definitiva de los servicios de comunicaciones electrónicas, al exigir la reiteración del incumplimiento para poder resolver el contrato. Así no basta un único retraso o incluso impago, sino que para la suspensión definitiva del servicio es necesario además del aviso al abonado, que el impago se prolongue durante tres meses o haya una suspensión temporal en dos ocasiones[850].

La aplicación del artículo 1124 CC está limitada en la normativa sectorial de telecomunicaciones, únicamente cuando la resolución contractual se inste por el incumplimiento del contrato derivado del impago del precio, en cuyo caso, es necesario el requerimiento previo del pago. Pero el artículo 1124 CC será aplicable, sin restricción de ningún tipo, en aquellos casos en que la resolución contractual sea consecuencia de cualquier otro incumplimiento grave o esencial del usuario del servicio[851], como por ejemplo su uso para fines no previstos en el

[848] DÍEZ-PICAZO (2011) p. 158, advierte que para que se produzca el efecto resolutorio en la compraventa de inmuebles, es necesario un requerimiento judicial o notarial al comprador.

[849] La sentencia del Tribunal Supremo 4263/2011, de 14 de junio, en su fundamento de derecho tercero señala que: *"... la estrecha conexión existente entre la norma general en materia de resolución de obligaciones recíprocas (artículo 1124 CC) y el precepto que regula su ejercicio por el vendedor en supuestos de compraventa de inmuebles por precio aplazado, impone que el incumplimiento del comprador que constituye su presupuesto sea grave o sustancial, lo que no exige una tenaz y persistente resistencia renuente al cumplimiento pero sí que su conducta origine la frustración del fin del contrato, esto es, que se malogren las legítimas aspiraciones de la contraparte..."*. La doctrina también se pronuncia en este sentido. Podemos mencionar a BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO R. (2001) p. 1787, DÍEZ-PICAZO (2011) p. 158.

[850] LACRUZ BERDEJO (2007) pp. 194-195, considera decisiva para la calificación del incumplimiento como grave, que se aprecie la frustración del fin del contrato, entendida ésta de forma flexible. DÍEZ-PICAZO (2008) p. 814, afirma que la resolución no se puede ligar con cualquier incumplimiento de deberes contractuales, sino que exige un incumplimiento en alguna medida cualificado.

[851] El Tribunal Supremo nos aclara que no es lo mismo un incumplimiento grave que un incumplimiento esencial. Tal y como explica en la Sentencia 638/2013, de 18 de noviembre de 2013, o en la Sentencia 2404/2014, de 23 de mayo de 2014, " *(...) la valoración del alcance o de la transcendencia resolutoria del incumplimiento en cuestión también opera en planos diferenciables, de suerte que los tradicionales conceptos de gravedad y de esencialidad no re-*

contrato o su reventa a terceros[852]. En este sentido también se pronuncia la Jurisprudencia del Tribunal Supremo en relación al artículo 1504 CC[853].

A diferencia del artículo 1504 del Código Civil, la Orden PRE/361/2002 nada dice acerca de las características del requerimiento. Es evidente que no se refiere, como el artículo 1504 del Código Civil, a un requerimiento notarial o judicial[854]. En la mayor parte de las ocasiones vamos a hablar de deudas de escasa cuantía, ya que se trata del impago de facturas mensuales de telefonía o incluso su pago retrasado. En esos casos, sería más elevado el coste del requerimiento para la empresa que el coste que supondría asumir el impago.

---

sultan asimilables, a estos efectos, en el marco de la interpretación de la relación contractual. Así mientras que el primero queda referenciado o enmarcado en el juego de las obligaciones principales del contrato, de forma que solo el desajuste o la falta de ejecución de estas obligaciones principales comportan un alcance propiamente resolutorio, a diferencia de los denominados incumplimientos leves o infracciones mínimas (...); el segundo, por su parte, escapa a dicho enfoque pudiendo alcanzar su ponderación al conjunto o totalidad de prestaciones contractuales, sin distinción, ya sean estas de carácter accesorios o meramente complementarias, si de la instrumentación técnica señalada se infiere que fueron determinantes para la celebración o fin del contrato celebrado". OLIVA BLÁZQUEZ (2012) p. 264, distingue tres etapas diferenciadas en las exigencias o requisitos que deben concurrir para que nos encontremos ante un incumplimiento resolutorio. En una primera etapa, se exigió una voluntad deliberada o manifiestamente rebelde al cumplimiento o un hecho obstativo que de un modo absoluto, definitivo e irreformable impida el cumplimiento. Posteriormente dicha doctrina excesiva, se matiza y pasa a hablarse de la frustación del fin del contrato, sin que sea preciso una tenaz y persistente resistencia obstativa al cumplimiento, bastando que se malogren las legítimas aspiraciones de la contraparte. Finalmente, la jurisprudencia se refiere a la existencia de un incumplimiento esencial o sustancia, exigiendo que tenga un grado de intensidad tal que prive o fustre la finalidad que el acreedor esperaba del contrato y convierta en conveniente el remedio resolutorio.

852 REBOLLEDO VARELA (1986) p. 3741, llega a la misma conclusión en la resolución por incumplimiento del contrato por parte del vendedor de bien inmueble, en su comentario de la Sentencia de 9 de junio de 1986. Afirma que descartada la aplicación del artículo 1504 CC por contemplar únicamente el posible incumplimiento del comprador de su obligación de pago del precio, surge la aplicación del artículo 1124 CC.

853 Así, en el Fundamento jurídico segundo de su Sentencia 3627/2011, de 10 de junio, el Tribunal Supremo señala que: «*...Pero para la aplicación de tal norma, ésta exige un requisito previo, el requerimiento resolutorio, judicialmente o por acta notarial. Cuyo requerimiento, en esta forma, no se ha hecho en el presente caso, ni siquiera en la demanda. Lo cual se debe a la simple razón, de que no se ha pretendido la resolución al amparo del artículo 1504 del Código Civil por falta de pago por la compradora demandada, sino la resolución al amparo del artículo 1124 del mismo código, por incumplimiento del contrato (...). Se da, pues, incumplimiento no ya del pago, aplicando el artículo 1504 con su previo requerimiento, sino del plazo previsto en el contrato aplicando la norma general del artículo 1124. Precisamente, esto es lo que se pretende en la demanda, en la que no se acusa de impago, ni se menciona el artículo 1504, sino se plantea y se recoge en el suplico el incumplimiento del contrato por el transcurso del plazo previsto".*

854 DÍEZ-PICAZO (2011) p. 158, advierte que para que se produzca el efecto resolutorio, el requerimiento del vendedor debe ser realizado por acta notarial o judicialmente, en cuyo caso será válido el acto de conciliación.

La Orden PRE/361/2002 establece como requisito para la suspensión que el operador requiera el pago y notifique la suspensión al usuario con quince días de antelación a que la suspensión del servicio se haga efectiva. No se prevé para el requerimiento de pago y comunicación de la suspensión ninguna formalidad. Tan solo se exige que se efectúe con quince días de antelación. Lo que está claro es que corresponde al operador la carga de la prueba de haber hecho el requerimiento. Por tanto, es recomendable que se realice de forma que quede constancia de la comunicación efectuada y dentro del plazo estipulado.

Lo habitual es que el requerimiento de pago se realice en las facturas posteriores al impago. Los operadores alegan que el requerimiento se acredita al ser realizado al mismo domicilio y del mismo modo en que se envían las facturas, que son regularmente recibidas por los usuarios. Está claro que no queda constancia fehaciente del requerimiento efectuado.

Pero si admitimos que el requerimiento de pago se puede realizar a través de su inclusión en las facturas, nos surge una nueva pregunta. ¿Es suficiente para que el usuario tenga conocimiento del requerimiento que se incluya en la factura a través de una pequeña mención? La norma no exige forma, pero la finalidad del requerimiento es que antes de la suspensión, el usuario conozca el impago para que pueda saldar su deuda. Por tanto, entendemos que, si el requerimiento de pago se realiza de forma que no llamé la atención del usuario, sino que, al contrario, pueda pasar desapercibido entre la información de la factura, la suspensión se realizaría sin seguir el procedimiento establecido en la norma. Nos encontraríamos ante una suspensión del servicio no justificada. Ello le daría la vuelta a la situación y el operador incumpliría sus obligaciones contractuales, al dejar de prestar el servicio sin causa que lo justifique. En consecuencia, sería el usuario quién podría poner en marcha los mecanismos de protección frente al incumplimiento contractual del operador.

Con la suspensión definitiva, el contrato se extingue[855]. Aunque con carácter general se admite que la resolución tiene efectos retroactivos, Lacruz Berdejo advierte que como excepción en los contratos con prestaciones recíprocas de tracto sucesivo no se producirá la retroactividad de las obligaciones ya cumplidas[856]. Nada se dice en la normativa sectorial acerca del resarcimiento de los daños y perjuicios o el abono de intereses, causados por el impago. Pero no podemos entender que esa posibilidad quede excluida para estos supuestos, ya que es el propio artículo 2 de la Carta de derechos del usuario el que se remite al resto de las normas aplicables, entre las que se incluye el Código Civil. Puesto que la suspensión definitiva del servicio prevista en la legislación sectorial de telecomunicaciones, funciona de forma complementaria al artículo 1124 del Código Civil, al igual que el artículo 1504 CC, no cabe la menor duda de que el operador podrá reclamar los daños y perjuicios causados por el impago. En los arbitrajes celebrados por suspensiones definitivas derivadas del impago es frecuente que el operador formule reconvención por las cantidades adeudadas, pero nunca incluye daños y perjuicios en su reclamación.

Además de la interrupción temporal o definitiva del servicio, en caso de impago el operador podrá exigir la constitución de un depósito de garantía. El artículo 6 de la Carta de derechos de los usuarios establece los supuestos en los que el operador puede exigir al abonado la constitución de un depósito de garantía, tanto en el momento de contratar como durante la vigencia del

[855] DÍEZ-PICAZO (2008) p. 871, afirma que el primer efecto de la resolución es la desvinculación de las partes de la relación obligatoria. Se trata de una eficacia de liberación, en el sentido de que, tras la resolución, la parte que no hubiera ejecutado su prestación, deja de tener el deber jurídico de realizarlo.

[856] LACRUZ BERDEJO (2007) p. 200. OGAYAR Y AYLLÓN (1983) p. 123, entiende que la resolución de los contratos de tracto sucesivo produce efectos irretroactivos. FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL (1998) pp. 169-170, se pronuncia en el mismo sentido, al admitir el carácter retroactivo que en general tiene la resolución por incumplimiento, aunque con la excepción de los contrato de tracto sucesivo que dan lugar a relaciones duraderas entre las partes, en cuyo caso la resolución pone fin a la relación contractual, con eficacia simplemente ex nunc, por lo que permanecen inalteradas las prestaciones ya realizadas. Las partes únicamente están obligadas a liquidar la situación resultante tras la resolución. CLEMENTE MEORO (1998) pp. 503 y ss y (1992) p. 246, afirma que como excepción al principio general de retroactividad en la resolución, se encuentran los contratos de tracto sucesivo, cuando ambas partes ya han ejecutado durante algún tiempo sus prestaciones.

contrato[857]. Este precepto hay que completarlo con la Orden PRE/361/2002, que regula la constitución de los depósitos de garantía.

Al igual que ocurre con la suspensión del servicio, la Carta de derechos limita la constitución del depósito por impago a los contratos de abono en telefonía fija, mientras la Orden PRE/361/2002 no hace distinción alguna entre telefonía fija y móvil. En base a los argumentos ya expuestos, es evidente que la exigencia de un depósito de garantía es posible tanto en la telefonía fija como móvil.

Son tres los supuestos en los que el operador podrá exigir la constitución del depósito de garantía. En primer lugar, cuando el usuario incurra en el impago de uno o varios recibos, se podrá exigir el depósito de garantía mientras subsista la morosidad. En segundo lugar, si el usuario tiene deudas pendientes de otros contratos de abono vigentes o no. Por último, si existe un retraso reiterado en el pago de los servicios. En estos tres supuestos, el legislador toma en consideración los antecedentes como pagador del abonado, para facultar al operador a exigirle el depósito y así, garantizar el cobro de sus servicios.

Los apartados duodécimo y siguientes de la Orden PRE/361/2002 regulan de forma detallada la constitución del depósito de garantía. Se constituirá tras el requerimiento efectuado por el operador a través de cualquier medio que deje constancia. Se otorgará al usuario un plazo no inferior a quince días para la

[857] Los supuestos en los que el artículo 6 de la Carta de derechos de los usuarios posibilita al operador a exigir la constitución de un depósito de garantía son: *"a. En los contratos de abono al servicio telefónico disponible al público desde una ubicación fija solicitado por personas físicas o jurídicas que sean o hayan sido con anterioridad abonados al servicio y hubieran dejado impagados uno o varios recibos, en tanto subsista la morosidad; b. En los contratos de abono al servicio telefónico disponible al público desde una ubicación fija cuyos titulares tuvieran contraídas deudas por otro y otros contratos de abono, vigentes o no en ese momento, o bien que de modo reiterado se retrasen en el pago de los recibos correspondientes; c. Para los abonados al servicio telefónico disponible al público desde una ubicación fija titulares de líneas que dan servicio a equipos terminales de uso público para su explotación por terceros en establecimientos públicos; d. En los contratos para la prestación de servicios de tarificación adicional formalizados entre los operadores de red y los prestadores de dichos servicios; y, e. En aquellos supuestos en que excepcionalmente lo autorice la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información, a petición de los operadores, en casos de existencia de fraude o tipos de fraude detectados de modo cierto y para asegurar el cumplimiento del contrato por los usuarios finales".*

constitución del depósito, que podrá ser constituido en efectivo o mediante aval bancario. El depósito de garantía no será remunerado.

El apartado décimo quinto de la Orden PRE/361/2002 prevé las consecuencias que se derivan del incumplimiento del requerimiento de la constitución del depósito de garantía[858]. Para ello, distingue si el depósito de garantía se exige en el momento de la contratación o si su requerimiento se produce durante la vigencia del contrato. En el caso de que el usuario no constituya el depósito exigido para la contratación, el operador podrá desestimar su solicitud y rechazar la contratación.

Si el depósito se exige durante la vigencia del contrato, el operador podrá suspender el servicio si el abonado no formaliza el depósito en el plazo de los quince días siguientes a la recepción de su requerimiento. Además, el operador requerirá al usuario otra vez el depósito y le concederá un nuevo plazo de diez días para su constitución. Si tras el segundo requerimiento el abonado no constituye el depósito en el plazo señalado, el operador podrá dar de baja al abonado. Se reconoce al operador la facultad de resolver el contrato si el usuario no cumple con su obligación de constituir el depósito de garantía.

El depósito de garantía en el contrato de servicio de comunicaciones electrónicas tiene un carácter temporal, que incluso puede ser inferior al tiempo de vigencia del contrato. Su duración depende de la causa del depósito. Si el depósito se exige por retrasos reiterados en el pago de los recibos, se devolverá cuando se acredite que durante un año no ha habido retraso en su pago. Mientras que si la causa del depósito es el impago de los recibos del contrato o de otro

[858] Apartado décimo quinto de la Orden PRE/361/2002, dispone: *"1. Si el depósito se exige para la contratación de una línea telefónica y el abonado no lo constituye, el operador podrá desestimar su solicitud. 2. Si el depósito se exigiera durante la vigencia del contrato de abono y el abonado no lo constituyera en el plazo de los quince días siguientes a la recepción por el abonado del requerimiento del operador, el operador podrá suspender el servicio contratado. Asimismo, el operador podrá dar de baja al abonado si no se constituyese el depósito transcurrido un nuevo plazo de diez días desde la recepción por el abonado de un segundo requerimiento. 3. En caso de locales públicos que tengan contratadas líneas que dan servicio a equipos terminales de uso público, el operador podrá suspender el servicio o resolver el contrato en las condiciones previstas en el apartado anterior, pero sólo respecto a las líneas correspondientes a los equipos terminales de uso público".*

distinto, durará hasta que el operador tenga constancia del pago íntegro de las cantidades adeudadas.

La duración del depósito de garantía se determina en base a la persistencia de los indicios de morosidad del abonado. Una vez desaparezcan estos indicios, el operador está obligado a su devolución. El plazo de devolución del depósito será de quince días, a contar desde el cumplimiento de las circunstancias exigidas en la norma.

No es este el único sector en el que se prevé la constitución del depósito de garantía para la prestación del servicio. También encontramos una regulación similar en la contratación del suministro eléctrico, así como del gas[859]. ¿Cuál es el significado y la naturaleza del depósito de garantía? No podemos confundirlo con el contrato de depósito regulado en los artículos 1758 y siguientes del Código Civil, cuya principal finalidad es la guarda y restitución de la cosa depositada[860].

La función principal del depósito en el contrato de servicios de comunicaciones electrónicas es garantizar el cumplimiento de la obligación de pago que corresponde al usuario del servicio. Es una garantía del cumplimiento de la obligación[861]. No es una garantía personal, sino que la garantía recaerá sobre el dinero depositado, por lo tanto tampoco podemos encuadrarlo dentro de la fianza, regulada en el artículo 1822 y siguientes del Código Civil[862]. A nuestro

[859] El artículo 79.7 del Real decreto 1955/2000, de 1 de diciembre, por el que se regulan las actividades de transporte, distribución, comercialización, suministro y procedimientos de autorización de instalaciones de energía eléctrica, establece aquellos supuestos en que el suministrador de energía puede exigir el depósito de garantía para la contratación del servicio.

[860] Tal y como advierte DÍEZ-PICAZO (2011) pp. 535 y ss, en el contrato de depósito la custodia es la prestación central y a la que se dirige el contrato. Es un contrato consensual en el que el depositario se obliga a recibir la cosa y, una vez recibida, a custodiarla en unas determinadas condiciones.

[861] DÍEZ-PICAZO (2008) p. 455, define la garantía como cualquier medida o modo especial de asegurar la efectividad de un crédito, que refuerza la posición jurídica del acreedor.
Los depósitos que el operador puede exigir al usuario del servicio de comunicaciones electrónicas, cumplen la función de la garantía, pues la cantidad depositada se destina a asegurar el pago del servicio por el usuario.

[862] Para DÍEZ-PICAZO (2008) pp. 481 y ss, la fianza es un tipo especial de garantía que se produce cuando un tercero se compromete a ejecutar la prestación debida por el deudor al acreedor. Así el fiador garantiza el cumplimiento de una obligación ajena. Es una obligación personal.

juicio se trata de una figura muy similar a la fianza regulada para el contrato de arrendamiento[863], que como señala Lete del Río, «es una prenda irregular», pues la garantía no recaerá en un bien propiedad del usuario, sino en una cantidad de dinero determinada que se depositará en el operador[864].

Nada dice la norma de las obligaciones de guarda o custodia de los depósitos. Pero se apura en aclarar que no serán remunerados, mientras que el artículo 1868 del Código Civil dispone que: *"Si la prenda produce intereses, compensará el acreedor los que perciba con los que se le debe, y si no se le deben, o en cuanto excedan de los legítimamente debidos, los imputará al capital"*. Sin embargo el operador va a obtener un beneficio de los depósitos hechos en efectivo, pues va a recibir dinero, que estará en su poder y del que tendrá libre disposición mientras dure el depósito. El beneficio del operador será correlativo al perjuicio del usuario del servicio, que cuando le sea restituida la cantidad depositada podrá, en caso de inflación, tener un valor de mercado muy inferior.

Otra de las obligaciones de los usuarios es el uso de los servicios de comunicaciones electrónicas contratados para los fines previstos en el contrato. Recordemos que los usuarios no podrán prestar servicios de comunicaciones electrónicas ni tampoco revenderlos.

Cabe destacar, a este respecto, la importancia de la Sentencia de la Audiencia Nacional, de 1 de septiembre de 2011, por la que se resuelve el recurso interpuesto por el Ayuntamiento de Málaga, frente a dos resoluciones dictadas por la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones[865]. La Audiencia Nacional delimita el concepto de autoprestación, que definirá al usuario final del servicio de comunicaciones electrónicas. La Audiencia entiende que el concepto

[863] La fianza en el arrendamiento se establece en el artículo 36 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos.

[864] LETE DEL RÍO (2006) p. 389.

[865] La sentencia desestima el recurso interpuesto por el Ayuntamiento de Málaga, contra dos resoluciones de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, por las que se le imponía una sanción y se le inscribía de oficio en el registro, al entender que el ayuntamiento no prestaba el acceso a Internet en régimen de autoprestación, debiendo ser calificado como un prestador de servicio de comunicaciones electrónicas y, estando así obligado a cumplir las condiciones impuestas en la norma.

de "autoprestación" en materia de comunicaciones electrónicas debe ser interpretado desde dos perspectivas. La primera hace referencia al supuesto más general de autoprestación, en el que hay coincidencia entre el prestador y el usuario. Es el realizado para su servicio interno y su propia atención por parte de una persona física o jurídica, sin que proporcione utilidad o prestación para terceros. Pero, además, reconoce que la propia Comisión del Mercado de Telecomunicaciones amplió el concepto de autoprestación al calificar como tal, la explotación de redes o la prestación de servicios realizada por la Administración pública a terceros en determinadas circunstancias, esto es siempre que la actividad esté destinada a proyectar sobre los terceros los fines y las potestades propias de la Administración; y sin contraprestación económica.

2. Obligaciones del operador del servicio de comunicaciones electrónicas

Son muchas y muy específicas las obligaciones contractuales que corresponden al operador del servicio de comunicaciones electrónicas. La principal obligación del operador va a ser la prestación del servicio de comunicaciones electrónicas, que es correlativa a la obligación del usuario del pago del precio estipulado por la prestación del servicio. El operador no sólo está obligado a prestar el servicio, sino que tendrá que hacerlo bajo unos niveles de calidad predeterminados. Los niveles de calidad se determinarán tanto por el órgano administrativo de control como por el propio operador. Si no se cumplen los niveles de calidad, surge la responsabilidad del operador, que estará obligado a indemnizar por ello al usuario del servicio. Junto a la prestación del servicio, el operador está obligado a emitir facturas, a la suspensión temporal del servicio previa solicitud del abonado, a la desconexión de algunos servicios de comunicaciones, así como a disponer de un servicio de atención al cliente.

Antes de analizar las obligaciones contractuales del operador tenemos que hacer una breve mención a las obligaciones del servicio universal,

consecuencia de la catalogación de los servicios de comunicaciones electrónicas como un servicio de interés general[866].

Recordemos que a través del servicio universal el legislador garantiza el acceso de todos los ciudadanos a un servicio de comunicaciones electrónicas efectivo y útil, que afecta hasta el momento a la telefonía fija y a la conexión a Internet[867]. A través del servicio universal, el legislador impone al operador designado al efecto la obligación de prestar el servicio de comunicaciones electrónicas previa solicitud de un usuario que cumpla los requisitos establecidos en la norma. En este caso, el operador no está obligado a prestar el servicio como consecuencia de un contrato, sino que su obligación deriva directamente de la norma.

En estos casos, ésta va a ser la primera obligación del operador. Aunque no tenga un interés empresarial o no prevea la obtención de beneficios económicos de la contratación, el operador está obligado a aceptar las solicitudes de prestación del servicio universal cuando el usuario y el servicio solicitado cumplan las condiciones impuestas en la norma.

El operador designado para la prestación del servicio universal está obligado a satisfacer las solicitudes razonables de conexión en un plazo máximo de 60 días naturales, a contar desde la recepción de la solicitud. Se descontarán los retrasos debidos a la obtención de los permisos, derechos de ocupación o de paso específicos o por cualquier otra causa no imputable al operador. El

[866] Remitiéndonos a lo ya expuesto sobre la calificación de los servicios de comunicaciones electrónicas como servicios de interés general, recordamos las palabras de MONTERO PASCUAL (2007) pp. 216 y ss, al exponer que los servicios de telecomunicaciones se ven afectados por un interés público, al ser imprescindibles para la participación social de los individuos y para el desarrollo de sus actividades económicas, hecho que es reconocido por el legislador cuando los califica como servicios de interés general. Su calificación como servicios de interés general legitima la intervención pública, cuyo principal instrumento es la imposición de cargas de servicio público a los operadores privados. CARLÓN RUIZ (2007) pp. 46 y ss, destaca la relevancia de la calificación de los servicios de comunicaciones electrónicas como servicios de interés general prestados en régimen de competencia.

[867] CARLÓN RUIZ (2007) p. 112, afirma que el elemento principal del servicio universal de telecomunicaciones es la garantía a todos los usuarios finales de que pueden obtener una conexión a la red telefónica pública desde una ubicación fija, lo que les permitirá acceder a la prestación del servicio telefónico fijo disponible al público, así como el servicio de datos que le permita el acceso funcional a Internet.

incumplimiento del plazo da lugar a una compensación automática al usuario, que quedará exento del pago de un número de cuotas mensuales de abono equivalentes al número de meses o fracción en los que se haya superado dicho plazo. Se entienden como solicitudes razonables las que se refieran a inmuebles destinados para residencia o vivienda habitual del solicitante[868].

A continuación analizaremos las principales obligaciones del operador del servicio de comunicaciones electrónicas. Comenzaremos con el análisis de la obligación de prestación del servicio de comunicaciones electrónicas, en el que intentaremos delimitar la calidad del servicio exigida, así como los supuestos de responsabilidad del operador a los que puede dar lugar su incumplimiento. Consecuencia de la prestación del servicio de comunicaciones electrónicas, el operador tiene la obligación de emitir una factura por el servicio prestado para que el usuario proceda a su abono. También dedicaremos un apartado al estudio de la suspensión temporal del servicio, así como a la obligación de desconexión de determinados servicios a solicitud del usuario. Finalizaremos el apartado con una breve mención a la obligación del operador de disponer de un servicio de atención al cliente, que desarrollamos en el último capítulo de nuestro trabajo.

A) La obligación de prestar el servicio conforme a los niveles de calidad

La principal obligación contractual del operador es la prestación del servicio de comunicaciones electrónicas, esto es, debe garantizar al usuario la disponibilidad de sus comunicaciones. La obligación del operador es correlativa a la obligación del usuario del pago del precio pactado, consecuencia del carácter bilateral y sinalagmático del contrato de comunicaciones electrónicas. La prestación del servicio y el pago del precio son obligaciones recíprocas.

Los servicios de comunicaciones electrónicas pueden consistir en una línea de telefonía fija, en una línea de telefonía móvil o en el acceso a Internet. Pero es frecuente que junto con los servicios de comunicaciones, el operador se obligue contractualmente a prestar otros servicios accesorios, como por ejemplo

[868] MONTERO PASCUAL (2007) p. 225, advierte que cuando el operador encargado del servicio universal entienda que una solicitud no es razonable, debe someterla a la resolución de la Dirección General de Telecomunicaciones.

la venta del terminal necesario para el uso de las comunicaciones (teléfono o router), el acceso a contenidos digitales (conexiones a Spotify o descargas y uso de un antivirus), o el mantenimiento del servicio. El operador prestará el servicio en las condiciones pactadas contractualmente. Pero hay una salvedad referida a los servicios de comunicaciones electrónicas, ya que el legislador exige que el servicio sea prestado conforme a unos estándares de calidad predeterminados. La cuestión que surge es quién determina los niveles de calidad del servicio de comunicaciones electrónicas.

Ya hemos señalado que la consideración del servicio universal como un servicio de interés general, conlleva que sea el legislador el que delimite sus características y condiciones. La garantía de la prestación del servicio universal se consigue con la imposición al operador de prestar el servicio en las condiciones previamente establecidas. Distinta es la situación en la que se encuentran los servicios que no entran dentro de la categoría del servicio universal, en los que la determinación de la calidad del servicio será compartida entre el órgano administrativo de control, esto es, el Ministerio de Industria, Energía y Turismo a través de la SETSI, y el propio operador quién tendrá que determinar los parámetros y políticas de compensaciones aplicables al servicio que ofrece.

Antes de continuar es necesario saber a qué se refiere la norma cuando habla de la calidad del servicio. Siguiendo a la Unión Internacional de Telecomunicaciones, la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones (SETSI) define la calidad del servicio como el efecto global de la calidad de funcionamiento de un servicio que determina el grado de satisfacción del usuario de dicho servicio[869]. La calidad del servicio se establece a partir de la medición realizada de los distintos servicios prestados, conforme a los parámetros recogidos en el anexo I de la Orden de Calidad[870]. Para establecer los parámetros

[869] A través de su página web www.minetur.gob.es/telecomunicaciones

[870] La definición y el método de medida se han elaborado por el Instituto Europeo de Normas de Telecomunicaciones, y se recogen en la guía ETSI EG 202 057. Se fijan unos parámetros generales que comprenden el tiempo de suministro de acceso ya sea a la telefonía fija como a Internet, el porcentaje de problemas en los procedimientos de portabilidad numérica, el por-

de medida se tienen en cuenta diversos aspectos, tales como la gestión de la contratación, el mantenimiento de línea y el tiempo de respuesta en caso de averías, incidencia en facturación, efectividad y eficacia en la realización de llamadas y conexiones a Internet, o el número de reclamaciones de los usuarios así como el tiempo de respuesta.

La posibilidad de que el Ministerio establezca los niveles de calidad aplicables a cualquier prestación de servicio de comunicaciones electrónicas deriva del artículo 22.3 de la Directiva del Servicio Universal[871]. Este precepto se transpone a la normativa española a partir del artículo 50 LT, que encuentra su desarrollo a través de la Orden IET/1090/2014, de 16 de junio, por la que se regulan las condiciones relativas a la calidad de servicio en la prestación de los servicios de comunicaciones electrónicas[872]. Los niveles de calidad determinados por el Ministerio se refieren únicamente al parámetro de tiempo de interrupción del servicio.

Además de los niveles de calidad fijados por el Ministerio, el operador debe asumir unos compromisos de calidad, que figurarán en el contenido

centaje de avisos de averías y el tiempo de reparación de las averías, el tiempo de respuesta para consultas sobre asuntos administrativos o de facturación, la frecuencia de las reclamaciones de los clientes y su tiempo de resolución. Junto a los parámetros generales se establecen los parámetros relacionados con las llamadas (porcentajes de llamadas fallidas, tiempo de establecimiento de llamadas y calidad de la conexión de voz), y los parámetros específicos de acceso a Internet (tecnología y modalidades de servicio relevantes, porcentajes de accesos de usuario con éxito, porcentajes de transmisiones de datos fallidas y velocidad de transmisiones de datos conseguida).

871 La Directiva del servicio universal es la Directiva 2002/22/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas, cuyo artículo 22.3 dispone que: "*Para evitar la degradación del servicio y la obstaculización o ralentización del tráfico en las redes, los Estados miembros garantizarán que las autoridades nacionales de reglamentación están facultadas para establecer unos requisitos mínimos de calidad del servicio a la empresa o empresas proveedoras de redes públicas de comunicaciones electrónicas...*".

872 El artículo 50.1 LT dispone que: *"Por Orden del Ministerio de Industria, Energía y Turismo se podrán fijar requisitos mínimos de calidad de servicio que, en su caso, se exijan a los operadores de redes públicas de comunicaciones electrónicas, con el objeto de evitar la degradación del servicio y la obstaculización o ralentización del tráfico en las redes, de acuerdo con los procedimientos que se establezcan mediante real decreto...".* La Orden IET/1090/2014 sustituye a la Orden ITC/912/2006, de 29 de marzo, por la que se regulan las condiciones relativas a la calidad en la prestación de los servicios de comunicaciones electrónicas, para adecuar su regulación a las novedades no solo introducidas por la Ley de Telecomunicaciones, sino también por la Carta de derechos de los usuarios.

contractual. Así el artículo 8.1.d) de la Carta de derechos de los usuarios prevé como contenido mínimo contractual, los niveles individuales de calidad de servicio establecidos conforme a los parámetros y métodos de medida que, en su caso, determine el Ministerio, así como las indemnizaciones asociadas al incumplimiento de los compromisos de calidad y si éstas se ofrecen de forma automática por el operador o previa petición del usuario final[873]. Pero este no es el único apartado dedicado a los compromisos del operador, pues el apartado h) del mismo artículo 8.1 de la Carta de derechos establece que el operador precisará en el contrato la política de compensaciones y reembolsos con indicación de los mecanismos de indemnización o reembolso ofrecidos, así como el método de determinación de su importe. Aunque el legislador, ubique ambas previsiones en apartados distintos, entendemos que compromisos de calidad y política de compensaciones y reembolsos, recogen un mismo concepto, al referirse en ambos casos al compromiso contractual libremente asumido por el operador en relación a la prestación del servicio.

El legislador no define ni explica a qué se refiere cuando obliga al operador a dejar constancia en el contrato de su "compromiso de calidad" o "política de compensaciones y reembolsos"[874]. No parece que haga referencia a la responsabilidad que surge cuando incumple sus obligaciones contractuales. En nuestra opinión, se trata de iniciativas del operador para ofrecer un mejor servicio a sus usuarios[875]. Podríamos equipararlo a la garantía comercial que se

[873] En el mismo sentido se pronuncia el artículo 10 de la Orden IET/1090/2014, de 16 de junio, al disponer que: "...*en los contratos que celebren los operadores con los consumidores que sean personas físicas y otros usuarios finales, se deberá precisar en relación con la calidad de servicio, los niveles individuales que el operador se compromete a ofrecer y los supuestos en que su incumplimiento dé derecho a exigir una indemnización así como su método de cálculo*".

[874] Para facilitar su lectura, utilizaremos a lo largo del trabajo el concepto de políticas de compensaciones y reembolsos. Pero debe tenerse en cuenta que con ese concepto nos referimos tanto a los compromisos de calidad (artículo 8.1.d)) como a las políticas de compensaciones y reembolsos (artículo 8.1.h)).

[875] Para MARÍN LÓPEZ (2009) p. 1577, la garantía comercial adicional prevista en el artículo 125 TRLGDCU cumple la finalidad de prestigiar un producto frente a sus competidores, y colocarlo en una mejor posición en el mercado. Es un instrumento de señalización de fiabilidad, calidad y buen servicio. TORRELLES TORREA (2011) p. 1128, comparte la opinión anterior. Afirma que la garantía comercial es un señalizador de la calidad del producto, que sirve como instrumento a los consumidores para distinguir un producto de alta calidad. ÁLVAREZ MO-

ofrece en la venta de los bienes, que se define en el artículo 125 TRLGDCU como aquella que puede ofrecerse adicionalmente con carácter voluntario y obligará a quien figure como garante en las condiciones establecidas en el documento de garantía y en la correspondiente publicidad[876]. En el caso que nos ocupa, serían las garantías adicionales que el operador ofrece voluntariamente a sus usuarios en la prestación del servicio[877].

Desde una perspectiva más amplia, tal vez cabría pensar que las políticas de compensaciones y reembolsos no comprenden solo las indemnizaciones a cargo del operador, sino que también se refieren a las compensaciones a cargo del usuario del servicio en caso de incumplimiento de las cláusulas contractuales. Un ejemplo sería la penalización por baja anticipada. Esta interpretación debemos desecharla, por cuanto que el artículo 8.1.d) y h) de la Carta de derechos habla de políticas de compensaciones y reembolsos ofrecidos, y ese precepto recoge la obligación del operador de hacer constar en el contrato determinada información. Por tanto, es al operador a quién le corresponde fijar en el contrato su política de compensaciones y reembolsos, como sujeto activo de las mismas y nunca como su receptor.

La naturaleza jurídica de las políticas de compensaciones o reembolso del operador se corresponde a una cláusula contractual, por la que se asumen obligaciones[878]. Adquiere valor jurídico cuando se incorporan al contrato y son

RENO (2006) pp. 182 y ss; y DÍAZ ALABART (2006) p. 243, también reconocen esta función de la garantía comercial.

876 La doctrina entiende que para establecer la definición de garantía comercial es necesario su contraposición con la garantía legal. En este sentido, ÁLVAREZ MORENO (2006) pp. 180 y ss; MARÍN LÓPEZ, M. J. (2009) p. 1576 y ss; TORRELLES TORREA (2011) pp. 1128 y ss.

877 Es fácil ver como las políticas de compensaciones y reembolsos de los contratos de comunicaciones electrónicas tienen los mismos caracteres que la garantía comercial del artículo 125 TRLGDCU. MARÍN LÓPEZ (2009) pp. 1578-1579, afirma que la garantía comercial es una garantía adicional, esto es ofrece una protección adicional a la ofrecida por las normas imperativas. Lo mismo ocurre en el caso de las políticas de compensaciones y reembolsos, pues con ellas el operador ofrecerá al usuario una mejora respecto a los niveles de calidad e indemnizaciones ya previstos en la norma. Además, la garantía comercial es voluntaria o potestativa, pues es el garante quién la determina. Lo mismo ocurre en el caso de las políticas y compensaciones, al ser el propio operador el que determine su contenido y condiciones de efectividad.

878 TORRELLES TORREA (2011) p. 1129, entiende, al igual, que el fundamento de la garantía comercial es estrictamente contractual y voluntario, a diferencia de las previsiones y régimen de responsabilidad por la falta de conformidad impuesta por el derecho positivo.

consentidas por ambas partes, tal y como establece el artículo 1258 del Código Civil. Pero hay que tener en cuenta que son cláusulas predispuestas por el operador y, por tanto, se encuentran sometidas al régimen de control de incorporación y contenido, previsto en el TRLGDCU y la Ley de condiciones generales de la contratación, al que hemos hecho referencia en páginas precedentes[879].

¿Qué ocurre si, incumpliendo la previsión normativa, en el contrato no constan las políticas de compensaciones y reembolso del operador? ¿Está obligado el operador a tenerlas? Aunque el operador goza de absoluta libertad a la hora de fijar cuál es su política de compensaciones y reembolsos, y por tanto entran dentro del ámbito de su autonomía, parece que existe una imposición legal que le obliga a su determinación. Tras examinar los contratos de algunos de los principales operadores, comprobamos como en todos ellos, junto a la responsabilidad por incumplimiento de los niveles de calidad previstos normativamente, el operador asume un compromiso de calidad añadido[880]. Sin

[879] A la misma conclusión llega DÍAZ ALABART (2006) p. 246, respecto a la garantía comercial de bienes de consumo, al señalar que ésta se incluirá en los contratos de adhesión con condiciones generales que utilicen los empresarios, como una cláusulas más entre las que allí se recogen, y como cláusula predispuesta está sometida al control de incorporación y contenido, previsto en las normas sobre contratación con condiciones generales.

[880] Vodafone prevé en su clausulado de condiciones generales que: "Vodafone indemnizará adicionalmente al Cliente si su servicio telefónico móvil se interrumpe de forma acumulada más de siete (7) horas durante un ciclo de facturación. El Cliente deberá comunicarlo al Servicio de Atención al Cliente de Vodafone, en el plazo de diez (10) días contados a partir del restablecimiento del servicio. Esta indemnización se calculará y abonará al Cliente de la misma forma que la indemnización establecida por interrupción temporal del servicio".
Movistar se compromete a prestar el servicio con continuidad, indemnizando adicionalmente al cliente si existieran interrupciones del servicio por causas ajenas al cliente, conforme a la periodicidad de facturación que haya seleccionado. En el supuesto de facturación mensual, el cliente tendrá derecho a la devolución de la parte proporcional de la cuota de abono relativa al tiempo acumulado de incomunicación que exceda de 24 horas por cada línea afectada. En caso de facturación bimestral, el cliente tendrá derecho a la devolución de la parte proporcional de la cuota de abono relativa al tiempo acumulado de incomunicación que supere las 48 horas por cada línea afectada. La indemnización tendrá lugar previa petición del cliente, que podrá formular en el plazo de los 10 días siguientes a aquel en el que quedó restablecido el servicio, efectuando una llamada telefónica al correspondiente número de atención personal del cliente que figura en la cláusula vigésimo tercera del contrato o a través de la página web de Movistar, indicando sus datos personales y el número de la línea que estuvo interrumpida.
R Cable establece que cuando se produzcan restricciones o interrupciones en cualquier servicio durante un período superior a 48 horas, R indemnizará al Cliente con una cantidad que será igual al precio que éste pague, por todos los conceptos relativos a este servicio, en proporción al período de tiempo que haya durado la interrupción. Esta compensación se realizará

embargo, en nuestra opinión la respuesta correcta a ambas preguntas debe ser negativa, pues no hay una genuina obligación legal al respecto. Prueba de ello, es que la propia normativa no prevé las consecuencias jurídicas de la omisión de las políticas de compensaciones y reembolsos en el contrato.

Según el artículo 3 de la Carta de derechos, el usuario del servicio de comunicaciones electrónicas tiene derecho a recibir los servicios de comunicaciones electrónicas con garantías de calidad, así como a recibir información, comparable, pertinente y actualizada sobre la calidad de los servicios de comunicaciones electrónicas. Además, tiene derecho a un servicio continuo y a una indemnización en caso de interrupciones.

Los derechos del usuario se configuran como obligaciones para el operador, que tendrá que informar sobre los niveles de calidad del servicio que ofrece. Como iremos desgranando a continuación, la Carta de derechos de los usuarios no impone al operador una única obligación de información sobre los niveles de calidad, sino que ésta se prevé en varios momentos distintos en relación a la formación del contrato. La complejidad del sistema es evidente y, no tanto por la información que debe ofrecer, sino por las consecuencias jurídicas que se derivan de esa información.

de forma automática cuando R detecte la interrupción a través de sus sistemas o previa comunicación por parte del cliente. R podrá devolver dicha cantidad directamente al Cliente mediante transferencia bancaria a la cuenta previamente comunicada por éste, o por cualquier otro medio que pacte con el Cliente. No obstante, R podrá optar por compensar dicho importe con la factura correspondiente al mes siguiente al de la interrupción. Cuando la interrupción se produzca en los servicios de telefonía o Internet, esta indemnización se acumulará a la señalada en las letras b) y c) anteriores.

France Telecom (Orange) ofrece adicionalmente la indemnización al cliente cuando se incumpla con el tiempo máximo de interrupción del servicio (entendido como la suma de tiempos transcurridos a lo largo de un período de facturación en el que se ha producido la rotura o inutilización del servicio) que estará definido para cada uno de los servicios en sus condiciones particulares con la indemnización que se indicará en cada caso. Orange tras estudiar el problema le indemnizará si corresponde (empezando a contar los plazos desde el momento en que el cliente comunique al SAC la existencia de esa interrupción del servicio). Los clientes que deseen solicitar esta indemnización deberán dirigir su reclamación en un plazo máximo de un mes a contar desde la finalización del mes en el que haya/n ocurrido la/s interrupción/es contactando con el SAC de Orange en el número 900 901 300 indicando sus datos personales y de la línea y siendo imprescindible indicar el/los número/s de incidencia/s provisto por el SAC de Orange en el momento de comunicar su avería.

La obligación de información del operador surge en tres momentos distintos en la formación del contrato. En un primer momento ni siquiera es necesario que exista ánimo de contratar, pues la información debe estar disponible al público en general. En un segundo momento, surge la obligación de informar a todos los potenciales usuarios para que conozcan las condiciones en las que contratarían. El tercer momento se refiere a la formalización del contrato, pues en este caso la información que obliga al operador es parte del contenido contractual. Las vigentes obligaciones de información del operador se desarrollan a través de la Orden IET/1090/2014, de 16 de junio, por la que se regulan las condiciones relativas a la calidad de servicio en la prestación de los servicios de comunicaciones electrónicas, en adelante Orden de Calidad.

Empezaremos por hacer una breve referencia a la obligación del operador de tener a disposición de los usuarios la información precontractual. Se recoge en el artículo 12 de la Carta de derechos, que impone al operador la obligación de tener a disposición de los usuarios finales la información relativa a las características del contrato en particular sobre sus condiciones jurídicas y económicas, y de los servicios objeto del mismo. Esta información estará disponible a través de la página web del operador y a través del teléfono de atención al público. Además, el operador enviará por escrito y de forma gratuita esta información a aquellos usuarios que así lo soliciten. Recordemos que esta información ya ha sido analizada en el apartado referente a la información precontractual. Su importancia deriva de su integración en el contrato, aunque no figure expresamente en el mismo, y de la responsabilidad que surge en caso de incumplimiento.

La información contractual se recoge en el artículo 8.1.d) de la Carta de derechos de los usuarios, como contenido mínimo obligatorio. Impone que en el contrato debe figurar, entre otros: *"Los niveles individuales de calidad de servicio establecidos conforme a los parámetros y métodos de medida que, en su caso, determine el Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, así como las indemnizaciones asociadas al incumplimiento de los compromisos de calidad y si éstas se ofrecen de forma automática por el operador o previa petición del*

usuario final. Entre dichos parámetros figurará el relativo al tiempo de suministro de la conexión inicial". Este precepto encuentra su desarrollo en el artículo 10.1 de la Orden de Calidad, que establece que: *"...en los contratos que celebren los operadores con los consumidores que sean personas físicas y otros usuarios finales, se deberá precisar en relación con la calidad de servicio, los niveles individuales que el operador se compromete a ofrecer y los supuestos en que su incumplimiento dé derecho a exigir una indemnización, así como su método de cálculo".*

Con una interpretación literal del precepto, entendemos que en el contrato constarán los niveles de calidad aplicables a cada pacto, junto con la indemnización que corresponda en caso de incumplimiento. Serían dos las funciones de los niveles de calidad fijados en el contrato. En primer lugar, determinarían el contenido obligacional de la prestación del servicio, al establecer los criterios necesarios para valorar su correcta prestación. Y en segundo lugar, configuran la responsabilidad objetiva del operador, que tendrá que indemnizar al usuario en caso de incumplimiento.

El artículo 10.1 de la Orden de Calidad se refiere a los niveles de calidad del servicio de forma generalizada, por lo que quedarían incluidos todos los parámetros publicados por el operador. Sin embargo, el apartado segundo del mismo precepto, limita la obligatoriedad de la referencia contractual al parámetro del tiempo de interrupción del servicio, además de fijar la indemnización únicamente para dicho supuesto[881]. Curiosamente el artículo 8.1.d de la Carta de derechos del usuario parece exigir, como parte del contenido contractual mínimo, la constancia en el contrato del parámetro relativo al tiempo de suministro de la conexión inicial, que es distinto del anterior. Tenemos que entender que ambas normas se complementan, al no haber contradicción en sus preceptos. Por tanto, el operador para cumplir con la obligación de incluir los

[881] El artículo 10. 2 de la Orden de Calidad dispone que: *"Dicho compromiso se fijará, al menos, con respecto al parámetro tiempo de interrupción del servicio, que se define como la suma de tiempos transcurridos, a lo largo de un período de observación, desde el instante en el que se ha producido la rotura o inutilización por degradación del servicio o elemento del servicio hasta el momento en que se ha restablecido a su normal funcionamiento..."*

niveles de calidad en el contrato basta con que incluya la referencia al parámetro del tiempo de interrupción del servicio y, en su caso, al parámetro del tiempo de suministro de la conexión inicial[882].

Lo hasta ahora expuesto nos permite deducir que la prestación del servicio se realizará conforme a los niveles de calidad establecidos en el contrato, además de aquellos que, aunque no se contemplen expresamente en el contrato, figuren en la información precontractual y sean más favorables para el usuario, tal y como dispone el artículo 61 TRLGDCU. La responsabilidad del operador surgirá cuando se produzca la prestación defectuosa o el incumplimiento de los niveles de calidad previstos en el contrato (ya sea expresamente o por integración). Pero esta conclusión debe ser matizada a la vista del artículo 14 de la Carta de derechos de los usuarios y su desarrollo por la Orden de Calidad.

Así, el operador está obligado a publicar información detallada, comparable, pertinente, fácilmente comprensible, accesible y actualizada sobre la calidad de los servicios que presten, tal y como dispone el artículo 14 de la Carta de derechos de los usuarios[883]. Parece que nos encontramos ante una obligación genérica del operador, que tendrá que publicar información sobre los niveles de calidad del servicio que preste, sin que esta información tenga un destinatario en concreto, sino que estará accesible para cualquier ciudadano que quiera consultarla y ello, pese a que no tenga intención de contratar.

Está obligación afecta a los operadores cuyo volumen de facturación supere el umbral establecido en el artículo 2 de la Orden de Calidad. Estos

[882] El parámetro del tiempo de suministro de la conexión inicial no se define como tal en el Anexo I de la Orden de Calidad, que tan solo hace referencia al tiempo de suministro de accesos a la red fija y el tiempo de suministro de accesos a Internet. Ya vimos que una de las obligaciones del operador designado para prestar el servicio universal es que la conexión solicitada se realice en el plazo de 60 días. Entendemos que es éste el parámetro del tiempo de suministro de la conexión inicial a que se refiere el artículo 8.1.d de la Carta de derechos de los usuarios.

[883] El artículo 14 de la Carta de derechos de los usuarios sustituye al artículo 105 del Reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios, aprobado por el Real decreto 424/2005, de 15 de abril. La redacción del artículo 105 del Reglamento era idéntica al artículo 14 de la Carta de derechos.

operadores deben tener disponible, para su publicación y para su remisión a la SETSI, la información sobre los niveles de calidad del servicio, que comprenden tanto el nivel ofertado como el nivel medido de calidad. El nivel ofertado de calidad del servicio es el nivel que el operador espera poder ofrecer a sus clientes teniendo en cuenta la planificación de los recursos utilizados para la provisión del servicio; esto es, la previsión del servicio que ofrece a los usuarios según la infraestructura e inversión del operador. Mientras el nivel medido de calidad de servicio se refiere al servicio efectivo o ya prestado.

Está información debe publicarse a través de la página de Internet del operador. La publicación se realizará a través de un apartado específico relativo a la calidad del servicio que sea fácilmente localizable y con información gratuita. En dicho apartado figurará tanto el nivel ofertado como el nivel medido de calidad, así como las conclusiones de los informes y comprobaciones de las auditorías realizadas y la información adicional necesaria para que los usuarios interpreten y comprendan los datos facilitados.

Para garantizar que los usuarios pueden comparar de forma fiable y precisa los datos publicados por los operadores, la SETSI dedicará un apartado específico en su página web para publicar la información sobre la calidad de los servicios de los operadores. Por tanto, los usuarios tendrán una doble vía para consultar la información sobre los niveles de calidad del servicio, esto es, la información publicada por el operador y la información disponible en la página web de la SETSI.

Es el momento de preguntarnos cuál es el valor jurídico de la información publicada por los operadores a través de su página web y de la SETSI sobre la calidad de los servicios prestados. ¿Podríamos considerarla como información precontractual? Si tenemos en cuenta que la publicación de los niveles de calidad pone a disposición de los posibles usuarios información sobre el servicio que presta cada una de las operadoras y que esta disponibilidad podrá influir en la formación de la voluntad del usuario a la hora de contratar, la respuesta sería afirmativa. Tendríamos que considerarla información precontractual y, por tanto,

quedaría integrada en el contrato, a la vez que puede dar lugar al surgimiento de la responsabilidad precontractual que ya hemos analizado. A pesar de la naturalidad de la afirmación, creemos que no es correcta y la publicación de los niveles de calidad no puede ser considerada como información precontractual, por varios motivos que a continuación expondremos.

La publicación de los niveles de calidad por los operadores y por la SETSI no puede considerarse como una oferta contractual, ya que está limitada a los parámetros de calidad previstos, sin hacer referencia al resto de condiciones contractuales. Díez-Picazo nos advierte de la existencia de distintos tipos de publicidad, entre las que destaca la publicidad como oferta contractual y la publicidad para favorecer la divulgación sobre un producto o servicio, esto es para su promoción[884]. Sin embargo, creemos que la publicación de los niveles de calidad por parte de los operadores ni siquiera puede considerarse como una publicidad realizada para favorecer la popularidad del servicio o del empresario. En nuestra opinión, nos encontramos ante una obligación impuesta al operador para garantizar la transparencia en el ejercicio de su actividad, de la misma forma que, por ejemplo, las sociedades están obligadas a publicar sus cuentas anuales[885].

Si los datos publicados no son fiables o veraces, la SETSI podrá acordar la suspensión temporal de la publicación, ya sea de forma parcial o total[886]. Esta es otra prueba más de que la publicación no puede ser considerada como información precontractual, pues las consecuencias del incumplimiento de esta última información publicada no van más allá de su simple suspensión temporal.

Pero el motivo más evidente es la regulación singularizada de la información precontractual en el artículo 12 de la Carta de derechos de los

884 DÍEZ-PICAZO (2007) pp. 381-392.

885 Así se reconoce en el artículo 9.1 de la Orden de Calidad, al prever que la SETSI incluya en su página de Internet un apartado destinado a la publicación de los niveles de calidad del servicio de los operadores, de acuerdo con las garantías de comparabilidad, fiabilidad y precisión establecidos en esta orden.

886 Así lo dispone el artículo 8.4 de la Orden de Calidad: *"Asimismo, la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información podrá ordenar la suspensión temporal de la publicación de todos o parte de los datos por el operador, cuando tenga dudas razonables sobre la fiabilidad de los mismos".*

usuarios. Recordemos que este precepto obliga a los operadores a tener a disposición de los usuarios la información aplicable al contrato, referente tanto a sus condiciones jurídicas como económicas, así como al servicio prestado. El usuario podrá consultar la información, a través de la página web o a través del número de atención telefónica del operador, y podrá obtenerla por escrito, de forma gratuita, si así lo solicita. La regulación de la información precontractual no solo persigue que el usuario conozca las condiciones contractuales antes de la contratación, sino que además le ofrece la posibilidad de tener constancia de dichas condiciones, para en caso de ser necesario poder instar su cumplimiento.

En conclusión, solo formarán parte del contrato y delimitarán la prestación del operador, la información precontractual prevista en el artículo 12 de la Carta de derechos de los usuarios, así como la información contractual en los términos previstos en el artículo 8 de la Carta de derechos de los usuarios y el artículo 10 de la Orden de Calidad.

B) La responsabilidad del operador por el incumplimiento de la prestación del servicio

Como ya advertimos, el legislador establece la responsabilidad objetiva del operador en aquellos casos en que incumpla los niveles de calidad fijados en el contrato. Tal y como dispone el artículo 8.1.d) de la Carta de derechos de los usuarios, en el contrato se determinarán, además de los niveles de calidad, las indemnizaciones asociadas al incumplimiento de los compromisos de calidad, así como si éstos se ofrecen de forma automática por el operador o previa petición del usuario final. Este precepto se completa con el artículo 15 de la Carta de derechos de los usuarios y con el artículo 11 de la Orden de Calidad[887].

Tras una primera lectura del precepto, parece que el legislador garantiza un servicio de calidad al usuario y reconoce la responsabilidad objetiva del

[887] La redacción del artículo 11 por la Orden IET/1090/2014 se adecúa a lo dispuesto en la Carta de derechos de los usuarios. De esta forma corrige la contradicción que se venía produciendo con el anterior artículo 11 de la Orden ITC/912/2006, que a pesar de no ser derogado por la Carta de derechos de los usuarios, bastaba una simple lectura de ambos preceptos para darnos cuenta que su regulación quedaba contenida y ampliada por el artículo 15 de la Carta de derechos de los usuarios.

operador en aquellos casos en que no se alcance la calidad del servicio determinada en el contrato. Sin embargo, al igual que ocurre con la constancia de los niveles de calidad en el contrato, el reconocimiento de la responsabilidad objetiva del operador se limita a los supuestos de interrupción del servicio y no suministro de la conexión inicial en el tiempo establecido. Pero no podemos olvidar que el operador asume en el contrato las políticas de compensaciones y reembolso, que irán acompañados de la indicación de los mecanismos de indemnización o reembolso ofrecidos, así como el método de determinación de su importe. Al ser éstos fruto de la autonomía de la voluntad del operador, que asume el compromiso en los términos que considere oportuno, habrá que atender en cada caso al contenido contractual.

Pero además hay que tener en cuenta que el artículo 18 de la Carta de derechos de los usuarios establece que: "*Los operadores responderán por los daños causados a los usuarios finales conforme a lo previsto en la legislación civil o mercantil y, en su caso, en el Texto refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real decreto legislativo 1/2007, de 16 de noviembre*". Con este precepto el legislador hace una remisión al régimen general de responsabilidad, así como al previsto en la legislación sectorial de consumo. Pero además en su segundo apartado, nos aclara que su aplicación es distinta e independiente de la prevista en los artículos precedentes.

Para intentar dar un sentido a la regulación de la responsabilidad del operador, analizaremos el régimen de responsabilidad previsto para los casos en que se detecte un incumplimiento de los niveles de calidad y finalizaremos con un estudio sobre la aplicación del régimen general de responsabilidad, tanto el previsto en el Código Civil como en la legislación sectorial de defensa de consumidores, a los contratos de prestación de servicios de comunicaciones electrónicas.

La obligación de hacer constar los niveles de calidad en el contrato, como ya expusimos con anterioridad, se concreta únicamente para los parámetros

referidos al tiempo de suministro de la conexión inicial y el tiempo de interrupción del servicio. El incumplimiento de estos dos parámetros de calidad hacen surgir la responsabilidad del operador, quién tendrá que indemnizar al usuario por el daño ocasionado. El legislador estableció de forma pormenorizada la responsabilidad del operador para estos dos supuestos. Como hemos dicho, nos encontramos ante dos supuestos de responsabilidad objetiva del operador. La indemnización surge de forma automática, sin necesidad de que el incumplimiento del parámetro de calidad se produzca con intervención de su culpa o negligencia.

El parámetro de tiempo de suministro de la conexión inicial se refiere a la conexión del servicio telefónico asociado al servicio universal, tras una solicitud del usuario. Al entrar dentro del ámbito del servicio universal, tenemos que recordar que esta obligación afecta únicamente al operador designado para la prestación del servicio universal. Es el artículo 29 del Real decreto 424/2005, de 15 de abril, por el que se aprueba el Reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de sus usuarios, el que establece el tiempo máximo para satisfacer una solicitud de conexión.

El operador designado debe satisfacer las solicitudes razonables de conexión en el plazo máximo de 60 días naturales, contados a partir de su recepción. A este plazo se le descontarán los retrasos debidos a la obtención de permisos, derechos de ocupación o de paso específicos o por cualquier otra causa no imputable al operador. Si la conexión no se realiza en el plazo establecido, el operador está obligado a compensar al usuario. La compensación se produce de forma automática. Consiste en la exención del pago de un número de cuotas mensuales relativas a las conexiones equivalentes al número de meses o fracción en los que se haya excedido del plazo establecido[888].

[888] Un supuesto práctico sería si el usuario X solicita la conexión telefónica para su nueva vivienda en enero de 2012. Para realizar la conexión es necesario hacer obras en calzada pública, por lo que es necesaria la obtención de licencia municipal. La licencia se obtiene tres meses después de la solicitud del usuario. La conexión telefónica es efectiva en junio de 2012, por lo que han transcurrido seis meses desde su solicitud. Si descontamos los tres meses de la

En los artículos 15, 16 y 17 de la Carta de derechos de los usuarios se establece el derecho a la indemnización por la interrupción temporal del servicio de comunicaciones electrónicas. Se prevé la responsabilidad en que incurre el operador cuando no cumple el nivel de calidad referido al parámetro de tiempo de interrupción del servicio. El derecho a la indemnización se establece tanto si la interrupción se produce en el servicio telefónico como en el servicio de acceso a Internet y, en ambos casos, comprende tanto la conexión a través de la línea de telefonía fija como móvil.

Para que surja la responsabilidad del operador debe producirse una interrupción temporal del servicio. La calificación de la interrupción como temporal es obvia, pues si fuese permanente no habría prestación del servicio y, por tanto, se produciría el supuesto de incumplimiento resolutorio previsto en el artículo 1124 del Código Civil. Pero ¿qué ocurre si la interrupción temporal se prolonga en el tiempo? Tenemos que preguntarnos si basta que el operador indemnice al usuario conforme a dichos preceptos o si el usuario puede instar la resolución del contrato conforme al artículo 1124 del Código Civil.

La respuesta a las cuestiones planteadas la encontramos en el artículo 18 de la Carta de derechos de los usuarios, que hace una remisión a la legislación civil y mercantil y al Texto refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios, para regular la responsabilidad del operador por los daños causados a los usuarios. Además, en su apartado segundo nos aclara que la responsabilidad de los artículos 15, 16 y 17 es distinta e independiente de la responsabilidad prevista en el precepto.

Creemos que en virtud de todo ello, se produce una acumulación de posibilidades para el usuario, que además de la indemnización prevista en la Carta de derechos, podrá ejercitar cualquier otro derecho que al respecto le reconozca la normativa vigente. Por tanto, solo podemos concluir que en caso de una interrupción temporal prolongada el usuario, además de la indemnización

obtención de la licencia, nos quedarían otros tres meses, en los que entrarían en juego los 60 días naturales que tiene el operador para suministrar la conexión. El exceso es de un mes. El usuario estará exento de abonar una cuota de abono del servicio.

prevista en la Carta de derechos de los usuarios, podrá ejercitar la acción resolutoria por incumplimiento del contrato, si dicha interrupción es relevante y esencial, como parece que sería en caso de una interrupción prolongada del servicio.

La responsabilidad del operador prevista en los artículos 15 y siguientes de la Carta de derechos de los usuarios es de naturaleza objetiva. Para que haya responsabilidad basta que se produzca la interrupción temporal del servicio, sin necesidad de que intervenga la negligencia del operador. Incluso se prevé la responsabilidad cuando la interrupción se deba a causas de fuerza mayor, aunque en estos casos la indemnización se modula.

No darán lugar a indemnización las interrupciones temporales que estén motivadas por un incumplimiento grave de los abonados de las condiciones contractuales, o por los daños producidos en la red debido a la conexión por el abonado de equipos terminales de los que no haya evaluación de conformidad[889]. Por tanto, los únicos supuestos en que la interrupción temporal del servicio no deriva en la responsabilidad del operador, es cuando la interrupción sea imputable al abonado[890].

La regulación de la responsabilidad por interrupción temporal del servicio está muy detallada. Distingue entre la interrupción del servicio telefónico de la interrupción del servicio de Internet y, como veremos a continuación, las diferencias son notables. Antes de analizar ambos casos, cabe resaltar que mientras que para el servicio telefónico se habla de indemnización, para el servicio de Internet se habla de compensación. A pesar de que la denominación

[889] Las excepciones a la responsabilidad del operador se recogen en los apartados segundos tanto del artículo 15 referido al servicio de telefonía, como del artículo 16 referido al servicio de Internet. En el artículo 15 se añade un tercer supuesto, pero que no afecta al usuario final, sino al prestador de servicios de tarificación adicional, el cual no tendrá derecho a la indemnización por la interrupción temporal del servicio, si se produce por un incumplimiento del código de conducta por parte de un usuario que preste el servicio de tarificación adicional, cuando la titularidad del contrato de abono corresponda a este último.

[890] El incumplimiento imputable al acreedor es un caso claro de exención de la responsabilidad del deudor. OLIVA BLÁZQUEZ (2012) p. 255, afirma que el acreedor que, con su acción u omisión, hubiere provocado de alguna manera el incumplimiento del deudor, no podrá recurrir a los remedios legales.

es distinta, creemos que nos encontramos ante el mismo supuesto de responsabilidad objetiva del operador.

Empezaremos analizando el derecho a la indemnización por interrupción temporal del servicio telefónico, recogido en el artículo 15 de la Carta de derechos de los usuarios. El precepto comienza: *"Cuando, durante un período de facturación, un abonado sufra interrupciones temporales del servicio telefónico disponible al público, el operador deberá indemnizar con una cantidad que será, al menos, igual a la mayor de las dos siguientes (...)".* De la lectura del precepto podemos extraer varias premisas. Primero, que la indemnización por interrupción temporal se establece por periodo de facturación, que suele ser mensual, aunque no siempre coincide con el mes natural. En segundo lugar, el legislador no establece una indemnización tasada, sino que impone un mínimo indemnizable. Si nos fijamos en la redacción del precepto, es fácil advertir que la intención del legislador es establecer una cuantía mínima de indemnización, ya que usa la locución "al menos". Esto significa que en el contrato, o incluso con posterioridad, se puede fijar una cuantía indemnizatoria superior a la recogida en la Carta de derechos. La cuantía de la indemnización será, salvo que se acuerde una cantidad superior, la mayor entre el promedio del importe facturado por todos los servicios interrumpidos durante los tres meses anteriores a la interrupción, prorrateado por el tiempo que haya durado la interrupción, o cinco veces la cuota mensual de abono o equivalente vigente en el momento de la interrupción, prorrateado por el tiempo de duración de ésta[891].

No ocurre lo mismo si la interrupción temporal del servicio se produce por causas de fuerza mayor[892]. En estos casos el legislador sí que limita la

[891] Los criterios para el cálculo de la cuantía indemnizatoria se recogen en el artículo 15.1 de la Carta de derechos de los usuarios.

[892] Para determinar en qué casos nos encontramos ante fuerza mayor, habrá que utilizar el concepto que nos ofrece el artículo 1105 del Código Civil, según el cual: "*Fuera de los casos expresamente mencionados en la ley, y de los en que así lo declare la obligación, nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse, o que, previstos, fueran inevitables".* En palabras de BADOSA COLL (1987) p. 233, el artículo 1105 del Código Civil contempla todos aquellos obstáculos al cumplimiento de una obligación que el deudor no puede prever o evitar. Para DÍEZ-PICAZO (2008) pp. 726 y ss, no hay distinción entre caso fortuito y fuerza mayor. Este autor únicamente habla de caso fortuito como causa de exoneración de la responsabilidad del deudor, en la que deberán concurrir los requisitos de imprevisi-

cuantía de la indemnización. Las interrupciones temporales por causa de fuerza mayor se indemnizarán con la devolución del importe de la cuota de abono y otras independientes del tráfico, prorrateado por el tiempo que hubiera durado la interrupción. La interrupción únicamente exime al abonado de pagar las cuotas de abono por el tiempo de su duración.

La indemnización se hará efectiva en la factura correspondiente al período inmediato al que se produjo la interrupción y, en ella, se hará constar la fecha, duración y cálculo de la cuantía de la indemnización. Su aplicación es automática si su importe supera un euro. Pero hay que preguntarse qué ocurre si la cuantía de la indemnización es inferior a un euro, esto es, si hay obligación de indemnizar. De la redacción del precepto tenemos que interpretar que el usuario tiene siempre derecho a la indemnización por la interrupción temporal. Pero si la cuantía de la indemnización es inferior a un euro, conforme a los parámetros definidos en el artículo 15, el operador no tendrá que indemnizar automáticamente, sino que será el usuario quién tenga que reclamarla. En la práctica, esta situación se traduce en que las interrupciones temporales no se indemnizarán si la cuantía de la indemnización no es superior a un euro, pues además de ser pocos los usuarios que conocen su derecho a indemnización por interrupción del servicio, menos son los que están dispuestos a perder el tiempo reclamando una indemnización inferior a un euro.

Si el servicio telefónico es de la modalidad prepago, el usuario tendrá igualmente derecho a la indemnización por la interrupción temporal del servicio, y se hará efectiva en un plazo no superior al del resto de los abonados. Con esta previsión se pretende que la indemnización en los prepagos no se dilate en el tiempo, ya que no hay un periodo de facturación predeterminado. De esta forma, el operador queda obligado a indemnizar al usuario del prepago de la misma

bilidad e inevitabilidad. Mientras ALBADALEJO (2011) pp. 181-182, reconoce que en ciertas hipótesis el caso fortuito y la fuerza mayor son cosas distintas. Según OLIVA BLÁZQUEZ (2012) p. 251, el Código Civil hace referencia a los supuestos clásicamente identificados como caso fortuito y fuerza mayor. Ambos tienen en común el hecho de partir de la existencia de un suceso imposible de prever, o que, previsto, sea inevitable y, por tanto, realizado sin culpa del agente. Se diferencian porque el caso fortuito viene referido a los acontecimientos que ocurren en la propia empresa, mientras que la fuerza mayor se origina por un suceso que acontece en el exterior.

forma que si fuese abonado en la modalidad pospago. Esta referencia a la modalidad prepago se establece respecto al servicio telefónico. En la regulación de la interrupción temporal del servicio de Internet se omite cualquier referencia a la modalidad prepago, pero no podemos entender que la omisión prive a los usuarios de estos servicios de la indemnización que le corresponde por la interrupción del servicio.

A continuación, examinaremos la indemnización por interrupción temporal del servicio de Internet, que se regula en el artículo 16 de la Carta de derechos de los usuarios[893]. Surge por periodos de facturación, al igual que en el caso del servicio telefónico. Si durante un periodo de facturación, se producen interrupciones del servicio de Internet, el operador está obligado a indemnizar al usuario. Esta indemnización consiste en la devolución del importe de la cuota de abono y otras cuotas fijas, prorrateadas por el tiempo que hubiera durado la interrupción. A diferencia de lo que ocurre en caso de interrupción del servicio telefónico, el legislador preestablece la indemnización que corresponde al usuario por la interrupción del servicio de Internet. Ya no establece un mínimo indemnizable. Aunque cabría pensar que nada impide a las partes pactar una cantidad superior a la establecida en la norma.

La indemnización se hará efectiva en la factura correspondiente al periodo inmediato al considerado, al igual que en el caso del servicio telefónico. Para que el pago de la indemnización sea automático, la interrupción debe ser superior a seis horas en la franja horaria comprendida de 8 a 22 horas, ya sea continua o discontinua. Vemos que los criterios que determinan la automaticidad de la indemnización varían respecto al servicio telefónico, donde se tenía en cuenta la cuantía de la indemnización. En este caso, los criterios a tener en

[893] Transcribimos el precepto para ver claramente las diferencias con el artículo 15. El artículo 16 de la carta de derechos de los usuarios dispone: *"Cuando, durante un periodo de facturación, un abonado sufra interrupciones temporales del servicio de acceso a Internet, el operador deberá compensar al abonado con la devolución del importe de la cuota de abono y otras cuotas fijas, prorrateadas por el tiempo que hubiera durado la interrupción. A estos efectos, el operador estará obligado a indemnizar automáticamente al abonado, en la factura correspondiente al período inmediato al considerado, cuando la interrupción del servicio, se haya producido de manera continua o discontinua, y sea superior a seis horas en horario de 8 a 22. En la factura correspondiente se hará constar la fecha, duración y cálculo de la cuantía de la compensación que corresponde al abonado..."*.

cuenta son la duración de la interrupción en su cómputo total dentro del periodo de facturación y el horario en el que se produce. Al igual que en el caso del servicio telefónico, aunque no se cumplan los requisitos para que la indemnización sea automática, el usuario sigue teniendo derecho a ser indemnizado por la interrupción del servicio.

Llama la atención el párrafo segundo del artículo 16.1 de la Carta de derechos. Establece que en el contrato de abono del servicio de acceso a Internet figurarán los términos y condiciones en que se hará efectivo el derecho a la indemnización por la interrupción del servicio. Ya vimos que está obligación se recoge en el artículo 8.1.d) de la Carta de derechos y en el artículo 10 de la Orden de Calidad, no solo para el servicio de Internet. Además, en el precepto señalado no se recoge ninguna novedad o añadido al deber de información contractual del operador. Por tanto, debemos considerarlo como un precepto reiterativo.

Con frecuencia la contratación del servicio telefónico y el servicio de Internet van unidos en un mismo contrato y como un único servicio. Ello podría dificultar la determinación de la indemnización por la interrupción del servicio. El apartado 3 del artículo 16 de la Carta de derechos nos ofrece la solución, al establecer que si en la contratación del servicio telefónico y del servicio de Internet en un mismo contrato, no se distingue la parte del precio que corresponde a cada uno de los servicios, se considerará que el precio de cada uno es el proporcional al de su contratación por separado. Si el operador no comercializará los servicios por separado, se entenderá que el precio del servicio de acceso a Internet es el 50% del precio total.

Ya para finalizar la regulación del derecho de indemnización por interrupción temporal del servicio, el artículo 17 de la Carta de derechos establece un sistema de presunción con el fin de determinar cuándo se produce la interrupción en la telefonía móvil. No es fácil determinar en la telefonía móvil cuando un usuario sufre una interrupción temporal del servicio, ya que hay otras circunstancias que pueden motivar la falta del servicio y que son ajenas al

contrato, como pueden ser la falta de cobertura en una zona o las interferencias que dificultan la conexión. Por ello, habrá interrupción del servicio de telefonía e Internet móvil, que da lugar a indemnización, cuando: primero, el operador conoce a través de sus sistemas de información que el abonado se encontraba en la zona afectada en el momento de la interrupción; segundo, la interrupción afecte al área donde se encuentra el domicilio que figura en el contrato y el operador no puede situarle en otra zona durante la interrupción; y tercero, si el abonado comunica al operador en el plazo de 10 días contados desde el restablecimiento del servicio, que ha estado en la zona afectada por la interrupción y dicha afirmación no es contradictoria con la obtenida por los sistemas de información del operador.

Si hacemos un repaso de lo hasta ahora expuesto sobre el derecho a indemnización por interrupción temporal del servicio, nos queda la impresión de que la norma deja en manos del operador la efectividad de la indemnización, lo que sería contrario a la regla del artículo 1256 del Código Civil[894]. A pesar de reconocer la responsabilidad objetiva del operador por las interrupciones del servicio, será el propio operador el que determiné cuándo se producen esas interrupciones, e incluso la cuantía. Además, se plantean otras cuestiones como qué ocurriría si el operador no indemniza de forma automática en los supuestos previstos en la norma, o cuáles serían las opciones del usuario para reclamar. Es evidente la dificultad del usuario para acreditar las interrupciones del servicio, sobre todo cuando su duración es corta, aunque sean frecuentes.

Al comienzo de este apartado señalamos que el régimen de responsabilidad previsto en la legislación sectorial de telecomunicaciones es «distinta e independiente del régimen de responsabilidad previsto tanto en la legislación civil y mercantil, como en el TRLGDCU». La calificación de distinta e independiente nos lleva a pensar que aunque el operador indemnice automáticamente al usuario por las interrupciones temporales del servicio, ese usuario podrá ejercitar el resto de acciones legales que le reconozca la normativa

[894] Recordemos que el artículo 1256 del Código Civil establece que: "*La validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes"*.

vigente al respecto, siempre que ello no derive en una indemnización múltiple por el mismo daño.

En consecuencia, el usuario del servicio de comunicaciones electrónicas, ante una interrupción del servicio, tendrá derecho a la indemnización establecida en la Carta de derechos, además de la posibilidad de resolver el contrato conforme al artículo 1124 del Código Civil y a la indemnización por los daños y perjuicios que le corresponda, ya sea a través del régimen de responsabilidad contractual del artículo 1101 del Código civil, o incluso por el régimen de responsabilidad extracontractual del artículo 1902 del mismo código[895].

Por otra parte y siempre que el usuario del servicio de comunicaciones sea un consumidor, dispondrá también del régimen de responsabilidad previsto en el TRLGDCU[896]. Sin pretender hacer un estudio completo del régimen de responsabilidad por bienes o servicios defectuosos previsto en el TRLGDCU, sí que es necesario hacer una breve reflexión acerca de la posibilidad práctica de su aplicación a los servicios de comunicaciones electrónicas.

Es merecida la crítica doctrinal acerca de la refundición que el TRLGDCU hace del régimen de responsabilidad civil, pues el legislador se extralimitó en sus funciones con la redacción de su Libro III[897]. Hasta el

[895] A modo de ejemplo, un supuesto en el que podría surgir la responsabilidad extracontractual del operador sería la inclusión de los datos del usuario final en un fichero de solvencia patrimonial. Imaginemos que el operador detecta el impago de una factura, circunstancia que advierte al cliente que asegura haber pagado la factura y le envía el justificante de abono. A pesar del envío reiterado, la operadora le sigue reclamando la deuda e incluye los datos del cliente en un fichero de solvencia patrimonial. El usuario final necesita solicitar un crédito a su entidad bancaria, que se lo deniega o le pide un aval por estar sus datos incluidos en un fichero de solvencia. Ante la reclamación insistente de deuda por la operadora y las empresas de gestión de cobros, el usuario decide iniciar un procedimiento arbitral. Tras la celebración de la audiencia, se dicta el laudo que es favorable para el usuario final, al acreditar el pago de la factura. Es probable que la inclusión de los datos del usuario final en un fichero de solvencia patrimonial de forma indebida le haya generado daños y perjuicios. La responsabilidad del operador podemos calificarla como una responsabilidad extracontractual, pues no deriva de la prestación del servicio.

[896] El TRLGDCU dedica su Libro III a establecer el régimen de responsabilidad por bienes o servicios defectuosos.

[897] El trabajo de MARTÍN CASALS y SOLÉ FELIÚ (2008) pp. 82-84 y p. 111, hace honor a su título, al cuestionarse el cumplimiento poco riguroso en la elaboración del TRLGDCU. Concluye con su trabajo que la decisión de incluir la ley sobre productos defectuosos en el TRLGDCU no parece ser una decisión acertada por dos motivos. En primer lugar, porque la Directiva de responsabilidad por productos defectuosos no es una norma de protección de los

momento existían dos regímenes complementarios. Por un lado, el régimen de responsabilidad por daños y perjuicios ocasionados por la utilización o disfrute de los bienes o servicios a los consumidores, que se recogía en el Capítulo VIII de la Ley 26/1984, de 19 de julio, general para la defensa de consumidores y usuarios, en la que destacaba la responsabilidad objetiva prevista en su artículo 28[898]. Por otro lado, la Ley 22/1994, de 6 de julio, de Responsabilidad Civil por los Daños Causados por Productos Defectuosos, transpone la Directiva 85/374/CEE, de 25 de julio de 1985, y establecía la responsabilidad por los daños derivados de los productos defectuosos[899].

consumidores; y en segundo lugar, porque al refundir las normas sobre la responsabilidad civil por productos y servicios defectuosos, y hacerlo mediante la introducción de unas disposiciones comunes que, en el fondo, suponen extender a los servicios una serie de reglas pensadas para los datos causados por productos defectuosos, en muchos casos se ha reducido sustancialmente el ámbito de protección del que gozaban los usuarios de servicios defectuosos en el marco de los anteriores artículos 25 a 28 LGDCU. GUTIERREZ SANTIAGO (2008) pp. 27-42, critica la decisión del legislador de refundir la ley de responsabilidad de productos defectuosos en el TRLGDCU, al considerar que dicha norma no cumple uno de los requisitos necesarios para la refundición, esto es, no es una norma que se dirija a la protección de los consumidores y usuarios. AZPARREN LUCAS (2011) p. 1153, entiende que el refundidor, excediéndose de sus facultades, deja fuera del campo de aplicación del TRLGDCU, materias que se encontraban todavía dentro del ámbito de la ahora derogada Ley 26/1984, general para la defensa de consumidores y usuarios, como por ejemplo, los daños causados por bienes inmuebles, excepto los causados por la vivienda que sí se incluyen, o los daños en el propio producto defectuoso. PERTÍÑEZ VILCHEZ (2011) pp. 1813-1815 y pp. 1825-1828, plantea la posible extralimitación del título habilitante para la refundición con la regulación del régimen de responsabilidad en el TRLGDCU. Opina PARRA LUCÁN (2011) p. 12, en el mismo sentido.

898 Según el artículo 28 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de Consumidores y Usuarios, disponía que: "*1. No obstante lo dispuesto en los artículos anteriores, se responderá de los daños originados en el correcto uso y consumo de bienes y servicios, cuando por su propia naturaleza o estar así reglamentariamente establecido, incluyan necesariamente la garantía de niveles determinados de pureza, eficacia o seguridad, en condiciones objetivas de determinación y supongan controles técnicos, profesionales o sistemáticos de calidad, hasta llegar en debidas condiciones al consumidor o usuarios. 2. En todo caso, se consideraran sometidos a este régimen de responsabilidad los productos alimenticios, los de higiene y limpieza, cosméticos, especialidades y productos farmacéuticos, servicios sanitarios, de gas y electricidad, electrodomésticos y ascensores, medios de transporte, vehículos a motor y juguetes y productos dirigidos a los niños. 3. (...)".* PARRA LUCÁN (2009) p. 1733, recoge el parecer mayoritario de la doctrina al entender que los artículos 25 al 28 de la LGDCU regulaban dos sistemas de responsabilidad. Por un lado un sistema general de responsabilidad por culpa con inversión de la carga de la prueba, y por otro lado un régimen especial de responsabilidad objetiva para determinados servicios que incluyan garantías de eficacia o seguridad. La configuración dual del régimen de responsabilidad ha traspasado al TRLGDCU.

899 Con la aprobación de la Ley de Responsabilidad por Productos Defectuosos, el régimen de responsabilidad de la LGDCU era aplicable únicamente a la responsabilidad por servicios, y

Por su parte, el primer capítulo del Libro III del TRLGDCU establece las disposiciones generales aplicables a la responsabilidad civil tanto de productos como de servicios. Es interesante la afirmación contenida en el artículo 128, según el cual todo perjudicado tiene derecho a ser indemnizado por los daños y perjuicios causados por los bienes o servicios. Parece que estamos ante un régimen de responsabilidad objetiva, cuando el daño derive de un bien o servicio defectuoso y dentro de una relación de consumo. Sin embargo, la afirmación se encuentra limitada en el propio Libro III del TRLGDCU[900]. Así, el artículo 129 restringe este régimen de responsabilidad a los daños personales, incluida la muerte y los daños materiales que afecten a los bienes o servicios destinados al uso o consumo privados y, en este sentido, hayan sido utilizados por el perjudicado. Por tanto, quedan excluidos del ámbito de la responsabilidad tanto los daños morales, como los daños en bienes y servicios empleados en una actividad empresarial[901].

para reclamar los daños no comprendidos en dicha norma, como era los daños en el propio bien o la franquicia.

900 GUTIERREZ SANTIAGO (2008) pp. 132 y ss, también califica la responsabilidad civil por daños prevista en el TRLGDCU como un régimen objetivo no absoluto, ya que además de imponer al perjudicado la carga de la prueba de del defecto, el daño y la relación de causalidad entre ambos, establece de forma taxativa las causas de exoneración de responsabilidad del empresario. AZPARREN LUCAS (2011) p. 1158, distingue tres sistemas distintos de responsabilidad en el Libro III del TRLGDCU. El primero sería el régimen por daños causados por productos defectuosos que es objetivo pero no absoluto, pues el perjudicado debe probar el defecto, el daño y la relación de causalidad, a la vez que el productor puede exonerarse de su responsabilidad por las causas previstas en la propia norma. En segundo lugar y dentro de la responsabilidad por daños causados por otros bienes y servicios, existen dos regímenes, uno subjetivo de responsabilidad por culpa, mitigado por la inversión de la carga de la prueba, previsto como régimen general en el artículo 147 TRLGDCU; y uno puramente objetivo en el artículo 148 TRLGDCU en cuanto a prestación de servicios y en el artículo 149 TRLGDCU en cuanto a daños causados por la vivienda.

901 GUTIERREZ SANTIAGO (2008) pp. 91 y ss, hace un análisis detallado de los daños indemnizables por la responsabilidad por daños prevista en el TRLGDCU, y advierte que la aplicación de los servicios de las limitaciones previstas originalmente para los productos defectuosos provoca una limitación respecto a la legislación anterior. AZPARREN LUCAS (2011) pp. 1169 y ss, nos advierte que la inclusión de la referencia a los daños morales en el artículo 128 TRLGDCU, restringe una vez más el régimen de responsabilidad anterior para los otros bienes y servicios, ya que en la LGDCU los daños morales no se excluían del daño indemnizable. PERTÍÑEZ VILCHEZ (2011) p. 1823, considera que el artículo 129.1 TRLGDCU pretende excluir del régimen de responsabilidad los daños que afecten a los productos empleados en una actividad empresarial, con un doble filtro, esto es uno de carácter objetivo que se refiere a la naturaleza de los bienes afectados, y otro de carácter subjetivo relativo al uso o destino que en el caso concreto se le haya dado a los bienes afectados.

El derecho a la indemnización no se reconoce solo a los consumidores, tal y como se definen en el artículo 3 TRLGDCU, sino que el artículo 128 TRLGDCU habla de perjudicados[902]. Azparren Lucas nos advierte que el reconocimiento del régimen de responsabilidad por otros bienes y servicios a cualquier perjudicado, con independencia de que ostente la condición de consumidor, excede la facultad de refundición, ya que extiende los efectos de una norma refundida a sujetos no previstos en ella originariamente[903].

El régimen de responsabilidad del TRLGDCU se acumula a los demás derechos que el perjudicado pueda tener a ser indemnizado por los daños y perjuicios causados como consecuencia de la responsabilidad contractual o extracontractual, según dispone el apartado segundo del artículo 128 del TRLGDCU[904]. Nos preguntamos entonces cuál es la naturaleza de la responsabilidad civil que prevé el TRLGDCU. El perjudicado con derecho a indemnización según el TRLGDCU no siempre será el contratante de la relación de consumo, sino que basta que sea el consumidor material del bien o servicio en el momento en el que se produce el hecho causante de la responsabilidad[905]. Se trata de un régimen intermedio entre la responsabilidad contractual y la extracontractual, pues la responsabilidad surge por una relación contractual de

[902] En palabras de PERTÍÑEZ VILCHEZ (2011) pp. 1812-1813: «... el sujeto que resulta protegido por estos regímenes especiales de responsabilidad es indiferente que la víctima tenga la condición o no de consumidor, tal y como se encarga de remarcar el artículo 128.1 TRLGDCU, al referirse al derecho de todo perjudicado a ser indemnizado en los términos establecidos en el Libro III, por los daños y perjuicios causados por los bienes y servicios...».

[903] AZPARREN LUCAS (2011) p. 1160.

[904] AZPARREN LUCAS (2011) pp. 1161 y ss, considera que aunque es deseable que el perjudicado fundamente su demanda en todas las acciones posibles, es dudoso que el juez o tribunal pueda aplicarlas conjuntamente, ya que en base al principio iura novit curia, debe elegir la acción o el precepto aplicable, sin que sea posible fundamentar el fallo en normas generales de responsabilidad y las específicas del TRLGDCU que puedan resultas incompatibles. Aunque advierte que en algunos supuestos, la indemnización total del daño derivará de la acumulación de las acciones (por ejemplo para reclamar el daño moral excluido del TRLGDCU).

[905] Como ejemplo, basta pensar en el padre que compra un juguete para su hijo. El consumidor jurídico del bien es el padre, pero el consumidor material sería el hijo. Y si el juguete es usado por un niño distinto, el perjudicado sería ese segundo niño, que tendría derecho a la indemnización prevista en el TRLGDCU.

consumo, pero abarca a cualquier perjudicado que ostente la condición de consumidor, ya sea jurídico o material[906].

Por su parte, el artículo 147 del TRLGDCU dispone que los prestadores de servicios serán responsables de los daños y perjuicios causados a los consumidores, salvo que prueben que han cumplido las exigencias y requisitos reglamentariamente establecidos y hayan actuado con la diligencia exigible[907]. El prestador de servicios se somete a un régimen de responsabilidad subjetiva o por culpa, con inversión de la carga de la prueba, al ser el propio prestador el que ha de probar que ha cumplido con las exigencias y requisitos reglamentariamente establecidos y la diligencia que exige la naturaleza del servicio[908].

Junto a este régimen de responsabilidad subjetiva, el artículo 148 del TRLGDCU establece la responsabilidad objetiva para los daños originados en el correcto uso de los servicios, cuando por su propia naturaleza, o por estar reglamentariamente establecido, incluyan garantías de niveles determinados de eficacia o seguridad, en condiciones objetivas de determinación[909]. La responsabilidad objetiva está justificada tanto por la naturaleza del servicio, como por las condiciones de calidad en que debe ser prestado[910]. Se completa el precepto con una enumeración de los servicios que en todo caso se encuentran sometidos al régimen de responsabilidad objetiva. Por la redacción del precepto, entendemos que no es una enumeración cerrada de los servicios sobre los que cae la responsabilidad objetiva, sino que además de los previstos, habrá

906 PARRA LUCÁN (2009) p. 1734, reconoce que el régimen de responsabilidad por daños a los consumidores supera la distinción entre responsabilidad contractual y extracontractual.

907 En opinión de PERTÍÑEZ VILCHEZ (2011) p. 1907, el artículo 147 TRLGDCU solo implica una inversión de la carga de la prueba de la culpa y una acentuación de la diligencia exigible al empresario, que en realidad está vacía de contenido, ya que se limita a establecer una distribución de la carga de la prueba, pero no delimita el ámbito de imputación causal del daño ni tampoco cuál es el deber de diligencia que permite al empresario exonerarse de su responsabilidad.

908 Así lo entiende AZPARREN LUCAS (2011) p. 1260.

909 AZPARREN LUCAS (2011) p. 1269, califica el régimen de responsabilidad previsto en el artículo 148 TRLGDCU como un claro sistema de responsabilidad objetiva.

910 PARRA LUCÁN (2009) p. 1742, nos advierte que no basta la existencia de una norma reglamentaria que regule el sector profesional o industrial de que se trate para la aplicación del régimen previsto en el artículo 148 TRLGDCU, sino que será necesario apreciar que de la reglamentación o de la naturaleza del servicio se deduzca que el mismo deba incluir necesariamente la garantía de niveles determinados de eficacia o seguridad.

responsabilidad objetiva en todos los servicios en los que se den las condiciones recogidas en el apartado primero del artículo 148 TRLGDC, esto es, cuando por su propia naturaleza o por estar reglamentariamente establecido, el servicio incluya garantías de niveles determinados de eficacia o seguridad[911].

Pese a que los servicios de comunicaciones electrónicas, no se encuentran señalados específicamente en el apartado segundo del artículo 148 TRLGDCU, creemos que no hay ninguna razón para su exclusión[912]. Son servicios en los que se impone la garantía de niveles de calidad determinados, por tanto entrarían dentro del ámbito de aplicación de la norma. Pero nos preguntamos cuando surge la responsabilidad del operador, ya que en este régimen objetivo solo se comprenden los daños personales incluida la muerte y los daños materiales en los bienes o servicios destinados al consumo[913]. No es fácil encontrar un supuesto en que pueda surgir la responsabilidad objetiva del operador derivada de un servicio de comunicaciones electrónicas, pues en la mayoría de las ocasiones del incorrecto o defectuoso funcionamiento del servicio no derivará en la causación de daños personales o materiales en bienes de consumo, sino otro

911 PERTÍÑEZ VILCHEZ (2011) pp. 1936 y ss, pone de manifiesto la dificultad de delimitar el ámbito de imputación causal por el que debe responder el prestador del servicio aún sin culpa.

912 El artículo 148 TRLGDCU dispone que: "*Se responderá de los daños originados en el correcto uso de los servicios, cuando por su propia naturaleza, o por estar así reglamentariamente establecido, incluyan necesariamente la garantía de niveles determinados de eficacia o seguridad, en condiciones objetivas de determinación, y supongan controles técnicos, profesionales o sistemáticos de calidad, hasta llegar en debidas condiciones al consumidor y usuario. En todo caso, se consideran sometidos a este régimen de responsabilidad de los servicios sanitarios, los de reparación y mantenimiento de electrodomésticos, ascensores y vehículos de motor, servicios de rehabilitación y reparación de viviendas, servicios de revisión, instalación o similares de gas y electricidad y los relativos a medios de transporte...".*

913 Como afirma PARRA LUCÁN (2009) p. 1723: «... el planteamiento del TRLGDCU enlazaría con la política legislativa que considera que, en materia de responsabilidad por los servicios no se trata, por tanto, de los problemas de insatisfacción del acreedor – contratante de un servicio- por la falta de calidades o cualidades, por ausencia de idoneidad o de utilidad del mismo para el fin para el que contrato, sino de garantizar la seguridad de las personas. Quedarían fuera del sistema de responsabilidad diseñado en el TRLGDCU los daños ocasionados por el incumplimiento o el cumplimiento defectuoso de un contrato cuando el servicio no se presta o se presta de modo defectuoso o insatisfactorio pero sin que afecte a la seguridad, sin causar daños en la persona o en otros bienes. Para tales daños habría de estarse a los específicos regímenes jurídicos de responsabilidad o incluso de las reglas generales».

tipo de daños, normalmente patrimoniales, que quedarán sometidos al régimen ordinario de responsabilidad[914].

C) Obligación de emitir facturas

El operador está obligado a emitir las facturas por los cargos en que haya incurrido el usuario. Esta obligación es correlativa al derecho de los usuarios a que los operadores le presenten facturas, derecho que corresponde tanto a los usuarios de la modalidad de pospago como prepago[915]. La primera pregunta que nos hacemos es, cuál es la naturaleza jurídica de la factura. Podríamos pensar que es el recibo o prueba del pago realizado, como ocurre en los contratos de compraventa de bienes. Sin embargo, esta respuesta no puede ser trasladada al contrato de prestación de servicio de comunicaciones electrónicas, por lo menos de forma general como veremos a continuación.

La naturaleza jurídica de la factura en el contrato de servicio de comunicaciones electrónicas dependerá de la modalidad de contrato ante el que nos encontremos. Si estamos ante un contrato de servicio prepago, la factura emitida por la operadora a la vez que hace prueba del servicio disfrutado por el usuario, imputa el pago realizado por el usuario al operador[916]. Es el documento que acredita el cumplimiento de las obligaciones tanto del usuario como del operador. En el caso de los contrato de pospago, esto es, aquellos en que el usuario paga el servicio después de su uso, es evidente que la factura no puede ser el recibo del pago o su acreditación, ya que su emisión será anterior al pago

[914] PERTÍÑEZ VÍLCHEZ (2011) pp. 1908-1909, considera que el hecho de que el ámbito de protección del régimen de responsabilidad por servicios sean los daños personales incluida la muerte, y los daños materiales siempre que afecten a bienes o servicios objetivamente destinados al uso o consumo privados; pone de manifiesto que el régimen especial de responsabilidad por servicios del TRLGDCU se vincula a la falta de seguridad de los servicios susceptibles de causar daños en las personas o sus bienes, y quedan fuera de su ámbito de aplicación los daños de naturaleza estrictamente contractual que deriven de la insatisfacción del usuario por la falta de conformidad de la ejecución del servicio a lo pactado o de cualquier otra causa de incumplimiento o cumplimiento defectuoso del contrato.

[915] Así el artículo 21 CDU dispone: *"Los usuarios finales tendrán derecho a que los operadores les presenten facturas por los cargos en que hayan incurrido (…). Los abonados a modalidades prepago tendrán derecho a obtener una información equivalente".*

[916] Recordemos que el contrato del servicio de comunicaciones electrónicas a través de un prepago es aquel en el que el usuario adelanta el pago del servicio, del que se irán descontando los consumos.

del usuario. El operador emite la factura a la finalización de cada uno de los periodos de facturación, en la que reflejará el consumo realizado por el usuario del servicio así como el importe que a éste le corresponde pagar. Por tanto, en este caso entendemos que la factura cumple dos funciones distintas, pero directamente relacionadas. En primer lugar, la factura constituye la prueba del servicio efectivamente prestado por el operador del servicio y del que ha sido beneficiario el usuario. En segundo lugar, la factura hace surgir la obligación de pago del usuario, al concretar la cantidad que efectivamente tendrá que pagar, a la vez que determina el inicio del plazo en que debe realizar su obligación contractual. El cumplimiento del pago del servicio se acreditará por el recibo (ya sea en papel o impreso en la propia factura) o justificante bancario del abono realizado.

Tal y como hemos puesto de relieve, en ambas modalidades contractuales la factura tiene la función de acreditar el servicio prestado por el operador y, en consecuencia, determina el pago del usuario. Es el operador el que elabora y emite la factura, sin ningún tipo de intervención del usuario. Para garantizar la veracidad de los datos reflejados en la factura, el legislador exige a los operadores la implantación de un sistema de aseguramiento de la calidad de la facturación[917].

En las facturas se deberá diferenciar los conceptos de precios que se tarifican por los servicios que se prestan, incluso teniendo derecho los usuarios a obtener una factura independiente para los servicios de tarificación adicional. El desglose será igualmente obligatorio cuando en la factura se incluyan importes correspondientes a servicios distintos del de comunicaciones electrónicas, por ejemplo la contratación de un antivirus, o la compra de un ordenador. El apartado 2 del artículo 22 de la Carta de derechos establece el nivel básico de detalle de las facturas, entre las que cabe destacar el detalle de las comunicaciones facturadas[918]. Se exige la constancia de las comunicaciones realizadas para que el

[917] Así se establece en el artículo 14.3 de la Carta de derechos de los usuarios, y se desarrolla en los artículos 17 y ss de la Orden de Calidad.

[918] Artículo 22.2 de la Carta de derechos de los usuarios: *"Asimismo, los usuarios finales del servicio telefónico disponible al público tendrán derecho a obtener facturación detallada, sin*

consumidor pueda controlar de alguna forma la facturación realizada por la operadora. Pero del detalle de las facturas se excluyen las comunicaciones con bajo coste, como son las llamadas metropolitanas. Esta exclusión se justifica por el gran número de llamadas de este tipo que se realizan además de por su bajo coste. Su control es muy difícil, aunque se detallen en las facturas, y solo provocaría unas facturas interminables.

El nivel de detalle básico de las facturas solo se ofrece de forma gratuita cuando el operador lo preste como obligación de servicio universal. En los demás casos, el operador tendrá que informar del coste del servicio de facturación detallada dentro de las condiciones de prestación del servicio.

La obligación de desglosar en la factura los importes correspondientes a los servicios distintos de los servicios de comunicaciones electrónicas, como pueden ser los servicios de tarificación adicional o servicios accesorios (adquisición de terminales...), es correlativa a la facultad del usuario de abonar únicamente la parte correspondiente a los servicios de comunicaciones electrónicas en caso de disconformidad con el resto de la factura y, de esta forma, evitar la suspensión del servicio. Si el operador incumple el desglose de la factura, el usuario podrá considerar que la totalidad de la factura no se refiere a servicios de comunicaciones electrónicas y, en caso de impago, el operador no podrá suspender el servicio.

Aunque se regulan de forma detallada el contenido de las facturas, el legislador sectorial omite cualquier referencia al tipo de documento que pueden utilizar los operadores para su emisión. Esta omisión es utilizada por los operadores para predisponer la factura electrónica e imponer un cargo adicional a

perjuicio del derecho de los abonados a no recibir facturas desglosadas, con el nivel básico de detalle definido como el que incluye la identificación separada de los siguientes elementos: a. el periodo de la facturación, b. la cuota mensual fija, c. otros cargos mensuales fijos, d. cualquier cuota fija no recurrente, e. detalle de todas las comunicaciones facturadas..., f. datos agregados por grupos tarifarios diferenciados..., g. base imponible, h. total IVA o impuesto equivalente que le sea de aplicación; e i. importe total de la factura, impuestos incluidos.

los usuarios que soliciten la emisión de la factura en papel[919]. La reacción ante esta imposición fue rápida. La Agencia Catalana de Consumo formuló una pregunta al Instituto Nacional de Consumo, sobre la viabilidad jurídica de la inclusión en los contratos con consumidores de cláusulas por las que se impone el cobro de un euro por la emisión de las facturas en papel. El Instituto Nacional de Consumo concluyó en su informe que se trata de una cláusula predispuesta, y en aplicación del artículo 82 y siguientes del TRLGDCU, debe ser considerada abusiva. Además, aprovechando la modificación del TRLGDCU, la Ley 3/2014 introdujo un nuevo apartado al artículo 63, en el que se reconoce a los consumidores el derecho a recibir la factura en papel de forma gratuita[920]. Con la nueva previsión normativa, desaparece cualquier duda sobre la posibilidad del cobro por la emisión de factura en papel.

A pesar de que el legislador intenta unificar las facturas emitidas por los operadores al establecer la información mínima que se debe ofrecer en las mismas, su comprensión no es fácil para el consumidor medio. Es cierto que en las facturas figuran el periodo de facturación, las cuotas fijas y el detalle de las comunicaciones facturadas, pero la diferente denominación de los conceptos facturados utilizados por los operadores, así como la agrupación de los datos que cada uno realiza, dificultan la lectura de las facturas de comunicaciones electrónicas.

[919] Vodafone recoge como una condición general de su contrato: « El cliente acepta expresamente la emisión de factura electrónica que estará a su disposición a través de www.vodafone.es para todas las líneas contratadas con Vodafone. El cliente podrá optar por la factura en papel en cualquier momento durante la vigencia del contrato. En este caso Vodafone podrá cobrar la cantidad de un euro (1.21 euros con IVA) por cada factura remitida en papel por los costes de impresión y envío de la factura, comunicándolo al cliente con un mes de antelación al primer cobro que realice por ese concepto, siendo ya el cobro a partir de ese momento el régimen regular de aplicación a la factura papel».

[920] El artículo 63.3 TRLGDCU dispone que: *"En los contratos con consumidores y usuarios, estos tendrán derecho a recibir la factura en papel. En su caso, la expedición de la factura electrónica estará condicionada a que el empresario haya obtenido previamente el consentimiento expreso del consumidor. La solicitud del consentimiento deberá precisar la forma en la que se procederá a recibir la factura electrónica, así como la posibilidad de que el destinatario que haya dado su consentimiento pueda revocarlo y la forma en la que podrá realizarse dicha revocación. El derecho del consumidor y usuario a recibir la factura en papel no podrá quedar condicionado al pago de cantidad económica alguna".*

D) Suspensión temporal del servicio a solicitud del abonado

Pasando desapercibido entre la regulación de la suspensión temporal por impago del servicio, el apartado 3 del artículo 19 de la Carta de derechos 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".*

Es fácil advertir la desafortunada ubicación del precepto, ya que mientras éste faculta al usuario a solicitar, de forma voluntaria, la suspensión del servicio; el artículo 19 está destinado, como su propio título indica, a regular la facultad del operador de suspender el servicio en caso de impago del usuario, esto es, recoge la posibilidad de suspensión de la prestación propia como remedio frente al incumplimiento de la prestación recíproca[921]. Aunque es cierto que en ambos casos hablamos de la facultad de suspensión que corresponde al operador o al usuario, sus diferencias jurídicas son evidentes. Así, mientras que el operador solo puede suspender el servicio cuando el usuario incurra en un retraso en el pago total o parcial, el usuario está facultado para solicitar la suspensión del servicio sin causa alguna que lo justifique.

El operador está obligado a la suspensión temporal del servicio, previa solicitud del abonado. La solicitud se realizará por un periodo determinado que no superará los tres meses ni será inferior a un mes y, en ningún caso, podrá superar los noventa días por año natural. Por el tiempo que dure la suspensión, se deducirá la mitad del importe de la cuota de abono.

No es fácil encajar la facultad del usuario de solicitar la suspensión del servicio en la concepción del contrato con fundamento en la autonomía de la voluntad de las partes. Creemos que es un resquicio de la antigua consideración

[921] En el apartado 5.1, ya analizamos la facultad del operador de resolver el contrato ante el incumplimiento de la obligación de pago del servicio por parte del usuario final.

de las telecomunicaciones como servicio público, que ha sobrevivido a la liberalización del sector. No hay un razonamiento jurídico que justifique su existencia. Se trata de una facultad legal reconocida al usuario, que con su voluntad podrá suspender temporalmente los efectos del contrato. Así es, el contrato sigue en vigor, pues el usuario conserva el número y la línea, a la vez que debe seguir abonando el coste del servicio aunque con la rebaja impuesta por la norma. La suspensión temporal a instancia del usuario modifica la obligación principal del operador, que en su duración no está obligado a prestar el servicio de comunicaciones electrónicas, sino que únicamente mantendrá la línea y el número en reserva, a disposición del usuario.

E) Desconexión de servicios

Cabe la posibilidad que a través de los servicios de comunicaciones electrónicas el usuario disfrute de un servicio distinto al anterior, como ocurre en el caso de los servicios de tarificación adicional. Son servicios complementarios que aunque distintos de la comunicación prestada por el operador, son prestados y utilizados a través de la comunicación electrónica (ya sea llamada, mensaje de texto o multimedia o conexión a Internet) e, incluso, son facturados por el propio operador. Ante la gran cantidad de reclamaciones existentes por prestaciones fraudulentas en este tipo de servicios, el legislador creyó necesario dar un plus de protección a los usuarios. Para ello, impone al operador la obligación de garantizar a sus abonados el derecho de desconexión de determinados servicios que, en todo caso, incluirá los servicios de llamadas internacionales y servicios de tarificación adicional.

Tras la solicitud del abonado, el operador deberá proceder a la desconexión de estos servicios en el plazo de diez días, a partir del cual serán a su cargo los costes derivados del servicio cuya desconexión se solicita. Nos encontramos ante una limitación del servicio de comunicaciones electrónicas. El operador no dará acceso a los servicios cuya desconexión haya sido solicitada por el usuario. Si incumpliera su obligación de desconexión, el operador soportará el coste de dichos servicios.

F) Servicio de atención al cliente

Finalmente, el artículo 26 de la Carta de derechos obliga al operador *a "disponer de un departamento o servicio especializado de atención al cliente, que tenga por objeto atender y resolver las quejas y reclamaciones y cualquier incidencia contractual que planteen sus clientes"*. El servicio de atención al cliente será gratuito y deberá dejar constancia de las reclamaciones, quejas y demás gestiones que realice el abonado. Se trata de una obligación accesoria directamente relacionada con la obligación de información que corresponde al operador.

VI. EXTINCIÓN DEL CONTRATO

Según el artículo 7 de la Carta de derechos de los usuarios, el contrato de servicios de comunicaciones electrónicas se extinguirá por las causas generales de extinción de los contratos y por la voluntad del abonado. No era necesaria ninguna referencia a las causas generales de extinción de los contratos para que fuesen aplicables a los contratos de comunicaciones electrónicas. Distinto es el reconocimiento de la facultad que corresponde al abonado para finalizar el contrato sin motivo que lo justifique.

La extinción natural de un contrato se produce por su cumplimiento, esto es, cuando ambas partes cumplen sus obligaciones. Los contratos de servicios de comunicaciones electrónicas son contratos de tracto sucesivo, lo que implica que las obligaciones de las partes surgen de forma sucesiva en el tiempo, y que su cumplimiento no conlleva necesariamente la extinción del contrato, sino que volverán a surgir nuevamente obligaciones. Por ello, como veremos a continuación se le otorga al usuario la facultad de poner fin al contrato con su voluntad. Junto a su cumplimiento, el contrato se extinguirá en los supuestos de ineficacia e invalidez, entre los que la doctrina incluye la nulidad o anulabilidad del contrato, la rescisión o la resolución[922].

[922] DÍEZ-PICAZO (2007) pp. 556 y ss, y LACRUZ BERDEJO (2007) pp. 531 y ss.

No nos detendremos en analizar las causas generales de extinción de los contratos. Delimitaremos nuestro estudio en las causas que afectan especialmente a los contratos de servicios de comunicaciones electrónicas. Entre ellas, destaca por su importancia la previsión del artículo 7 de la Carta de derechos antes mencionada, pues se reconoce la facultad al abonado de poner fin al contrato de forma unilateral. Son varias las cuestiones que nos planteamos sobre esta facultad del abonado. En primer lugar, debemos analizar su naturaleza jurídica. En segundo lugar, nos preguntamos cuáles son los requisitos formales para llevarla a cabo. Para finalizar tenemos que abordar sus consecuencias jurídicas, entre las que destaca la aplicación de una cláusula de penalización. Ésta deriva de un compromiso de permanencia que el usuario del servicio puede adquirir en el momento de la contratación. En los contratos de comunicaciones electrónicas es habitual el pacto del compromiso de permanencia y su penalización. A la vista de su relevancia práctica, le dedicaremos un apartado propio, para analizar su validez y eficacia.

Otra forma de finalización del contrato por voluntad unilateral del abonado se prevé en el artículo 9 de la Carta de derechos de los usuarios. Así, el usuario tiene derecho a resolver el contrato de forma anticipada y sin penalización alguna, en los casos en que el operador realizase alguna modificación contractual. Es fácil advertir que no estamos ante la misma facultad que otorga el artículo 7. En este caso, hay una causa que lo justifica y, en consecuencia, no es posible la aplicación de penalización de ningún tipo. Dedicaremos un apartado al estudio de la extinción del contrato por voluntad unilateral del abonado cuando se prevea una modificación contractual. Intentaremos determinar cuál es su naturaleza jurídica, pues podría responder a las características de una novación o al derecho de resolución por incumplimiento de contrato.

También será causa de extinción del contrato de comunicaciones electrónicas, la portabilidad de la línea a otro operador, tal y como dispone el artículo 10 de la Carta de derechos del usuario. Sería un supuesto similar al previsto en el artículo 7, pues es la voluntad unilateral del usuario la que pone fin

al contrato. La peculiaridad está en la forma en la que el consumidor manifiesta su voluntad de poner fin al contrato. De hecho no hay una voluntad expresa que manifieste su deseo de finalizar el contrato, sino que ésta se deduce de su voluntad expresa de contratar el servicio con otro operador. Es interesante el proceso de cambio de operador, por cuanto que la contratación con un operador ajeno al contrato, pone fin al contrato inicial. Para que sea efectivo, es necesario que se cumplan las formalidades exigibles en la norma.

Para finalizar este apartado, analizaremos el derecho de desistimiento que corresponde a los consumidores en algunos contratos. Si bien es cierto que no es una causa de extinción del contrato exclusiva del contrato de prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, su importancia es destacable, ya que muchos de estos contratos se formalizarán a través de contratos a distancia, que otorgan al usuario el derecho de desistimiento.

1. Voluntad unilateral del abonado de poner fin al contrato

El artículo 7 de la Carta de derechos dispone: *"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".* Con este precepto, se otorga al usuario la posibilidad de poner fin al contrato de forma unilateral y, sin necesidad de alegar causa alguna que lo justifique[923].

Lo primero que llama nuestra atención al leer el precepto transcrito, es que habla del abonado del servicio y no del usuario. La explicación es evidente. El concepto de usuario abarca tanto al usuario jurídico como al material. Mientras que el abonado define únicamente a la persona física o jurídica que haya celebrado el contrato de servicio de comunicaciones electrónicas, esto es, la

[923] El DCFR, así como el Anteproyecto de la modificación del Código Civil en relación al contrato de servicios, prevén la facultad de resolución unilateral del contrato de servicios por parte del cliente, que deberá indemnizar al prestador de servicios todos los gastos y trabajos realizados. Así lo recoge ESCARTÍN IPIÉNS (2012) pp. 657 y ss. BARRÓN ARNICHES (2011) p. 63, entiende que, con esta previsión, el DCFR pretende posibilitar el ejercicio sencillo de este derecho de resolución unilateral estableciendo que será eficaz si lo ejercita el cliente en cualquier momento, incluso aunque puede calificarse de injustificada, salvando en este supuesto el derecho del prestador del servicio al resarcimiento de los daños y perjuicios.

parte contractual; el servicio puede ser utilizado por varios usuarios distintos del contratante y a éstos, la norma le reconoce la mayoría de los derechos. Pero tiene que ser exclusivo del usuario jurídico o, utilizando la terminología de la norma, del abonado la facultad de finalizar el contrato. Es el único que dio su consentimiento para contratar y responsable del cumplimiento de las obligaciones contractuales; en consecuencia, es el único que puede finalizar el contrato. Para dar uniformidad a la redacción de este trabajo, utilizaremos el término usuario como sinónimo de abonado en este caso. El lector debe tener en cuenta esta aclaración.

Ya hemos dicho que el contrato de prestación de servicios de comunicaciones electrónicas es un contrato de tracto sucesivo. Díez-Picazo califica este tipo de contratos como relaciones jurídicas duraderas, que implican una conducta duradera o bien la realización de una serie de prestaciones periódicas[924]. A este tipo responde el contrato de prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, en el que tanto el operador como el usuario se obligan al cumplimiento de prestaciones periódicas. Es frecuente que en los contratos de prestación de servicios de comunicaciones electrónicas no se determine la duración del contrato, al no fijar su plazo de finalización. Díez-Picazo nos advierte que la perpetuidad de una relación obligatoria es contraria al orden público, pues supone una limitación de la libertad[925]. No obstante, el autor admite la validez de una relación indefinida y aclara que en los contratos de duración indefinida las partes dispondrán de una facultad de denuncia de la relación obligatoria[926]. Sin embargo, en los contratos de prestación de servicios de comunicaciones electrónicas la facultad de liberarse del contrato se otorga únicamente al usuario, estando privado el operador de dicha posibilidad.

924 DÍEZ-PICAZO (2008) p. 366.

925 Recordemos que el artículo 1583 del Código Civil, dispone que: "*Puede contratarse esta clase de servicios sin tiempo fijo, por cierto tiempo, o para una obra determinada. El arrendamiento hecho por toda la vida es nulo"*.

926 DÍEZ-PICAZO (2008) pp. 367 y 368, admite la validez de las relaciones obligatorias con duración determinada siempre que se permita a las partes su liberación. Significa que las partes disponen de una facultad de denuncia de la relación obligatoria.

Creemos que la facultad de poner fin al contrato de forma unilateral que corresponde al usuario, deriva de su antigua consideración como servicio de interés general, ahora limitada al servicio universal. La catalogación del servicio de comunicaciones electrónicas como servicios de interés general garantizaba su acceso a cualquier ciudadano en las condiciones establecidas normativamente, y así sigue siendo para el servicio universal como ya analizamos. El operador está obligado a prestar el servicio bajo demanda del usuario, en consecuencia, el contrato no tiene límite temporal alguno. Las operadoras abusando de su posición, imponían a los usuarios unas condiciones muy gravosas para finalizar el contrato. Por ello, la norma reguló de forma pormenorizada la finalización del contrato por voluntad del usuario.

Esta misma explicación sirve para comprender el porqué al operador no se le reconoce la facultad de extinguir el contrato de forma unilateral. Solo podrá finalizar el contrato de forma unilateral cuando se produzca la suspensión del servicio por impago del artículo 20 de la Carta de derechos, o en aquellos otros casos en que el usuario incumpla sus deberes contractuales en aplicación del artículo 1124 del Código Civil.

Creemos que la finalización del contrato por voluntad unilateral del usuario responde a las características de una genuina revocación[927]. La extinción del contrato se produce por la voluntad unilateral de una de las partes, sin necesidad de causa o motivo que lo justifique y conforme a la facultad que legalmente le es reconocida. El único requisito que la norma impone para la eficacia de la revocación es que se realice con dos días de antelación a que deba surtir sus efectos.

[927] Recordemos que la revocación es la decisión unilateral de poner fin a la relación obligatoria, mediante un acto libre o voluntario, sin necesidad de que esté justificado por causa alguna. Su fundamento deriva de la atribución legal de la facultad de extinguir la relación contractual. Como nos recuerda DÍEZ-PICAZO (1995) p. 269, el ejercicio de esa facultad se realiza mediante una declaración de voluntad que ha de ser recepticia y realizada de buena fe. El mismo autor (2007) pp. 340-234, define la revocación (en el ámbito de la oferta contractual) como la declaración de voluntad que priva de eficacia jurídica al negocio y que no requiere ningún requisito formal para su validez.

El artículo 7 de la Carta de derechos no establece formalidad alguna para el ejercicio de la revocación del contrato por el consumidor. Pero debemos tener en cuenta el artículo 62.1 TRLGDCU, que requiere la voluntad inequívoca del consumidor para poner fin al contrato; y que, tal como establece el artículo 7.2 de la Orden ITC/1030/2007, corresponde al consumidor la carga de la prueba de haber solicitado la baja contractual[928]. Llama la atención que tanto en el artículo 8.1.k) de la Carta de derechos del usuario como en el artículo 62.4 TRLGDCU se establezca como contenido mínimo obligatorio del contrato las causas y formas de su extinción[929]. Nos preguntamos si la forma de extinción prevista en el contrato vincula al usuario para solicitar el fin del contrato. Tras la lectura de los apartados 2 y 3 del artículo 62 TRLGDCU, en los que se prohíben las cláusulas que impongan cargas desproporcionadas y obstáculos onerosos para el ejercicio de los derechos de los usuarios, parece que la respuesta debe ser afirmativa[930].

[928] El artículo 7.2 de la 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, dispone que: *"En los procesos de cambio de operador, en caso de que el operador de origen continúe facturando por no haberse solicitado la baja, se tendrá en cuenta si el usuario ha facultado al nuevo a que tramite dicha baja. En ese caso, el nuevo operador deberá soportar el coste de las facturas que se hayan generado. En caso contrario, será el usuario el que deba soportarlo".* Del precepto cabe entender que corresponde al usuario acreditar la solicitud de baja contractual, salvo en aquellos casos en que haya autorizado a su nuevo operador para su gestión.

[929] El artículo 8.1.k) de la Carta de derechos establece: *"Los contratos que celebren los usuarios finales de servicios de comunicaciones electrónicas con los operadores precisarán, como mínimo, los siguientes aspectos: k) Causas y formas de extinción y renovación del contrato de abono, entre las que deberá figurar expresamente, además de las causas generales de extinción de los contratos, la de la voluntad unilateral del abonado, comunicada al operador con una antelación mínima de dos días al que ha de surtir efectos, así como el procedimiento para ejercitar este derecho".* El artículo 62.4 TRLGDCU dispone que: *"los contratos de prestación de servicios o suministro de productos de tracto sucesivo o continuado deberán contemplar expresamente el procedimiento a través del cual el consumidor y usuario puede ejercer su derecho a poner fin al contrato".*

[930] El artículo 62 TRLGDCU dispone que: *2. Se prohíben, en los contratos con consumidores y usuarios, las cláusulas que impongan obstáculos onerosos o desproporcionados para el ejercicio de los derechos reconocidos al consumidor en el contrato. 3. En particular, en los contratos de prestación de servicios o suministro de productos de tracto sucesivo o continuado se prohíben las cláusulas que establezcan plazos de duración excesiva o limitaciones que excluyan u obstaculicen el derecho del consumidor y usuario a poner fin al contrato. El consumidor y usuario podrá ejercer su derecho a poner fin al contrato en la misma forma en que lo celebró, sin ningún tipo de sanción o de cargas onerosas o desproporcionadas, tales como la pérdida de las cantidades abonadas por adelantado, el abono de cantidades por servicios no prestados efectivamente, la ejecución unilateral de las cláusulas penales que se hubieran fijado contractualmente o la fijación de indemnizaciones que no se correspondan con los daños efectivamente causados.*

Coincide la doctrina en considerar al artículo 62.2 y 3 TRLGDCU como una reiteración de la regulación de cláusulas predispuestas y cláusulas abusivas, aunque sin estar limitada su aplicación únicamente a las cláusulas no negociadas[931]. Por tanto, las cláusulas por las que se establezca la forma de solicitud de finalización del contrato sería válida y vinculante para el usuario, siempre y cuando no imponga cargas demasiado onerosas o desproporcionadas para su ejercicio[932].

Sin embargo, creemos que dicha afirmación debe ser matizada y, para ello, hay que distinguir entre los requisitos exigibles en la finalización del contrato y la forma en que el usuario debe manifestar su voluntad de finalizar el contrato. Sería posible que a través de cláusulas contractuales se impusieran requisitos para la solicitud de la finalización del contrato, como sería la imposición de un plazo de preaviso o la imposición de una penalización si la baja se solicita antes del transcurso de un plazo determinado; que estarían sometidos al control de onerosidad y desproporción previsto en el artículo 62 TRLGDCU[933]. Pero las cláusulas contractuales no puede restringir la forma de manifestación de la voluntad de poner fin al contrato, pues así entendido la vinculación a la cláusula contractual restringe por sí misma el derecho del

931 GARCÍA VICENTE (2009) pp. 798 y ss, advierte que la prohibición de cláusulas que establezcan obstáculos onerosos o desproporcionados al ejercicio de los derechos se inserta en el artículo 62 y no en su sede propia (para el autor sería el listado de cláusulas abusivas) para subrayar que la sencillez que concurre en la celebración del contrato, debe también regir su ejecución y eventual extinción. CÁMARA LAPUENTE (2011) pp. 545 y ss, afirma que: «...la prueba de la negociación individual perdería su sentido en relación con estas cláusulas puesto que el legislador, al decidir incorporar también el contenido del artículo 62 en sede de disposiciones generales sobre contratos de consumo mediante una norma de contenido imperativo (se prohíben) ha intervenido en el margen de autonomía de la voluntad de las partes, restringiéndolo en todo este sector de la contratación y excluyendo la validez de los plazos de duración excesiva, de las limitaciones al derecho a poner fin al contrato en los contratos de tracto sucesivo, de sanciones tales como el abono de cantidades por servicios no prestados, las cláusulas penales o las indemnizaciones que no se correspondan con los daños efectivamente causados, etc., modulando de esta forma las reglas generales del Código Civil sobre obligaciones y contratos, ya que los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes...».

932 GARCÍA VICENTE (2009) p. 798, entiende que la ausencia de onerosidad que entraña que el ejercicio de los derechos sea gratuito, sin que se pueda repercutir aquellos gastos o costes que deban ser soportados por el empresario, y advierte que el usuario debe asumir los gastos que acrediten el ejercicio de su derecho.

933 En este caso los requisitos de la solicitud de baja ya se establecen en el propio artículo 7 de la Carta de derechos de los usuarios, que exige su realización con dos días de antelación a que la baja deba surtir efectos.

usuario[934]. Si en el contrato se prevé que la finalización del contrato debe ser solicitada a través de burofax o a través de correo postal certificado al domicilio social de la empresa como únicas vías, el usuario estaría obligado a seguir una forma impuesta por el empresario para manifestar su voluntad. Al igual que basta el consentimiento, sin importar la forma, para celebrar el contrato, las mismas exigencias deberían regir para manifestar la voluntad de finalizar el contrato. Cámara Lapuente considera el apartado 4 del artículo 62 TRLGDCU como una manifestación más del derecho de información que corresponde al usuario[935]. Este es el sentido correcto, a nuestro modo de entender. La previsión contractual sobre la forma de manifestación de la solicitud de la finalización del contrato debemos entenderla tan solo como una información al usuario sobre las posibilidades que tiene, pero en ningún caso una imposición.

En conclusión, podemos afirmar que el usuario puede manifestar su solicitud de baja contractual de la forma que mejor le parezca. El problema surgirá cuando tenga que acreditar que ejercitó su facultad de revocación. Como ejemplo podemos mencionar el artículo 62 TRLGDCU, que permite al consumidor poner fin al contrato en la misma forma en que lo celebró. Si la contratación fue telefónica, aunque el consumidor utilice el mismo medio, no va a poder acreditar su solicitud. En este caso, los operadores graban las conversaciones para acreditar el consentimiento prestado por el usuario para la contratación, ¿podríamos exigir que la carga de la prueba en estos casos recaiga en el operador, conforme al artículo 217.7 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil?[936] En caso de un procedimiento judicial para la declaración de la extinción de un contrato, el Tribunal estará facultado para imponer la carga

[934] GARCÍA VICENTE (2009) p. 799, cuando analiza el calificativo de desproporcionados, afirma que la sencillez empleada para contratar debe extenderse también a los procedimientos previstos para el ejercicio de los derechos derivados del contrato, sean de su ejecución o de su extinción.

[935] CÁMARA LAPUENTE (2011) pp. 561-562, entiende que con el artículo 62.4 TRLGDCU se refuerza la consciencia del consumidor acerca de sus derechos de resolución, denuncia o desistimiento y procurarle el conocimiento de los cauces que ha de seguir para ello. Supone la traslación al documento contractual de los deberes de información precontractual que se imponen legalmente al empresario.

[936] El artículo 217.7 de la Ley de Enjuiciamiento Civil dispone: "*Para la aplicación de lo dispuesto en los apartados anteriores de este artículo el tribunal deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio".*

de la prueba al operador, valiéndose de dicho precepto[937]. Más problemática es su aplicación en los procedimientos alternativos de resolución de controversias, como es el arbitraje de consumo o la reclamación ante la SETSI, en los que quedará al arbitrio de tales órganos la aplicación analógica de la norma.

Ejercitada la facultad de revocación del usuario, el contrato se extingue dejando de producir efectos entre las partes. El operador cesará en la prestación del servicio de comunicaciones electrónicas y el usuario no estará obligado al pago de las facturas que se correspondan al periodo posterior a su efectividad. Esta aclaración es necesaria a la vista de que muchos usuarios entienden que su obligación de pago cesa con la solicitud de baja. Sin embargo, es difícil que la solicitud de baja coincida con el periodo de facturación. Por ello, la última factura suele emitirse una vez que la solicitud de baja ya es efectiva y no hay servicio. Y esta debe ser abonada por el usuario, ya que la obligación de pago surgió durante la vigencia del contrato.

El usuario está obligado a comunicar la solicitud de baja con dos días hábiles de antelación a que haya de surtir efectos. Nos preguntamos que ocurre si en la solicitud de baja el usuario no señala el día que debe ser efectiva o si la comunicación no se realiza con la suficiente antelación. La respuesta es clara, la efectividad de la baja se producirá dos días después de que el operador tenga conocimiento de la misma. Recalquemos que la norma habla de dos días hábiles y no naturales[938].

[937] El artículo 217 LEC se encarga de distribuir la carga de la prueba entre las partes intervinientes en el proceso judicial. Así el actor o el reconviniente tendrá que acreditar los motivos que fundamentan su petición, mientras que el demandado o actor reconvenido tendrán que probar los hechos que justifican su defensa. Pero en su apartado 7, establece una excepción a la regla general. Establece la distribución dinámica de la prueba, según la cual, la carga probatoria se asignará a la parte procesal que esté en mejores condiciones para hacerlo. DOMÍNGUEZ LUELMO (2011) p. 650, afirma que el artículo 217.7 LEC recoge la doctrina de la distribución dinámica de la prueba, que consiste en repartir la carga de la prueba, de manera que se obligue a aportar cada una de las pruebas a aquella parte que se encuentre en mejores condiciones de hacerlo.

[938] Se sigue la línea marcada en derecho de consumo a la hora de ejercitar el derecho de desistimiento, que se generalizó en días hábiles, como ocurre en la contratación a distancia o en el contrato de adquisición de derecho de aprovechamiento por turnos.

Aclaramos nuestra expresión "que el operador tenga conocimiento de la misma", pues es fácil que el ejercicio de la facultad de revocación se produzca sin la presencia física y simultánea de ambos contratantes. En este caso, se aplicaría la teoría de la recepción de la voluntad, que se consolidó a través del artículo 1262 del Código Civil. Por tanto, el plazo se contará desde que el operador tenga conocimiento o pueda tenerlo de forma efectiva.

El operador será responsable de la efectividad de la revocación, pues no podrá facturar o cobrar cualquier cantidad que se haya devengado, por causa no imputable al usuario, con posterioridad al plazo de dos días en que debió surtir efectos. Así, si el operador una vez tenga conocimiento de la revocación no cesa en la prestación del servicio, tendrá que asumir la facturación que se genere con posterioridad al plazo de dos días en que debe ser efectiva. Y ello, pese a que el servicio sea utilizado por cualquier usuario[939].

Cierta especialidad presentan la contratación de la línea de telefonía móvil bajo la modalidad de prepago, en los que el usuario se compromete a recargar la tarjeta, al menos cada seis meses, pues en caso contrario se produce la extinción de la relación contractual[940]. Nos encontramos ante una obligación sujeta a término, como la circunstancia temporal que determina la duración de la relación obligatoria. Es un término final, pues llegado éste, sin que se produzca la recarga, el contrato expira[941]. Si se produce la recarga antes del transcurso del término, se producirá la prórroga del contrato en las mismas condiciones que el inicial y, por tanto, sujeto nuevamente al término establecido. Al efectuar la

939 Fijémonos que aquí la norma ya no habla de abonado, sino de cualquier usuario.

940 En las condiciones generales del servicio tarjeta móviles de Movistar, se prevé la interrupción definitiva del servicio por ausencia de recargas y caducidad del saldo. La tarjeta tendrá una vigencia inicial de 6 meses desde la fecha de activación de la misma o desde la última recarga realizada por el cliente. No obstante, agotado el saldo de la tarjeta el cliente dispone de un plazo de 54 días para realizar una nueva recarga, en cuyo caso se iniciará un nuevo plazo de 6 meses de vigencia.

941 LACRUZ BERDEJO (2007) p. 471, afirma que el término puede ser inicial o final, según se determine el principio o el fin de la eficacia del contrato. DÍEZ-PICAZO (2008) p. 372, comparte la opinión.

recarga el usuario acepta la prórroga del contrato, aceptación que se produce de forma tácita[942].

Nos preguntamos si, en este caso, el usuario puede ejercitar la facultad de revocación unilateral del contrato prevista en el artículo 7 de la Carta de derechos. No hay ninguna objeción al respecto. Prueba de ello es la equiparación que el legislador hace en todo momento de la contratación prepago y pospago. Sin embargo, las consecuencias van a ser diferentes, pues como ya señalamos la contratación de un prepago se caracteriza porque el usuario paga el servicio de forma anticipada[943]. ¿Qué ocurre si el usuario revoca el contrato antes de que se agote el saldo de su tarjeta? ¿Podría el usuario recuperar el importe pendiente? Nada dice la norma al respecto y, la práctica nos muestra que si el usuario manifiesta su voluntad de finalizar el contrato pierde el saldo no consumido. Prueba de ello, es que en las condiciones contractuales se prevé la caducidad del saldo si no se consume en el plazo previsto[944]. Nos preguntamos si, en estos casos, habría un enriquecimiento injusto del operador o una cláusula penal. En nuestra opinión la respuesta debe ser negativa en ambos casos. En primer lugar, no habrá enriquecimiento injusto del operador, pues la recarga realizada el operador se obliga a poner a disposición del usuario el servicio de telefonía por el tiempo pactado. El operador cumple su obligación, pues es el usuario quién decide por su propia voluntad poner fin al contrato. Tampoco nos encontramos ante una cláusula penal. Recordemos que el usuario tiene la posibilidad de agotar el saldo antes de solicitar la baja del servicio y es quien decide cuál es el mejor momento o el más conveniente para solicitar la baja del servicio.

942 DÍEZ-PICAZO (2008) p. 372, reconoce que las relaciones obligatorias sometidas a un término final pueden ser prorrogadas, siempre que exista consentimiento de las partes. Este consentimiento no es necesario que sea expreso, sino que basta su expresión tácita.

943 Realizada la carga de la tarjeta prepago, el usuario adquiere el derecho a utilizar el servicio de comunicaciones hasta la cuantía disponible.

944 En las condiciones generales del servicio tarjeta móviles Movistar se prevé la interrupción del servicio por caducidad del saldo, al no ser consumido en el plazo de seis meses, que se contarán desde la realización de la última recarga.

2. Compromiso de permanencia

El contrato de prestación de servicios de comunicaciones electrónicas es un contrato de tracto sucesivo, con duración indefinida. Como consecuencia, el artículo 7 de la Carta de derechos dispone 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"*. Partiendo de dicho precepto ya hemos reiterado que, como regla general, el usuario tiene derecho a poner fin al contrato de forma unilateral.

Sin embargo, es frecuente que los contratos de servicios de comunicaciones electrónicas incluyan un "compromiso de permanencia". El usuario se obliga a mantener el contrato durante un tiempo determinado, para recibir como contraprestación una *subvención* del operador en la adquisición de un terminal o en la aplicación de un descuento o plan de ahorro sobre la tarifa. Ante su incumplimiento, en el contrato se prevé la obligación del usuario de abonar una cantidad determinada, que en el contrato se suele denominar *penalización*[945].

[945] R Cable incluye en sus contratos la siguiente cláusula: "5.3. Subvenciones: Determinadas tarifas y promociones en vigor incluyen la posibilidad de subvencionar total o parcialmente la cuota de alta, la tarifa o los terminales y equipos entregados al Cliente, a cambio de un período de permanencia. (…) Si el cliente acepta cualquiera de esas subvenciones y decide resolver el contrato antes de finalizar el periodo de permanencia establecido en cada caso, deberá satisfacer, además de las cantidades devengadas por la utilización de los servicios, la parte subvencionada y no satisfecha de los mismos o la penalización establecida en cada caso...".
Vodafone establece: "El cliente se compromete a permanecer dado de alta en este contrato con la línea vinculada al mismo durante dieciocho meses, contados a partir de la fecha de firma del contrato. En caso de baja anticipada del cliente por cualquier causa, suspensión definitiva del servicio motivada por impago del cliente de las cantidades adeudadas a Vodafone o cambio desde el plan de precios contratado a otro plan de precios distinto que tenga un compromiso de consumo mínimo menos, el cliente abonará a Vodafone una cantidad que podrá ser de hasta un máximo de 150 euros (impuestos indirectos no incluidos) en concepto de compensación por la subvención obtenida de Vodafone como descuento sobre el precio de mercado del terminal".
Telefónica recoge como cláusula particular "1. Compromiso de permanencia: En aquellos supuestos en los que el cliente reciba de Telefónica Móviles España, S. A. U., un apoyo económico para la adquisición de un terminal u otras condiciones comerciales especialmente ventajosas (…) éste se compromete a mantener la línea que haya vinculado al apoyo económico en el servicio movistar y en un plan de precios que implique un compromiso de consumo igual o superior al contratado, durante un número determinado de meses (en adelante

El compromiso de permanencia en los contratos de comunicaciones electrónicas se recoge en dos supuestos. En primer lugar, cuando el usuario adquiere con la contratación del servicio un terminal a precio promocional, ya sea un teléfono o cualquier otro aparato necesario para la utilización del servicio contratado. A precio promocional en cuanto que el usuario va a pagar por ese bien un precio inferior a su precio de mercado, a cambio de mantener el contrato en vigor durante el tiempo establecido. En segundo lugar, cuando el usuario se beneficia de un descuento en la tarifa a cambio de un compromiso de permanencia.

El compromiso de permanencia adquirido contractualmente no impide al usuario del servicio finalizar el contrato, tal y como dispone el artículo 7 de la Carta de Derechos. En este caso, el usuario se vería obligado a pagar la cantidad prevista en el contrato como penalización.

La primera cuestión que debemos plantearnos, es la validez de la cláusula de penalización por baja anticipada cuándo únicamente se impone al usuario. Parece que nada impide al operador imponer este tipo de cláusulas de permanencia. Prueba de ello es el artículo 8.1.f) de la Carta de derechos de los usuarios, que establece como contenido mínimo del contrato: *"Período contractual, indicando, en su caso, la existencia de plazos mínimos de contratación y de renovación, así como, en su caso, las consecuencias de su posible incumplimiento".* Recordemos además los apartados 2 y 3 del artículo 62 TRLGDCU, en los que se prohíben las cláusulas que impongan obstáculos onerosos o desproporcionados para el ejercicio del derecho del usuario de poner fin al contrato. En el artículo 62.3 TRLGDCU se enumeran con carácter ejemplificativo, alguna de las cláusulas que podrían considerarse onerosas o desproporcionadas, como la pérdida de las cantidades abonadas por adelantado, el abono de cantidades por servicios no prestados efectivamente, la ejecución

compromiso de permanencia). El cliente podrá darse de baja en el servicio movistar en todo momento o cambiar a un plan de precios que implique un menor compromiso de consumo, si bien en estos supuestos, deberá abonar a Telefónica Móviles España una cantidad proporcional al apoyo económico recibido y al número de meses que ha respetado su compromiso de permanencia...".

unilateral de las cláusulas penales ejecutadas contractualmente o la fijación de indemnizaciones que no se correspondan con los daños efectivamente causados. Las cláusulas enumeradas no pueden considerarse en todo caso prohibidas, pues si así fuera no cabría la posibilidad de imponer cargas al usuario, mientras que la norma únicamente prohíbe las cláusulas demasiado onerosas o desproporcionadas[946].

Es habitual que la cláusula de penalización se incorporé al contrato de comunicaciones electrónicas a través de una cláusula predispuesta y, por tanto, está sometida a la regulación de las cláusulas abusivas contenida en el Capítulo II del Título I Libro II del TRLGDCU, además de la regulación de las condiciones generales de la contratación. Según el artículo 87.6 TRLGDCU se entiende abusiva por falta de reciprocidad: *"Las estipulaciones que impongan obstáculos onerosos o desproporcionados para el ejercicio de los derechos reconocidos al consumidor y usuario en el contrato, en particular en los contratos de prestación de servicios (...), cual es el caso de las que prevean la imposición de formalidades distintas de las previstas para contratar o la pérdida de las cantidades abonadas por adelantado, el abono de cantidades por servicios no prestados efectivamente, la atribución del empresario de la facultad de ejecución unilateral de las cláusulas penales que se hubieran fijado contractualmente o la fijación de indemnizaciones que no se correspondan con los daños efectivamente causados".*

No podemos considerar que el compromiso de permanencia es una cláusula abusiva por falta de reciprocidad, pues si bien es cierto que únicamente es el usuario el que se obliga a permanecer en el contrato el tiempo fijado, también es el usuario el que se beneficia de las condiciones económicas más ventajosas. Por tanto, no hay falta de reciprocidad, a cambio del compromiso de

[946] GARCÍA VICENTE (2009) p. 801, así lo entiende cuando interpreta el precepto que califica de borroso y afirma que el artículo 62.3 no impide pactar cláusulas penales de liquidación anticipada del daño que sean concordes con el daño efectivamente causado. BOTANA GARCÍA (2011) pp. 1100-1101, considera que de la lectura del artículo 62.3 TRLGDCU podemos deducir que son válidas y lícitas las cláusulas de liquidación del daño efectivamente causado. MENDOZA LOSANA y GARCÍA MONTORO (2014) p. 7, nos advierten que las cláusulas de penalización deben cumplir las exigencias de información al usuario y, si se establecen a través de cláusulas predispuestas, deben superar el control de incorporación y contenido.

permanencia el usuario se beneficia de las ventajas económicas que le ofrece el operador[947].

Tal y como advierte Agüero Ortiz, el estudio de la posible abusividad de las cláusulas penales como obligaciones sustitutivas de la indemnización de daños y perjuicios derivados del incumplimiento debe efectuarse a la luz del supuesto del artículo 85.6 TRLGDCU que reputa abusivas las cláusulas que supongan la imposición de una indemnización desproporcionadamente alta, al consumidor y usuario que no cumpla sus obligaciones[948].

Tras concluir que las cláusulas de penalización asociadas a una permanencia son válidas y lícitas, siempre y cuando no sean desproporcionadas, tenemos que preguntarnos cuál es su naturaleza jurídica. Una primera respuesta podría ser que al introducir la cláusula de permanencia, el contrato de servicios de comunicaciones electrónicas pasa a ser un contrato aleatorio. Conforme a la definición del artículo 1709 del Código Civil, el contrato aleatorio es aquel por el que las partes se obligan a dar o hacer alguna cosa en equivalencia de lo que la otra parte ha de dar o hacer para el caso de un acontecimiento incierto, o que ha de ocurrir en tiempo indeterminado[949]. Desechamos esta posibilidad, por cuanto la aplicación de la penalización no se produce por un hecho incierto o indeterminado en el tiempo. La penalización deriva de la voluntad del usuario de finalizar el contrato, antes del tiempo previsto. Por tanto, no depende de un hecho incierto o ajeno a las partes, pues es consecuencia de la voluntad del usuario[950]. Tampoco es indeterminado en el tiempo, ya que para que surja la penalización la voluntad de poner fin al contrato tendrá que producirse dentro del compromiso de permanencia.

---

947 Para GARCÍA VICENTE ((2) 2009) p. 801, son lícitas las cláusulas que indemnicen al empresario o profesional por la extinción anticipada, puesto que puede haber ofrecido ventajas derivadas de la permanencia o vigencia mínima del contrato.

948 AGÜERO ORTIZ (2014) p. 8.

949 LETE DEL RÍO (2006) p. 693, define el contrato aleatorio como aquellos en que la contraprestación no es cierta y determinada desde el mismo instante en que el contrato se celebra, sino que depende de un acontecimiento incierto como es la suerte, por lo que los contratantes asumen un riesgo de pérdida o de ganancia.

950 Para LETE DEL RÍO (2006) p. 694, lo que caracteriza al contrato aleatorio es que de la incertidumbre (del supuesto incierto) depende que una u otra de las partes realice la prestación, que el importe o cuantía de ésta sea mayor o menor, o que la prestación se realice o no.

Otra posibilidad sería calificar la relación obligatoria como condicional[951]. Podríamos entender que en el contrato se incorpora una condición temporal a favor del operador, por la que si el usuario del servicio no cumple el tiempo pactado, tendrá que pagar la cantidad estipulada. Mientras que transcurrido el tiempo de permanencia fijado en el contrato, la condición queda cumplida y la obligación del usuario de abonar la penalización, en caso de baja anticipada, se extinguiría. Estaríamos ante una obligación condicionada temporalmente, prevista en el artículo 1118 del Código Civil[952]. Pero no podemos aceptar esta teoría, ya que la eficacia del contrato y el surgimiento de obligaciones para las partes no depende del cumplimiento de la condición; al contrario el contrato ya produjo efectos y ambas partes ya han ejecutado sus obligaciones. Además, la condición debe referirse a un hecho futuro e incierto. Tal y como nos advierte Díez-Picazo, la incertidumbre no es subjetiva, sino que debe revestir un carácter objetivo[953]. Si dejamos el cumplimiento de la obligación a la voluntad exclusiva del usuario, ya no estaríamos ante un hecho futuro e incierto para él, pues será su voluntad la única determinante del cumplimiento de la condición[954].

También debemos descartar la calificación, de la cantidad estipulada en el contrato que el usuario debe abonar en caso de baja anticipada, como arras. Siguiendo la definición de Díez-Picazo, las arras serán la entrega de una suma de dinero o de cualquier otra cosa que un contratante hace a otro con el fin de asegurar una promesa o un contrato, confirmarlo, garantizar su cumplimiento o facultar al otorgante para poder rescindirlo libremente consintiendo en perder la

[951] La obligación condicional es aquella cuyo cumplimiento o efectividad se haga depender de un suceso futuro o incierto o de un suceso pretérito que los interesados ignoren. DÍEZ-PICAZO (2008) p. 393.

[952] El artículo 1118 del Código Civil dispone que: *"La condición de que no acontezca algún suceso en tiempo determinado hace eficaz la obligación desde que pasó el tiempo señalado o sea ya evidente que el acontecimiento no puede ocurrir..."*.

[953] DÍEZ-PICAZO (2008) pp. 402-403.

[954] Aunque sería posible la admisión de la inclusión de una condición potestativa en las obligaciones sinalagmáticas, DÍEZ-PICAZO (2008) pp. 406-408, restringe su admisión a los supuestos en que dicha condición potestativa afecte a todo el contrato sinalagmático (y no solo a alguna de sus obligaciones, como sería el caso que analizamos), ya que en ese caso la vinculación a la condición potestativa podría ser equiparada a un derecho de opción o una oferta irrevocable.

cantidad entregada[955]. La principal característica de las arras es su entrega en el momento de la celebración del contrato y éste será precisamente la causa de que el compromiso de permanencia de los contratos de servicios de comunicaciones electrónicas estén excluidos de tal concepto[956]. Así, a diferencia de las arras, la penalización fijada en el contrato solo será entregada si el usuario solicita la baja del servicio antes de que el compromiso de permanencia señalado en el contrato hubiera transcurrido[957]. La entrega no se hace en el momento de la celebración del contrato. Por tanto, solo podemos concluir que no nos encontramos ante unas arras.

Teniendo en cuenta que en los contratos se habla de penalización, la respuesta más simple y la más acertada sería que tiene naturaleza de cláusula penal o pena convencional. Díez-Picazo la define como aquella prestación que el deudor se compromete a satisfacer al acreedor para el caso de incumplimiento o cumplimiento defectuoso o retrasado de la obligación principal[958]. Estaríamos ante una cláusula penal sustitutiva de los daños y perjuicios que la acción del usuario provoca al operador, conforme a lo previsto en el artículo 1152 CC[959]. Díez-Picazo nos advierte que no podemos confundir la obligación penal con una obligación condicional, al no depender de un hecho futuro e incierto, pues los

955 DÍEZ-PICAZO (2008) p. 470.

956 Tal y como nos advierte DÍEZ-PICAZO (2008) p. 470, la entrega real de las arras (datio rei) es lo que las diferencia de la pena convencional. En las arras no hay una promesa de prestación futura para el caso de cumplimiento, sino una entrega efectiva.

957 AGÜERO ORTIZ (2014) p. 6, apunta que las arras penitenciales tienen un especial sentido bilateral o recíproco, a diferencia de la cláusula penal que es una prestación accesoria y subsidiaria de la principal, pues solo es exigible en caso de incumplimiento o cumplimiento defectuoso.

958 DÍEZ-PICAZO (2008) p. 457. La cláusula penal se define por FELIU REY (2014) p. 174, como la estipulación, accesoria y subsidiaria a la obligación u obligaciones principales a las que hace referencia, y en la que se contiene una obligación, cuyo objeto es la pena (convencional).

959 El artículo 1152 CC dispone que: *"en las obligaciones con cláusula penal, la pena sustituirá a la indemnización de daños y al abono de intereses en caso de falta de cumplimiento, si otra cosa no se hubiere pactado".* La cláusula penal puede ser de dos tipos. El artículo 1152 CC la configura como sustitutiva, para aquellos casos en que determine la cuantía indemnizatoria por los daños y perjuicios derivados del incumplimiento. Pero las partes pueden pactar su carácter coercitivo, en cuyo caso no sustituirá a la indemnización por los daños ocasionados con la falta de cumplimiento, sino que se acumulará a la cuantía indemnizatoria de los daños y perjuicios ocasionados. PINTO MONTEIRO (1990) *passim*, analiza la cláusula penal y se cuestiona si es posible que en ésta concurran las dos funciones señaladas.

hechos no son condiciones en sentido técnico, sino que es el requisito necesario para que la pena sea exigible, como dice el autor su *conditio iuris*[960].

En los contratos de servicios de comunicaciones electrónicas, se establece la penalización para los supuestos de incumplimiento del compromiso de permanencia estipulado en el contrato, ya sea por la adquisición de un terminal o por la aplicación de tarifas más ventajosas. Con la penalización se pretende resarcir el coste que para el operador supone el incumplimiento de la permanencia estipulada en el contrato, pues el cálculo de la prestación del usuario se hizo teniendo en cuenta el periodo mínimo de vigencia de la relación contractual[961]. Si se incumple ese periodo, el operador no obtendrá el beneficio esperado o calculado y, por ello, prevé la penalización por baja anticipada. Pero esta no será la única función de la penalización, sino que además funcionará como medida coactiva para que el usuario permanezca en la compañía. La doctrina admite la coexistencia de las dos funciones en la cláusula penal, esto es, la función indemnizatoria y la función coercitiva[962].

Una última nota que identifica la penalización de los contratos de comunicaciones electrónicas como cláusula penal, es la facultad moderadora que han venido ejerciendo los Tribunales y las Juntas arbitrales de consumo sobre la cantidad a abonar[963]. Las primeras penalizaciones incorporadas a los contratos de

960 DÍEZ-PICAZO (2008) p. 466.

961 Recordemos que FELIU REY (2014) p. 174, define la cláusula penal como la estipulación accesoria y subsidiaria a la obligación u obligaciones principales a las que hace referencia, y en la que se contiene una obligación, cuyo objeto es la pena convencional. En esta definición encaja perfectamente la penalización prevista en los contratos de servicios de comunicaciones electrónicas.

962 LACRUZ BERDEJO (2007) p. 264, y DÍEZ-PICAZO (2008) p. 464. FELIU REY (2014) pp. 176 y ss, distingue los efectos que produce la cláusula penal atendiendo al momento en el que se estipula dicha cláusula y al momento en el que se produce el incumplimiento. En el momento de su estipulación, la cláusula penal tiene dos efectos: establecer la cuantía indemnizatoria con efecto valorativo, liquidatorio o sustitutorio, y el efecto persuasivo o disuasorio que tiene sobre el obligado. En el momento del incumplimiento, el primer efecto de la cláusula penal es el indemnizatorio o resarcitorio del interés del acreedor; y en segundo ligar, la sustitución del cumplimiento de la obligación principal.

963 El artículo 1154 CC dispone que: "*El Juez modificará equitativamente la pena cuando la obligación principal hubiera sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor"*. El Tribunal Supremo, en su Sentencia ROJ 853/2014, de 10 de marzo de 2014, restringe la facultad moderadora de los jueces y tribunales sobre la cláusula penal, cuando ésta haya sido sujeta a negociación por las partes. Como apunta el Tribunal Supremo, esta doctrina no será aplicable cuando en la contratación intervenga un consumidor, pues estaríamos ante una contratación

comunicaciones electrónicas se fijaban sobre una única cantidad, independientemente del tiempo que restará para el total cumplimiento de la permanencia. Los Tribunales y las Juntas Arbitrales de consumo entendieron que era un enriquecimiento injusto para el operador obligar al usuario a pagar la misma penalización llevará uno o doce meses el contrato en vigor. Además, se vio que en muchos casos era más gravoso el pago de la penalización que el coste que supondría la finalización del contrato. Para evitar la abusividad de la penalización para el usuario, los tribunales y las Juntas arbitrales empezaron a moderar la cuantía de la penalización, a la vista del tiempo de contrato cumplido[964]. Esta moderación pronto fue acogida e introducida por las operadoras en sus contratos, en los que actualmente la cuantía de la penalización depende del tiempo que reste para el total cumplimiento de la permanencia.

3. Extinción del contrato por modificación de las condiciones contractuales

El artículo 9 de la Carta de derechos de los usuarios recoge el derecho del usuario de resolver el contrato del servicio de comunicaciones electrónicas, de forma anticipada y sin penalización, en caso de modificación del contrato por el operador. Este derecho es la contrapartida a la facultad que tiene el operador de modificar de forma unilateral el contrato[965].

sujeta al control de abusividad de sus cláusulas. Tal y como nos advierte FELIU REY (2014) p. 205, la moderación de la pena como norma de naturaleza imperativa, tiene su fundamento en la equidad que tiende a la proporcionalidad de las prestaciones, no tanto por la excesividad de la pena, sino porque la misma está estipulada en relación con un determinado incumplimiento total.

964 GARCÍA MONTORO (2012) hace un repaso a la principal jurisprudencia que trata la cláusula de permanencia. www.uclm.es/centro/cesco

965 Debemos advertir que nos encontramos ante un supuesto en el que la facultad de modificación de las condiciones contractuales solo se le reconoce al operador y en los supuestos previstos en el contrato. No es el mismo supuesto que el recogido en el artículo IV.C 2:109 del DCFR, en el que como advierte BARRÓN ARNICHES (2011) p. 163, se prevé la modificación sustancial de las circunstancias del contrato por cualquier de las partes cuando se cumplan determinados requisitos. Como advierte la autora se trata de supuestos objetivos en los que el obligado a cumplir puede demostrar que el cumplimiento tal y como se pactó en un principio le supone esfuerzos o gastos irrazonables, de manera que se hace necesaria una modificación del contrato. La previsión del DCFR es la acogida por el Anteproyecto de modificación del Código Civil en lo referente al contrato de servicios, tal y como nos advierte ESCARTÍN IPIÉNS (2012) pp. 653 y ss.

La modificación contractual solo podrá realizarse en aquellos supuestos previstos en el contrato. Pero hay que tener en cuenta que los contratos de comunicaciones electrónicas son contratos de adhesión. Será el operador el único que fije las condiciones contractuales y, tan solo, está obligado a comunicar la modificación contractual al usuario con un mes de antelación a su aplicación.

Para equilibrar la posición de ambos contratantes, el usuario tiene derecho a resolver el contrato de forma anticipada y sin penalización alguna[966]. El artículo 9 de la Carta de derechos habla de resolución del contrato, pero nos preguntamos si estamos ante una verdadera facultad de resolución, o podría tratarse de un desistimiento del contrato o incluso de una novación.

Descartamos su calificación como derecho de desistimiento, pues no se trata de conceder al usuario un tiempo de reflexión para reafirmar su voluntad de contratar[967]. El contrato produjo efectos durante su vigencia y las partes no volverán a la situación anterior al inicio del contrato. Con la resolución ejercitada

[966] Son varias las similitudes que observamos entre la facultad de resolución que el artículo 9 de la Carta de derechos otorga a los usuarios finales, con la resolución del contrato por circunstancias sobrevenidas que prevé expresamente el DCFR (IV.C.-2:109). Así, en ambos casos la resolución contractual vendrá motivada por la modificación sobrevenida de las circunstancias que inicialmente fueron pactadas en el contrato. Pero sus diferencias también son evidentes. En primer lugar, en el DCFR las circunstancias sobrevenidas parecen ajenas a cualquiera de las partes, ésto es, son circunstancias externas y objetivas, mientras que el supuesto previsto en el artículo 9 de la Carta de derechos hace referencia a la modificación de las condiciones contractuales a voluntad del operador, aunque solo en los casos previstos contractualmente. La segunda diferencia es que el DCFR otorga la facultad de resolución tanto al prestador de servicio como al cliente, ya que las circunstancias sobrevenidas también pueden afectar a cualquiera de las partes contratantes. Mientras que en la Carta de derechos la facultad de resolución se otorga únicamente al usuario final, pues también se prevé que la facultad de modificación corresponde tan solo al operador. BARRÓN ARNICHES ((2) 2011) pp. 162 y ss, analiza la resolución por circunstancias sobrevenidas en el contrato de servicios según la regulación prevista en el DCFR. Destaca que la alteración unilateral del contrato es una excepción al principio de vinculación contractual. Como consecuencia, se prevé la modificación sustancial de las circunstancias, al contemplar la posibilidad de que cualquier de las partes, prestador del servicio o cliente, procedan a la modificación unilateral del contrato si se cumplen determinados requisitos. Esos requisitos son supuestos objetivos en los que el obligado a cumplir puede demostrar que el cumplimiento tal y como se pactó en un principio supone tal esfuerzo o gastos irrazonables, de manera que es necesaria una modificación del contrato que afecta a la obligación de hacer y al precio pactado.

[967] El derecho de desistimiento se define en el artículo 68 TRLGDCU como la facultad del consumidor y usuario de dejar sin efecto el contrato celebrado, notificándoselo así a la otra parte contratante en el plazo establecido para su ejercicio, sin necesidad de justificar su decisión y sin penalización de ninguna clase.

por el usuario, se produce la finalización del contrato de forma anticipada sin que haya lugar a la devolución de las prestaciones realizadas.

También podríamos pensar que la previsión del artículo 9 de la Carta de derechos es una novación del contrato. Esta tesis sería aceptable para los casos en los que el usuario no ejercite su derecho de resolución, pues con la modificación contractual se sustituye el contrato antiguo por un contrato nuevo. Pero no es válida si el usuario resuelve el contrato tras la modificación, pues el contrato se extingue y no hay un nuevo contrato que lo sustituya.

Parece que esta vez el legislador utiliza la terminología correcta y nos encontramos ante un genuino derecho de resolución por incumplimiento de las obligaciones contractuales, en el mismo sentido que se regula en el artículo 1124 del Código Civil. Si el operador modifica las condiciones de la prestación del servicio, no podrá cumplir las condiciones pactadas inicialmente con el usuario. Por tanto, si el usuario no acepta las nuevas condiciones contractuales, el operador estaría incumpliendo el contrato inicial, por lo que surge el derecho de resolución del artículo 1124 del Código Civil.

Llama nuestra atención que la regulación del artículo 9 de la Carta de derechos de los usuarios es más perjudicial o gravosa para el usuario del servicio que la regulación general del artículo 1124 del Código Civil. Este último precepto no obliga al usuario a manifestar su voluntad en contra de las modificaciones contractuales. Basta que el operador incumpla sus obligaciones contractuales para poder ejercitar el derecho de resolución, además con derecho al resarcimiento de daños y abono de intereses. Sin embargo el artículo 9 de la Carta de derechos de los usuarios establece una presunción favorable al operador, ya que si el usuario no ejercita el derecho de resolución en el plazo de un mes, se entiende que acepta las nuevas condiciones contractuales y con posterioridad no podrá ejercitar el derecho de resolución[968]. De esta forma, la

[968] BARRÓN ARNICHES ((2) 2011) p. 159, parece entender que ésta es la línea seguida por el DCFR, al entender que: «...El requisito esencial para cualquier cliente que opta por resolver es el del preaviso mediante notificación al prestador del servicio y concediendo un tiempo razonable hasta la eficacia de la resolución, para no incrementar el perjuicio. El cliente perderá la facultad de poner fin a la relación contractual en el caso de que el profesional hubiera in-

Carta de derechos limita el ejercicio del derecho de resolución al plazo de un mes desde que se produce el incumplimiento contractual.

Nos preguntamos si, transcurrido ese mes, el usuario podría ejercitar el derecho de resolución en base al artículo 1124 del Código Civil. No hay motivo alguno que lo impida, siempre y cuando se den los requisitos necesarios para considerar el incumplimiento grave o esencial[969]. Recordemos una vez más, que

tentado un cumplimiento tardío de su prestación y el cliente no le hubiera notificado la resolución en un periodo razonable de tiempo desde que fue consciente del intento de cumplimiento. Se trata, así, de imponer al cliente el deber de actuar de buena fe a la hora de ejecutar su facultad de resolución contractual».

969 La doctrina y la jurisprudencia mantienen la misma postura cuando exigen que haya un incumplimiento esencial o grave para que el contratante tenga la facultad de resolver el contrato conforme al artículo 1124 CC. OGAYAR Y AYLLÓN (1983) pp. 92 y 93, afirma que la prestación incumplida debe ser lo suficientemente importante en la economía del contrato para justificar la resolución. El autor recoge el parecer de la Jurisprudencia en el mismo sentido. FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL (1998) pp. 33 y ss, recoge la doctrina del Tribunal Supremo al señalar que para que tenga lugar la resolución, no basta cualquier incumplimiento o inexactitud en el cumplimiento, sino que el incumplimiento debe ser básico, esencial y grave. Para CLEMENTE MEORO (1998) pp. 251 y ss, el incumplimiento de las obligaciones ha de revestir cierta gravedad e importancia para que, por su causa, quepa resolver. Este autor (1992) se pronuncia en el mismo sentido, al hacer una comparativa entre el incumplimiento resolutorio en el sistema del Common Law y en el artículo 1124 del Código Civil español. DIEZ-PICAZO (2005) analiza los supuestos en que el incumplimiento puede considerarse esencial, y nos aclara la falta de relevancia de la intervención de la culpa en el incumplimiento para que la facultad resolutoria sea reconocida. Recordemos la doctrina Jurisprudencial del Tribunal Supremo, en la que se establece la distinción entre incumplimiento grave e incumplimiento esencial. El Tribunal Supremo explica en la Sentencia 638/2013, de 18 de noviembre de 2013, o en la Sentencia 2404/2014, de 23 de mayo de 2014, " *(...) la valoración del alcance o de la transcendencia resolutoria del incumplimiento en cuestión también opera en planos diferenciables, de suerte que los tradicionales conceptos de gravedad y de esencialidad no resultan asimilables, a estos efectos, en el marco de la interpretación de la relación contractual. Así mientras que el primero queda referenciado o enmarcado en el juego de las obligaciones principales del contrato, de forma que solo el desajuste o la falta de ejecución de estas obligaciones principales comportan un alcance propiamente resolutorio, a diferencia de los denominados incumplimientos leves o infracciones mínimas (...); el segundo, por su parte, escapa a dicho enfoque pudiendo alcanzar su ponderación al conjunto o totalidad de prestaciones contractuales, sin distinción, ya sean estas de carácter accesorios o meramente complementarias, si de la instrumentación técnica señalada se infiere que fueron determinantes para la celebración o fin del contrato celebrado*". OLIVA BLÁZQUEZ (2012) p. 264, distingue tres etapas diferenciadas en las exigencias o requisitos que deben concurrir para que nos encontremos ante un incumplimiento resolutorio. En una primera etapa, se exigió una voluntad deliberada o manifiestamente rebelde al cumplimiento o un hecho obstativo que de un modo absoluto, definitivo e irreformable impida el cumplimiento. Posteriormente dicha doctrina excesiva, se matiza y pasa a hablarse de la frustación del fin del contrato, sin que sea preciso una tenaz y persistente resistencia obstativa al cumplimiento, bastando que se malogren las legítimas aspiraciones de la contraparte. Finalmente, la jurisprudencia se refiere a la existencia de un incumplimiento esencial o sustancia, exigiendo que tenga un grado de intensidad tal que prive o fustre la finalidad que el acreedor esperaba del contrato y convierta en conveniente el remedio resolutorio.

el propio legislador sectorial deja a salvo lo dispuesto en otras normas aplicables[970]. En caso de controversia habrá que valorar si la falta de respuesta del usuario en el mes siguiente a la notificación se puede considerar como aceptación tácita de la modificación contractual y, por tanto, renuncia al derecho de resolución. Será difícil establecer una regla general y, para su correcta determinación, habrá que atender a las circunstancias concurrentes en cada caso para poder averiguar cual es la verdadera voluntad del usuario.

4. Procesos de cambio de operador

La asignación de la numeración telefónica se realiza por el Gobierno a través del Plan Nacional de Numeración desde que finalizó el monopolio de la Compañía Nacional Telefónica de España, con el fin de garantizar la apertura del sector a nuevos operadores[971]. Hasta ese momento la numeración pertenecía al operador nacional. El problema se planteó con la apertura del mercado a los nuevos operadores, pues el usuario condicionaba la contratación con un nuevo operador, a la conservación del número que ya poseía. Al ser la asignación de la numeración al operador y no al abonado, el operador nacional se negaba a darle el número de teléfono.

Ante tal situación y con el fin de mantener la libre competencia en el sector, el legislador se vio obligado a reconocer al usuario el derecho a conservar el número de teléfono en caso de cambio de compañía[972]. Por ello, el artículo 21

970 Así se establece en el apartado segundo del artículo 2 de la Carta de derechos de los usuarios, al prever que los derechos reconocidos en este Real decreto son adicionales y compatibles con lo dispuesto en otras normas aplicables y, en especial, en el texto refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios y otras normas complementarias, aprobado por el Real decreto legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, y, asimismo, en la legislación dictada por las Comunidades Autónomas en el ejercicio de sus competencias sobre protección general de consumidores y usuarios.

971 CREMADES y RODRÍGUEZ ARANA (2004) p. 272, afirman al respecto que «En el año 1924, el Estado concedió la exclusiva en la prestación del servicio telefónico básico a la Compañía Nacional Telefónica de España. Desde entonces hasta el año 1996, Telefónica fue la encargada de elaborar y gestionar los planes de numeración aplicados en nuestro país. El Estado ejercía un control sobre ese plan de numeración, pero no lo gestionaba (…) ». MONTERO PASCUAL (2007) p. 182, apunta la idea de que en un futuro los usuarios puedan tener acceso directo a la numeración. Pero hasta el momento, la asignación de la numeración corresponde en exclusiva a los operadores que proporcionarán los números a sus abonados.

972 En la Exposición de Motivos 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

LT establece que: *"Los operadores garantizarán de conformidad con lo establecido en el artículo 47, que los abonados con números del plan nacional de numeración telefónica puedan conservar, previa solicitud, los números que les hayan sido asignados, con independencia del operador que preste el servicio".* Por su parte, el artículo 3 de la Carta de derechos, en su apartado b), otorga al usuario del servicio de comunicaciones electrónicas *"el derecho a celebrar contratos y a rescindirlos, así como a cambiar de operador de forma segura y rápida, con conservación del número de teléfono..."*.

Encontramos su desarrollo legislativo a través 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. Dedica el Capítulo IV, del Título II, a la conservación de los números. Su artículo 44.1 impone a los operadores la obligación de facilitar a los abonados que lo soliciten, la conservación de sus números[973].

Cuando hablamos de conservación de números, no podemos pensar que el usuario o abonado tiene el número en propiedad. La asignación de los números sigue siendo al operador, y el número volverá a él cuando se produzca la baja del abonado[974]. Montero Pascual nos advierte que son tres las modalidades de conservación del número, las cuales se refieren a la telefónica fija, a la telefonía móvil y a los servicios de acceso a la red[975]. Hay que tener en cuenta que en el caso de la telefonía fija, el usuario solo podrá ejercer el derecho a la conservación del número cuando el cambio de operador no implique una modificación del servicio ni de ubicación geográfica.

---

numeración, se deja constancia de esta necesidad, al señalar: "... *Además, regula la conservación de los números por los abonados, de manera que se facilite la posibilidad de elección de operador por parte de aquéllos, eliminando uno de los principales obstáculos que pueden impedir que los abonados cambien de operador del servicio telefónico disponible al público."*

973 MONTERO PASCUAL (2007) p. 183, califica el derecho a conservar el número en caso de cambio de operador, como el principal derecho que la legislación otorga al usuario en relación con su número de abonado.

974 El artículo 44.4 del Real decreto 2296/2004 establece que: *"Una vez que el abonado que ha conservado sus números cause baja en el último operador al que estaba abonado, caducarán todos los derechos de uso de este operador sobre los números de dicho abonado".*

975 MONTERO PASCUAL (2007) p. 183.

El problema surge, cuando tras una solicitud de conservación de número, el operador cedente sigue facturando al usuario. Tanto el nuevo operador, como el usuario entendían que bastaba la solicitud de conservación de número para que se produjese la baja del contrato. El artículo 44.2 del Real decreto 2296/2004 establece que: *"Los operadores sólo estarán obligados a ceder los números de un determinado abonado cuando éste se dé de baja como tal y, simultáneamente, de alta en otro operador. Se entiende que hay simultaneidad cuando la solicitud de alta en el nuevo operador efectuada por cualquier medio que permita tener constancia de la misma, incluya una petición a éste para tramitar su baja ante el anterior conservando sus números".* Se exigía así una autorización del usuario al nuevo operador para gestionar la baja del contrato a la vez que tramitan la solicitud de conservación de número. Cabía entender que la autorización debía ser expresa para la gestión de la baja, y no bastaba simplemente con la solicitud de conservación del número.

Sin embargo, con la aprobación de la Carta de derechos de los usuarios cambia la situación, pues en su artículo 10.1 apartado segundo otorga validez de baja contractual a la solicitud de conservación del número. Así dispone: *"...la recepción por el operador de origen de una solicitud válida de cambio de operador con conservación de número implicará la baja con dicho operador de todos los servicios asociados al servicio telefónico identificado por la numeración portada. La baja surtirá efectos a partir del momento en que el operador de origen deje de prestar efectivamente el servicio"*. Con este precepto, el usuario finalizará su contrato de telefonía cuando solicité a través de otro operador la conservación del número. La finalización del contrato va implícita a la solicitud de conservación del número, sin que sea necesario que el usuario se dirija a su antiguo operador para solicitar la baja. Nos encontramos ante una declaración de voluntad tácita del usuario del servicio[976].

[976] MONTERO PASCUAL (2007) p. 187, describe el proceso de cambio de operador, que se iniciará con una solicitud escrita por triplicado del abonado que recoge su deseo de causar baja y de conservar su número.

5. Derecho de desistimiento

Como una medida más de protección de los consumidores y usuarios, los legisladores comunitario y nacional otorgan a los consumidores la facultad de arrepentirse de la contratación y, así, quedar liberados del contrato formalizado[977]. Les reconocen a los consumidores el derecho de desistimiento[978]. Aunque la figura del desistimiento no es ajena a nuestro derecho general de contratos, se incorpora en el derecho de consumo como una de las principales medidas para garantizar la protección del consumidor[979]. Basta hacer un repaso por los tipos contractuales en los que se reconoce la facultad del usuario de desistir del contrato, para apreciar en todos ellos una nota común, como es la posición de inferioridad o desequilibrio en que se encuentra el consumidor en el momento de la contratación[980]. Pensemos por ejemplo, en la contratación a

[977] BELUCHE RINCÓN (2009) pp. 15 y ss, señala el reconocimiento de un derecho de desistimiento a favor del consumidor como uno de los tres pilares en que se fundamenta el derecho de consumo, junto a la obligación de información y a las exigencias formales. REBOLLEDO VARELA (2010) pp. 16-18, apunta que en el ámbito de la regulación de los contratos de consumo, con origen en Directivas comunitarias relativas a la protección del consumidor, el legislador proporciona al consumidor atendiendo a las peculiaridades de su celebración el derecho de desistimiento, con el fin de garantizar su libertad de decisión. GALLEGO DOMÍNGUEZ (2011) p. 1218, incluye al derecho de desistimiento dentro de los especiales mecanismos de protección de los consumidores y usuarios que la legislación comunitaria ha ido consagrando.

[978] BUSTO LAGO (2008) p. 230, califica el derecho de desistimiento como la concesión de la posibilidad de arrepentirse o desligarse del contrato celebrado, en un período de tiempo determinado, librándose del mismo y de las obligaciones asumidas, sin que haya de alegar causa o justificación alguna, y sin que por lo general haya de desembolsar gastos o pagos.

[979] GARCÍA VICENTE ((2) 2009) p. 848, comparte esta opinión, al señalar que la facultad de desvinculación unilateral no es desconocida en nuestro Derecho común de contratos. BELUCHE RINCÓN (2009) pp. 23-29, afirma que nos encontramos ante instituciones distintas, con fundamentos y lógicas bien diferenciadas. Entre sus diferencias destaca la legitimación que en la Teoría general del contrato puede atribuirse a ambas partes, mientras que en el TRLGDCU solo es atribuida al consumidor; y el fundamento de uno y otro derecho, pues mientras en la Teoría general se pretende evitar la vinculación perpetúa de los contratantes, en el derecho de consumo se busca la efectividad de la protección del consumidor, garantizando una correcta y libre formación de su consentimiento. DOMÍNGUEZ LUELMO (2011) p. 616, afirma que el desistimiento que se regula en los artículos 68 y ss. del TRLGDCU tiene poco que ver con el contemplado en la Teoría General del Contrato, pues en estos casos la facultad de desistir libremente no se otorga a ambos contratantes, sino que responde a la necesidad de proteger de manera especial a una de las partes del contrato, tomando en consideración las circunstancias en el que se ha celebrado.

[980] GARCÍA VICENTE ((2) 2009) p. 849, expone varias razones que justifican la atribución de un derecho legal de desistimiento. Destaca entre otras: la falta de libertad que el consumidor padece a la hora de contratar, la falta de conocimiento o defectuosa información relevante para contratar o, la utilización de métodos agresivos de venta por parte del empresario.

distancia, en la que el consumidor no tiene una relación directa con el empresario y no podrá examinar el bien que va a adquirir o comprobar las condiciones del servicio que va a contratar; o en la contratación celebrada fuera de establecimiento mercantil, en la que el consumidor no acude al establecimiento, sino que es el empresario el que lo aborda en un entorno familiar o laboral, lo que puede provocar cierta coacción para que contrate. En estas circunstancias, el legislador entiende que el consumidor debe poder recapacitar sobre la contratación realizada y, para ello, le otorga un plazo durante el cual el consumidor, tras poder examinar con detenimiento el contenido del contrato y el bien o servicio adquirido, podrá arrepentirse de la contratación y ejercitar el derecho de desistimiento, desvinculándose de esta forma de la relación contractual[981].

El derecho de desistimiento es una forma más de finalización del contrato. Se define como la facultad del consumidor de dejar sin efecto el contrato celebrado, con la simple notificación a la otra parte contratante en el plazo establecido[982]. En un intento de armonización, el legislador dedica un capítulo del TRLGDCU a la regulación del derecho de desistimiento[983]. Pero debemos advertir que esa regulación solo se aplicará de forma subsidiaria a las disposiciones legales que lo establezcan en cada caso, tal y como se prevé en el artículo 68.3 TRLGDCU[984]. Prueba de la escasa virtualidad de la armonización,

[981] En palabras de GARCÍA VICENTE ((2) 2009) p. 846, «...el titular de una facultad de esta clase disfruta de una posición que le permite contrastar la razonabilidad y oportunidad económica de su decisión de contratar. Propiamente con ella se le permite reconsiderar su decisión. Esto es, puede someter al contrato celebrado a un juicio posterior de oportunidad...». ARROYO APARICIO (2010) p. 76, afirma que el derecho de desistimiento permite contrarrestar la inicial desventaja del consumidor de contratar a ciegas. GALLEGO DOMÍNGUEZ (2011) p. 1218, entiende que el reconocimiento de un derecho de desistimiento supone la consagración de un período de reflexión para el consumidor, en el que pueda repensar su decisión de contratar y dar marcha atrás, sin penalización y por su sola voluntad.

[982] El artículo 68.1 TRLGDCU define el derecho de desistimiento como: *"... la facultad del consumidor y usuario de dejar sin efecto el contrato celebrado, notificándoselo así a la otra parte contratante en el plazo establecido para el ejercicio de ese derecho, sin necesidad de justificar su decisión y sin penalización de ninguna clase".*

[983] El derecho de desistimiento se regula en el Capítulo II del Título I, del Libro II sobre contratos y garantías, del TRLGDCU (artículo 68 y ss).

[984] REBOLLEDO VARELA (2010) pp.19-20, advierte que el ámbito de aplicación material de la regulación unificada del derecho de desistimiento de los artículos 68-79 TRLGDCU es noto-

es que ya en su redacción original el propio TRLGDCU preveía excepciones a la regulación general, al establecer que en el contrato celebrado fuera de establecimiento mercantil el plazo para el ejercicio del derecho de desistimiento sería de siete días naturales, frente a los siete días hábiles previstos con carácter general[985]. La regulación del derecho de desistimiento se ha visto afectada por la reciente modificación del TRLGDCU, a través de la Ley 3/2014. Con el fin de adaptar su regulación a la Directiva 2011/83/UE, se amplían y unifican los plazos para el ejercicio de derecho de desistimiento[986]. Sin embargo, en nada se mejora la armonización del derecho de desistimiento en la contratación con consumidores, pues además de incluir las previsiones de la Directiva en las disposiciones generales sobre el derecho de desistimiento, se prevé un régimen completo y unitario, similar al previsto con carácter general, para los contratos celebrados a distancia o fuera de establecimiento mercantil[987]. El resultado es que el propio TRLGDCU establece un régimen general para el derecho de desistimiento, que ni siquiera será aplicable a los contratos integrados en su propio texto, para los que prevé un régimen particular del derecho de desistimiento[988].

Con frecuencia, el derecho de desistimiento se reconoce por una disposición legal, como ocurre en el contrato celebrado a distancia o en el

riamente reducida, al ser de aplicación subsidiaria a las normas especiales que prevén el derecho de desistimiento.

985 BUSTO LAGO (2008) pp. 231-232, reconoce los errores cometidos en la que califica como excesiva refundición de las normas de consumo sobre el derecho de desistimiento. GALLEGO DOMÍNGUEZ (2011) p. 1229, advierte que a pesar de haberse pretendido crear un régimen común del derecho de desistimiento, desde el primer momento se aprecia que la regulación no es tan común porque tiene carácter supletorio e, incluso en los contratos a distancia y celebrados fuera de establecimiento mercantil regulados en el propio TRLGDCU, recogen ciertas especialidades.

986 En su afán de armonización, con la modificación del TRLGDCU, llevada a cabo por la Ley 3/2014, unifican los plazos para el ejercicio del derecho de desistimiento, que será de 14 días naturales, los cuales se ampliarán a doce meses para aquellos supuestos en que el empresario no cumpla los deberes de información sobre el derecho de desistimiento que la norma le impone.

987 BERMÚDEZ BALLESTEROS (2012) analiza la regulación del derecho de desistimiento en la Directiva 2011/83/UE, a la vez que hace una comparativa con la regulación original del desistimiento previsto en el TRLGDCU.

988 Así lo reconoce BERMÚDEZ BALLESTEROS (2013) p. 307, al señalar que la nueva regulación del derecho de desistimiento persiste en un régimen general que se ve mínimamente afectado.

contrato celebrado fuera de establecimiento mercantil[989]. Pero su reconocimiento también puede ser a través de un pacto convencional, esto es, cuando se prevé en la oferta, promoción, publicidad o en el propio contrato[990]. Si el reconocimiento del derecho de desistimiento es contractual, la regulación del TRLGDCU será de aplicación supletoria, salvo las previsiones de los apartados 2 y 3 del artículo 79, que impiden que el consumidor que ejercita el derecho de desistimiento tenga que abonar cantidad alguna por el desgaste o deterioro del bien o del uso del servicio debido a su prueba, así como prohíbe al empresario exigir anticipos de pago o prestación de garantías[991].

Son varias las notas que caracterizan al derecho de desistimiento[992]. Para empezar, podemos destacar que, si es de origen legal, es un derecho de naturaleza imperativa, ya que en los supuestos en que se reconoce legal o reglamentariamente el usuario no puede renunciar al mismo de forma anticipada[993]. En segundo lugar, es un derecho de carácter unilateral, pues solo se otorga la posibilidad de desistir al usuario. En tercer lugar, hay que destacar que su ejercicio es discrecional, o de libre ejercicio para el usuario, que no tendrá que alegar causa alguna que justifique su decisión. En cuarto lugar, es de carácter gratuito, lo que significa que no está sometido a ningún tipo de penalización y

989 BELUCHE RINCÓN (2009) p. 39, afirma que el derecho a desistir que el TRLGDCU sintetiza no es atribuido al consumidor con carácter general por el mero hecho de tener tal condición. REBOLLEDO VARELA (2010) pp. 21-22, insiste en esta idea, al considerar que en la regulación de los artículos 68 y ss. TRLGDCU no se contiene una generalización del derecho de desistimiento en los contratos de consumo, sino que su reconocimiento se limita única y exclusivamente a aquellos supuestos en que contractualmente es concedido por el empresario de forma voluntaria, o en los casos legalmente establecidos.

990 GALLEGO DOMÍNGUEZ (2011) pp. 1239 y ss, entiende que en los casos en que el empresario ha concedido un derecho de desistimiento será su voluntad manifestada en la oferta la que, en virtud del principio de libertad contractual, regule el derecho de desistimiento.

991 Así lo entiende GALLEGO DOMÍNGUEZ (2011) p. 1243.

992 Para ARROYO APARICIO (2010) pp. 77-78, el desistimiento es un derecho de origen legal o convencional, unilateral pues se atribuye únicamente al consumidor, de ejercicio discrecional o libre, no sujeto a formalidad alguna, gratuito, con efectos restitutorios y sometido a un plazo de ejercicio. REBOLLEDO VARELA (2010) pp. 25-27, recoge como caracteres del derecho de desistimiento que: es un derecho irrenunciable de forma anticipada si es reconocido legalmente, es un acto unilateral que no necesita aceptación por la otra parte, puede ser ejercitado discrecionalmente sin necesidad de causa que lo justifique, es un derecho gratuito, está sometido a un plazo claudicante; y es independiente de las acciones que el consumidor pueda ejercitar en relación con la propia validez y eficacia del contrato.

993 GARCÍA VICENTE ((2) 2009) p. 852, afirma que es un derecho irrenunciable y serán inválidos los pactos de renuncia (artículo 10 TRLGDCU).

además no podrá implicar gasto alguno para el consumidor (con la salvedad de los costes de devolución pactados en la contratación a distancia)[994]. Además, el desistimiento no es ilimitado en el tiempo, sino que su ejercicio tendrá que realizarse en el plazo previsto en la norma para que sea válido y efectivo. Por último, Domínguez Luelmo resalta que el ejercicio del desistimiento requiere la notificación a la otra parte contratante, esto es, la declaración de voluntad de desistir es recepticia, ya que para que surja efectos es necesario que el empresario la conozca[995].

Es importante para nuestro trabajo, el análisis del derecho de desistimiento ya que gran parte de los contratos de servicios de comunicaciones electrónicas se formalizan a distancia o fuera de establecimiento mercantil. En ambos supuestos, se le reconoce al usuario el derecho a desistir del contrato, conforme a la regulación prevista en el TRLGDCU[996]. Incidiremos en el estudio del derecho de desistimiento previsto para la contratación a distancia o celebrada fuera de establecimiento mercantil, pero sin pasar por alto algunas peculiaridades y novedades de las disposiciones generales del derecho de desistimiento en el TRLGDCU. Centraremos, nuestro análisis del derecho de desistimiento, en su aplicación práctica al contrato de servicios de comunicaciones electrónicas.

Como ya vimos, una de las circunstancias sobre las que el operador está obligado a informar al usuario, tanto antes como en el momento de la contratación, es el derecho de desistimiento que le corresponde al usuario[997]. La

[994] Para BUSTO LAGO (2008) p. 232, la gratuidad se proyecta en dos niveles: en el propio ejercicio del derecho, ya que no podrá pactarse penalización como contraprestación a su ejercicio; y en los efectos del mismo, ya que aunque pudiera desencadenar algunos gastos, como los de la devolución del bien, éstos son ridículos.

[995] DOMÍNGUEZ LUELMO (2011) p. 618. En este sentido también se pronuncia BUSTO LAGO (2008) p. 233.

[996] Así el artículo 102 del TRLGDCU, en su nueva redacción, prevé: "Salvo las excepciones previstas en el artículo 103, el consumidor y usuario tendrá derecho a desistir del contrato durante un periodo de 14 días naturales sin indicar el motivo y sin incurrir en ningún coste distinto de los previstos en los artículos 107.2 y 108. Antes de la modificación del TRLGDCU recogían el derecho de desistimiento el artículo 101 TRLGDCU para la contratación a distancia y el artículo 110 TRLGDCU para la contratación celebrada fuera de establecimiento mercantil.

[997] El artículo 60 TRLGDCU establece como información relevante a facilitar al usuario: *h) La existencia del derecho de desistimiento que pueda corresponden al consumidor y usuario, el plazo y la forma de ejercitarlo*. Pero este no es el único precepto que obliga al operador a in-

misma previsión se recoge para la contratación a distancia y la celebrada fuera de establecimiento mercantil en el artículo 97.1.i) TRLGDCU, en el que expresamente figura como información precontractual que el operador debe facilitar al usuario: *"Cuando exista un derecho de desistimiento, las condiciones, el plazo y los procedimientos para ejercer ese derecho, así como el modelo de formulario del desistimiento"*[998]. Por tanto, el operador está obligado a informar al usuario acerca del derecho de desistimiento cuando la contratación se produce a distancia o fuera de establecimiento mercantil[999]. Esta previsión es una manifestación más del derecho de información que corresponde a los consumidores y usuarios[1000].

Una vez más en el artículo 69 TRLGDCU el legislador reitera los requisitos que debe cumplir la información, al exigir que sea clara, comprensible y precisa. Pero además, exige que la información sobre el derecho de

---

formar sobre el derecho de desistimiento. El artículo 69 TRLGDCU, ubicado en las disposiciones sobre el derecho de desistimiento, obliga al empresario, cuando la ley atribuya el derecho de desistimiento, a informar por escrito en el documento contractual, de manera clara, comprensible y precisa, del derecho de desistir del contrato y de los requisitos y consecuencias de su ejercicio, incluidas las modalidades de restitución del bien o servicio recibido.

998 Este apartado se completa con los tres apartados siguientes del mismo artículo 97.1 TRLGDCU, en los que añade como información precontractual: "*j) Cuando proceda, la indicación de que el consumidor y usuario tendrá que asumir el coste de la devolución de los bienes en caso de desistimiento y, para los contratos a distancia, cuando los bienes, por su naturaleza, no puedan devolverse normalmente por correo, el coste de la devolución de los mismos; k) En caso de que el consumidor y usuario ejercite el derecho de desistimiento tras la presentación de una solicitud con arreglo al artículo 98.8 o al artículo 99.3, la información de que en tal caso el consumidor y usuario deberá abonar al empresario unos gastos razonables de conformidad con el artículo 108.3; l) Cuando con arreglo al artículo 103 no proceda el derecho de desistimiento, la indicación de que al consumidor y usuario no le asiste, o las circunstancias en las que lo perderá cuando le corresponda*".

999 En cambio, tal y como afirma BELUCHE RINCÓN (2009) pp. 58-59, o REBOLLEDO VARELA (2010) p. 28, la obligación de información sobre el derecho de desistimiento del artículo 69 TRLGDCU solo es imperativamente aplicable a los supuestos en el que el derecho de desistimiento tiene un origen legal, pues si se trata de un derecho de desistimiento de origen contractual, será de aplicación en defecto de otras previsiones en la oferta, promoción, publicidad o en el contrato.

1000 Tal y como advierte GARCÍA VICENTE ((2) 2009) p. 853, la información sobre el derecho de desistimiento no pretende la adquisición de tal derecho, ya que esta se produce ex lege. Tan solo persigue que el consumidor conozca su derecho. DOMÍNGUEZ LUELMO (2011) p. 628, considera que el fundamento de la obligación de informar se encuentra en la necesidad de que el consumidor tenga conocimiento de un derecho esencial, como es el derecho a desistir del contrato. Para GALLEGO DOMÍNGUEZ (2011) p. 1261, la importancia que tiene para el consumidor la facultad de desistimiento lleva a que el ordenamiento jurídico procure que los beneficiados tengan conocimiento cabal de la facultad de desistimiento, para lo establece determinados deberes de información.

desistimiento se facilite por escrito en el documento contractual, junto al cual se hará entrega de un documento de desistimiento que estará claramente identificado como tal[1001]. Compartimos la interpretación que de esta exigencia hace Domínguez Luelmo, que entiende que la expresión *por escrito en el propio documento contractual* debe entenderse dentro del contexto de cada modalidad de contratación, admitiendo que si la contratación es electrónica, el documento electrónico sustituirá al documento escrito[1002]. Corresponde al empresario la carga de la prueba del cumplimiento del deber de información. La importancia de esta previsión deriva de las consecuencias que se establecen para su incumplimiento, ya que se ampliará el plazo para el ejercicio del derecho de desistimiento.

El usuario podrá ejercitar el derecho de desistimiento en el plazo de catorce días naturales, tal y como establece el artículo 102 TRLGDCU. Quizá esta sea la novedad más esperada de la modificación del TRLGDCU, ya que además de ampliar, unifica los plazos para el ejercicio del derecho de desistimiento. Con la regulación anterior, el artículo 71 establecía un plazo general de 7 días hábiles para el ejercicio del derecho de desistimiento, aplicable únicamente al contrato celebrado a distancia, pues para la contratación celebrada fuera de establecimiento mercantil se establecía una especialidad, ya que el artículo 110 TRLGDCU fijaba en siete días naturales el plazo de ejercicio del derecho de desistimiento. Las críticas doctrinales sobre la diversidad de plazos para el ejercicio del derecho de desistimiento no se hicieron esperar[1003]. Con la

[1001] La Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, introduce un formulario uniforme del derecho de desistimiento y su información. Siguiendo la línea de la directiva, el legislador español, a través de la Ley 3/2014, de modificación del TRLGDCU, incorpora el modelo de formulario del derecho de desistimiento que se debe facilitar al consumidor.

[1002] DOMÍNGUEZ LUELMO (2011) p. 629, concluye su exposición afirmando que: «...parece claro, por tanto, que en estos casos se puede utilizar la forma electrónica, cubriéndose con ello el requisito de la forma escrita que las diversas leyes exigen a la hora de celebrar determinados contratos, dado el principio de equivalencia funcional entre el soporte electrónico y el soporte papal...».

[1003] GARCÍA VICENTE ((2) 2009) p. 858, opinaba que no había razón que justificará una diferenciación a la hora de fijar el plazo para el ejercicio del derecho de desistimiento, entre días hábiles para el contrato celebrado a distancia, y días naturales para el contrato celebrado fuera de establecimiento mercantil. Hubiera sido deseable un criterio único, para así conseguir una mayor armonización en la materia. DOMÍNGUEZ LUELMO (2011) pp. 638 y ss, daba un

incorporación de la Directiva al TRLGDCU no solo se consiguió unificar los plazos para el ejercicio del derecho en el contrato a distancia o celebrado fuera del establecimiento mercantil, sino que esta plazo también fue adoptado en las disposiciones generales sobre el derecho de desistimiento[1004]. Así el artículo 71 TRLGDCU dispone que: *"El consumidor y usuario dispondrá de un plazo mínimo de catorce días naturales para ejercer el derecho de desistimiento".* Pero la armonización del plazo no es total, pues si leemos con detenimiento el artículo 71 nos daremos cuenta de que el plazo que establece tiene carácter de mínimo, siendo posible que las partes establezcan un plazo superior[1005]. A la misma conclusión no podemos llegar a partir del artículo 102 TRLGDCU, en el que parece fijar el plazo para el ejercicio del derecho de desistimiento de forma taxativa en 14 días naturales. Sin embargo, entendemos que si interpretamos ambos preceptos conforme al principio *pro consumatore* y teniendo en cuenta el artículo 92.3 TRLGDCU, nada impide que las partes pacten un plazo superior aún tratándose de contratos celebrados a distancia o fuera de establecimiento mercantil, mientras no se restrinja el derecho de desistimiento legalmente reconocido al usuario[1006].

paso más en la crítica del plazo de ejercicio del derecho de desistimiento, al entender que fijar los días como hábiles genera una mayor inseguridad jurídica para el consumidor, que tendrá que aplicar el calendario laboral para su determinación. Aboga el autor por la fijación en días naturales, por ser el sistema previsto en el Código Civil, y por ser el más seguro para las partes, ya que su cómputo no da lugar a errores o interpretaciones. Advierte el autor que los días hábiles únicamente se aplicarán a los contratos celebrados a distancia, pues para el resto de los supuestos en los que se reconoce el derecho de desistimiento, se prevén los días naturales como en el contrato celebrado fuera de establecimiento mercantil, o no hay previsión al respecto, en cuyo caso será de aplicación el régimen del artículo 5 del Código Civil.

[1004] BELUCHE RINCÓN (2009) pp. 65 y 66, criticaba que la redacción del TRLGDCU no haya fijado un plazo cerrado para el ejercicio del derecho de desistimiento, al entender que cuando las directivas comunitarias hablan de plazo mínimo se refieren a que su contenido tiene carácter de mínimos, pudiendo el Estado miembro mejorar la regulación a favor del consumidor.

[1005] REBOLLEDO VARELA (2010) pp. 32-33, expresa esta idea de forma clara, al señalar que «...el plazo mínimo de ha de entenderse en el sentido de que aun siendo un plazo de caducidad en principio de naturaleza indisponible e imperativo, contractualmente, y con referencia a los supuestos en que el derecho de desistimiento viene atribuido legalmente, pueda pactarse un plazo superior pues, realmente el artículo 71.1 TRLGDCU no señala un plazo de ejercicio para el derecho de desistimiento sino solo su duración mínima».

[1006] El artículo 92.3 TRLGDCU establece la validez de las cláusulas contractuales que sean más beneficiosas para el consumidor y usuario. Este precepto deriva del artículo 3.6 de la Directiva 11/83/UE, que dispone: "*La presente Directiva no impedirá a los comerciantes ofrecer a los consumidores condiciones contractuales que garanticen mayor protección que la otorgada por la presente Directiva*".

El artículo 105 TRLGDCU establece que: "*1. Si el empresario no ha facilitado al consumidor y usuario la información sobre el derecho de desistimiento, tal como se establece en el artículo 97.1.i), el periodo de desistimiento finalizará doce meses después de la fecha de expiración del periodo de desistimiento inicial, determinada de conformidad con el artículo 104. 2. Si el empresario ha facilitado al consumidor y usuario la información contemplada en el apartado 1, en el plazo de doce meses a partir de la fecha contemplada en el artículo 104, el plazo de desistimiento expirará a los 14 días naturales de la fecha en que el consumidor y usuario reciba dicha información*"[1007]. De la lectura del precepto, cabe entender que si el empresario no cumple su deber de información, el plazo para el ejercicio del derecho de desistimiento se amplía a doce meses, durante los cuales el empresario podrá subsanar su incumplimiento[1008]. Pero en nuestra opinión esta interpretación es errónea, ya que la previsión no se limita a ampliar el plazo para el ejercicio del derecho de desistimiento, sino que recoge una figura distinta, esto es un derecho de resolución a favor del usuario que surge como consecuencia del incumplimiento por parte del empresario de sus deberes de información[1009]. Busto Lago diferencia el derecho de desistimiento del derecho de resolución.

[1007] De forma similar el artículo 71.3 TRLGDCU prevé la ampliación del plazo del ejercicio de derecho de desistimiento a doce meses, en aquellos supuestos en que el empresario no haya cumplido con el deber de información y documentación sobre el derecho de desistimiento.
La ampliación del plazo para el ejercicio del derecho de desistimiento cuando el empresario incumpliera sus deberes de información ya se recogía en el anterior artículo 71.3 TRLGDCU, pero con una variación, pues la ampliación del plazo era a tres meses, en lugar de los doce meses previstos tras la modificación de la norma.

[1008] Esta parece ser la opinión de REBOLLEDO VARELA (2010) pp. 27-28 nota 27, cuando afirma que el artículo 72.3 TRLGDCU trata el incumplimiento del deber de información no como un derecho de resolución sino de desistimiento, ampliando el plazo general para su ejercicio, lo que no obsta para que en el artículo 112 TRLGDCU dentro de los contratos celebrados fuera de establecimientos mercantiles, se configure el incumplimiento del deber de información y documentación del artículo 69.1 TRLGDCU como un supuesto en que el contrato puede ser anulado a instancias del consumidor y usuario.

[1009] El Real decreto 1906/1999, de 17 de diciembre, por el que se regula la contratación telefónica o electrónica con condiciones generales en desarrollo del artículo 5.3 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, de condiciones generales de la contratación, recogió por primera vez el derecho de desistimiento para los contratos celebrados a distancia. En su artículo 4, ya podíamos distinguir entre el derecho de desistimiento previsto en su primer apartado, y el derecho de resolución para aquellos en que no se ofrezca la información sobre las condiciones generales o la confirmación documental, o esta se realice de forma tardía. Este real decreto ha sido derogado por la Ley 3/2014, de modificación del TRLGDCU.

Mientras que el derecho de desistimiento representa la facultad del consumidor de desvincularse del contrato sin alegar causa alguna, el derecho de resolución se traduce en la misma facultad pero fundada en una causa determinada, como sería el incumplimiento del deber de información[1010].

Por tanto, no podemos equiparar el derecho de desistimiento con el derecho de resolución. Ya vimos que el derecho de desistimiento se caracteriza porque su ejercicio es discrecional para el usuario, sin necesidad de que alegue causa alguna que lo justifique. Mientras que el derecho de resolución se fundamenta en el previo incumplimiento de la parte contratante, esto es, solo podría ejercitarse en caso de que no se facilite la información sobre las condiciones generales o la confirmación documental[1011]. El TRLGDCU no distingue entre derecho de desistimiento o de resolución. Tanto el artículo 105 como el artículo 71 TRLGDCU únicamente diferencia el plazo para su ejercicio, que será al menos de 14 días naturales, salvo que el empresario no haya cumplido los deberes de información y documentación relativos al derecho de desistimiento, en cuyo caso el plazo para su ejercicio se amplía a doce meses.

La anterior normativa otorgaba a los consumidores la posibilidad de resolver el contrato, no solo en aquellos casos en que el empresario no cumpliera sus deberes de información sobre el derecho de desistimiento, sino también en aquellos casos en el que empresario no llevara a cabo cualquiera de los deberes de información contractual impuestos por la propia norma[1012]. No cabe la menor duda, que con la aprobación del TRLGDCU el consumidor ve limitados los

[1010] BUSTO LAGO (2008) pp. 242 y ss.

[1011] DOMÍNGUEZ LUELMO (2011) p. 641, entiende que estamos ante un derecho diferente, pues el derecho del consumidor no es enteramente libre, sino que se funda en el incumplimiento por el empresario de sus deberes de información y documentación, sería un caso especial de resolución.

[1012] El ahora derogado artículo 44.5 de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de ordenación del comercio minorista, según la redacción dada por la Ley 47/2002, de 19 de diciembre, disponía: "*En el caso de que el vendedor no haya cumplido con tal deber de información, el comprador podrá resolver el contrato en el plazo de tres meses a contar desde aquel en que se entregó el bien. Si la información a que se refiere el artículo 47 se facilita durante el citado plazo de tres meses, el período de siete días hábiles para el desistimiento empezará a correr desde ese momento. Cuando el comprador ejerza su derecho a resolver el contrato por incumplimiento del deber de información que incumbe al vendedor, no podrá éste exigir que aquel se haga cargo de los gastos de devolución del producto".*

supuestos en los que puede ejercitar el derecho de resolución, siendo más desfavorable para sus intereses la nueva regulación[1013].

Si en el transcurso de esos doce meses, el empresario cumple su deber de información, el usuario podrá ejercitar, a partir de ese momento, el derecho de desistimiento en el plazo legalmente señalado. Pero si en esos doce meses el empresario no cumple su deber de información, el usuario aún tendrá la posibilidad de ejercitar el derecho de desistimiento, cuyo plazo empezará a contar con el agotamiento de los doce meses. Parece que el deber de información del empresario se amplia y flexibiliza, pues podrá cumplir su obligación en los doce meses siguientes a la contratación, con la única consecuencia del aplazamiento del inicio del cómputo del plazo previsto para el ejercicio del derecho de desistimiento. Y aún más, pues no se prevén las consecuencias de si el empresario no llega a cumplir su deber de información, por lo que tenemos que entender que la deficiencia se subsana, y el empresario queda indemne por su incumplimiento[1014].

Solución distinta era la prevista en el original artículo 112 TRLGDCU, para aquellos casos en que el empresario que utilizará la contratación fuera de establecimiento mercantil no cumpliera los requisitos relativos a la información

1013 Hay que destacar que la regulación de la venta a distancia recogida en la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista, seguía en vigor para los contratos que no se formalicen por consumidores finales, en cuyo caso sería de aplicación el TRLGDCU. REBOLLEDO VARELA (2010) p. 28 y p. 33, se pronuncia en este sentido, al resaltar que el contenido del deber de información sobre el desistimiento del artículo 69 TRLGDCU es más limitado que el del artículo 47 LOCM, ya que en la aplicación del plazo de tres meses para el ejercicio del derecho de desistimiento se aplica en la LOCM para todos los casos de omisión de información, mientras que en el TRLGDCU solo se refiere al incumplimiento del deber de información sobre el desistimiento del artículo 69 TRLGDCU. Pero esta situación ha variado con la Ley 3/2014, de modificación del TRLGDCU, que deroga la regulación de las ventas a distancia de la Ley 7/1996, de Ordenación del Comercio Minorista. De esta forma, únicamente se mantiene en vigor la regulación de la contratación a distancia para los contratos celebrados con consumidores, prevista en el TRLGDCU.

1014 GARCÍA VICENTE ((2) 2009) p. 860, pone de manifiesto la necesidad de que se asegure que el consumidor pueda conocer su derecho de desistimiento. DOMÍNGUEZ LUELMO (2011) p. 641, apunta esta idea cuando afirma que tras el transcurso de los tres meses sin que el empresario hubiera cumplido su obligación, no surge el plazo previsto para el derecho de desistimiento, como ocurre en cambio en el artículo 10.2 de la Ley de derecho de aprovechamiento por turnos. Por ello, sería deseable que se dejará abierta la posibilidad de resolver ilimitadamente en el tiempo mientras el consumidor no reciba la información, y abrir el plazo de desistimiento una vez sea cumplida, pues si el consumidor no está informado, difícilmente podrá ejercitar su derecho.

y documentación del contrato, incluido el derecho de desistimiento, en cuyo caso el contrato sería anulable a instancias del consumidor[1015]. Esta regla nos parece más correcta, pues verdaderamente tiene una función sancionadora del incumplimiento del empresario.

El usuario tiene catorce días naturales para ejercitar el derecho de desistimiento, que en el caso de los contratos de servicios el computo del plazo se iniciará el día de la celebración del contrato (artículo 104.a) TRLGDCU)[1016]. A la vista de la omisión normativa, la doctrina coincide en afirmar que nos encontramos ante un plazo de caducidad[1017]. Pero en ocasiones con la contratación del servicio de comunicaciones electrónicas, el usuario adquiere algunos aparatos necesarios para la prestación del servicio, como puede ser el terminal telefónico o el router para la conexión a Internet. En este caso, el plazo para el ejercicio del derecho de desistimiento empezará a contar desde la recepción del bien, que será posterior a la fecha de celebración del contrato.

El artículo 102.e) TRLGDCU, en su redacción original, disponía que en el contrato celebrado a distancia el usuario no tendría el derecho a desistir del contrato cuando se tratará de *contratos de prestación de servicios cuya ejecución haya comenzado, con el acuerdo del consumidor y usuario, antes de finalizar el plazo de siete días hábiles,* salvo que las partes hayan acordado lo contrario. Por tanto, en la contratación de servicios de comunicaciones electrónicas a distancia, si el usuario aceptaba la ejecución del servicio antes del transcurso de los siete

[1015] BELUCHE RINCÓN (2009) pp. 71 y ss, no comparte nuestra opinión, al entender que es una sanción excesiva dejar en manos del consumidor la validez del contrato en un plazo excesivamente largo como es el de anulación (4 años). Para esta autora lo plausible sería la generalización de la prolongación del plazo de revocación como consecuencia del incumplimiento del deber de información. Añade que en los contratos celebrados fuera de establecimiento mercantil el ejercicio del derecho de resolución cuando no hay entrega de documento de desistimiento se vuelve ilimitado, ya que el dies a quo para su cómputo es la entrega de dicho documento, conforme al artículo 110 TRLGDCU.

[1016] REBOLLEDO VARELA (2010) p. 38, aclara que para valorar la extemporaneidad del ejercicio del derecho de desistimiento no debe atenderse a su conocimiento o posibilidad de conocer por el empresario, sino que se atenderá al tiempo mismo de la emisión comprobada de la declaración o conducta significativa del ejercicio, de modo que el riesgo de retraso en la recepción o incluso los fallos en los medios de comunicación empleados recaen sobre el empresario.

[1017] GARCÍA VICENTE ((2) 20099 p. 861, DOMÍNGUEZ LUELMO (2011) p. 638.

días hábiles, perdía el derecho a desistir del contrato[1018]. Nos preguntábamos si en este caso el usuario que no era informado sobre el derecho de desistimiento en el contrato perdía también la facultad de "resolver" el contrato en el plazo de tres meses. El artículo 102 TRLGDCU hablaba únicamente del derecho de desistimiento, pero éste es también el único término que utiliza el artículo 71 TRLGDCU. Por tanto, aunque el empresario no cumpliera su obligación de información, parecía que si el usuario aceptaba la prestación del servicio antes de que transcurriera el plazo, perdía su facultad de desistir, tanto en el plazo ordinario como en el extraordinario. Era fácil adivinar los problemas que planteaba esta regulación, pues permitía que el operador pudiera fácilmente privar al usuario del derecho de desistimiento que le reconocía la norma. Al no haber información contractual sobre el derecho de desistimiento, es difícil que el usuario conociera su derecho y, en consecuencia, nunca se opondría a la prestación del servicio antes de los siete días hábiles, perdiendo también la posibilidad de ejercitar el derecho de resolución por falta de información.

Parece que la nueva regulación nos ofrece una solución a esta situación. El usuario final, que contrata a distancia o fuera de establecimiento mercantil la prestación de un servicio, puede prestar su consentimiento para que la prestación se inicie antes de que transcurra el plazo para el ejercicio del derecho de desistimiento, sin perder tal derecho[1019]. La única consecuencia sería que, si iniciada la prestación, el usuario desiste del contrato, estará obligado a abonar el coste del servicio disfrutado. Así se deduce del artículo 108.3 TRLGDCU al disponer que si el usuario ejerce su derecho de desistimiento tras haber consentido la prestación, abonará al empresario un importe proporcional a la parte ya prestada del servicio en el momento en que haya informado al

[1018] ALFONSO VELÁSQUEZ (2010) p. 96, advierte que si el servicio comienza a prestarse antes de que transcurran los siete días, el usuario al admitir la prestación del servicio se desprende del derecho de desistimiento.

[1019] Solo perderá el derecho de desistimiento en la contratación de suministro de contenidos digitales que no se presten en soporte material si la ejecución comienza con previo consentimiento expreso del consumidor que conoce que pierde su derecho de desistimiento (artículo 103.m) TRLGDCU). Como ejemplo podemos mencionar la contratación del suministro de un video, película o canción por Internet, en cuyo caso, si el consumidor quiera disfrutarla en el momento de su contratación, tendrá que aceptar expresamente su prestación aunque siempre con conocimiento de que perderá su derecho de desistir del contrato.

empresario del ejercicio del derecho de desistimiento. El importe que el usuario tendrá que abonar al empresario se calculará en base al precio total acordado en el contrato, salvo que sea excesivo en cuyo caso se calculará sobre la base del valor de mercado de la parte prestada del servicio. Lo que no aclara es cuándo ese precio es excesivo y cuál es el precio de mercado, que se tendrá en cuenta, para calcular la cantidad que el usuario debe abonar al empresario. Partiendo de la idea de que el usuario conoce el precio del servicio, pues éste debe estar determinado o ser fácilmente determinable ya en la información precontractual, consideramos que lo correcto sería que abonará la parte proporcional correspondiente al servicio utilizado o disfrutado, con independencia de que éste sea o no excesivo, pues además de que ya lo conocía en el momento de la contratación, es difícil establecer un criterio para determinar si el servicio es caro o barato.

Si extrapolamos lo dicho hasta ahora a la contratación del servicio de comunicaciones electrónicas a distancia o fuera de establecimiento mercantil, podemos afirmar que el usuario podrá consentir que el inicio de la prestación del servicio sea anterior a la conclusión del plazo previsto para el ejercicio del derecho de desistimiento. Si ejercitará su derecho de desistimiento habiendo iniciado ya la prestación del servicio, estará obligado a abonar la parte del servicio disfrutada, que será proporcional al tiempo disfrutado en relación al precio total del servicio.

El ejercicio del derecho de desistimiento no requiere formalidad alguna[1020]. Basta la devolución de la mercancía recibida o el envío del documento de desistimiento, dentro del plazo establecido, para lo que se tendrá en cuenta la fecha de expedición de la declaración[1021]. El artículo 105.4

[1020] Para REBOLLEDO VARELA (2010) p. 29, la libertad de forma en el ejercicio del derecho de desistimiento se extiende al contenido de la propia declaración de voluntad, por lo que es suficiente aquella que identifique a las partes y al contrato y que contenga el propósito firme de dar por terminado el contrato celebrado. GALLEGO DOMÍNGUEZ (2011) pp. 1268 y ss, nos advierte que la única voluntad que entra en juego en el derecho de desistimiento es la del consumidor, sin que sea necesario la aceptación por el empresario. Pero aclara que debe ser una voluntad recepticia dirigida al empresario con el que contrató.

[1021] Se impone la teoría de la emisión en el ejercicio del derecho de desistimiento. Así, basta la emisión de la voluntad de desistir del contrato dentro del plazo fijado, aunque el empresario

TRLGDCU impone al usuario la carga de la prueba del ejercicio del derecho de desistimiento[1022]. Aquí es donde van a surgir los problemas, pues si la contratación es telefónica, el usuario va a ejercitar su derecho de desistimiento a través del mismo sistema, sin que le quede constancia de su ejercicio[1023]. Una vez más tenemos que apelar al artículo 217.7 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, para que la prueba recaiga en el operador que tiene la posibilidad de grabar las conversaciones[1024]. Si el empresario posibilita al usuario cumplimentar y enviar el derecho de desistimiento electrónicamente, deberá comunicar sin demora al consumidor en un soporte duradero el acuse de recibo de dicho desistimiento. La imposición al empresario del envío de un acuse de recibo del ejercicio electrónico del derecho de desistimiento no implica cambio alguno en la carga de la prueba, pues ni siquiera se prevén las consecuencias que derivan del incumplimiento de esta obligación.

Según el apartado 5 del artículo 106 TRLGDCU, el ejercicio del derecho de desistimiento extinguirá las obligaciones de las partes de ejecutar el contrato a distancia o celebrado fuera del establecimiento. Así, el desistimiento del consumidor implica su desvinculación con el contrato y, por lo tanto, su ineficacia y, desde su ejercicio, surge una obligación de liquidación en la que habrá de precisarse el alcance de las obligaciones restitutorias así como el tiempo y lugar de su cumplimiento[1025]. Las obligaciones restitutorias se establecen en el artículo 107 TRLGDCU para el empresario, y en el artículo 108 TRLGDCU para el consumidor.

tenga conocimiento de la misma con posterioridad. Esta es también la opinión de DOMÍNGUEZ LUELMO (2011) p. 648, que considera que para determinar la observancia del plazo lo que se tiene en cuenta es la fecha de expedición de la declaración de desistimiento.

[1022] La imposición de la carga de la prueba del ejercicio del derecho de desistimiento ya se recoge en el artículo 72 TRLGDCU.

[1023] REBOLLEDO VARELA (2010) p. 32, advierte que la prueba del consumidor sobre el ejercicio del derecho de desistimiento hay que valorarla con prudencia y, en ocasiones, será necesario renunciar a la exigencia de una acreditación directa e indiscutible a través de la misma del ejercicio del derecho, si no se quiere desvirtuar la libertad de forma y hacer inviable el derecho de desistimiento por la onerosidad de la preconstitución de la prueba.

[1024] DOMÍNGUEZ LUELMO (2011) p. 650, afirma que el artículo 217.7 LEC recoge la doctrina de la distribución dinámica de la prueba, que consiste en repartir la carga de la prueba, de manera que se obligue a aportar cada una de las pruebas a aquella parte que se encuentre en mejores condiciones de hacerlo.

[1025] REBOLLEDO VARELA (2010) pp. 39 y ss.

El empresario está obligado al reembolso de los pagos recibidos del consumidor sin demoras indebidas y, en cualquier caso, antes de que transcurran 14 días naturales desde la fecha en que haya sido informado de la decisión del usuario de desistir del contrato. Si se retrasa de forma injustificada en la devolución de las sumas abonadas, el consumidor podrá reclamar el abono del doble del importe adeudado, sin perjuicio de su derecho a ser indemnizado por los daños y perjuicios ocasionados en lo que excedan de dicha cantidad. El primer problema que se nos plantea, es cómo determinaremos el día que comienza el transcurso del plazo para que el empresario realice el reembolso. Si el consumidor no ejercita su derecho de desistimiento a través de un medio que deje constancia de su recepción por parte del empresario (como sería el burofax, telegrama...), será difícil determinar que día es informado de la decisión de desistir. En segundo lugar, nos preguntamos desde que momento el consumidor podrá reclamar la cantidad adeudada duplicada, pues mientras en el primer párrafo establece un plazo taxativo de 14 días para realizar el reembolso, en el segundo apartado condiciona la reclamación del doble de la cantidad a los supuestos en que el retraso sea injustificado.

Por su parte, el consumidor debe devolver los bienes, sin ninguna demora indebida y, a más tardar, en el plazo de 14 días desde que comunique su decisión de ejercitar el derecho de desistimiento. Tal y como prevé el artículo 108.1 TRLGDCU, únicamente el usuario está obligado a soportar los costes directos de devolución de los bienes, siempre que el empresario le haya informado de dicha circunstancia o que el propio empresario no haya asumido el mismo dichos costes. Si la contratación se refiere a la prestación de un servicio y el consumidor ha aceptado el inicio de la prestación antes del transcurso del plazo para ejercitar el derecho de desistimiento, éste estará obligado a abonar el importe correspondiente al servicio disfrutado hasta el ejercicio del derecho de desistimiento. Con esta previsión se resuelve una duda que surgía con las disposiciones contenidas en el artículo 74 TRLGDCU, que recordemos aún están en vigor y serán aplicables supletoriamente al desistimiento previsto en el contrato a distancia y fuera de establecimiento mercantil. Así el artículo 74

TRLGDCU dispone que ejercitado el derecho de desistimiento las partes deben restituirse recíprocamente las prestaciones de acuerdo con los artículos 1303 y 1308 del Código Civil, que se refieren a los efectos de la nulidad del contrato[1026]. Acorde con dichos preceptos, tras el ejercicio del derecho de desistimiento, las partes contratantes *deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses.* En caso de contratos de comunicaciones electrónicas, el usuario quedaba obligado a devolver, en su caso, los productos recibidos para la prestación del servicio, y el operador estaba obligado a devolver las cantidades que hubieran sido abonadas en el momento de la contratación. En cuanto a los servicios prestados durante el plazo otorgado para desistir, es fácil advertir que su devolución es imposible, por lo que nos planteamos si el usuario puede reclamar las cantidades abonadas por los servicios prestados durante el tiempo que el contrato surtió efectos[1027]. Domínguez Luelmo considera que si la prestación del servicio es duradera o de tracto sucesivo, como es el caso de los servicios de comunicaciones electrónicas, la ineficacia derivada del desistimiento debe entenderse ex nunc, manteniéndose los efectos ya producidos[1028]. Es, en este sentido, en el que se pronuncia el artículo 108 TRLGDCU que obliga al usuario a abonar las cantidades devengadas por el uso del servicio hasta el ejercicio del derecho de desistimiento. Aunque su aplicación está limitada a los contratos a distancia o celebrados fuera de establecimiento mercantil, también sería posible aplicar la

[1026] Para DOMÍNGUEZ LUELMO (2011) p. 661, la elección de los artículos 1303 y 1308 CC, frente a otras posibles reglas, tiene su razón de ser en la sencillez con la que expresan las reglas restitutorias: restablecimiento de la situación anterior, reciprocidad, y simultaneidad en la restitución. La referencia legislativa debe entenderse realizada únicamente a esos dos preceptos, sin que quepa ampliarla al resto de los preceptos del Código Civil (artículos 1304-1307).

[1027] BELUCHE RINCÓN (2009) p. 86, entiende que a partir de la redacción del artículo 74.2 TRLGDCU hay que interpretar que el consumidor está exento de satisfacer cantidad alguna por los servicios recibidos, por lo que no es correcto considerar que éste esté obligado a restituir al empresario, por equivalente, el valor del servicio prestado.

[1028] DOMÍNGUEZ LUELMO (2011) p. 660. GARCÍA VICENTE ((1) 2009) p. 1506 y ((2) 2009) p. 864, también entiende que las prestaciones de servicios se declaran no restituibles en el propio artículo 74.2 y, también se deduce esta consecuencia de una interpretación razonable del artículo 75.1 TRLGDCU, pues no puede entenderse como otra causa de imposibilidad la naturaleza de la prestación, servicio, o el carácter consumible del bien. En el mismo sentido, GALLEGO DOMÍNGUEZ (2011) p. 1288.

misma solución a otros tipos contractuales, tal y como venía admitiendo la doctrina.

El artículo 1308 CC establece que: *"Mientras uno de los contratantes no realice la devolución de aquello a que en virtud de la declaración de nulidad esté obligado, no puede el otro ser compelido a cumplir por su parte lo que le incumba".* Sin embargo, este precepto se contradice con el artículo 76 TRLGDCU que impone al empresario la obligación de devolver las sumas abonadas por el usuario lo antes posible y como máximo en el plazo de 14 días desde el ejercicio del derecho de desistimiento. Ante el incumplimiento del empresario, el usuario podrá reclamar la cantidad duplicada, sin perjuicio de la indemnización que le corresponda por los daños y perjuicios causados. Observamos que este precepto es similar al artículo 107 TRLGDCU.

Cabe preguntarse si en el supuesto de que el usuario ejercitará su derecho de desistimiento sin proceder a la devolución de los productos adquiridos, tendría derecho igualmente a reclamar la cantidad duplicada si el empresario no le devuelve las cantidades abonadas en el plazo máximo de catorce días. Si atendemos únicamente al artículo 1308 CC, la respuesta es clara, pues una parte no puede exigir al otro contratante el cumplimiento de su obligación, mientras no haya cumplido la suya[1029]. Pero la respuesta se complica si tenemos en cuenta que el artículo 71.4 TRLGDCU establece que para el cómputo del plazo de ejercicio del derecho de desistimiento se tendrá en cuenta la fecha de expedición, por lo que debemos entender que el derecho de desistimiento se ejercita desde que el usuario manifiesta su voluntad de desistir, aunque no vaya seguida de la devolución de la mercancía[1030]. Si este precepto lo interpretamos conjuntamente

[1029] Esta es la interpretación que acoge DOMÍNGUEZ LUELMO (2011) pp. 661-662, cuando señala que «...como se trata de que las partes se restituyan recíprocamente las prestaciones, habrá que aplicar lo dispuesto en el artículo 1308 CC, lo que implica la simultaneidad en la restitución (…) El artículo 1308 CC es claro: mientras uno de los contratantes no realice la devolución de aquello a que en virtud de la declaración de nulidad esté obligado, no puede el otro ser compelido a cumplir por su parte lo que le incumba. Así, mientras consumidor y empresario no hayan procedido a la restitución de aquello a lo que cada uno de ellos está obligado, no pueden exigir de la otra parte que cumpla con su obligación...». En el mismo sentido se pronuncia BELUCHE RINCÓN (2009) p. 91.

[1030] REBOLLEDO VARELA (2010) p. 41, aunque no comparte nuestra conclusión, si considera que la devolución de las mercancías no está sujeta al plazo de ejercicio del derecho de desis-

con el artículo 76 TRLGDCU que no vincula la devolución de las cantidades abonadas por el empresario con la devolución de las mercancías, deberíamos concluir que la obligación de restitución por parte del empresario debe realizarse en el menor plazo posible, y como máximo en el plazo de 14 días. Esta interpretación coge fuerza con la previsión normativa de que la devolución se realizará en el lugar en que la prestación se haya recibido, ya que si la prestación o mercancía se recibe en el domicilio del consumidor, como suele ser habitual, el usuario que ejercita su derecho de desistimiento solo tendrá que poner a disposición del empresario la prestación recibida en su domicilio, para que pueda recogerla. La interpretación contraria a la expuesta podría llevarnos a que el empresario no recoja la mercancía para no estar obligado a la devolución de las cantidades abonadas.

Ante tal contradicción entre las normas, debemos interpretarlas conforme al principio *pro consumatore* y el principio de preferencia de ley especial frente a ley general. Por lo que el empresario debe proceder a la restitución de las cantidades abonadas lo antes posible y, en todo caso, en el plazo máximo de 14 días. García Vicente apoya esta interpretación, al considerarla una excepción a la regla de la simultaneidad del cumplimiento de las obligaciones restitutorias de las prestaciones satisfechas que establece el artículo 1308 CC[1031].

Parece que la situación varía para los contratos a distancia o celebrados fuera de establecimiento, pues los artículos 107 y 108 TRLGDCU ya no solo determinan la obligación de restitución a cargo del empresario, sino que también delimitan la obligación de devolución que corresponde al consumidor. Sin embargo, el apartado 3 del artículo 107 TRLGDCU faculta al empresario a retener el reembolso hasta haber recibido los bienes o hasta que el usuario haya presentado una prueba de la devolución de los bienes, únicamente en los contratos de venta. Por tanto, queda por determinar qué ocurre en el resto de los contratos, incluyendo el contrato de servicios de comunicaciones electrónicas.

timiento, pero considera que conforme el artículo 1308 CC al que se remite el artículo 74.1 TRLGDCU, el empresario no tiene que devolver cantidad alguna mientras no haya devolución.

[1031] GARCÍA VICENTE ((2) 2009) pp. 870-872.

Además, hay que tener en cuenta que aunque el artículo 108 TRLGDCU determina la obligación de reembolso del consumidor tras el ejercicio del derecho de desistimiento, no establece las consecuencias que derivan de su incumplimiento, al contrario que para el empresario que tendrá que devolver las cantidades adeudadas duplicadas. Determinada la obligación de reembolso, una vez que transcurra el plazo para su cumplimiento, tanto el empresario como el consumidor asumirán los riesgos derivados de su pérdida así como deberán indemnizar los daños y perjuicios ocasionados por el retraso injustificado.

La obligación del usuario es la restitución de la mercancía. El artículo 73 TRLGDCU dispone que: *"El ejercicio del derecho de desistimiento no implicará gasto alguno para el consumidor y usuario. A estos efectos se considerará lugar de cumplimiento el lugar donde el consumidor y usuario haya recibido la prestación".* Pero hay que tener en cuenta que el artículo 108.1 TRLGDCU establece una excepción al artículo 73, al señalar que en los contratos a distancia o celebrados fuera de establecimiento mercantil, el consumidor soportará los costes directos de la devolución de los bienes, salvo que el empresario haya aceptado asumirlos o no le haya informado de que le corresponden asumir dichos costes. Por tanto, habrá que entender que aunque el usuario reciba la mercancía en su domicilio, si ejercita el derecho de desistimiento tendrá que hacerse cargo de los costes de devolución, siempre y cuando el empresario le hubiese informado de tal circunstancia[1032].

Antes de finalizar debemos hacer un último apunte sobre el derecho de desistimiento. La Ley 3/2014, introduce un nuevo párrafo al artículo 74 TRLGDCU que, como acabamos de ver, establece las consecuencias que se derivan del ejercicio del derecho de desistimiento. Así el apartado 4 del artículo 74 TRLGDCU dispone que: "*En caso de que el usuario incumpla el compromiso de permanencia adquirido con la empresa, la penalización por baja, o cese prematuro de la relación contractual, será proporcional al número de días no efectivos del compromiso de permanencia acordado".* Con la lectura del

[1032] REBOLLEDO VARELA (2010) p. 42, afirma que la imposición al consumidor de los costes directos de devolución debe pactarse en el contrato, esto es, precisa un pacto previo.

precepto, parece que el legislador limita el cobro de la penalización por baja anticipada a la parte proporcional que corresponda por el tiempo efectivamente no cumplido. Pero no deja de sorprendernos la ubicación elegida por el legislador para su incorporación. Nos preguntamos si con este nuevo apartado, el legislador permite el cobro de la penalización por baja anticipada en los supuestos en que el consumidor ejercite el derecho de desistimiento. La respuesta debe ser negativa con rotundidad. Recordemos que ejercitado el desistimiento el contrato deja de producir efectos, o como el artículo 106.5 TRLGDCU dispone, se extinguen las obligaciones de las partes de ejecutar el contrato a distancia o celebrado fuera de establecimiento. Entre las obligaciones contractuales del usuarios, estaría el compromiso de permanencia, que se extingue con el propio contrato. Por tanto, es una disposición incoherente y contradictoria con la regulación y el propio espíritu del derecho de desistimiento.

Creemos que, una vez más, el legislador cometió un error al ubicar el precepto, pues el compromiso de permanencia no tiene relación alguna con el derecho de desistimiento, sino que principalmente afectará a los contratos de tracto sucesivo o continuado, como es el contrato de servicios de comunicaciones electrónicas, y debería haberse regulado en otra sede.

VII. CONCLUSIONES AL CAPÍTULO II

I. La protección de los usuarios de los servicios de comunicaciones electrónicas ha sido una constante a partir de la liberalización del sector. La incorporación de la protección de los usuarios en las normas sectoriales de telecomunicaciones ocasiona graves problemas de acumulación normativa. Así junto a la norma sectorial de telecomunicaciones, los usuarios finales de estos servicios gozarán de la protección que le otorga las normas dictadas en materia de protección de consumidores y usuarios, tanto por el Estado como por las CCAA. Esta diversidad legislativa provoca que, en ocasiones, para un mismo supuesto haya varias normas aplicables que, además, pueden ser contradictorias entre sí. Ante esta situación nos planteamos la necesidad de unificar el derecho

de consumo aplicable a todos los supuestos en que intervenga un consumidor, con independencia del sector en el que se encuentre.

II. El contrato de prestación de servicios de comunicaciones electrónicas se define como el acuerdo por el que el operador se obliga a prestar un servicio de comunicaciones electrónicas, a cambio de una remuneración a cargo del usuario final. Se trata de un contrato de servicios, tal y como se define en el TRLGDCU. Es un contrato típico, cuyos principales aspectos se regulan en la Ley de Telecomunicaciones y su normativa de desarrollo.

No podemos considerar, a priori, el contrato de servicio de comunicaciones electrónicas como generador de obligaciones de medios o de resultado. Será necesario determinar en cada caso el alcance de la obligación del prestador.

Los servicios de telecomunicación tienen la consideración de servicios de interés general e, incluso para algunos supuestos, la Ley de Telecomunicaciones los califica como servicios públicos. Su consideración como servicios de interés general los sitúa dentro de la categoría de contratos normados, fuertemente regulados por el Estado para garantizar la efectiva prestación del servicio. Cuando el servicio de comunicaciones electrónicas afecta al servicio universal el operador está obligado a contratar, en cuyo caso se trata de un contrato forzoso, en el que la voluntad de contratar de las partes se sustituye por la obligación que le impone la autoridad estatal.

III. Las partes intervinientes en el contrato de servicio de comunicaciones electrónicas son el operador y el usuario final, ambos definidos en la LT y en la Carta de derechos de los usuarios. El operador es la persona física o jurídica que explota redes públicas de comunicaciones electrónicas o presta servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público. Encaja a la perfección en la definición de empresario del artículo 4 TRLGDCU, por lo que sus disposiciones le serán de aplicación cuando actúe ante un consumidor.

Mientras que la característica que define al consumidor del TRLGDCU es la utilización de bienes y servicios para su uso personal o familiar, el usuario

final del servicio de comunicaciones electrónicas será aquel usuario que no explote redes públicas de comunicaciones ni preste servicios de comunicaciones electrónicas disponibles para el público ni los revende, esto es, que no se dedique profesionalmente a prestar servicios de comunicaciones electrónicas. Por tanto, el concepto de usuario final es más amplio que el concepto de consumidor del artículo 3 TRLGDCU. Es más, el consumidor del TRLGDCU queda integrado en el concepto de usuario final, aunque ello no implica que todos los usuarios finales sean consumidores. Las referencias que la Ley de Telecomunicaciones y de la Carta de derechos de los usuarios hacen a las normas de protección de consumidores y usuarios, no deben ser entendidas como verdaderas remisiones normativas, pues las disposiciones de protección al consumidor no se integran en la legislación sectorial de telecomunicaciones por su simple mención. Para ser aplicables las normas de protección de consumidores será necesario que el usuario final ostente la condición de consumidor final conforme al TRLGDCU.

IV. El artículo 51 CE recoge el derecho de información que corresponde a los consumidores y usuarios. Tiene como fin equilibrar la posición de inferioridad en que se encuentra el consumidor en el mercado. Para paliar los efectos del desequilibrio contractual entre el empresario y el consumidor, se impone al empresario un deber de información precontractual, que está expresamente reconocido en el TRLGDCU y en la Ley de Telecomunicaciones. La importancia de los deberes precontractuales de información no solo estriba en una correcta formación de la voluntad del consumidor para contratar (consentimiento informado), sino que su cumplimiento defectuoso o su incumplimiento conlleva el surgimiento de la responsabilidad del operador. Pero el operador no es el único obligado a facilitar información precontractual, sino que a pesar de la omisión de un deber expreso, el usuario final también tendrá que facilitar información precontractual conforme al principio de buena fe presente en toda relación contractual.

Para la formalización del contrato de servicio de comunicaciones electrónicas es necesario el consentimiento, objeto y causa. El objeto es la prestación del servicio de comunicaciones electrónicas, la causa deriva de la

onerosidad del contrato y el consentimiento encuentra su fundamento en la autonomía privada. Sin embargo, el consentimiento en el contrato de servicios de comunicaciones electrónicas presenta algunas particularidades. En primer lugar, el artículo 62 TRLGDCU exige una voluntad inequívoca del consumidor para que el contrato quede formalizado. Este precepto no añade exigencia alguna al consentimiento, tal y como se encuentra regulado en el Código Civil, tan solo excluye la atribución de un efecto positivo al silencio del consumidor ante una oferta contractual. En segundo lugar, el operador está obligado a contratar ante una solicitud relativa al servicio universal.

El contrato de servicio de comunicaciones electrónicas no ha escapado al "formalismo informativo" que se detecta en el proceso de contratación con los consumidores. Así se exige la documentación del contrato, para asegurar la información del consumidor y su libertad contractual y para proporcionar los medios de prueba en previsión de eventuales conflictos. Esta exigencia formal no afecta a la perfección del contrato, que existe desde que ambas partes consienten en obligarse.

V. La contratación de los servicios de comunicaciones electrónicas se produce a través de la llamada contratación en masa o con condiciones generales de contratación fijadas por el operador. Las condiciones generales de la contratación se caracterizan por ser cláusulas contractuales, predispuestas, impuestas y generales. Sin embargo, la protección que se otorga al consumidor ante este tipo de cláusulas se amplía, pues los controles previstos no sólo se aplicarán a las condiciones generales, sino también a todas las cláusulas predispuestas. Para que las cláusulas predispuestas formen parte del contrato es necesario que superen los controles de incorporación y de contenido previstos en el TRLGDCU.

Para superar el control de incorporación es necesario que las cláusulas están redactadas con claridad, sean de fácil comprensión, transparentes y accesibles.

En aplicación del control de contenido, una cláusula predispuesta será abusiva cuando en contra de las exigencias de buena fe causen, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato. Para valorar la posible abusividad de una cláusula predispuesta, se utilizará como criterio el derecho dispositivo, así como las cláusulas previstas en los artículos 85 y siguientes del TRLGDCU, que además de establecer un listado de cláusulas abusivas, sirven como criterio de delimitación de la abusividad. A los elementos esenciales del contrato no es posible aplicarle el control de contenido, aunque si estarán sometidos al control de incorporación u otros controles normativos. La declaración de abusividad de una cláusula predispuesta implica su nulidad.

Parte de la doctrina reconoce un tercer control sobre las cláusulas predispuestas, el control de transparencia. Esta postura parece avalada por el Tribunal Supremo, que en su sentencia de 9 de mayo de 2013, se vale de este control de transparencia para examinar la posible abusividad de las cláusulas referidas a los elementos esenciales del contrato. En nuestra opinión, no es posible hablar de un tercer control en la regulación de las cláusulas predispuestas, sino que nos encontramos ante la exigencia de transparencia prevista en el control de incorporación, que queda reforzada por los deberes de información sobre los elementos esenciales del contrato que recaen sobre el empresario. La necesidad de información clara, sencilla y comprensible sobre los elementos esenciales del contrato es una exigencia aplicable a todos los contratos con consumidores, con independencia de que, en el mismo, se utilicen o no cláusulas predispuestas.

No todas las cláusulas predispuestas utilizadas en los contratos de servicios de comunicaciones electrónicas superarían los controles descritos. Para conseguir una mayor efectividad en el control sobre las cláusulas predispuestas sería deseable que el Ministerio competente en materia de Telecomunicaciones estuviese incluido en el artículo 81 TRLGDCU como órgano competente para examinar, estudiar y valorar el carácter abusivo de las cláusulas.

VI. La principal obligación del usuario final derivada del contrato de prestación del servicio de comunicaciones electrónicas, es el pago del servicio prestado. En caso de impago del usuario, el operador está facultado para la suspensión temporal del servicio, que se convertirá en una suspensión definitiva si el incumplimiento persiste o se repite. El operador tendrá que requerir el pago de la deuda al usuario final, quién podrá abonarla hasta que se produzca su suspensión definitiva. Junto a la suspensión del servicio, el operador tendrá la facultad de requerir al usuario final la constitución de un depósito de garantía, que tiene como función la de asegurar el cumplimiento de la obligación de pago. Se trata de una prenda irregular, ya que la garantía no es personal, sino que recae sobre el dinero depositado.

Para el operador, la principal obligación es la prestación del servicio de comunicaciones electrónicas, que puede consistir en la telefonía fija, en la telefonía móvil, en la conexión a Internet, o en un servicio combinado de los anteriores. Mientras que las características del servicio universal y sus calidades serán determinadas por el legislador, en los otros servicios corresponderá al operador, junto a la SETSI, la determinación de la calidad del servicio a prestar. Además de los niveles de calidad fijados por la SETSI, el operador debe asumir en el contrato unos compromisos de calidad, cuya naturaleza jurídica es equiparable a la garantía comercial en la venta de bienes. Es el operador quién determina dicho compromiso y las consecuencias que se derivan de su incumplimiento. Nada dice la norma sobre las consecuencias derivadas de la omisión del compromiso de calidad en el contrato. El operador está obligado a informar sobre los niveles de calidad del servicio que ofrece.

El incumplimiento de la prestación del servicio de comunicaciones electrónicas da lugar a la responsabilidad del operador. Es una responsabilidad objetiva para los supuestos de interrupción temporal del servicio o el no suministro de la conexión inicial en el tiempo señalado, en los que el usuario tendrá derecho a una indemnización automática, cuya cuantía se calculará a partir de la fórmula prevista en la norma. Sin embargo, estas previsiones no impiden la aplicación del régimen general de responsabilidad.

Entre el resto de las obligaciones contractuales que corresponden al operador, destaca la obligación de emitir las facturas. La emisión de la factura tendrá una naturaleza distinta según nos encontremos ante un contrato de prepago o un contrato de pospago. En el primer caso, que funciona a través del sistema de recarga del que se irá descontando el importe del servicio disfrutado, la factura además de acreditar el servicio prestado, servirá para la imputación del pago realizado por ese servicio. Si el usuario pacta el pago del servicio una vez disfrutado, la factura además de acreditar el servicio prestado, indicará el momento en el que surge la obligación de pago para el usuario, pues hasta su emisión el usuario no podrá conocer el importe de su deuda.

VII. La finalización del contrato de servicios de comunicaciones electrónicas se producirá por las causas generales de extinción de los contratos, así como por la voluntad del abonado.

Basta la voluntad del cliente para que el contrato de servicios se extinga. No se establece forma alguna para la manifestación de dicha voluntad, aunque en el contrato se pueden prever las consecuencias que derivan de la baja contractual del usuario, que en todo caso estarán sometidas al control de las cláusulas predispuestas y no podrán ser excesivamente onerosas o desproporcionadas. La facultad unilateral de revocar el contrato que se otorga al usuario no impide que se fijen compromisos de permanencia con su correspondiente penalización en caso de incumplimiento. Se trata de una cláusula penal sustitutiva de la indemnización de los daños y perjuicios causados al operador, por la solicitud de baja del usuario estando en vigor el compromiso de permanencia.

Distinto es el supuesto de que el usuario decida resolver el contrato ante una modificación de las condiciones contractuales por parte del operador. En este caso, no estará obligado a indemnizar al operador. Se trata de un verdadero derecho de resolución, reconocido al usuario para los supuestos en que el operador modifica las condiciones contractuales.

Si el usuario del servicio solicita la portabilidad de numeración de un operador a otro, con dicha solicitud va implícita la voluntad unilateral del usuario

de revocar el contrato con su operador inicial. No es necesario que el usuario se dirija al operador donante para comunicarle su voluntad de finalizar su contrato.

Cuando la contratación sea a distancia o celebrada fuera de establecimiento mercantil, el consumidor tendrá derecho a desistir del contrato.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

CAPÍTULO III

LOS MEDIOS DE RESOLUCIÓN EXTRAJUDICIAL DE CONFLICTOS APLICABLES A LOS CONTRATOS DE SERVICIOS DE COMUNICACIONES ELECTRÓNICAS

I. INTRODUCCIÓN Y CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE EL ADR

Como ocurre en muchos otros sectores, la contratación de los servicios de comunicaciones electrónicas no es pacífica. Es frecuente que entre las partes contratantes surjan conflictos, ya sea, entre otros muchos motivos, porque el servicio prestado no se ajusta a las condiciones contratadas o por haber un incumplimiento contractual por una de las partes. Estas situaciones obligan a las partes a acudir a la vía judicial para resolver sus controversias. Pero a lo largo de los años, hemos podido comprobar como la vía judicial se vuelve, con frecuencia, insatisfactoria para las partes. La dilación de la resolución judicial, junto con el alto coste que conlleva, provoca que la parte litigante decida renunciar a su derecho antes de hacer frente a un proceso judicial[1033]. Esta premisa se repite constantemente en el caso de que la parte perjudicada sea un consumidor, pues el valor de lo reclamado suele ser muy inferior al coste del proceso judicial[1034]. El consumidor va a preferir perder aquello que le

[1033] MARCOS FRANCISCO (2010) p. 23, recalca que son diversos los factores que hacen imprescindible la articulación de un procedimiento extrajudicial para la defensa de los consumidores y usuarios que atienda realmente sus necesidades.

[1034] LAFUENTE TORRALBA (2011) p. 2004, considera que las trabas que encuentra el consumidor para acceder al sistema judicial son la escasa cuantía que caracteriza a las reclamaciones de consumo, unida a la lentitud y onerosidad del proceso. Ello supone una desproporción entre el esfuerzo requerido y el beneficio esperado y, por tanto, actúa como un factor disuaso-

corresponda, antes de tener que embarcarse en un proceso judicial, no solo por el tiempo y el coste que supone, sino por la desconfianza que la sociedad muestra ante la vía judicial[1035].

Ya nuestro constituyente puso de manifiesto la necesidad de dar una solución satisfactoria a los conflictos que surgen en derecho de consumo, al prever en el artículo 51.1 CE que: *"Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos".*

Con dicho precepto, el legislador constitucional impone la obligación a los poderes públicos de establecer procedimientos eficaces para la resolución de los conflictos que les surjan a los consumidores[1036]. El cumplimiento de la obligación por parte de los poderes públicos no solo se ha hecho desde el punto de vista judicial, creando acciones colectivas y dando legitimación activa a las asociaciones de consumidores y usuarios para su ejercicio, sino también desde un punto de vista extrajudicial[1037]. Así, se han creado distintas vías de resolución extrajudiciales por las que el consumidor puede instar la defensa de sus derechos.

Antes de analizar los medios de resolución extrajudicial en el ámbito de las telecomunicaciones, es necesario que hagamos una breve referencia de carácter general. La importancia de los medios de resolución extrajudicial de

rio para el consumidor, que en la mayoría de los casos, considerará preferible el sacrificio de su derecho al intento de su reparación.

[1035] OROZCO PARDO (2008) p. 444, cree necesario dotar a los consumidores de un sistema coherente de soluciones ágiles, accesibles y eficaces que generen confianza en las partes pues, de otro modo, serían obviados provocando de facto la indefensión de un consumidor poco interesado en emplear su tiempo y dinero en un litigio que le resultará gravoso e inseguro. GONZÁLEZ PILLADO (2012) p. 160, comparte esta opinión, al manifestar que la vía jurisdiccional no va a resultar, en la mayoría de los supuestos, adecuada para dar una respuesta satisfactoria al consumo, en parte por la gran desproporción que existe entre el valor económico de la reclamación y el elevado coste del proceso, y por la excesiva duración de la tramitación judicial y su complejidad técnica.

[1036] MARCOS FRANCISCO (2010) p. 24, entiende que el adjetivo de eficaces que acompaña a procedimientos, no es superfluo, pues resulta pertinente para destacar la insuficiencia de los entonces vigentes mecanismos de protección al alcance del consumidor, que era en exclusiva la vía judicial.

[1037] Para BLANCO CARRASCO (2005) p. 21, entiende que: « (...) los artículos 51 y 54 de la Constitución Española recogen el mandato constitucional de ofrecer al ciudadano, junto con el proceso jurisdiccional, otros procedimientos *eficaces y adecuados* para la tutela de los intereses legítimos, siempre que no obstaculicen el acceso a la jurisdicción».

conflictos se ha reconocido internacionalmente. Surgen en los Estados Unidos, en una búsqueda rápida de medios alternativos a la vía judicial, que en la década de los años 50 se encontraba colapsada[1038]. Los ADRs parten del "movimiento de libre acceso a la justicia", que pretendía que todos los ciudadanos tuvieran la oportunidad de conseguir, a través de cualquier sistema, una solución efectiva de su conflicto[1039].

El ADR puede ser definido como un tipo de procedimiento que sirve como alternativa a los litigios ante los tribunales, para la resolución de las disputas o controversias y que conlleva, generalmente, la intervención y asistencia de un tercer sujeto neutral e imparcial[1040]. Barona Vilar advierte que en los ADRs son las partes, a través de su voluntad, las que van a llegar a la solución de su conflicto o discusión[1041].

La creación del ADR se produjo en tres momentos distintos. Así en un primer momento, entorno a la década de los años sesenta se caracteriza por buscar mecanismos de consenso para la resolución de los conflictos vecinales. En la década de los años setenta se produce una crisis en el ejercicio de las prácticas médicas, por lo que se pretenden buscar alternativas que eliminarán los costes del mal funcionamiento de los seguros. Finalmente, a mediados de los años ochenta, se incluyen los sistemas extrajudiciales como medio de resolución

[1038] BLANCO CARRASCO (2005) p. 79, afirma que Estados Unidos fue el país pionero en la creación y potenciación de los sistemas de ADRs, y su influencia ha sido fundamental en toda Europa.

[1039] ADRs es la denominación anglosajona dada a los medios de resolución extrajudicial de conflictos y, que se ha extendido al resto de los países, como término que engloba los mecanismos extrajudiciales de resolución de conflictos. OROZCO PARDO (2008) p. 433, agrupa bajo la denominación de ADRs, una serie de instrumentos, técnicas o medios que sirven para resolver disputas que surgen en las relaciones sociales con relevancia jurídica, que no implican el recurso a los Jueces y Tribunales de Justicia. BLANCO CARRASCO (2009 (2)) p. 131, define al ADR como los mecanismos que permiten mejorar el acceso a la justicia. BARONA VILAR (2011) p. 232, toma el concepto que CAPPELLETI ofrece de ADRs, al entender que son «los mecanismos que intentan resolver disputas, principalmente al margen de los tribunales, o mediante medios no judiciales».

[1040] «Alternative dispute resolution or ADR may be defined as a range of procedures that serve as alternatives to litigation through the courts for the resolution of disputes, generally involving the intercesión and assistance of a neutral and impartial third party». BROWN & MARRIOT (1999).

[1041] BARONA VILAR (2007) p. 52.

de cualquier tipo de disputa, por ser un medio de solución más económico que la vía judicial[1042].

El ADR fue exportado de EEUU a Gran Bretaña, ambos con un ordenamiento jurídico basado en el "common law". Hubo que esperar algún tiempo para que los sistemas continentales recibieran los medios de resolución extrajudicial, incorporándolos a su práctica de forma tardía, tratando de solventar con ellos el colapso de los tribunales.

Actualmente, el ADR es una parte esencial de cualquier ordenamiento jurídico, pues dan fluidez a la resolución de los conflictos que surgen en los distintos sectores[1043]. Así lo ha venido reconociendo Barona Vilar, al señalar que el ADR es una consecuencia de la creación del estado de bienestar y, con él, de un intento de alcanzar una solución a los problemas de acceso a la justicia, cualquier vía puede resultar idónea a este respecto, atendida la naturaleza del conflicto y la proporcionalidad del medio alcanzado, tomando como referencia los factores de eficacia y/o economía[1044].

La aplicación del ADR se ha extendido a la mayor parte de los sectores del ordenamiento jurídico. Como ya señalamos, surgió principalmente para la resolución de controversias vecinales, siendo posteriormente trasladada al derecho de indemnización por daños, principalmente en relaciones extra contractuales. En la actualidad, los medios de resolución extrajudiciales son utilizados en todos los sectores del tráfico jurídico como puede ser la resolución de conflictos ambientales, familiares, los que surgen entre trabajadores y empresarios y, finalmente, las controversias que nacen en relaciones de consumo. Hay que señalar también, que el ADR comienza a ser utilizado en la jurisdicción

[1042] BARONA VILAR (2007) p. 29, afirma que no puede obviarse el papel del Estado en la expansión y crecimiento de las ADRs. El Estado comprueba que estos medios son caminos alternativos para evitar y eliminar conflictos, y de esta forma consiguen mejorar el desarrollo del sistema judicial en su conjunto.

[1043] OROZCO PARDO (2010-2011) p. 140, advierte que debemos superar la dialéctica que nos presenta las ADR como vía informal a una justicia alternativa basada en criterios subjetivos, propios de las partes en conflicto, frente a la Justicia formal, objetiva y adversarial ajena a los intereses y sentimientos de los sujetos que se impone por los órganos del Estado. Se trata de un medio complementario de acceso a la Justicia, sobre parámetros y criterios justos, por lo que obtendrá su cobertura en el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24CE.

[1044] BARONA VILAR (1999) p. 45.

penal, para la imposición de la pena y el resarcimiento que corresponda a la víctima en delitos de menores, siempre que el daño causado no sea grave[1045].

Dentro del ADR podemos diferenciar los sistemas autocompositivos de los heterocompositivos[1046]. Los autocompositivos son aquellos en los que la resolución de la controversia es adoptada por las partes directamente, con o sin el auxilio de un tercero[1047]. Mientras que en el caso de los sistemas heterocompositivos, las partes se limitan a decidir someter la controversia al arbitrio de un tercero ajeno al litigio, siendo en todo caso el tercero quién adopta la solución a la controversia planteada[1048].

Son varios los medios de resolución de conflictos utilizados en la práctica jurídica. Así, en primer lugar encontramos la negociación, que puede ser definida como el mecanismo a través del cual las partes en conflicto, sin la intervención de un tercero, tratan de alcanzar una solución a la cuestión planteada, mediante el intento de comunicarse entre sí, exponiendo cada uno sus beneficios y asumiendo que, en todo caso, va a existir una cesión que implica una renuncia a algo[1049]. Se caracteriza la negociación principalmente por la intervención

[1045] Así, se establece en la Ley 27/2001, de 31 de diciembre, de justicia juvenil, un procedimiento de mediación y reparación de daños, cuando el delito sea de un menor.

[1046] OROZCO PARDO (2008) p. 436, clasifica los ADRs como las llamadas consensuales, en las que el tercero propone o propicia una solución al litigio; y las dirimentes o extrajudiciales, en las que el tercero impone la solución que las partes han de acatar. VIRGOS SORIANO y GUAL GRAU (2008) pp. 22-23, habla de modelos de adjudicación con estructura triangular entre los que incluye a la jurisdicción y el arbitraje, y modelos de negociación de estructura horizontal y dinámica. Para BLANCO CARRASCO (2005) pp. 34-35 y (2009) p. 24, los sistemas heterocompositivos son aquellos en los que el conflicto es resuelto por un tercero, mientras que los autocompositivos son aquellos que se resuelven por los propios contendientes.

[1047] BARONA VILAR (2007) p. 52, entiende que en las fórmulas autocompositivas se produce de forma mayoritaria la desconflictivización de la situación, ya que los sujetos enfrentados tendrán que abandonar las posiciones encontradas para alcanzar un consenso. Entre los sistemas autocompositivos podemos mencionar la negociación, la mediación y la conciliación.

[1048] El arbitraje es el sistema heterocompositivo en el que un tercero actúa de forma imparcial y supra partes, al imponer su decisión a los sujetos en conflicto. BARONA VILAR (2007) p. 52.

[1049] BLANCO CARRASCO (2005) p. 34 y (2009) pp. 16 y ss, excluye de los sistemas de ADRs la negociación, al igual que la transacción. En su opinión, la esencia del ADR es la participación de un tercero en la solución del conflicto, lo que no ocurre en la negociación que considera como una técnica para alcanzar el acuerdo.

únicamente de las partes, excluyendo la posibilidad de intervención de un tercero ajeno a la controversia planteada[1050].

En segundo lugar tenemos la mediación como medio de resolución extrajudicial de conflictos. La mediación podemos definirla como el medio de solución pacífica de controversias en la cual un tercero, el mediador, propone una solución amistosa a las partes enfrentadas, pero sin imponerles obligatoriamente la solución[1051]. A diferencia de la negociación, la mediación se caracteriza principalmente por la intervención de un tercero ajeno a la controversia, el mediador[1052]. Su función en la mediación es el acercamiento de las posturas de ambas partes, proponiéndoles una solución intermedia[1053]. Las partes no están vinculadas con el acuerdo propuesto por el mediador, sino que podrán aceptarlo o rechazarlo de acuerdo con su voluntad[1054].

González Pillado concreta siete principios esenciales que rigen la mediación[1055]. En primer lugar, se refiere a la voluntariedad de la mediación, que tendrá tres manifestaciones, esto es, en el inicio del procedimiento de mediación,

[1050] Hay que señalar que la negociación ha sido desarrolla principalmente en el derecho laboral. Así encontramos que se encuentra legalmente reconocida como medio de elaboración de los convenios colectivos aplicables a un sector de trabajadores. Se viene denominando la "negociación colectiva".

[1051] BUSTO LAGO (2008) p. 337, insiste en que la voluntariedad es una de las características esenciales de la mediación, que la define como el sistema de resolución de conflictos de intereses alternativo a la representada por la vía jurisdiccional, que consiste en poner fin a dicho conflicto a través de un acuerdo entre las partes al que se llega tras una etapa de negociación en la que un mediador intenta aproximar las posiciones entre ellas, incluso proponiendo acuerdos, sin que en ningún caso de imponga la solución al conflicto. BARONA VILAR (2011) p. 240, define la mediación como el medio a través del cual interviene un tercero, ajeno al conflicto, que asume la función de reunir a las partes y ayudar a resolver sus desacuerdos.

[1052] Dos son las características que destaca GONZÁLEZ PILLADO (2012) p. 168, de la mediación. En primer lugar, los protagonistas del acuerdo que pone fin al conflicto son las partes, y en segundo lugar, que las partes alcanzan el acuerdo con la ayuda de un tercero.

[1053] OROZCO PARDO (2008) p. 437, hace hincapié en las amplias facultades que tiene el mediador para buscar el acuerdo de las partes, pues puede recabar sus opiniones, terciar en la controversia y ofrecer soluciones al conflicto. BLANCO CARRASCO (2009) pp. 171 y ss, destaca como principios de la actuación del mediador: la neutralidad e imparcialidad, la confidencialidad, la voluntariedad y la profesionalidad.

[1054] BARONA VILAR (2011) p. 242, señala las características que singularizan a la mediación. En primer lugar, destaca que la mediación se basa en el principio de autonomía de la voluntad. Es una fórmula extraprocesal y debe ser extrajurisdiccional. Como pieza clave del sistema resalta la figura del mediador, y advierte de la necesidad de que su regulación se limite a su objetivo, procedimiento y elementos esenciales del mediador.

[1055] GONZÁLEZ PILLADO (2012) pp. 175-183.

a la hora de alcanzar el acuerdo, y en la facultad de las partes de desistir o abandonar la mediación en cualquier momento. En segundo lugar, está la confidencialidad del proceso, que obliga al mediador a guardar silencio sobre su actuación y la información que recibe en la mediación. En tercer lugar, está la imparcialidad y la neutralidad del mediador, como un complemento a su confidencialidad. En cuarto lugar, el proceso de mediación debe ser flexible y rápido, de forma que se adapte a las circunstancias del caso concreto. El resto de los principios esenciales de la mediación son la igualdad de las partes, la buena fe y la gratuidad[1056].

El antecedente jurídico más próximo de la mediación lo encontramos en el contrato de transacción, regulado en los artículo 1809 y siguientes del Código Civil. Con posterioridad, la mediación ha sido regulada en distintos sectores de nuestro ordenamiento jurídico, que en opinión de Barona Vilar se debe a la ausencia de una norma común que ofrezca su diseño[1057]. Además de la mediación familiar, podemos mencionar, la mediación en materia de seguros, la mediación en materia de propiedad intelectual, la mediación en materia de publicidad o la mediación en el sector bancario[1058]. Mención aparte merece la mediación en materia civil y mercantil, que impulsada por el legislador comunitario a través de la Directiva 2008/52/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, ha encontrado acomodo en nuestro ordenamiento jurídico a través de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles[1059].

[1056] VIRGOS SORIANO y GUAL GRAU (2008) pp. 25 y ss, señala como notas principales de la mediación: la función del mediador para eliminar los obstáculos existentes para alcanzar el acuerdo, la búsqueda de los intereses de ambas partes, sencillez del procedimiento y la confidencialidad.

[1057] BARONA VILAR (2011) p. 240.

[1058] BARONA VILAR (2007) pp. 50-51, hace un repaso de la regulación sectorial de la mediación.

[1059] MARTÍ MINGARRO (2013) p. 6, considera que la regulación de la mediación en el ámbito civil y mercantil ponen los cimientos necesarios para el avance de los sistemas autocompositivos basados en la mediación. Destaca la importancia de la ejecutividad de los acuerdos alcanzados para conseguir sus objetivos.

Hay que distinguir, como un medio más de resolución extrajudicial de conflictos, la conciliación. Es el mecanismo de solución de conflictos llevado a cabo en sede jurisdiccional o administrativa, mediante el cual dos partes enfrentadas pretenden llegar a un acuerdo que ponga fin y evitar, así, la apertura de un proceso judicial[1060]. La principal diferencia entre la mediación y la conciliación, es que el mediador interviene activamente en el proceso, proponiendo a las partes una solución a la controversia[1061]. Sin embargo, en el caso de la conciliación el tercero no interviene activamente, sino que su posición es pasiva[1062]. La conciliación ha tenido una gran repercusión en el ámbito del derecho laboral, donde es un requisito previo para la tramitación del proceso judicial. Suele llevarse a cabo ante un órgano administrativo específico, el SMAC (sistema de mediación, arbitraje y conciliación).

En cuarto lugar, tenemos el arbitraje como un medio de resolución extrajudicial de conflictos. El arbitraje se encontraba definido en el artículo primero de la derogada Ley 36/88, de 5 de diciembre, de Arbitraje, en el que se establece que: *"Mediante el arbitraje, las personas naturales o jurídicas pueden someter, previo convenio, a la decisión de uno o varios árbitros las cuestiones*

[1060] BUSTO LAGO (2008) p. 334, define la conciliación como el proceso en el que las partes, con intervención de un tercero, intentan aproximar sus puntos de vista con objeto de ofrecer una solución al litigio que tienen planteado.

[1061] BLANCO CARRASCO (2005) pp. 55-58, destaca como diferencia que la conciliación puede seguirse dentro del procedimiento judicial por un órgano judicial, mientras que la mediación no podrá ser nunca realizada por un juez. Para BUSTO LAGO (2008) p. 335, la diferencia esencial entre la mediación y la conciliación está en el papel atribuido al mediador y al perfil profesional de éste.

[1062] BARONA VILAR (1999) p. 81, así lo distingue, al entender que «...la participación del tercero difiere en cuanto al grado de intensidad, dado que en la conciliación el tercero pretende que las partes alcancen el acuerdo entre ellas pero no se adoptan medidas persuasivas, integradoras e incluso disuasorias que tienden a concretar y, en su caso, posibilitar una solución de consenso entre ellas; por su parte, la mediación implica la utilización de estas técnicas expuestas y la facultad de persuasión con el fin de proyectar en un procedimiento en muchos casos más lento la participación activa de las partes en la búsqueda de la solución, que desde la cesión de intereses contrapuestos, lleve a una posición común que, en todo caso, implique una desaparición, o cuanto menos suavización, de la crispación existente». Destaca la autora (2007) p. 240, que el papel del conciliador es más pasivo que el del mediador, pues no hace ningún tipo de propuesta de acercamiento entre las partes.

litigiosas, surgidas o que pueden surgir en materias de su libre disposición conforme a derecho"[1063].

La naturaleza jurídica del arbitraje ha sido una cuestión controvertida. Para superar la dicotomía entre la teoría contractualista y la teoría jurisdiccionalista, surge la teoría eclética, en la que se asumen los componentes privados y públicos del arbitraje[1064]. Tal y como reconoce Barona Vilar, los defensores de la teoría eclética aceptan que el nacimiento del arbitraje es contractual, pero su desarrollo y conclusión será jurisdiccional[1065].

El arbitraje se encuentra actualmente regulado, con carácter general, en la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje (en adelante LA). Hay que señalar que existen arbitrajes sectoriales regulados por su propia normativa, en cuyo caso la Ley 60/2003 se aplicará subsidiariamente. Así podemos mencionar el Arbitraje de Transportes, recogido en el artículo 37 de la Ley 16/87, de 30 de julio, de Ordenación del Transporte Terrestre[1066].

También debemos mencionar el Arbitraje de Consumo, reconocido en el artículo 31 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, recientemente sustituido por los artículos 57 y 58 del 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 Consumidores y Usuarios

[1063] La Ley 36/88 ha sido sustituida por la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje. BELLO JANEIRO (2011) pp. 252-253, define al arbitraje como el medio de resolución de litigios, al margen de las vías judiciales, al cual acudiremos por razones de celeridad y flexibilidad. El autor destaca como razones que llevan a la propagación e imposición del arbitraje: la rapidez del procedimiento y la economía, ya que su coste es muy inferior a la vía judicial.

[1064] MONTES REYES (2008) pp. 26-27, afirma que la consideración de que las facultades del árbitro derivan de la voluntad de las partes, siendo éstas las que le confieren jurisdicción parece que está superada. Lo cierto es que el convenio es el núcleo del arbitraje, si bien el consentimiento de las partes opera tan solo en el momento inicial del arbitraje, pues concluido el convenio, el arbitraje se desarrollará hasta su conclusión con los efectos que le han sido atribuidos.

[1065] BARONA VILAR (2007) p. 46, apunta que la teoría eclética es la más seguida actualmente, y la que conecta con la configuración que el TC ha efectuado del arbitraje.

[1066] El ámbito objetivo del arbitraje de transporte es resolver las controversias que surjan en relación al cumplimiento de los contratos de transporte terrestre. Se presume que las partes se someten al arbitraje, salvo que en el contrato manifiesten lo contrario expresamente.

y otras leyes complementarias[1067]. Posteriormente fue desarrollado a través del Real decreto 636/93, de 3 de mayo, por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo, que a su vez ha sido sustituido por el Real decreto 231/2008, de 15 de febrero, por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo (en adelante RDAC). A lo largo de nuestra exposición analizaremos, con más detalle, el arbitraje de consumo por ser un medio de resolución extrajudicial de conflictos en derecho de consumo.

Por último, cabe señalar que existen otras fórmulas de resolución extrajudicial de conflictos en determinados sectores, denominadas fórmulas de autocontrol[1068]. Consisten en la creación de figuras específicas para la protección de un sector de la población, como por ejemplo el defensor de la clientela o del asegurado; cuyo procedimiento de reclamación va a ser específico. Así mismo, se crean procedimientos o vías de reclamación específica en determinados ámbitos del ordenamiento jurídico, pudiendo señalar, a modo de ejemplo, la reclamación en materia de seguros ante la Dirección General de Seguros[1069].

1. Experiencia nacional e internacional sobre el ADR

Como ya señalamos con anterioridad, los medios de resolución extrajudicial de conflictos surgieron en EEUU, como una necesidad de buscar medios alternativos a la vía judicial. El nacimiento del ADR se produce en los sistemas de common law, extendiéndose rápidamente su aplicación en los ordenamientos jurídicos de ese tipo. Por el contrario los sistemas continentales, como el español, tardaron algún tiempo en recibir el ADR, quizá por la rigidez de sus sistemas jurídicos, que dificultan la adaptación de la norma a las

[1067] Cabe adelantar que, el ámbito de aplicación del arbitraje de consumo se circunscribe a las reclamaciones presentadas por los consumidores y usuarios contra los empresarios con los que tengan una relación de consumo.

[1068] BARONA VILAR (1999) p. 197, las define como: «Existen en algunos sectores concretos del ordenamiento jurídico unos mecanismos de autocontrol, basados en sistemas de autorregulación que se plasman en códigos de conducta de debido respeto, de manera que, transgredidas las normas de conducta en el correspondiente sector, se establece un sistema de sanción de las mismas por un órgano integrado por elementos del sector».

[1069] El artículo 63 del Real decreto legislativo 6/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de Ordenación de Supervisión de los Seguros Privados, establece que las aseguradoras están obligadas a atender y resolver las quejas y reclamaciones de sus usuarios, para lo que deberán contar con un servicio de atención al cliente.

necesidades reales de la sociedad[1070]. Debemos hacer referencia a los medios de resolución extrajudicial existentes en los países de nuestro entorno, para posteriormente analizar el ADR en el ordenamiento jurídico español.

A) El ADR en Alemania

En Alemania el ADR no surgió dentro del propio sistema judicial, sino que fue la doctrina la que abogó por la creación de los sistemas de resolución extrajudicial, ante la ineficacia de la vía jurisdiccional para la resolución de determinados litigios.

Dentro de los medios de resolución extrajudicial existentes en Alemania cabe señalar, en primer lugar, la negociación ínter partes, en la que los sujetos en conflicto intentan alcanzar un acuerdo que ponga fin a la controversia suscitada.

En segundo lugar hay que hacer referencia a la negociación a través de un tercero (o mediación). En contraposición al anterior, el acuerdo alcanzado por las partes para la resolución del conflicto se logra con la ayuda de un tercero ajeno al proceso. La función del tercero es el acercamiento de las posturas de ambas partes para conseguir una cooperación en la adopción del acuerdo. La mediación tiene un ámbito de aplicación amplio, pues se llevará a cabo en procesos de separación y divorcio, en conflictos medioambientales, en conflictos laborales, vecinales, en materia de arrendamiento y protección al consumidor y, por último, en el ámbito de la delincuencia juvenil.

La conciliación se configura como otro sistema alternativo a la jurisdicción, a través de la cual las partes intentan alcanzar un acuerdo resolutivo del conflicto planteado ante un tercero. La conciliación es calificada como una función judicial, por lo que las partes intentarán alcanzar el acuerdo previamente al procedimiento judicial y ante el juez.

[1070] La diferencia entre el sistema de common law y el continental está básicamente en la formación de las leyes que componen en ordenamiento jurídico. Así las normas parten de la iniciativa de los jueces y abogados en el common law; mientras que en el sistema continental existe una diferenciación de poderes en la aprobación de las normas, que corresponde al poder legislativo, y en la aplicación de la ley que corresponde al poder judicial, siendo por tanto este último más rígido.

Dentro de las funciones judiciales, también encontramos la comparecencia preparatoria. Su principal finalidad es preparar la comparecencia principal en el proceso judicial, pero puede ser dirigida a poner fin al litigio, por vía transaccional, renuncia o allanamiento.

El arbitraje está considerado en derecho alemán como un medio de resolución extrajudicial de conflictos. Consiste en la imposición de la decisión dada por un tercero a las partes, cabiendo la ejecución de la decisión en caso de incumplimiento por los cauces de la ejecución de sentencias.

Por último, debemos mencionar los sistemas de autorregulación, que existen en determinados gremios o sectores del ordenamiento jurídico. Se impone el cumplimiento de determinadas obligaciones o actuaciones por la generalidad del sector.

B) El ADR en el derecho italiano

Al igual que en el caso de Alemania, el ADR no ha tenido demasiada importancia en el derecho italiano hasta fechas recientes. Actualmente la utilización de los sistemas de resolución extrajudicial está adquiriendo una gran relevancia, debido al aumento del número de conflictos registrados.

Los medios de resolución extrajudicial existentes en Italia son: la resolución ínter partes, por la cual los sujetos en conflicto tratan de lograr un acuerdo que permita la resolución del litigio, sin la intervención de un tercero; la negociación, en la cual a través de la intervención de un tercero se busca una solución a la controversia planteada, siendo una de las fórmulas de negociación la mediación; la conciliación ya sea judicial o extrajudicial, por la que las partes intentan la resolución del conflicto en presencia de un tercero; el arbitraje, institución de gran tradición histórica en Italia, por la cual se le impone a las partes la decisión adoptada por un tercero; y finalmente, los sistemas de autocontrol por los que se crean determinadas instituciones que supervisan y resuelven las controversias que puedan surgir en determinadas materias[1071].

[1071] Un ejemplo es el Instituto dell'Autodisciplina Pubblicit.

C) Experiencia en el ordenamiento jurídico español del ADR

Los sistemas de resolución extrajudicial de conflictos han sido recibidos en el ordenamiento español de forma tardía, respecto a los sistemas anglosajones. La principal razón del surgimiento del ADR en España es la crisis que sufre el sistema judicial, debido al retraso e ineficacia en la resolución de los conflictos planteados. En la actualidad, el ADR goza de una gran importancia práctica en nuestro país.

Para el análisis del ADR en derecho español, debemos hacer distinción dentro de cada orden jurisdiccional. Así en primer lugar hay que hacer referencia al Orden Jurisdiccional Civil, donde el ADR ha adquirido una mayor difusión[1072]. Las partes en la mayor parte de las ocasiones tienen poder de disposición sobre el objeto del litigio, por lo que podrán acudir libremente para la resolución de sus controversias al ADR o a la vía jurisdiccional. Dentro de los sistemas de resolución extrajudicial en el orden civil, podemos mencionar la negociación, la mediación, la conciliación, las fórmulas de autocontrol y el arbitraje.

En el orden jurisdiccional laboral, han proliferado los sistemas de resolución extrajudicial, dada la necesidad de dar una pronta solución a los conflictos que surgen entre las partes. Así podemos mencionar como sistemas de ADR, la negociación que tiene una especial importancia en la negociación de convenios colectivos; la conciliación y la mediación que han sido desarrollados legislativamente, imponiendo el legislador la obligación de acudir al SMAC antes del inicio del procedimiento judicial; y por último, el arbitraje donde un tercero decide de forma impositiva la cuestión objeto de controversia, siendo reconocido en el artículo 63 del Real decreto legislativo 2/1995, de 7 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral.

En el orden jurisdiccional contencioso administrativo el ADR no ha sido desarrollado, pero empiezan a surgir indicios de la necesidad de su aplicación. La

[1072] Es en este orden jurisdiccional donde el ADR tiene una mayor presencia legislativa. Basta mencionar la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje y la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles.

principal razón por la que no han surgido, hasta el momento, los medios de resolución extrajudicial de conflictos en este orden jurisdiccional, se debe a la falta de poder de disposición del objeto de litigio por la Administración y a los poderes especiales que le viene otorgando el ordenamiento jurídico.

Por último, la doctrina discute si es posible la aplicación del ADR en el orden jurisdiccional penal, dada la indisponibilidad del objeto de la controversia. En este sentido hay que señalar que el ADR se está aplicando en caso de delitos cometidos por menores, cuando el daño producido no sea grave, para la imposición de la pena y la satisfacción a la víctima por la responsabilidad civil surgida del delito. Surge para salvaguardar el interés del menor infractor frente a la pena y para su aplicación es necesario, como ya advertimos, que la infracción y el daño no hayan sido graves[1073].

2. Regulación comunitaria sobre los procedimientos extrajudiciales de resolución de conflictos

La Comunidad Europea no fue ajena a la importancia de los medios de resolución extrajudicial de conflictos, en especial en derecho de consumo[1074]. Desde un primer momento reconoce la necesidad de aliviar la jurisdicción ordinaria, ante el colapso que sufre, y dar así una mayor satisfacción a los intereses de los ciudadanos. De esta forma, potencia la creación por parte de los Estados miembros de sistemas de ADR y promueve su utilización[1075].

[1073] En España, encontramos la experiencia en Cataluña, donde se ha aprobado la Ley 4/1992, donde se recoge el programa de mediación y reparación. Se lleva a cabo por el Ministerio Fiscal, y hasta ahora su experiencia ha sido muy positiva. Así lo pone de manifiesto GONZÁLEZ CAPITEL (2001).

[1074] MARCOS FRANCISCO (2010) pp. 45, señala que las iniciativas y documentos de las instituciones comunitarias relacionadas con la creación, desarrollo y fomento de medios extrajudiciales de resolución de conflictos en materia de consumo se enmarcan dentro de programas destinados a proteger a los consumidores, en concreto, de la mejora de su acceso a la justicia.

[1075] BLANCO CARRASCO (2009) p. 132, destaca que las iniciativas legislativas y actividades europeas han convertido en uno de sus objetivos prioritarios la necesidad de que a todo derecho le debe corresponder una acción destinada a su reconocimiento en juicio. Su importancia deriva no solo de reconocer derechos subjetivos, sino que esos derechos sean efectivos. Así lo reconoce BUJOSA VADELL (2013) p. 3, cuando señala que las instancias europeas han buscado estimular la solución extrajudicial de litigios de consumo de forma rápida y económica, dentro de la tendencia generalizada de la potenciación de los llamados ADR.

Buena prueba de ello son la Recomendación 98/257/CE, de la Comisión, de 30 de marzo, relativa a los principios aplicables a los órganos responsables de la solución extrajudicial de los litigios en materia de consumo, y la Recomendación 2001/310/CE, de la Comisión, de 4 de abril de 2001, relativa a los principios aplicables a los órganos extrajudiciales de resolución consensual de litigios en materia de consumo[1076]. La Comisión de las Comunidades Europeas reconoce así, la necesidad de crear procedimientos extrajudiciales de resolución de conflictos en materia de consumo, al manifestar que: "*Para garantizar el nivel de protección de los consumidores y promover su confianza, la Comunidad debe garantizarles un acceso a la justicia sencillo y eficaz, y promover y facilitar la solución de litigios en materia de consumo en el marco de procedimientos previos"*[1077].

Ambas recomendaciones tienen por finalidad establecer los principios generales que deben regir los procedimientos de resolución extrajudicial de conflictos en derecho de consumo[1078]. Pero su ámbito de aplicación va a ser distinto. Así la Recomendación 98/257/CE establece los principios que regirán los procedimientos extrajudiciales de derecho de consumo cuya resolución sea vinculante para las partes intervinientes en el proceso. Por su parte, la

[1076] DOCE. L115, de 17 de abril de 1998, y DOCE. L109/56, de 19 de abril de 2001.

[1077] En el 1º Considerando de la Recomendación 2001/310/CE, de la Comisión. De la misma forma, en el 1º Considerando de la Recomendación 98/257/CE, la Comisión señala que: *"Considerando que, en las conclusiones aprobadas por el Consejo de consumidores celebrado el 25 de noviembre de 1996, el Consejo destacó que el deseo de aumentar la confianza de los consumidores en el funcionamiento del mercado interior y su capacidad para beneficiarse de las posibilidades que éste les ofrece incluye la posibilidad de que los consumidores puedan resolver sus litigios de forma eficaz y adecuada por la vía de procedimientos extrajudiciales u otros procedimientos comparables".* BLANCO CARRASCO (2009) p. 30, establece que el objetivo de las recomendaciones es conseguir unas pautas que aporten garantías sobre la transparencia y eficacia de estos sistemas tanto a los consumidores como a otros órganos de resolución de conflictos, y así potenciar la colaboración necesaria en los litigios transfronterizos.

[1078] BLANCO CARRASCO (2009) p. 30, nos aclara que estas recomendaciones recogen los principios, y no el procedimiento, que deben regisr la actuación de los órganos de solución de extrajudicial de conflictos. OROZCO PARDO (2010-2011) p. 143, entiende que en los textos que la Unión Europea ha elaborado para incentivar la implantación de las técnicas consensuales de resolución de conflictos en el ámbito del consumo, se recogen unos principios comunes aplicables a los ADR. GONZÁLEZ PILLADO (2012) p. 162, entiende que ambas recomendaciones se enmarcan en el objetivo general de garantizar el acceso de los consumidores a la justicia, se fomenta los medios alternativos a la jurisdicción y se establecen una serie de principios que deben ser respetados en la configuración del órgano encargado de la resolución del conflicto, ya sea un procedimiento consensual o no.

Recomendación 2001/310/CE recoge los principios aplicables a los procedimientos en que la solución propuesta puede ser aceptada o rechazada libremente por las partes. Es necesario que analicemos brevemente el contenido de cada una de las recomendaciones.

Dando un paso más en la promoción del ADR se aprueba la Directiva 2008/52/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles. Su ámbito de aplicación se limita a los litigios transfronterizos en asuntos civiles y mercantiles, excluyendo específicamente a aquellos ADR en materia de protección al consumidor[1079]. Tras definir la mediación como *el procedimiento estructurado en el que dos o más partes en un litigio intentan voluntariamente alcanzar por si mismas un acuerdo sobre la resolución de su litigio con la ayuda de un mediador;* recoge los principios básicos de este ADR tales como la calidad de la mediación a través de la creación de códigos de conducta, la confidencialidad o la ejecutividad de los acuerdos alcanzados.

Recientemente y con el objetivo de contribuir al buen funcionamiento del mercado, a través de un alto nivel de protección del consumidor, el legislador comunitario aprobó la Directiva 2013/11/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo. Con esta Directiva, se completa la regulación comunitaria de los sistemas alternativos de resolución de conflictos en el ámbito civil, al ser aplicable a aquellas controversias que se excluían de la Directiva 2008/52/CE, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles. En la Directiva 2013/11/UE se incorporan los principios ya recogidos en las Recomendaciones 98/257/CE y 2001/310/CE, a la vez que agrupa en un mismo texto normativo todos los procedimientos de resolución extrajudicial de conflictos, con independencia de que su resultado sea o no vinculante para las partes. Su transposición se llevará a cabo por los Estados miembros antes de 9 de

[1079] Así en su Considerando 18 reconoce la aplicación de la Recomendación 2001/310/CE, de la Comisión, de 4 de abril de 2001, relativa a los principios aplicables a los órganos extrajudiciales de resolución consensual de litigios en materia de consumo.

julio de 2015. Tras el análisis del contenido de las Recomendaciones 98/257/CE y 2001/310/CE, haremos una breve mención a las disposiciones contenidas en la Directiva 2013/11/CE.

Por último, hay que hacer referencia al Reglamento UE 524/2013, de 21 de mayo de 2013, sobre resolución de litigios en línea en materia de consumo. Con el objetivo de alcanzar un elevado nivel de protección al consumidor y un correcto funcionamiento del mercado interior en su dimensión digital, establece el procedimiento de resolución extrajudicial de litigios entre consumidores y comerciantes en línea, esto es a través de medios electrónicos. El sistema previsto en el Reglamento debe estar implantado el 9 de enero de 2016, aunque algunos de sus preceptos serán aplicables antes de esa fecha[1080].

A) Recomendación 98/257/CE de la Comisión, de 30 de marzo, relativa a los principios aplicables a los órganos responsables de la solución extrajudicial de los litigios en materia de consumo

La Recomendación 98/257/CE recoge los principios mínimos para la creación y el funcionamiento de procedimientos extrajudiciales de solución de litigios en materia de consumo, con el fin de garantizar que sean objetivos y así poder garantizar una protección satisfactoria a los consumidores y usuarios[1081]. En primer lugar, recoge el principio de independencia del órgano responsable de la toma de decisión de forma que se garantice su imparcialidad. De esta forma, establece las condiciones que deberá tener el órgano decisor para garantizar su independencia, distinguiendo entre el órgano individual y el órgano colegiado.

En caso de que el órgano decisor sea un único individuo deberá tener la capacidad, experiencia y competencia necesaria para el ejercicio de dicha

[1080] Así el artículo 22 del Reglamento 524/2013, establece que: 1. El presente Reglamento entrará en vigor a los veinte días de su publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea. 2. El presente Reglamento será aplicable a partir del 9 de enero de 2016, a excepción de las disposiciones siguientes: artículo 2, apartado 3, y artículo 7, apartado 1 y 5, que serán aplicables a partir del 9 de julio de 2015 y; artículo 5, apartados 1 y 7, artículo 6, artículo 7, apartado 7, artículo 8, apartados 3 y 4, y artículos 11, 16, y 17, que serán aplicables a partir del 8 de julio de 2013.

[1081] BUSTO LAGO (2008) p. 332, entiende que la Recomendación 1998/257/CE está dirigida a todos los órganos responsables de la solución extrajudicial de los litigios de consumo, a cualquier persona física o jurídica responsable de la creación o el funcionamiento de tales órganos, y a los Estados miembros cuando participen en ellos.

función, y su nombramiento tendrá que tener la duración suficiente que garantice su imparcialidad, así como no podrá haber desempeñado funciones para asociaciones profesionales o empresas en los tres años anteriores a su entrada en funciones.

Los órganos colegiados garantizarán su imparcialidad con la representación paritaria de los consumidores y profesionales, así como por el cumplimiento de los criterios exigidos para el órgano individual, teniendo que entender que dicha remisión se hace únicamente a las condiciones que exigen la capacidad, experiencia y competencia del individuo, así como en relación a la duración del mandato.

Como segundo principio se recoge la transparencia del procedimiento. Se establecen como medidas para garantizar esa transparencia la comunicación por escrito o cualquier medio apropiado, a quién lo solicite, de determinada información entre la que podemos destacar los tipos de litigios que puede conocer el órgano, el coste del procedimiento, normas que fundamentan las decisiones, modalidades de la toma de decisión, valor jurídico de la decisión, precisando claramente si es obligatoria para el profesional o para las dos partes. Además, el órgano competente deberá publicar un informe anual relativo a las decisiones dictadas, que permitan evaluar los resultados obtenidos y determinar la naturaleza de los litigios presentados.

A continuación se recoge el principio de contradicción, por el que todas las partes interesadas tendrán que tener la posibilidad de conocer los hechos expuestos por la otra parte y las declaraciones de los expertos, así como, efectuar las alegaciones que consideren oportunas.

La eficacia del procedimiento se garantizará por su parte a través del acceso del consumidor al mismo sin necesidad de representación legal, teniendo que ponerlo en relación con el principio de representación, por el cual las partes podrán acudir en cualquier etapa del procedimiento representada o asistida por un tercero. Además el proceso debe ser gratuito o con un coste moderado,

debiendo fijarse plazos cortos, así como la atribución de un papel activo al órgano competente para la solución del conflicto.

Se recoge además el principio de legalidad, por el que la decisión adoptada no podrá ser contraria al orden público, teniendo que ser motivada y comunicada por escrito en el menor plazo posible.

Finalmente con el principio de libertad se prohíbe la adhesión del consumidor al procedimiento extrajudicial con anterioridad al surgimiento de la controversia, así como la necesidad de que ambas partes están informadas y hayan aceptado expresamente el procedimiento, para que la resolución sea obligatoria y vinculante.

B) Recomendación 2001/310/CE, de la Comisión, de 4 de abril de 2001, relativa a los principios aplicables a los órganos extrajudiciales de resolución consensual de litigios en materia de consumo

Al estar limitada la aplicación de la Recomendación 98/257/CE a los procedimientos extrajudiciales por los que se obtuviera una resolución vinculante para las partes, la Comisión considera que es necesario establecer los principios que deben regir los procedimientos extrajudiciales cuya resolución no es vinculante para las partes, por la importancia que han adquirido, con el fin de garantizar la satisfacción de los consumidores. Así se refleja en su Considerando 8º, al señalar que: *"…El Consejo y la Comisión, en su declaración para la adopción del mencionado Reglamento, destacaron que, generalmente, es preferible para los intereses de los consumidores y las empresas que ambos intenten resolver los litigios de forma amistosa antes de recurrir a la vía judicial, y recordaron la importancia de seguir trabajando sobre métodos alternativos de resolución de litigios a nivel comunitario".*

La Recomendación 2001/310/CE se aplica a los órganos responsables de procedimientos de solución extrajudicial de litigios en materia de consumo que, independientemente de su denominación, buscan resolver un litigio mediante una aproximación de las partes para convencerlas de que busquen una solución de común acuerdo. Se excluyen del ámbito de aplicación de la norma a aquellos

órganos que se encuentren gestionados por una empresa o en los que intervenga directamente el consumidor, por tanto, no será de aplicación a los servicios de atención al cliente.

En primer lugar, establece el principio de imparcialidad de las personas responsables del mismo. Se exige que sean nombradas por un periodo determinado, no pudiendo ser destituidas sin causa justificada, así como no podrán tener un conflicto de intereses con alguna de las partes, debiendo informar a las partes acerca de la imparcialidad y competencias antes del procedimiento.

El segundo principio es el de transparencia, por el que se deberá facilitar a las partes información clara y sencilla acerca del procedimiento, en particular en relación a su desarrollo, los requisitos a cumplir por las partes, los costes, plazos, posibles normas aplicables, el papel del procedimiento en la resolución del litigio y, el valor de la solución adoptada. Cualquier solución deberá registrarse en un soporte duradero que se pondrá a disposición de las partes. Además se tendrá a disposición del público información acerca del procedimiento, número y naturaleza de las reclamaciones recibidas, así como su resolución.

En tercer lugar se establece el principio de eficacia. Así el procedimiento debe ser accesible para las partes, teniendo la posibilidad de acudir al mismo asistidas o representadas. El coste del procedimiento será, en su caso, proporcional a la cuantía del litigio. Su tramitación debe ser lo más breve posible y, en caso de que se aprecie la falta de interés de una parte, se informará a la otra, con el fin de que pueda valorar acudir a otro procedimiento para solucionar el conflicto.

Finalmente se recoge el principio de equidad, que vendrá garantizado por el conocimiento de las partes de su posibilidad de aceptar o rechazar libremente la solución propuesta, teniendo un periodo para adoptar la decisión. Las partes podrán alegar lo que consideren oportuno. Así mismo, se informará a las partes de la solución propuesta puede ser menos beneficiosa que la impuesta por el

órgano judicial, así como su facultad de acudir a otro procedimiento extrajudicial con resolución vinculante, y del valor de la solución aceptada.

C) Directiva 2013/11/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo

Tal y como recoge el legislador europeo en el Considerando 5 de la Directiva, a pesar de las Recomendaciones 98/257/CE y 2001/310/CE, los mecanismos de resolución alternativa de litigios no se han establecido correctamente, ni funcionan con la eficacia esperada en todos los sectores empresariales ni en todas las áreas geográficas. Con la presente Directiva se pretenden subsanar las deficiencias detectadas en los medios alternativos de resolución de litigios en materia de consumo y, de esta forma, garantizar a los consumidores la posibilidad de presentar reclamaciones contra los comerciantes, ante entidades que ofrezcan procedimientos de resolución independientes, imparciales, transparentes, efectivos, rápidos y justos.

La Directiva 2013/11/UE afecta a todos los procedimientos de resolución extrajudicial de litigios, ya sean nacionales o transfronterizos, relativos a las obligaciones contractuales que se deriven de los contratos entre empresarios y consumidores, con independencia de que la resolución que obtengan sea vinculante o facultativa para las partes. De esta forma, supera la distinción presente en las Recomendaciones 98/257/CE y 2001/310/CE. Hay que tener en cuenta además, que se excluyen los procedimientos iniciados por un comerciante contra un consumidor, por lo que nos encontramos ante procesos unidireccionales, en el sentido de que debe ser el consumidor el que inicia el procedimiento.

Para establecer el concepto de consumidor y empresarios sigue las líneas marcadas por el resto de directivas comunitarias destinadas a establecer la protección del consumidor. Define al consumidor, como la persona física que actúe con fines ajenos a sus actividades comerciales o empresariales, a su oficio o a su profesión. Mientras el comerciante será toda persona física o jurídica, pública o privada, que actúe incluso a través de persona a cargo, con fines

relacionados con sus actividades comerciales o empresariales, su oficio o profesión. Parece que nada impide a los Estados miembros ampliar el concepto de consumidor, como hasta ahora ha venido haciendo nuestro legislador nacional.

Son varias las medidas adoptadas por la Directiva 2013/11/ UE para garantizar la existencia y eficacia de los medios alternativos de resolución de litigios en materia de consumo. En primer lugar, se establece la necesidad de dar publicidad e información sobre la existencia los distintos medios que los consumidores tienen a su alcance. Esta información estará disponible en formato electrónico y en formato papel. Sorprende que se permita, a los Estados miembros, establecer un umbral monetario para la admisión de las reclamaciones. Junto a la información que ofrecerán las entidades de resolución alternativa, los comerciantes estarán obligados a informar a los consumidores acerca de la entidad de resolución alternativa a la que estén sometidos para resolver sus litigios.

En segundo lugar, la Directiva determina la capacidad y cualidades que deben poseer las personas físicas encargadas de la resolución de litigios, que además deberán ser independientes e imparciales. Así, exige que estén en posesión de los conocimientos y de las competencias necesarias para la resolución alternativa o judicial de litigios con los consumidores, sean nombrados para un mandato de duración suficiente para garantizar su independencia, no reciban instrucciones de ninguna de las partes, su retribución no podrá guardar relación con el resultado del procedimiento y estarán obligadas a revelar, a la entidad de resolución alternativa, cualquier circunstancia que pueda afectar a su independencia e imparcialidad para que procedan a su sustitución.

A continuación establece los principios que deben regir el procedimiento de resolución alternativa. Tal y como adelantamos, incorpora los principios ya previstos en las Recomendaciones 98/257/CE y 2001/310/CE, como son: el

principio de transparencia, el principio de eficacia, el principio de equidad, el principio de libertad y el principio de legalidad.

D) Reglamento UE 524/2013, de 21 de mayo de 2013, sobre la resolución de litigios en línea en materia de consumo

En el 2º Considerando del Reglamento UE 524/2013, el legislador comunitario reconoce que: "(…) *Para que los consumidores tengan confianza en la dimensión digital del mercado interior y se beneficien de ella es necesario que tengan acceso a formas sencillas, eficientes, rápidas y asequibles de resolver los litigios derivados de la compraventa de mercancías o de la prestación de servicios en línea (...)".* La garantía de un correcto funcionamiento del mercado interior en su dimensión digital junto con el objetivo de alcanzar un elevado nivel de protección al consumidor, llevan a establecer el procedimiento de resolución extrajudicial de litigios entre consumidores y comerciantes en línea, esto es a través de medios electrónicos.

Su ámbito de aplicación será la resolución extrajudicial de litigios relativos a las obligaciones contractuales derivadas de contratos de compraventa o de prestación de servicios celebrados en línea entre un consumidor y un comerciante, con independencia de que residan en el mismo o distinto país dentro de la Unión. A diferencia de la Directiva 2013/11/UE, en el sistema de resolución de litigios en línea parece que se admiten las reclamaciones iniciadas por el comerciante frente al consumidor, tal y como dispone su artículo 2.2. Serán los Estados miembros los que decidan si abren la posibilidad de que los comerciantes puedan iniciar el procedimiento de resolución de conflictos en línea frente a un consumidor. Vemos como aquí el legislador comunitario da un paso más en la evolución de los medios de resolución alternativa, a la vez que contradice un principio hasta ahora consagrado en la protección de los consumidores y la regulación de los medios de resolución de conflictos a su alcance, que se caracterizaban por ser unidireccionales (únicamente el consumidor podía iniciar el procedimiento). A pesar de esta diferencia son numerosas las remisiones que el Reglamento hace a la Directiva 2013/11/UE,

tanto para establecer las definiciones, como para delimitar los principios aplicables al procedimiento.

Además de la información prevista en la Directiva 2013/11/UE, el comerciante debe facilitar al consumidor un enlace directo al sistema de resolución en línea, junto a su dirección de correo electrónico. El procedimiento se guiará por los principios de independencia, imparcialidad, transparencia, eficacia y equidad.

II. LOS MEDIOS DE RESOLUCIÓN EXTRAJUDICIAL DE CONFLICTOS PREVISTOS EN LA LEY DE TELECOMUNICACIONES

El sector de las telecomunicaciones no fue ajeno a la existencia de los medios de resolución extrajudicial de conflictos. Teniendo en cuenta el número de usuarios de los servicios de telecomunicaciones, son muchas las reclamaciones que se plantean, siendo en la mayor parte de las ocasiones de escasa cuantía[1082]. Por este motivo, el ADR tiene gran importancia en este sector y así se refleja en su actual legislación.

La Directiva 2002/22/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 7 de marzo, relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (en adelante Directiva de servicio universal) reconoce la necesidad de establecer procedimientos extrajudiciales de resolución de conflictos para garantizar la efectiva protección de los consumidores y usuarios[1083]. Dedica su artículo 34 a

[1082] En la última Memoria del Sistema arbitral de consumo referida al año 2007, y publicada por el Instituto Nacional de Consumo (ahora integrado en la Agencia española de consumo, seguridad alimentaria y nutrición) en el año 2008, se constata que el 48,9% de las solicitudes de arbitraje presentadas, corresponden al sector de las comunicaciones electrónicas.

[1083] Se publicó en el D.O.C.E. L108, de 24 de abril de 2002. En su Considerando 47º señala que: *"En el contexto de un entorno competitivo, las autoridades nacionales de reglamentación han de tener en cuenta la opinión de las partes interesadas, incluidos los consumidores y usuarios, a la hora de abordar cuestiones relacionadas con los derechos de los usuarios finales. Conviene establecer procedimientos eficaces para la solución de litigios que opongan, por una parte, a los consumidores y, por otra, a las empresas que prestan servicios de comunicaciones disponibles al público. Lo Estados miembros deben tener plenamente en cuenta la Recomendación 98/257/CE de la Comisión, de 30 de marzo de 1998, relativa a los principios aplicables a los órganos responsables de la solución extrajudicial de los litigios en materia de consumo".*

los medios de resolución extrajudicial de conflictos, al disponer que los Estados miembros deben garantizar la disponibilidad de procedimientos extrajudiciales para tratar los litigios no resueltos entre los consumidores y las empresas suministradoras de redes o servicios de comunicaciones electrónicas, que se refieran a las condiciones o la ejecución de los contratos relativos al suministro de estas redes o servicios[1084]. De esta forma el legislador comunitario obliga a los Estados miembros a la creación de sistemas de resolución extrajudicial de conflictos y, para ello, tendrá que tener en cuenta tanto las Recomendaciones 98/257/CE y 2001/310/CE, como la Directiva 2013/11/UE sobre resolución alternativa de litigios en materia de consumo y el Reglamento UE 524/2013.

El legislador comunitario señala las principales características que deben tener los procedimientos de resolución extrajudicial de litigios, de forma que se constituyan como una verdadera alternativa a la vía judicial. Así destaca la necesidad de que el procedimiento de resolución extrajudicial sea transparente, sencillo, no discriminatorio y poco oneroso. Además serán procedimientos rápidos y de resolución equitativa, pudiendo establecer mecanismos de compensaciones y reembolsos. Su resolución será imparcial y no privará al usuario de la vía judicial.

La Directiva de servicio universal prevé la posibilidad de que los Estados miembros extiendan el ámbito de aplicación de los procedimientos extrajudiciales a "otros usuarios finales". Sin embargo no encontramos en la norma comunitaria referencia alguna a quién se refiere con dicha denominación. Se define al usuario final en el apartado n) del artículo 2 de la Directiva

[1084] El artículo 34 de la Directiva de servicio universal dispone que: "*1. Los Estados miembros garantizarán la disponibilidad de procedimientos extrajudiciales transparentes, no discriminatorios, sencillos y poco onerosos para tratar litigios no resueltos entre los consumidores y las empresas suministradoras de redes o servicios de comunicaciones electrónicas derivados de la presente Directiva y que se refieran a las condiciones o la ejecución de los contratos relativos al suministro de estas redes o servicios. Los Estados miembros adoptarán medidas para garantizar que tales procedimientos permitan la resolución equitativa y rápida de los litigios y no privarán al consumidor de la protección jurídica que entraña la legislación nacional. Los Estados miembros podrán ampliar el ámbito de estas obligaciones de modo que cubran también los litigios que impliquen a otros usuarios finales. 2. Los Estados miembros velarán por que su legislación no obstaculice la creación a nivel territorial adecuado de ventanillas y servicios en línea para la presentación de reclamaciones con el fin de facilitar el acceso de consumidores y usuarios finales a la resolución de litigios (...)".*

2002/21/CE (Directiva Marco), como el usuario que no suministra redes públicas de comunicaciones o servicios de comunicaciones electrónicas disponibles para el público. La definición incluye cualquier usuario del servicio, sin limitación alguna, al excluir únicamente a quién se dedique al suministro de redes o servicios de comunicaciones al público. Tan solo quedan excluidos los operadores. Nos preguntamos entonces a qué se refiere la previsión de extender los procedimientos de resolución extrajudicial a otros usuarios. La única explicación es que la Directiva de servicio universal, en su redacción original, regulaba la prestación del servicio universal, afectando a los usuarios de dicho servicio. Con su modificación a través de la Directiva 2009/136/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2009, entra a regular algunos aspectos de la contratación de los servicios de comunicaciones electrónicas que no se limitan a los usuarios del servicio universal, sino que es de aplicación a cualquier usuario del servicio de comunicaciones electrónicas. La redacción original del artículo 34 ya preveía la extensión de los procedimientos de resolución extrajudicial de conflictos a otros usuarios finales, previsión que se mantuvo en la redacción del 2009.

Siguiendo las instrucciones del legislador comunitario, la LGT 2003 preveía, en su artículo 38.1 dedicado a los derechos de los consumidores y usuarios finales, los medios de resolución extrajudicial de conflictos[1085]. Esta

[1085] El artículo 38.1 LGT 2003 disponía que: *"1. Los operadores que exploten redes o que presten servicios de comunicaciones electrónicas y los consumidores que sean personas físicas y usuarios finales podrán someter las controversias que les enfrenten al conocimiento de las juntas arbitrales de consumo, de acuerdo con la legislación vigente sobre defensa de los consumidores y usuarios. Para el supuesto de que no se sometan a las juntas arbitrales de consumo o que estas no resulten competentes para la resolución del conflicto, el Ministerio de Industria, Energía y Turismo establecerá reglamentariamente un procedimiento conforme al cual, los usuarios finales que sean personas físicas podrán someterle dichas controversias, cuando tales controversias se refieran a sus derechos específicos como usuarios finales de servicios de comunicaciones electrónicas. En cualquier caso, el procedimiento que se adopte deberá ser transparente, no discriminatorio, sencillo, rápido y gratuito y establecerá el plazo máximo en el que deberá notificarse la resolución expresa, transcurrido el cual no se podrá entender desestimada la reclamación por silencio administrativo. La resolución que se dicte podrá impugnarse ante la jurisdicción contencioso-administrativa".* Recordemos que la redacción del artículo 38 LGT fue modificada por el Real Decreto-ley 13/2012. En este punto la modificación era importante, pues restringía el acceso al sistema de reclamación ante el Ministerio a las personas físicas y excluía a las personas jurídicas que estaban incluidas hasta el momento.

previsión ha pasado a la nueva Ley de Telecomunicaciones, a través de su artículo 55, que en su primer apartado reconoce, a los usuarios finales que sean personas físicas, el derecho a disponer de un procedimiento extrajudicial, transparente, no discriminatorio, sencillo y gratuito para resolver sus controversias con los operadores que exploten redes o presten servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público. A continuación, establece las principales características que debe tener el procedimiento de resolución extrajudicial creado a tal efecto por el Ministerio de Industria, Energía y Turismo; para finalizar con la advertencia de que lo dispuesto en el apartado anterior se entiende sin perjuicio del derecho de los usuarios finales a someter las controversias al conocimiento de las Juntas Arbitrales de consumo, de acuerdo con su legislación vigente.

Del artículo 55 LT podemos destacar tres aspectos. En primer lugar, notamos una mejora en su redacción respecto al artículo 38.1 LGT 2003, eliminando los problemas interpretativos que derivaban del precepto ahora derogado. Así, de la redacción del artículo 38 LGT parecía entreverse que los procedimientos de resolución de controversias se establecían jerárquicamente, de forma que el legislador imponía un orden necesario para acudir a los procedimientos extrajudiciales, quedando siempre a salvo, por supuesto, la posibilidad de acudir a la vía judicial[1086]. La nueva redacción disipa cualquier duda al respecto, teniendo la opción el usuario final de acudir a cualquiera de los procedimientos previstos en la norma. En segundo lugar, desaparece cualquier atisbo de regulación sobre el arbitraje de consumo. El artículo 38.1 LGT 2003

1086 Del artículo 38.1 LGT 2003 deducíamos que el consumidor para resolver cualquier litigio tendría, en primer lugar, que efectuar su reclamación ante el servicio de atención al cliente de la empresa. Solo en caso de que la reclamación no fuese resuelta en el plazo previsto o que su solución no fuese satisfactoria, el consumidor podría acudir al Arbitraje de Consumo. Finalmente, podría dirigir su reclamación a la Secretaría General de Telecomunicaciones en aquellos supuestos en que la empresa no se adhiera al sistema arbitral de consumo. Sin embargo, esta orden jerárquico no era real, pues en el desarrollo reglamentario se daba la opción al consumidor de acudir a la SETSI sin necesidad de que con anterioridad hubiese acudido al sistema arbitral de consumo. Sin embargo, HUALDE MANSO (2011) p. 585 y p. 588, defendía la interpretación literal del artículo 38.1 LGT 2003, al entender que la reclamación administrativa ante la SETSI era un procedimiento subsidiario al arbitraje de consumo, al estar esbozado como un castigo para las operadoras que no se sometieran voluntariamente al sistema arbitral.

establecía que *los operadores que exploten redes o que presten servicios de comunicaciones electrónicas y los consumidores que sean personas físicas y usuarios finales podrán someter las controversias que les enfrenten al conocimiento de las juntas arbitrales de consumo.* Con esta redacción, era fácil preguntarse si se habilitaba al operador a iniciar el procedimiento arbitral. Ahora el artículo 55 LT, de forma acertada, evita cualquier tipo de intromisión en la regulación del arbitraje de consumo, limitándose a hacer una remisión general a su regulación. Por último, cabe destacar su referencia a los principios de transparencia, no discriminación, sencillez y gratuidad que deben regir los procedimientos extrajudiciales de resolución de controversias. Estos principios ya estaban previstos en las Recomendaciones 98/257/CE y 2001/310/CE.

El artículo 55 LT debe ser completado por el apartado 2 del artículo 47 de la misma norma, en el que se establece la obligación de los operadores de disponer de un servicio de atención al cliente que facilite información, atienda y resuelva las quejas y reclamaciones de sus usuarios. El servicio de atención al cliente debe ser gratuito y, aunque se admite la posibilidad de que se preste a través de un canal telefónico, los operadores deben garantizar una atención personal.

El desarrollo de los procedimientos de resolución extrajudicial de conflictos se realizó a través del Reglamento general de telecomunicaciones, aprobado a través del Real decreto 424/2005, de 15 de abril, por el que se aprueba el Reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios. Pero su tiempo de vigencia ha sido corto, pues como ya advertimos, la Carta de derechos de los usuarios deroga y sustituye a esta norma en cuanto a la regulación de los derechos de los usuarios de los servicios de comunicaciones electrónicas.

Son dos los artículos que en la Carta de derechos de los usuarios regulan los procedimientos de resolución extrajudicial de conflictos, el artículo 26 dedicado al servicio de atención al cliente de los operadores, y el artículo 27 que

se refiere al procedimiento de reclamación ante la Secretaría General de Telecomunicaciones (en adelante SETSI)[1087]. La regulación del servicio de atención al cliente del operador y de la reclamación ante la SETSI se completa con la 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[1088].

Los procedimientos de resolución extrajudicial de conflictos previstos en las normas de telecomunicaciones son la reclamación ante el servicio de atención al cliente de la compañía de telecomunicaciones, el sistema arbitral de consumo y el recurso ante la SETSI. A continuación analizaremos cada uno de los procedimientos de resolución extrajudicial de conflictos establecidos por la LT y su normativa de desarrollo, pero no sin antes recordar que el consumidor tiene a su disposición las vías de mediación que le ofrecen tanto las asociaciones de consumidores y usuarios, como en la mayor parte del territorio la administración competente en materia de consumo[1089]. Es la propia LT la que recoge está posibilidad al establecer en el párrafo segundo del artículo 46.1 que: *"El reconocimiento de los derechos específicos de los usuarios finales de redes y servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público que efectúa este Capítulo se entiende sin perjuicio de los derechos que otorga a los consumidores el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y*

[1087] Es evidente la similitud de la redacción de los artículos 26 y 27 de la Carta de derechos, con el artículo 104 del Reglamento de servicio universal. Como diferencia cabe señalar que la Carta de derechos omite cualquier referencia al Sistema arbitral de consumo. Pero esta omisión no excluya al arbitraje como medio de resolución extrajudicial de los conflictos entre los usuarios y los operadores de comunicaciones electrónicas. Recordemos que el arbitraje de consumo goza de una regulación propia, a la que el propio artículo 55 LT se remite.

[1088] Tengamos en cuenta que tanto la Carta de derechos de los usuarios como la Orden ITC/1030/2007, deben ser considerados como la normativa de desarrollo de la Ley de Telecomunicaciones.

[1089] Así, ocurre en Galicia, donde el Instituto Galego de Consumo tiene atribuida la competencia para mediar, conforme al Decreto 329/1995, de 21 de diciembre, que desarrolla la Ley de creación del IGC, que en su artículo 1 dispone: *"...Le corresponde al IGC la realización, en el territorio de la Comunidad Autónoma de Galicia, de la política de defensa del consumidor y usuario. Además de las funciones previstas en el artículo 3 de la Ley, (...), le corresponde al IGC las funciones de protección al consumidor y usuario en el ámbito de inspección, vigilancia del mercado y de mediación y arbitraje".*

Usuarios aprobado por el Real decreto legislativo 1/2007, de 16 de diciembre"[1090].

III. LOS SERVICIOS DE ATENCIÓN AL CLIENTE

Rebollo Puig e Izquierdo Carrasco entienden por servicios y oficinas de información o atención al cliente, cualquier estructura que establezca un empresario y que, entre sus funciones, asuma la de facilitar información al consumidor y atender sus reclamaciones[1091]. El artículo 21 TRLGDCU dedica sus apartados 2º, 3º y 4º a los servicios de atención al cliente. Tal y como advierte Parra Lucán, la ley no impone a las empresas de manera general la obligación de disponer de un servicio de atención al cliente, ya que esa obligación no sería razonable por el coste que conlleva. A lo que si obliga la norma, es que cuando dispongan de él, deben asegurar que el consumidor tenga constancia de su reclamación o queja[1092]. Pero esta afirmación debe ser entendida con restricciones, pues hay sectores del ordenamiento en los que se obliga al empresario a disponer de un servicio especializado de atención al cliente, como ocurre en el sector de las telecomunicaciones.

El artículo 47.2 LT recoge la obligación de los operadores de disponer de un servicio de atención al cliente que facilite información y atienda y resuelva las quejas y reclamaciones de los usuarios. Aunque la LGT 2003 omitía cualquier referencia a los servicios de atención al cliente, tanto la Carta de derechos como la Orden ITC/1030/2007 sí regulan los servicios de información y reclamación del operador como un medio de resolución extrajudicial de conflictos[1093]. Su

[1090] El TRLGDCU dedica su artículo 21 a los servicios de atención al cliente, donde se recogen las notas que deben caracterizarlos.

[1091] REBOLLO PUIG e IZQUIERDO CARRASCO (2011) p. 425.

[1092] PARRA LUCÁN (2011) p. 290. Esta opinión es compartida por REBOLLO PUIG e IZQUIERDO CARRASCO (2011) p. 425.

[1093] La regulación de los servicios de atención al cliente como una vía previa de reclamación extrajudicial de conflictos no es exclusiva del sector de las telecomunicaciones, sino que es una práctica habitual en ciertos sectores del ordenamiento jurídico, como por ejemplo en servicios bancarios, seguros o transporte aéreo, en la que es una norma con rango de ley la que prevé los servicios de atención al cliente. La Ley 44/2002, de medidas para la reforma del sistema financiera, prevé la creación de un Comisionado para la defensa del asegurado y de los clientes de servicios financieros, que tendrá como función la resolución de las reclamaciones de los usuarios de dichos servicios. Es la propia Ley 44/2002 la que exige la previa interposición

regulación ha sido una constante en la normativa sectorial de telecomunicaciones[1094]. Junto a la normativa sectorial de telecomunicaciones, los servicios de atención al cliente de los operadores también están sometidos a la legislación estatal y autonómica sobre protección general de los consumidores y usuarios, tal y como prevé el artículo 26.5 de la Carta de derechos. Esta remisión normativa nos lleva a la aplicación del artículo 21 TRLGDCU a los servicios de atención al cliente de los operadores.

El ahora derogado artículo 104 del Reglamento de Telecomunicaciones regulaba los servicios de atención al cliente de los operadores con una particularidad, al preverse como una vía de reclamación previa al arbitraje de consumo o en su caso a la reclamación ante la SETSI. A pesar de la redacción del artículo 104 del Reglamento de Telecomunicaciones, no podíamos entender que la reclamación ante este departamento del operador fuese un trámite necesario e imprescindible para acudir a la vía arbitral. Teníamos que interpretar la vía de reclamación ante el servicio de atención al cliente del operador era una opción del usuario, quién libremente elegiría acudir a esta vía; pero en caso de que lo hiciera sería necesario esperar a su finalización para que la reclamación pudiera ser sometida al arbitraje de consumo[1095].

de la reclamación ante el servicio de atención al cliente ya sea del banco o de la entidad aseguradora.

[1094] El ya derogado artículo 61.1 del Real Decreto 1736/1998, de 31 de julio, por el que se aprueba el Reglamento por el que se desarrolla el Título III de la Ley General de Telecomunicaciones en lo relativo al servicio universal de telecomunicaciones, a las demás obligaciones de servicio público y a las obligaciones de carácter público en la prestación de los servicios y en la explotación de las redes de telecomunicaciones, disponía que: *"Las reclamaciones de los abonados del servicio telefónico disponible al público y las de los usuarios finales de los servicios de líneas susceptibles de arrendamiento sobre su funcionamiento, su precio, su facturación, la responsabilidad por daños o cualquier otra cuestión que pudiera plantearse en relación con la prestación del servicio, deberán dirigirse a cualquiera de las oficinas comerciales del operador, en el plazo de un mes desde el momento en que se tenga conocimiento del hecho que las motive. Formulada la reclamación, si el abonado no hubiera obtenido respuesta satisfactoria del operador en el plazo de un mes, podré acudir a las vías indicadas en los apartados siguientes".*

[1095] El artículo 21.3 TRLGDCU regula los servicios de atención al cliente de los prestadores de servicio en el mismo sentido que la interpretación expuesta, al disponer que una vez que la reclamación del usuario no se resuelva de forma satisfactoria, el prestador debe facilitar el acceso del usuario a los sistemas extrajudiciales de resolución a los que estuviera sometido. Vemos este precepto no impone como primera vía de reclamación el servicio de atención al cliente, pero una vez que el consumidor haya acudido al mismo, debe esperar a su resolución para poder acudir al resto de los procedimientos alternativos a la vía judicial.

Es plausible la nueva regulación que tanto la Ley de Telecomunicaciones como la Carta de derechos de los usuarios hace de los servicios de atención al cliente, al omitir cualquier referencia al orden de prelación de los servicios de resolución extrajudicial y así evitar interpretaciones innecesarias. Pero debemos advertir que algunos operadores exigen en sus ofertas públicas de adhesión al arbitraje, que el usuario interponga previamente su reclamación ante el servicio de atención al cliente[1096]. Estas limitaciones han sido aceptadas por la Junta arbitral de consumo. Por ello en estos casos, la reclamación ante el servicio de atención al cliente del operador sí sería un trámite previo y necesario al arbitraje de consumo.

Distinta es la exigencia de la reclamación previa ante el servicio de atención al cliente, para que el usuario pueda interponer la reclamación administrativa ante la SETSI. A pesar del silencio de la Carta de derechos de los usuarios, esta exigencia se desprende claramente del artículo 4 de la Orden ITC/1030/2007.

Tanto el artículo 26 de la Carta de derechos, como el artículo 10.1 de la Orden ITC/1030/2007, obligan a todos los operadores a tener un servicio especializado de atención al cliente[1097]. Pero el propio artículo 26 de la Carta de derechos establece la posibilidad de exención de esta obligación, a través de orden ministerial, por razones de volumen de negocio o número de trabajadores del operador. Sin embargo, no podemos entender que la exención de la obligación de tener un servicio especializado de atención al cliente prive al usuario de la posibilidad de reclamar o acudir al operador cuando se le plantee cualquier problema. En este supuesto, las funciones del servicio de atención al cliente tendrán que ser realizadas por la oficina comercial o cualquier otro órgano habilitado por el operador, ya que el propio legislador advierte que pese a la exención debe cumplirse en todo caso lo dispuesto en el artículo 8.1.I de la

[1096] Oferta pública de sometimiento de Telefónica de España, S. A. U.

[1097] Llama la atención que el artículo 2.3.b) de la Orden ITC 1030/2007 reitera la definición de operador y de usuario final, y ello pese a que coinciden con la ya establecida en la LGT (Anexo II).

Carta de derechos de los usuarios[1098]. Por tanto, la exención se refiere a la obligación de disponer de un servicio especializado de atención al cliente, pero el operador debe garantizar igualmente que el usuario pueda presentarle sus quejas o reclamaciones. A esta conclusión también podemos llegar tras la lectura del artículo 47.2 LT, en donde únicamente se establece la obligación de los operadores de disponer de un servicio de atención al cliente, eliminando la característica de especializado.

El servicio de atención al cliente tiene dos objetivos o funciones. En primer lugar, atenderá y resolverá las quejas o reclamaciones que le planteen los usuarios de los servicios de comunicaciones electrónicas, a la vez que facilitará la información que le soliciten[1099]. Además será el órgano encargado de relacionarse con el órgano administrativo de solución de controversias, esto es con la SETSI. Pese a que no hace referencia alguna, entendemos que por ser un servicio especializado, encargado de las quejas y reclamaciones de los usuarios, será además el órgano encargado de relacionarse con las Juntas Arbitrales de Consumo.

La primera característica que podemos destacar de los servicios de atención al cliente, es que debe ser un servicio "especializado", sin que la Carta de derechos de los usuarios ni la Orden ITC/1030/2007 hagan referencia a qué se refiere con dicha característica. La única explicación es que el legislador cuando define al servicio de atención al cliente como especializado, piensa que las personas encargadas de resolver las reclamaciones deben estar lo suficientemente cualificadas para dicha función, ofreciendo de esa forma cierta garantía al

[1098] El artículo 8.1.I de la Carta de derechos de los usuarios establece como contenido mínimo del contrato del servicio de comunicaciones electrónicas, *la dirección postal y de correo electrónico del departamento o servicio especializado de atención al cliente, teléfonos propios del operador y, en su caso, página web, o cualquier otro medio adicional habilitado por el operador a efectos de la presentación de quejas, reclamaciones, gestiones con incidencia contractual y peticiones por parte del abonado, especificando el procedimiento sencillo, gratuito y sin gastos adicional que permita la su presentación y acreditación*.

[1099] La previsión de que el servicio de atención al cliente debe facilitar información a los usuarios es una función prevista en el artículo 47.2 LT, que hasta el momento no se reconocía en la Orden ITC/1030/2007. Sin embargo, aunque no había un reconocimiento explícito, es evidente que facilitar información a los usuarios forma parte del procedimiento de resolución de quejas o reclamaciones.

consumidor en el tratamiento de su reclamación. Sin embargo, dudamos de la existencia de servicios de atención al cliente "especializados", pues no se establece reglamentariamente requisito alguno para el desempeño de dicha función, así como tampoco hay un órgano encargado de controlar y verificar la satisfacción del consumidor ante los servicios de atención al cliente. La práctica nos demuestra como en la mayor parte de las ocasiones las personas encargadas del servicio de atención al cliente no conocen siquiera la normativa aplicable.

Los servicios de atención al cliente deben ser gratuitos, tal y como establece el artículo 47.2 LT y reitera el artículo 26.2 de la Carta de derechos de los usuarios[1100]. Esta medida fomenta la utilización del servicio de atención al cliente por parte de los usuarios, como una vía previa a otros medios de resolución de conflictos, ya sean judiciales o extrajudiciales cuyo coste es más elevado. Será el operador el que se tenga que hacer cargo de todos los costes derivados de la gestión y funcionamiento de los servicios de atención al cliente. Con esta medida, se prohíbe la utilización de los números de tarificación adicional como medio para contactar con el servicio de atención al cliente. No solo podemos entender por tales aquellos cuya numeración se corresponde con el 803, 806 y 807, sino que también habrá que incluir a los números de coste añadido o compartido, como son los 901 y 902, pese a que su utilización para el consumidor suponga el pago de un precio mínimo o escaso, pues el coste de la llamada se comparte entre el propietario del número y el usuario.

La gratuidad del servicio de atención al cliente es una particularidad o característica que prevé la normativa sectorial de telecomunicaciones para los servicios de atención al cliente de los operadores. Por el contrario, nada prevé el artículo 21 TRLGDCU sobre la gratuidad de los servicios de atención al cliente. Busto Lago considera que esta omisión en el artículo 21 TRLGDCU posibilita, en principio y como regla general, su prestación onerosa[1101]. Con la modificación

[1100] En el mismo sentido el artículo 8.1.I) de la Carta de derechos de los usuarios establece que *"…a efectos de la presentación de quejas, reclamaciones y peticiones por parte del abonado, especificando un procedimiento sencillo y gratuito y sin cargos adicionales, que permita la presentación de las mismas y su acreditación"*.

[1101] BUSTO LAGO (2009) p. 302.

del TRLGDCU, llevada a cabo por la Ley 3/2014, se introduce en el artículo 21 una limitación a la posible onerosidad en la prestación de servicios de atención al cliente por vía telefónica. Así en su nueva redacción dispone que *en caso de que el empresario ponga a disposición de los consumidores y usuarios una línea telefónica a efectos de comunicarse con él en relación con el contrato celebrado, el uso de tal línea no podrá suponer para el consumidor y usuario un coste superior a la tarifa básica*[1102]. Es cierto que el actual artículo 21 TRLGDCU limita la carga onerosa que le supone al usuario el coste de la llamada al servicio de atención al cliente, de forma que el empresario no podrá obtener ningún beneficio por el uso de tal servicio. Sin embargo, no podemos calificarlo de gratuito, pues dicho calificativo implica sin coste alguno para el usuario. Por el momento, la gratuidad sigue siendo una característica particular de los servicios de atención al cliente de los operadores de servicios de comunicaciones electrónicas[1103].

En ocasiones, pese a que el servicio de atención al cliente es prestado a través de un número gratuito, el operador para la solución de la incidencia remite al usuario a llamar un número con coste[1104]. No cabe duda de que el consumidor podrá solicitar la devolución de las cantidades abonadas. Pero nos preguntamos nuevamente quién es el órgano encargado del control del cumplimiento de la exigencia de un servicio de atención al cliente gratuito. Si tenemos en cuenta que el artículo 21 TRLGDCU no exige la gratuidad de estos servicios y que está exigencia deriva de la normativa sectorial de telecomunicaciones, tendríamos

[1102] Finaliza el precepto con una aclaración de lo que se debe entender por tarifa básica, que será el coste ordinario de la llamada de que se trate, siempre que no incorpore un importe adicional en beneficio del empresario.

[1103] Debemos advertir que las CCAA, en uso de su competencia en materia de protección de consumidores y usuarios, pueden establecer la gratuidad de los servicios de atención al cliente de los empresario. Así lo ha hecho el legislador gallego, que a través del artículo 33 de la Ley 2/2012, de 28 de marzo, Gallega de Protección de las Personas Consumidoras y Usuarias, establece la gratuidad de los servicios de atención al cliente en aquellos casos en que el empresario no disponga de un establecimiento físico donde poder presentar la reclamación o en el caso de las empresas que presten servicios de carácter continuado.

[1104] Un ejemplo, lo tenemos en Telefónica de España S. A., que utiliza un 902 para solucionar cualquier incidencia en el servicio de la ADSL, sin que su número gratuito de atención al cliente resuelva dichas incidencias.

que concluir que su control corresponde a la SETSI, como órgano de control del cumplimiento de la normativa sectorial.

Como última característica del servicio de atención al cliente, hay que señalar que la Carta de derechos no lo configura exclusivamente como personal, sino que admite la posibilidad de que la presentación de reclamaciones pueda realizarse a través de vía telefónica. Si el operador habilita el servicio de atención al cliente por teléfono, debe informar al usuario de su derecho a solicitar un documento que acredite la presentación y contenido de su reclamación. Se admiten como soporte documental tanto el documento electrónico enviado telemáticamente, como el formato de papel impreso. El operador debe enviar la justificación documental de la reclamación en el plazo de diez días desde su solicitud.

Es necesario traer a colación, de nuevo en este momento, el artículo 21 TRLGDCU, que en su apartado segundo obliga a que junto al servicio de atención telefónica o electrónica, se garantice una atención personal directa[1105]. Nos encontramos con una contradicción normativa, ya que mientras el TRLGDCU exige la atención personal directa aunque pueda ser complementada por otros medios, la Carta de derechos habilita la vía telefónica como medio de reclamación.

Partiendo de que el TRLGDCU es una norma de rango superior, cabe entender que los operadores deben disponer de un servicio de atención personal, que permita al usuario interponer su queja o reclamación en presencia física del operador. Esta conclusión ha sido ratifica por la nueva redacción de la Ley de Telecomunicaciones, que en su artículo 47.2 dispone que los servicios de

[1105] El artículo 21.2 TRLGDCU dispone: *"Las oficinas y servicios de información y atención al cliente que las empresas pongan a disposición del consumidor deberán asegurar que éste tenga constancia de sus quejas o reclamaciones, mediante la entrega de una clave identificativa y un justificante por escrito, en papel o en cualquier otro soporte duradero. Si tales servicios utilizan la atención telefónica o electrónica para llevar a cabo sus funciones deberán garantizar una atención personal directa, más allá de la posibilidad de utilizar complementariamente otros medios técnicos a su alcance".* Fue la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de mejora en la protección de los consumidores y usuarios, la que incorporó la obligación de garantizar una atención personal directa, añadiendo un apartado 4 al artículo 13 LGCDU, que se trasladó literalmente al artículo 21.2 TRLGDCU.

atención al cliente mediante el canal telefónico deberán garantizar una atención personal directa, más allá de la posibilidad de utilizar otros medios técnicos a su alcance. Por tanto, parece que el legislador de telecomunicaciones hace suya la exigencia de una atención personal directa, reconocida en el TRLGDCU. Sin embargo, esta medida es poco efectiva especialmente en el ámbito de las telecomunicaciones, pues de nada le vale al consumidor el tener un servicio de atención personal si éste no se encuentra en su localidad, como ocurrirá en la mayoría de las ocasiones. No cabe la menor duda que la atención telefónica reporta mayores beneficios para los usuarios, que no tienen que desplazarse ni sujetarse a horarios restringidos para efectuar sus quejas o reclamaciones.

Analizadas las principales características de los servicios de atención al cliente, es necesario hacer referencia al procedimiento de reclamación. A diferencia de su predecesor, el artículo 26 de la Carta de derechos de los usuarios no hace referencia alguna al procedimiento de tramitación de las reclamaciones de los usuarios[1106]. Al contrario, parece que faculta al operador para determinar su procedimiento de reclamación, al exigir que en el documento contractual conste especificado un procedimiento sencillo, gratuito y sin cargos adicionales, que permita la presentación de las quejas o reclamaciones y su acreditación[1107].

Aunque se faculta al operador a determinar su procedimiento de gestión de reclamaciones, se exige que en todo caso el procedimiento deje constancia de la reclamación presentada por el consumidor. El operador está obligado a comunicar al usuario el número de referencia dado a la reclamación[1108]. Si el

[1106] El artículo 104.2 RGT exigía que la reclamación se formulará en el plazo de un mes desde que el usuario tuviera conocimiento del hecho que la motive. Un mes era también el plazo en que el operador debía resolver la reclamación, pero si el usuarios transcurrido ese plazo no hubiera obtenido respuesta, podía entender desestimada su reclamación, y así acudir a otros medios de resolución extrajudicial.

[1107] El artículo 8.1.I establece que el operador hará constar en el contrato: *Dirección postal y de correo electrónico del departamento o servicio especializado de atención al cliente a que se refiere el artículo 26, teléfonos propios del operador y, en su caso, página web, o cualquier otro medio adicional habilitado por el operador, a efectos de la presentación de quejas, reclamaciones, gestiones con incidencia contractual y peticiones por parte del abonado, especificando un procedimiento sencillo, gratuito y sin cargos adicionales, que permita la presentación de las mismas y su acreditación.*

[1108] Esta exigencia se ha incorporado al artículo 47.2 LT, al disponer que: *"Los operadores pondrán a disposición de sus clientes métodos para la acreditación documental de las gestio-*

servicio de atención al cliente es prestado a través de vía telefónica, el operador está obligado a informar al consumidor de su derecho a solicitar un documento que acredite la fecha de presentación y el contenido de la reclamación, documento que deberá enviarse al consumidor en el plazo de diez días. Es el artículo 11.2 de la Orden ITC/1030/2007 el que recoge los medios por los que se podrá dejar constancia de la reclamación, que son el documento electrónico enviado telemáticamente mediante firma electrónica y el formato de papel impreso. Pero el listado de medios recogidos no tiene carácter exhaustivo o cerrado, sino que se prevé la posibilidad de que la SETSI autorice cualquier otro medio, una vez que compruebe su eficacia a la hora de dejar constancia.

El usuario debe interponer la reclamación en el plazo de un mes desde el momento en que tenga conocimiento del hecho que motiva la reclamación, tal y como dispone el artículo 4 de la Orden ITC/1030/2007. En el plazo de un mes, el operador debe resolver la reclamación[1109]. Pero si el consumidor no recibe contestación en el mes siguiente a la formulación de la reclamación o la resolución no es satisfactoria, podrá acudir a la Junta arbitral o en su caso al procedimiento administrativo ante la SETSI.

IV RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA ANTE LA SECRETARIA DE ESTADO DE TELECOMUNICACIONES Y DE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN

Como ya ocurría en la anterior legislación, se recoge en el artículo 55 LT la reclamación administrativa ante la SETSI para la resolución de las controversias que surjan entre los consumidores y los operadores[1110]. Este

nes o reclamaciones realizadas, como el otorgamiento de un número de referencia o la posibilidad de enviar al cliente un documento en soporte duradero".

[1109] Así lo establece tanto el artículo 4 de la Orden ITC 1030/2007, como el artículo 21 TRLGDCU.

[1110] Este procedimiento ya estaba previsto en el artículo 38.1 LGT 2003, aunque ya existía con anterioridad. Así el apartado 3 del artículo 61 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 , dispone que: *"Para el supuesto de que el operador o el abonado no se sometan a las Juntas Arbitrales, éste podrá dirigirse, en el plazo de un mes desde la respuesta del operador o la finalización del plazo para responder, a la Secretaría General de Comunicaciones que, una vez realizados los trámites oportunos, dictará resolución sobre la cuestión planteada. La resolución que ésta dicte agotará la vía administrativa y contra ella podrá interponerse recurso contencioso-administrativo".*

precepto fue posteriormente desarrollado por el artículo 104 RGT, que fue derogado y sustituido por la Carta de derechos de los usuarios. Completa su regulación la 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.

Del tenor literal del artículo 38 LGT 2003 parecía desprenderse que este procedimiento quedaba reservado para aquellos supuestos en que el consumidor no pueda acudir a la vía arbitral bien por resultar incompetente o por que los operadores no se someten al arbitraje[1111]. Sin embargo, la Carta de derechos de los usuarios omite cualquier referencia al carácter subsidiario de la reclamación administrativa. Se limita a afirmar que los abonados podrán dirigir su reclamación a la SETSI, sin recoger ningún otro requisito[1112]. Esta posición se reafirma con la redacción del artículo 4 de la Orden ITC/1030/2007, al establecer como único requisito para la interposición de la reclamación ante la SETSI, la previa formulación de la reclamación ante el servicio de atención al cliente.

Nos preguntábamos entonces si era necesario agotar las posibilidades de acudir al Sistema Arbitral de Consumo para poder presentar la reclamación ante la SETSI, o por el contrario el consumidor podía elegir entre ambas vías. Analizando ambos procedimientos, podíamos decir que el Arbitraje de Consumo es por sus características más beneficioso para el consumidor que la reclamación ante la SETSI. Entre los beneficios del arbitraje podemos señalar en primer lugar, el arbitraje de consumo no se encuentra limitado en los derechos que pueda ejercitar el consumidor, salvo por las materias que sean de libre disposición, mientras que la SETSI solo podrá resolver sobre aquellos derechos que se deriven de la legislación de telecomunicaciones. En segundo lugar, el

[1111] HUALDE MANSO (2011) p. 585 y p. 588, defiende el carácter subsidiario de la reclamación ante la SETSI, respecto del arbitraje de consumo.

[1112] El derogado artículo 104 RGT amplió los supuestos de aplicación del régimen de reclamación administrativa, al posibilitar su acceso tanto cuando el operador o el abonado no se sometieran al arbitraje de consumo. De esta forma, bastaba que el usuario no quisiera someter su reclamación al arbitraje de consumo, sin necesidad de que la negativa fuera del operador, para acudir a la reclamación administrativa ante la SETSI.

procedimiento arbitral garantiza el principio de contradicción y de inmediatez, al existir una audiencia a la que podrán acudir ambas partes para formular sus alegaciones. Finalmente, y quizá el aspecto más importante, es que el laudo arbitral es vinculante y ejecutivo para ambas partes, mientras que contra la resolución de la SETSI se podrá interponer recurso ante la Jurisdicción Contencioso-administrativa. Vistos los beneficios del sistema arbitral de consumo entendemos que el legislador se inclinará porque el consumidor acuda previamente a la vía arbitral. Sin embargo, defendíamos la postura de que el consumidor pueda elegir entre las dos vías, pues al ser ambos procedimientos de ADR tendrán que estar guiados por la autonomía de la voluntad, no pudiendo imponerse al consumidor la obligación de tener que acudir necesariamente a uno de los procedimientos. Esta postura es la que se refleja en la nueva LT, pues en su artículo 55 desaparece cualquier duda sobre la jerarquía entre el arbitraje de consumo y la reclamación administrativa ante la SETSI. Se presentan como procedimientos alternativos a elección del usuario final[1113].

Mendoza Losana califica el procedimiento de reclamación administrativa ante la SETSI como un «procedimiento cuasiarbitral»[1114]. Pero en nuestra opinión, no es posible dar esa calificación a la reclamación administrativa, ya que no reúne los requisitos que caracterizan al procedimiento arbitral[1115]. Prueba de ello, es que en primer lugar, la reclamación administrativa ante la SETSI no es un procedimiento voluntario para el operador, mientras que cualquier procedimiento arbitral se caracteriza por su voluntariedad para las dos partes. En segundo lugar, a la reclamación administrativa no le es de aplicación supletoria la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, sino que su regulación se completará por la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las

[1113] Debemos advertir que la elección del usuario no es completamente libre, pues cada procedimiento tendrá su ámbito de aplicación y, en el caso del arbitraje de consumo y la reclamación administrativa ante la SETSI no son completamente coincidentes.

[1114] MENDOZA LOSANA (2005) p. 304, señala que «En cuanto a los mecanismos de resolución de conflictos, junto a la reclamación previa ante el operador, se mantiene el procedimiento arbitral de consumo y el procedimiento cuasiarbitral ante la SETSI (art. 104)».

[1115] HUALDE MANSO (2011) p. 587, sostiene que la reclamación ante la SETSI no puede recibir el calificativo de procedimiento cuasiarbitral, al no poseer las características propias de un arbitraje.

Administraciones Públicas y de Procedimiento Administrativo Común. Por último, cabe señalar que mientras que el laudo se caracteriza por ser vinculante, ejecutivo y firme, la resolución dictada por la SETSI solo es vinculante para el operador, por lo que el usuario puede acudir a la vía judicial para ejercitar sus derechos[1116]. Además, no es una resolución firme con efectos de cosa juzgada, ya que contra la misma cabe la interposición del recurso contencioso administrativo.

En nuestra opinión, la naturaleza jurídica de la reclamación ante la SETSI es administrativa, como una derivación de la potestad de vigilancia e inspección del cumplimiento de la normativa vigente que corresponde a la Administración[1117]. Es un procedimiento administrativo, prueba de ello es que será de aplicación subsidiaria la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Común, y que su resolución podrá ser recurrida ante la Jurisdicción Contencioso-administrativa. A través del la reclamación del usuario, la SETSI comprobará que la operadora cumple y garantiza los derechos que la legislación sectorial otorga a los consumidores y usuarios, y en este sentido dictará su resolución, de forma que los derechos del usuario se vean restablecidos. El incumplimiento de la resolución dictada en el procedimiento por parte de la operadora, dará lugar a un procedimiento sancionador. Ello, es una prueba más de que el procedimiento que analizamos es un procedimiento administrativo dentro de la competencia de vigilancia e inspección de la Administración[1118].

Para analizar el procedimiento de reclamación ante la SETSI, es necesario comenzar por el estudio de su ámbito de aplicación. El artículo 3 de la Orden ITC/1030/2007 establece el ámbito del procedimiento de reclamación ante

[1116] El artículo 17.1 RDAC dispone que: *"El laudo arbitral tendrá carácter vinculante y producirá efectos idénticos a la cosa juzgada".*

[1117] CARRASCO PERERA y CORDERO LOBATO (2013) p. 11, califican la reclamación administrativa ante la SETSI como un procedimiento administrativo, al que se pueden someter las controversias entre los usuarios finales y los operadores, siempre que se refieran a los derechos específicos de los usuarios finales.

[1118] Así también lo entiende HUALDE MANSO (2011) p. 587, al considerar que la reclamación ante la SETSI es «… un puro procedimiento administrativo extrañamente configurado por el ordenamiento para la consecución de una finalidad que es la resolución de una controversia inter privatos y que nada tiene que ver con la actuación o función que en nuestro Estado de Derecho tiene adjudicada la Administración...».

la SETSI, al hacer mención tanto de su objeto y órgano competente, como de las materias que están incluidas y excluidas del mismo.

Pero antes de referirnos a su ámbito de aplicación, debemos señalar que nos encontramos ante un procedimiento unidireccional, esto es, únicamente se inicia a instancia del consumidor. Solo podrán resolverse las reclamaciones que los consumidores planteen frente a los operadores, sin que quepa la posibilidad en ningún caso de que sea el operador quién inicie el procedimiento. Así, el artículo 55 de la LT dispone que: *"... el Ministerio de Ciencia y Tecnología establecerá reglamentariamente un procedimiento conforme al cual los usuarios finales que sean personas físicas podrán someterle dichas controversias"*. En el mismo sentido se pronuncia el artículo 27 de la Carta de derechos de los usuarios y, aún con mayor claridad, el artículo 4.2 de la Orden ITC/1030/2007, al señalar que: "*el procedimiento se iniciará a solicitud de los usuarios finales".*

A diferencia de lo que ocurre en el procedimiento arbitral, ni la Carta de derechos de los usuarios ni la Orden ITC/1030/2007 hacen referencia alguna a la posibilidad de que iniciado el procedimiento de reclamación ante la SETSI por el usuario, el operador pueda formular reconvención en el mismo procedimiento, para hacer valer sus pretensiones frente al consumidor. Esta omisión solo puede significar la imposibilidad de formular reconvención por el operador en este procedimiento, ya que en primer lugar no nos encontramos ante una vía sustitutiva de la vía judicial y, en segundo lugar, la resolución de la SETSI solo es vinculante para el operador, por lo que de nada valdría una resolución en perjuicio del usuario que, en todo caso, no está obligado a su cumplimiento.

El artículo 55 LT delimita el ámbito de aplicación subjetivo de la reclamación administrativa ante la SETSI, al señalar que los usuarios finales tendrán derecho a disponer de un procedimiento extrajudicial para resolver sus controversias con los operadores que exploten redes o presten servicios de comunicaciones electrónicas. Por tanto, los sujetos intervinientes en este procedimiento serán el usuario final y el operador. No es necesario hacer ningún

apunte sobre la figura del operador como sujeto interviniente en el procedimiento de reclamación administrativa ante la SETSI[1119].

Sobre el usuario final que puede acceder a este procedimiento de reclamación si es necesario hacer alguna puntualización. La propia Orden ITC/1030/2007 define a los usuarios en su artículo 2.3.a) como: *"la persona física o jurídica que utiliza o solicita como destinatario final un servicio de comunicaciones electrónicas disponible para el público de un operador de redes y servicios de comunicaciones electrónicas y que no explote redes públicas de comunicaciones ni preste servicios de comunicaciones electrónicas disponibles para el público ni tampoco revende".* Sin embargo, esta definición es innecesaria, ya que está recogida en los mismos términos tanto en la LT (Anexo II) como en la Carta de derechos de los usuarios (artículo 1).

Es necesario advertir en este punto, que la modificación del artículo 38 LGT 2003 a través del Real decreto-ley 13/2012, de 30 de marzo, introdujo una restricción de los usuarios finales que pueden acceder a la reclamación administrativa ante la SETSI. Con la nueva redacción se exige que el usuario final sea una persona física para poder interponer la reclamación ante la SETSI. Se excluyen de esta forma a todas aquellas personas jurídicas que utilizan como destinatarios finales los servicios de comunicaciones electrónicas. Esta restricción se mantiene en el artículo 55 de la actual Ley de Telecomunicaciones, al señalar que *el Ministerio de Industria, Energía y Turismo establecerá mediante orden un procedimiento conforme al cual, los usuarios finales que sean personas físicas podrá someterle dichas controversias.*

No entendemos la limitación del acceso a la vía de reclamación administrativa ante la SETSI, cuando es el propio legislador el que otorga a esas personas jurídicas la condición de usuario final y, a la vez, le reconoce los mismos derechos que a las personas físicas, llegando incluso a extender por remisión la normativa específica de protección de consumidores, como ya vimos

[1119] Tengamos en cuenta el análisis ya realizado sobre el operador en el Capítulo II de este trabajo (apartado 2.4.1).

con anterioridad[1120]. Con esta restricción el legislador consigue que los usuarios finales que sean personas jurídicas difícilmente puedan hacer valer los derechos que la propia norma les reconoce, ya que únicamente disponen de la vía judicial para su ejercicio.

Como advierte Mendoza Losana, el arbitraje de consumo y la resolución de conflictos por la SETSI no siempre son procedimientos intercambiables, al no coincidir su ámbito de aplicación subjetivo[1121]. La SETSI resolverá los conflictos entre los operadores y las personas físicas que sean usuarios finales, esto es, aquellos que utilicen los servicios de comunicaciones, pero que no exploten redes públicas o que sean prestadores de servicios. Mientras que el arbitraje de consumo se reserva únicamente a los consumidores conforme a la definición del TRLGDCU, excluyendo a cualquier profesional que utilice el servicio para su actividad empresarial. Así mientras una fundación o asociación sin ánimo de lucro puede ejercitar sus derechos como usuario final del servicio de comunicaciones a través del procedimiento arbitral, no podrá acudir al sistema de reclamación administrativa. Por el contrario, un profesional autónomo podrá ejercitar a través de la reclamación administrativa ante la SETSI, los derechos que la normativa sectorial de telecomunicaciones le reconoce como usuario final, pero en ningún caso podrá acudir al arbitraje de consumo.

El ámbito de aplicación objetivo de la reclamación administrativa ya está delimitado en el artículo 55 LT, al contemplar que los usuarios podrán someter las controversias que se refieran a sus derechos específicos como usuarios finales de los servicios de comunicaciones electrónicas[1122]. Pero su concreción la

[1120] Téngase en cuenta el análisis del concepto de consumidor y usuario final desarrollado en el Capítulo II de este trabajo.

[1121] MENDOZA LOSANA (2005) p. 304, afirma que el arbitraje de consumo y la resolución de conflictos por la SETSI no siempre son procedimientos intercambiables, pues la SETSI resuelve los conflictos entre operadores y consumidores que sean personas físicas y otros usuarios finales; y el arbitraje de consumo es un procedimiento reservado a los consumidores que sean personas físicas, pero no a otros usuarios finales.

[1122] Esta delimitación también se encontraba en el derogado artículo 38.1 LGT 2003, así como en el artículo 104 RGT, que disponía que: *"…La Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información que, una vez realizados los trámites oportunos, dictará resolución sobre la cuestión planteada que únicamente podrá versar sobre los derechos de los consumidores que sean personas físicas u otros usuarios finales regulados específicamente en este título y en su normativa de desarrollo…"*. Este último precepto no fue trasladado a

encontramos en la Orden ITC/1030/2007, que limita la aplicación de este procedimiento a aquellas materias que se encuentran definidas en el artículo 3.1, que son: la disconformidad con las facturas, negativa o demora en la instalación de la línea telefónica o, en la tramitación de la baja, o en la portabilidad del número, las contrataciones no solicitadas por el usuario, averías e interrupciones del servicio, incumplimiento de ofertas por el operador o del derecho de desconexión, depósitos de garantía del servicio telefónico fijo o falta de comunicaciones de las modificaciones contractuales. Se cierra la enumeración con una cláusula en la que se permite acudir a la reclamación administrativa para ejercitar los derechos que se deriven de la legislación en materia de telecomunicaciones, como son los que se enumeran en la Carta de derechos de los usuarios[1123].

Además de especificar las materias que los usuarios pueden someter a conocimiento de la SETSI a través de la reclamación administrativa, la Orden ITC/1030/2007 también se preocupa por aclarar en qué casos no es posible reclamar por esta vía. Así, no podrán ser objeto de este procedimiento las controversias que se regulen por normativa distinta de la protección recogida en la normativa de telecomunicaciones. Es necesario hacer un análisis pormenorizado de cada una de las materias excluidas.

En primer lugar, se excluye la reclamación de indemnizaciones por los daños y perjuicios causados por la prestación deficiente del servicio o por su falta de prestación. No entendemos el alcance de la exclusión efectuada, sobre todo si tenemos en cuenta que la Carta de derechos de los usuarios establece la fórmula para el cálculo de la indemnización en caso de interrupción temporal del servicio telefónico disponible al público[1124]. Además, la Orden IET/1090/2014,

la Carta de derechos de los usuarios, cuyo artículo 27 se limita a hacer una remisión a su norma de desarrollo.

[1123] Aunque el precepto hace referencia al RGT, debemos entender que la remisión se refiere a la Carta de derechos de los usuarios como norma que la ha sustituido.

[1124] La Carta de derechos de los usuarios establece el derecho a la indemnización por interrupción temporal del servicio tanto telefónico como de acceso a Internet en sus artículos 15 y 16 respectivamente. Recordemos que además, reconoce en su artículo 18 que el operador responderá de los daños causados a los usuarios finales conforme a la legislación civil y mercantil, y en su caso, en el TRLGDCU.

de 16 de junio, por la que se regulan las condiciones relativas a la calidad de servicio en la prestación de los servicios de comunicaciones electrónicas, establece la indemnización en caso de incumplimiento[1125]. En ambos preceptos se reconoce al usuario el derecho de indemnización en caso de interrupción del servicio de comunicaciones electrónicas. Si el ámbito de aplicación de la reclamación administrativa es el ejercicio de los derechos derivados de la Carta de derechos de los usuarios y su normativa de desarrollo, cómo se puede explicar la exclusión de la reclamación de indemnizaciones sin distinción alguna.

Si bien es cierto que las indemnizaciones recogidas tanto en la Carta de derechos de los usuarios como en la Orden IET/1090/2014 tienen carácter automático, esto es, se impone al operador la obligación de su abono sin necesidad de que sean reclamadas por el consumidor, ello no significa que el operador en todos los casos haga efectivo el abono de la indemnización que corresponde al usuario. Al contrario, lo más frecuente es que el operador no indemnice al usuario automáticamente, de forma que éste se vea obligado a reclamarla. Estas indemnizaciones serán, en la mayor parte de las ocasiones, de escasa cuantía, lo que descarta su reclamación en vía judicial. Por ello, la reclamación administrativa ante la SETSI sería la vía más adecuada para su ejercicio, sobre todo cuando el operador no se someta al procedimiento arbitral.

Además, hay que señalar que con la aprobación de la Ley 44/2006, de mejora en la protección de los consumidores y usuarios, se prevé la posibilidad de establecer la indemnización de daños y perjuicios a través del procedimiento sancionador. Esta previsión ha sido incorporada al TRLGDCU[1126]. Si se entiende que el procedimiento sancionador, como procedimiento administrativo cuya

[1125] El artículo 11 de la Orden IET/1090/2014, dispone que en los contratos que celebren los operadores con los consumidores se deberá especificar el método de cálculo de la indemnización asociada al incumplimiento de los compromisos de calidad.

[1126] El artículo 48 TRLGDCU dispone: *"Conforme a lo previsto en 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, en el procedimiento sancionador podrá exigirse al infractor la reposición de la situación alterada por la infracción a su estado original y, en su caso, la indemnización de daños y perjuicios probados causados al consumidor que serán determinados por el órgano competente para imponer la sanción, debiendo notificarse al infractor para que en el plazo de un mes proceda a su satisfacción, quedando, de no hacerse así, expedita la vía judicial".*

finalidad es sancionar un ilícito administrativo, es apto para la fijación de la indemnización, por qué no se puede resolver una reclamación de indemnización conforme a la legislación en materia de telecomunicaciones a través de la reclamación administrativa ante la SETSI, ya que las garantías para el consumidor deberían ser las mismas.

Otra de las materias excluidas del ámbito de aplicación de la reclamación administrativa ante la SETSI es la posible existencia de cláusulas abusivas, al estar reguladas en el TRLGDCU[1127]. Pero no podemos olvidar que el artículo 11 de la Carta de derechos de los usuarios prevé la necesidad de aprobación por la SETSI de los contratos referente al servicio público, así como la notificación de los restantes contratos de telefonía, en los que se incluyan condiciones generales.

A continuación excluye del ámbito de aplicación de la norma, las posibles infracciones de la Ley 34/88, de 11 de noviembre, General de Publicidad. Sin embargo, se incluye el incumplimiento de ofertas por el operador. ¿No deben ser consideradas las ofertas del operador como publicidad, quedando así incluidas en el ámbito de aplicación de la Ley general de publicidad? La Ley general de publicidad se dedica principalmente a la regulación de los contratos publicitarios, que no entrarán dentro del ámbito de aplicación de la reclamación administrativa, ya que de su regulación no se derivan derechos directamente ejercitables por los consumidores. Pero entendemos que sí será indirectamente aplicable, al recoger definiciones aplicables con independencia del sector, como son el concepto de publicidad falsa o de publicidad engañosa.

Además se excluyen otras materias por ser competencia de otros órganos. Así, las materias relativas a la protección de datos personales, por ser competencia de la Agencia Estatal de Protección de Datos; las denuncias por incumplimiento de la normativa reguladora de las relaciones entre operadores cuya competencia corresponde a la Comisión Nacional de los Mercados y de la

[1127] La regulación de las condiciones generales y cláusulas abusivas se recoge en el Título II del Libro I del TRLGDCU, artículos 80 y siguientes.

Competencia; las materias que deban ser conocidas necesariamente por los Juzgados y Tribunales, esto es, las materias indisponibles[1128].

Cierra la enumeración con la exclusión de aquellas reclamaciones dirigidas a otras Administraciones públicas con competencia en la protección de los consumidores y usuarios. Esta exclusión no es por la materia ni por la normativa que lo regule, sino porque la reclamación se dirige a otra Administración competente en materia de protección de consumidores y usuarios. En este supuesto, podría ocurrir que el usuario tuviera la posibilidad de escoger entre interponer la reclamación ante el órgano administrativo competente en materia de protección de consumidores y usuario, o presentar la reclamación administrativa ante la SETSI. Un ejemplo sería en los casos en que la controversia versara sobre la contratación no solicitada, o la disconformidad con la facturación, pues la protección del usuario puede fundamentarse tanto en la normativa sectorial de telecomunicaciones como en las normas de protección de los consumidores. Será el usuario quién decida que órgano administrativo tramitará su reclamación. Pero para su elección, debe tener en cuenta, que salvo sometimiento al arbitraje de consumo, el órgano competente en materia de protección al consumidor tan solo puede mediar para intentar ofrecer una solución al consumidor, sin que pueda dar una resolución vinculante para el operador.

Por su parte se excluyen las actuaciones o la falta de actuación del operador, en lo relativo a derechos de ocupación, de paso o servidumbres relativos a instalaciones físicas, cableado o antenas, y las materias relacionadas con aparatos terminales de telecomunicaciones o con instalaciones situadas tras el punto de terminación de red.

Finalmente, se excluyen los asuntos sobre los que haya recaído laudo arbitral. No era necesario hacer referencia a esta causa de exclusión, puesto que si existe laudo arbitral, la materia es indisponible, y no cabe acudir a otro

[1128] Recordemos que aunque la Orden ITC/1030/2007 habla de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, en la nueva Ley de Telecomunicaciones ha pasado a ser la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

procedimiento, sea judicial o extrajudicial, para que resuelva sobre la misma materia. Una vez celebrado el arbitraje y emitido el laudo, el asunto será cosa juzgada.

Analizado el ámbito de aplicación, es necesario hacer referencia al procedimiento de reclamación administrativa ante la SETSI. El artículo 55 LT perfila este procedimiento, al exigir que sea un procedimiento transparente, no discriminatorio, sencillo, rápido y gratuito. A diferencia de su norma predecesora, la Carta de derechos de los usuarios no hace mención alguna al procedimiento de reclamación. Tan solo hace una remisión a su normativa de desarrollo[1129]. El procedimiento de reclamación administrativa se recoge en la Orden ITC/1030/2007.

La reclamación administrativa ante la SETSI se caracteriza por ser un procedimiento rápido y gratuito. De esta forma, da respuesta al mandato constitucional del artículo 51 CE, por el que se obliga a establecer procedimientos eficaces para garantizar la protección de los consumidores y usuarios. La rapidez y gratuidad de este procedimiento permiten al consumidor evitar un procedimiento judicial largo y costoso para resolver sus reclamaciones.

El procedimiento se inicia con la reclamación del usuario final. Pero es necesario que con anterioridad haya cumplido un requisito previo. El usuario debió interponer la reclamación ante el servicio de atención al cliente del operador en el plazo de un mes, a contar desde que tuvo conocimiento del hecho que motivo la reclamación. No podemos dejar de preguntarnos qué ocurre si el consumidor no ha interpuesto la reclamación o bien no la ha interpuesto dentro del plazo previsto. Conforme al artículo 4 de la Orden ITC/1030/2007, no cabe la menor duda de que la formulación de la reclamación es un requisito

[1129] El apartado 4 del artículo 104 RGT hacía una breve referencia al procedimiento de reclamación administrativa ante la SETSI. Exigía que la reclamación se interpusiese en el plazo de tres meses, desde la negativa o falta de respuesta del operador. La SETSI tenía un plazo de seis meses para la tramitación del procedimiento, resolución y notificación. Disponía, además, que la resolución agotaba la vía administrativa, y contra la misma, cabía la interposición de recurso contencioso-administrativo.

imprescindible para interponer la reclamación administrativa ante la SETSI[1130]. Por tanto, tenemos que concluir que la falta de reclamación previa ante el servicio de atención al cliente o la no interposición en el plazo señalado, priva al usuario de la vía de reclamación administrativa ante la SETSI.

El usuario debe interponer su reclamación en el plazo de tres meses a contar o bien desde que haya transcurrido el plazo de un mes sin que el operador hubiera contestado a la reclamación o lo hubiera hecho de forma insatisfactoria para el consumidor, o bien desde la notificación de no aceptación del arbitraje por el operador. En este último supuesto se exige que además el consumidor haya solicitado el arbitraje de consumo también en el plazo de tres meses a contar, una vez más, desde que haya transcurrido el plazo de contestación de la reclamación ante el servicio de atención al cliente, o que la contestación sea insatisfactoria.

No entendemos como a pesar de que el legislador proclama que su regulación responde a la necesidad de proteger los derechos e intereses de los consumidores, le impone el cumplimiento de unos plazos tan rígidos y estrictos. Difícilmente el consumidor conocerá los plazos previstos en la norma, pues apenas los expertos en la materia saben de su existencia. Es fácil que el consumidor se quedé sin la opción de reclamar sus derechos a través del procedimiento administrativo ante la SETSI. Para paliar los efectos perjudiciales de la exigencia de los plazos previstos, sería deseable que el operador estuviese obligado a informar sobre su existencia, de la misma forma que está obligado a informar sobre el procedimiento de reclamación ante su servicio de atención al cliente en el contrato (artículo 8.1.I de la Carta de derechos de los usuarios). Esta medida favorecería el conocimiento de los consumidores, aunque no garantizaría su efectividad. Parece que esta es la intención del TRLGDCU al exigir, en su artículo 21, que el empresario facilite al consumidor el acceso a los sistemas extrajudiciales de resolución de conflictos a los que esté adherido, cuando su

[1130] El artículo 4.1 de la Orden ITC/1030/2007 dispone: *"Con carácter previo al inicio del procedimiento, el usuario final debe presentar la correspondiente reclamación ante el operador, en el plazo de un mes desde el momento en que se tenga conocimiento del hecho que motiva la reclamación …"*

reclamación no haya sido resuelta satisfactoriamente ante el servicio de atención al cliente[1131]. Una previsión similar es más que deseable en la regulación de los servicios de atención al cliente de los operadores de comunicaciones electrónicas

El artículo 4.2 de la Orden ITC/1030/2007 establece los requisitos que debe cumplir la reclamación del consumidor. Así, la solicitud deberá contener los hechos, razones y petición del usuario, además de las exigencias previstas en el artículo 70 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común[1132]. Si la solicitud no reúne todos los requisitos, se le concederá al consumidor un plazo de diez días para que proceda a su subsanación. En caso de no hacerlo se le tendrá por desistido en su reclamación, previa resolución conforme al artículo 42 de la Ley 30/1992[1133].

[1131] Con esta previsión del artículo 21.3, el TRLGDCU cumple las exigencias de la Directiva 2013/11/UE, sobre resolución alternativa de litigios en materia de consumo, que recordemos recogía los deberes de información del comerciante acerca de los posibles sistemas de resolución extrajudicial de litigios que el consumidor tuviera a su disposición. Lo que nos llama la atención es que el artículo 21 TRLGDCU, a pesar de su modificación por la Ley 3/2014, haga referencia a aquellos procedimientos extrajudiciales de resolución de conflictos que se ajusten a las Recomendaciones 98/257/CE y 2001/310/CE, cuando la Directiva 2013/11/UE ya se encuentra en periodo de transposición.

[1132] El artículo 70 de la Ley 30/1992, dedicado a las solicitudes de iniciación, dispone: "*1. Las solicitudes que se formulen deberán contener: a) Nombre y apellidos del interesado y, en su caso, de la persona que lo represente, así como la identificación del medio preferente o del lugar que se señale a efectos de notificaciones. b) Hechos, razones y petición en que se concrete, con toda claridad, la solicitud. c) Lugar y fecha. d) Firma del solicitante o acreditación de la autenticidad de su voluntad expresada por cualquier medio. e) Órgano, centro o unidad administrativa a la que se dirige. 2. Cuando las pretensiones correspondientes a una pluralidad de personas tengan un contenido y fundamento idéntico o sustancialmente similar, podrán ser formuladas en una única solicitud, salvo que las normas reguladoras de los procedimientos específicos dispongan otra cosa. 3. De las solicitudes, comunicaciones y escritos que presenten los interesados en las oficinas de la Administración, podrán éstos exigir el correspondiente recibo que acredite la fecha de presentación, admitiéndose como tal una copia en la que figure la fecha de presentación anotada por la oficina. 4. Las Administraciones Públicas deberán establecer modelos y sistemas normalizados de solicitudes cuando se trate de procedimientos que impliquen la resolución numerosa de una serie de procedimientos. Los modelos mencionados estarán a disposición de los ciudadanos en las dependencias administrativas. Los solicitantes podrán acompañar los elementos que estimen convenientes para precisar o completar los datos del modelo, los cuales deberán ser admitidos y tenidos en cuenta por el órgano al que se dirijan".*

[1133] La misma previsión se establece en el artículo 71 de la Ley 30/1992, que señala: "*1. Si la solicitud de iniciación no reúne los requisitos que señala el artículo anterior y los exigidos, en su caso, por la legislación específica aplicable, se requerirá al interesado para que, en un plazo de diez días, subsane la falta o acompañe los documentos preceptivos, con indicación de que, si así no lo hiciera, se le tendrá por desistido de su petición, previa resolución que*

Debidamente presentada la reclamación por el usuario, la SETSI dará traslado al operador, para que en el plazo de quince días formule las alegaciones que estime oportunas. Las alegaciones del operador harán referencia tanto a su posición en las cuestiones planteadas por el consumidor, como sobre las posibles medidas que proponga para la solución de la reclamación. Pese a la omisión de la norma, el plazo otorgado deberá entenderse como días hábiles y no naturales, por tratarse de un procedimiento administrativo.

La posibilidad de que el operador proponga en sus alegaciones las medidas oportunas para la solución de la reclamación, le permite resolver en esta instancia la reclamación. Se abre una vía de mediación entre ambas partes, en la que la intervención de la SETSI parece inexistente. Parece que queda en manos del operador la opción de solucionar la reclamación sin necesidad de que la SETSI emita su resolución. Si tenemos en cuenta que para que el usuario pueda presentar la reclamación administrativa es necesario que haya interpuesto su queja con antelación ante el servicio de atención al cliente del operador, el cual no está obligado a dar una respuesta a esa reclamación, y que es el propio servicio de atención al cliente el encargado de relacionarse con la SETSI, entendemos que el procedimiento no es equitativo en perjuicio del consumidor[1134].

Se obliga al consumidor a interponer su reclamación dentro de unos plazos rígidos, que en caso de incumplimiento le priva de la posibilidad de acudir a este procedimiento que, no olvidemos las palabras del legislador, tiene como fin garantizar los derechos e intereses de los consumidores. Mientras, el operador podrá obviar la reclamación del consumidor en la vía previa ante su servicio de atención al cliente, sin ningún tipo de penalización. Además el

deberá ser dictada en los términos previstos en el artículo 42. 2. Siempre que no se trate de procedimientos selectivos o de concurrencia competitiva, este plazo podrá ser ampliado prudencialmente, hasta cinco días, a petición del interesado o iniciativa del órgano, cuando la aportación de los documentos requeridos presente dificultades especiales. 3. En los procedimientos iniciados a solicitud de los interesados, el órgano competente podrá recabar del solicitante la modificación o mejora voluntarias de los términos de aquélla. De ellos se levantará acta sucinta, que se incorporará al procedimiento."

[1134] Así lo establece el artículo 10 de la Orden ITC/1030/2007, que designa como órgano encargado de relacionarse con la SETSI al departamento o servicio especializado de atención al cliente del operador.

operador podrá resolver la reclamación en el procedimiento ante la SETSI. Nos preguntamos si algún operador se molestará en gestionar las reclamaciones presentadas ante su servicio de atención al cliente. Si lo piensan bien se ahorrarán la molestia, pues incluso habrá usuarios que ante la falta de respuesta por parte del servicio de atención al cliente desista de su reclamación. Si esperan a resolver las reclamaciones a que éstas lleguen al procedimiento ante la SETSI, tendrán los mismos perjuicios, e incluso se podrán beneficiar de una disminución del número de reclamaciones interpuestas.

Si el operador no presenta sus alegaciones dentro del plazo concedido, se continuará con la tramitación del procedimiento. Continúa el apartado 2 del artículo 5 de la Orden ITC/1030/2007 *"sin perjuicio de la posible responsabilidad del operador conforme a lo establecido en el Título VIII de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones"*. Parece que se intenta castigar la inactividad del operador en el procedimiento de reclamación ante la SETSI, a diferencia de la reclamación ante el servicio de atención al cliente del propio operador. Sin embargo, no encontramos en el catálogo de infracciones recogidas en el Título VIII de la LT (artículos 76, 77 y 78) la inactividad del operador en el procedimiento de reclamación ante la SETSI como un ilícito administrativo. Quizá podríamos entender tipificada su inactividad como infracción grave conforme al artículo 77.35) o, como infracción leve conforme al artículo 78.4), ambos de la LT[1135].

De las alegaciones efectuadas por el operador se le dará traslado al usuario para que, en el plazo de quince días nuevamente hábiles, conteste a las mismas aportando la documentación que entienda oportuna en defensa de sus derechos e intereses. El procedimiento continuará en aquellos casos en que el consumidor no formule sus alegaciones en el plazo señalado.

[1135] El artículo 77.35) LT tipifica como infracción grave: *"no facilitar, cuando resulte exigible conforme a lo previsto por la normativa reguladora de las comunicaciones electrónicas, los datos requeridos por la Administración..."*; y el artículo 78.4) califica como infracción leve: *"No facilitar los datos requeridos por la Administración o retrasar injustificadamente su aportación cuando resulte exigible conforme a lo previsto por la normativa reguladora de las comunicaciones electrónicas"*.

Con el fin de solucionar el problema de las contrataciones no solicitadas, el artículo 7 de la Orden ITC/1030/2007 impone la carga de la prueba al operador de la existencia del contrato. El operador podrá acreditar la existencia del contrato por documento escrito, mediante firma electrónica, mediante el sistema de contratación verbal con verificación por terceros independientes. Además la norma no excluye la prueba del contrato a través de otros medios, pero en ese caso se tendrán que valorar caso por caso.

En caso de cambio de operador, el apartado 2 del artículo 7 de la Orden ITC/1030/2007, da validez a la baja efectuada por el nuevo operador en caso de que el usuario lo autorice para ello. En caso de no haber autorización, será el usuario el que tenga que solicitar la baja, así como el que se haga cargo de las facturas que se generen. Pero este precepto está desfasado y debemos entenderlo derogado por la nueva regulación. Tal y como dispone el artículo 47.1.c) LT, en el que se regula el derecho al cambio de operador con conservación de número, los contratos de los usuarios finales con los operadores cedentes, en lo relativo a los servicios afectados por la conservación de los números, quedarán automáticamente resueltos una vez concluido el proceso de cambio de operador. Por tanto, ya no es necesario que el usuario final autorice expresamente a su nuevo operador para la baja del servicio con el operador cedente, sino que la baja se produce automáticamente con la solicitud de cambio de operador con conservación de número.

El artículo 8 de la Orden ITC/1030/2007 nos ofrece otro criterio para valorar la reclamación, al disponer que: "*En la resolución de la reclamación se tendrá en cuenta, cuando proceda, la situación del operador en cuanto al cumplimiento de los requisitos sobre calidad de la facturación que se establecen en la Orden ITC/912/2006, de 29 de marzo, sobre calidad de servicio en la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas"*. No se recoge en la Orden ITC/1030/2007 la práctica de la prueba. Sin embargo, entendemos puesto que es un procedimiento administrativo debe aplicarse subsidiariamente la Ley 30/1992, de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y de

Procedimiento Administrativo Común, que en sus artículos 80 y 81 recoge la práctica de la prueba[1136].

Efectuadas las alegaciones por las partes y practicada la prueba oportuna, la Secretaría del Estado de las Telecomunicaciones tendrá que dictar resolución y proceder a su notificación en el plazo de seis meses, computados desde la fecha en que la solicitud de la reclamación haya tenido entrada en el Registro de la SETSI. La resolución tendrá que ser motivada y tendrá que decidir sobre todas aquellas cuestiones planteadas en el procedimiento. Además, agota la vía administrativa y, contra la misma, cabe la interposición del recurso contencioso-administrativo.

La resolución es vinculante para el operador. Aunque no hay mención expresa al respecto, parece que la resolución determinará el plazo y la forma en que deberá ser ejecutada por el operador[1137]. No contempla la norma cuál es el procedimiento a seguir si el operador no cumple voluntariamente la resolución de la SETSI. Una vez más tendremos que acudir a la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y de Procedimiento Administrativo Común, que en sus artículos 93 y siguientes establece el procedimiento de ejecución de las resoluciones administrativas.

Por último, señalar que el incumplimiento de las resoluciones dictadas en este procedimiento, así como su cumplimiento tardío o defectuoso, están tipificados como infracciones en la Ley de Telecomunicaciones[1138]. Así, el operador que no cumpla o lo haga de forma tardía o defectuosa, las resoluciones dictadas por la SETSI en el procedimiento administrativo de resolución de

1136 No podemos olvidar que la propia Orden ITC 1030/2007 se remite en varios de sus preceptos a la Ley 30/92, como en el artículo 4.4 al disponer que: "Si la solicitud de iniciación no reúne los requisitos (…) requerirá al interesado para que, en el plazo de diez días, subsane la falta o acompañe los documentos preceptivos, con indicación de que, si así no lo hiciera, se le tendrá por desistido, previa resolución que deberá ser dictada en los términos previstos en el artículo 41 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre", o el artículo 5.1.

1137 Así se desprende del apartado 3 del artículo 9 de la Orden ITC 1030/2007, cuando establece que los operadores deben ejecutar la resolución en los términos previstos en la misma.

1138 El incumplimiento y el cumplimiento tardío o defectuoso se tipifican como infracciones, respectivamente, en los artículos 76.13) LT (infracción muy grave) y 77.18) (infracción grave).

controversias, podrá ser sancionado. Con esta previsión, se consigue dar efectividad y eficacia a este procedimiento de resolución extrajudicial.

V. EL SISTEMA ARBITRAL DE CONSUMO

El artículo 55 de la Ley de Telecomunicaciones, al igual que su predecesor artículo 38.1 LGT (2003), hace una referencia explícita al arbitraje de consumo como uno de los medios a los que pueden acudir los usuarios para resolver las controversias con los operadores. Aunque el arbitraje de consumo no es un procedimiento exclusivo del sector de las telecomunicaciones, podemos afirmar que en éste ha encontrado su máximo desarrollo[1139]. Una gran parte de las controversias que se resuelven a través del arbitraje de consumo se refieren a las reclamaciones que los consumidores interponen a las operadoras de telefonía, como consecuencias de que la mayor parte de las operadoras de telefonía se encuentran adheridas al arbitraje de consumo a través de ofertas públicas de sometimiento[1140]. A la vista de la importancia que ha adquirido el arbitraje de consumo en el sector de las telecomunicaciones, es necesario que antes de finalizar nuestro trabajo hagamos un estudio detallado de este sistema de resolución alternativa de conflictos.

1. Regulación general del sistema arbitral de consumo

El arbitraje de consumo se crea a través del artículo 31 de la original LGDCU, que ha sido sustituida por 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 Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias[1141]. Con la creación del arbitraje de consumo se cumple el mandato constitucional impuesto

[1139] Así lo evidencia la Memoria sobre el Arbitraje de Consumo del año 2007, última que ha sido publicada (http://consumo-inc.gob.es/arbitraje/docs/memarb072.pdf), en la que se refleja que más de un 49% de las solicitudes de arbitraje corresponden al sector de las comunicaciones electrónicas.

[1140] En la Memoria sobre el Arbitraje de Consumo del año 2007 (http://consumo-inc.gob.es/arbitraje/docs/memarb072.pdf), consta que más del 77% de las operadoras de telefonía están adheridas al arbitraje de consumo a través de ofertas públicas de sometimiento.

[1141] El artículo 57 y 58 TRLGDCU define el arbitraje de consumo y establece sus principales características, a la vez que se remite a su desarrollo reglamentario para la regulación del procedimiento.

a los poderes públicos a través del artículo 51.1 CE, que ordena a los poderes públicos garantizar la defensa de los consumidores y usuarios mediante procedimientos eficaces[1142].

Pese a que el artículo 31 LGDCU imponía la creación del sistema arbitral de consumo en el plazo de un año, hubo que esperar hasta el año 1993 para que a través del Real decreto 636/1993, de 3 de mayo, se estableciera la regulación del arbitraje de consumo[1143]. La tardanza del desarrollo legislativo se debió en gran parte a la rigidez que presentaba la Ley de Arbitraje del año 1953, al establecer como regidores del sistema arbitral principios formalistas que no daban cabida al arbitraje de consumo, tal y como se concebía en la LGDCU[1144].

Hubo que esperar hasta el 5 de diciembre de 1988, cuando se promulga la Ley 36/1988, de Arbitraje, que sustituye a la ya mencionada Ley del año 53. En su disposición adicional primera y segunda, la Ley 36/1988 reconoce la necesidad de desarrollar el arbitraje de consumo y, para ello, se tendrá en cuenta la experiencia obtenida en los años anteriores[1145]. En su disposición adicional primera establece la gratuidad como una de las notas características del arbitraje de consumo, a la vez que se proclama como norma de aplicación supletoria de este sistema arbitral. Con la aprobación de la Ley 36/1988, las juntas arbitrales ya existentes adquirieron mayor importancia, pues los laudos dictados eran

[1142] En este sentido, ABELLÁN TOLOSA (2007) pp. 84-85, afirma que para dar cumplimiento al precepto constitucional, el legislador optó por un sistema extra-judicial, arbitral. Se pregunta si la protección administrativa y la tutela judicial no serían suficientes para garantizar la protección de los consumidores que exige la Constitución, a lo que responde que ante las dificultades que presenta el acceso a los Tribunales ordinarios, y que la protección administrativa se dirige a tutelar el interés general de los consumidores, es imprescindible la creación de un sistema extrajudicial y alternativo para resolver y dar eficacia a los derechos de los consumidores.

[1143] A través de su Disposición Final 4ª, la LGDCU otorgaba al Gobierno el plazo de un año para el desarrollo del sistema arbitral previsto en su artículo 31.

[1144] Para BARONA VILAR (2007) pp. 33-34, la Ley de Arbitraje Privado del año 1953 responde a una concepción puramente contractualista del arbitraje, que lo limitaba a la resolución de conflictos jurídico-privados. Era formalista, con un sistema impugnatorio riguroso y formal, que posibilitaba que fuera la jurisdicción ordinaria la última en pronunciarse sobre el conflicto planteado en el arbitraje.

[1145] Las primeras Juntas Arbitrales se constituyeron en Madrid, Valladolid y Badalona, seguidas por las de Huelva, Albacete, Sestao, Murcia, Valencia y Castellón, a través de la colaboración de los distintos Convenios formalizados entre el INC y los Municipios y Comunidades Autónomas.

ejecutados conforme a la Ley de arbitraje[1146]. Esta experiencia sirvió para la posterior aprobación del Real decreto 636/1993[1147].

La promulgación de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, deroga la normativa anterior e introduce importantes modificaciones en la regulación del arbitraje. Dedica su Disposición Adicional Única al arbitraje de consumo, en el que se limita a declarar sus disposiciones de aplicación supletoria, y admite la posibilidad de que, a través de su desarrollo reglamentario, se imponga la decisión en equidad como regla general para el arbitraje de consumo[1148].

La experiencia obtenida por las juntas arbitrales de consumo desde la entrada en vigor del Real decreto 636/1993, evidenció las lagunas legales existentes, a la vez que se planteaban varias cuestiones en la aplicación de su normativa. Además, con la aprobación de la Ley 60/2003, surge la necesidad de adaptar la regulación del arbitraje de consumo al texto de la nueva normativa, dada la dificultad que, en algunos casos, producía la aplicación supletoria al arbitraje de consumo[1149]. Estas circunstancias hacen necesaria la modificación del Real decreto 636/1993. Así lo pone de manifiesto la Ley 44/2006, de Mejora en la Protección de Consumidores y Usuarios, que en su disposición adicional sexta prevé que el Gobierno dicte una nueva regulación del sistema arbitral, que incluya el arbitraje virtual, en el plazo de un año desde su entrada en vigor, contando con el parecer de las Comunidades Autónomas a través de la Conferencia Sectorial de Consumo y con audiencia del Consejo de Consumidores y Usuarios.

[1146] BONET NAVARRO (1997) p. 54.

[1147] ABELLÁN TOLOSA (2007) p. 87, resaltó la labor de las juntas arbitrales pilotos, que aunque en sus inicios tenían un carácter mediador y conciliador, supusieron un laboratorio para la posterior elaboración de la regulación del Sistema Arbitral de Consumo.

[1148] La equidad como criterio de decisión en el arbitraje de consumo supone una excepción a la regulación del arbitraje común, en el que la regla general es que la decisión arbitral se ajuste a derecho.

[1149] Un ejemplo claro lo encontramos en la previsión de que los arbitrajes, con carácter general, se celebrarán en derecho, salvo para el arbitraje de consumo pues, en su disposición adicional única, establece que dicha previsión no le será de aplicación al arbitraje de consumo.

En cumplimiento del mandato recogido en la Ley 44/2006, el Gobierno aprueba el Real decreto 231/2008, de 15 de febrero, por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo (en adelante RDAC), en el que intenta dar respuesta a todas aquellas cuestiones que se habían planteado con la normativa anterior. La nueva regulación es extensa y exhaustiva. Consta de 64 artículos, distribuidos en cinco capítulos que a su vez se dividen en secciones[1150].

Hay que concluir haciendo una enumeración de la normativa actual del arbitraje de consumo[1151]. El arbitraje de consumo está regulado por los artículos 57 y 58 TRLGDCU, el RDAC y es de aplicación supletoria la Ley 60/2003, de Arbitraje, tal y como dispone el artículo 3.1 RDAC[1152]. Además, en su apartado segundo, el artículo 3 establece la aplicación de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, a la actividad de las juntas arbitrales de consumo, dada su condición de órgano administrativo. Finalmente, el apartado tercero del artículo 3 RDAC impone la aplicación supletoria de la Ley 11/2007, de 22 de junio, de Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los servicios públicos, al arbitraje electrónico y a los actos realizados por vía electrónica[1153].

Como hemos visto, la Unión Europea no fue ajena al surgimiento del sistema arbitral. Ya el Comité de Ministros del Consejo de Europa, en su Recomendación 12/86, de 16 de septiembre, fomentaba la utilización del arbitraje de consumo, como medio de solución de los conflictos en aquellos

[1150] El real decreto 636/1993 tenía tan solo 17 artículos. Esta circunstancia pone de manifiesto la intención del legislador, de dotar al arbitraje de consumo de un régimen jurídico exhaustivo y pormenorizado, que no dé lugar a dudas interpretativas o lagunas legales. Como dato anecdótico, cabe señalar que el texto del Real decreto 231/2008 es incluso más extenso que el de la Ley de arbitraje, que establece el régimen general aplicable al arbitraje, siendo de aplicación supletoria a los arbitrajes especiales.

[1151] Debemos mencionar que el Gobierno está elaborando un nuevo texto normativo para regular el arbitraje de consumo, que vendría a derogar el actual Real decreto 231/2008. Se puede consultar a través de www.msssi.gob.es/normativa/docs/Rdecretosistemaarbitral.pdf.

[1152] El artículo 3.1 RDAC dispone: *"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.*

[1153] La Ley 11/2007, de 22 de junio, de Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los Servicios Públicos, fue publicada en el BOE núm. 150, de 23 de junio de 2007.

ámbitos donde pueda ser más eficaz que la vía judicial[1154]. Recordemos la actividad de la Unión Europea en favor del establecimiento de resolución extrajudicial de conflictos en materia de consumo, a la que nos hemos referido al inicio de este capítulo[1155].

La normativa que regula tanto el arbitraje como el arbitraje de consumo, es de ámbito estatal[1156]. Ello se debe a que la competencia para regular el procedimiento arbitral corresponde en exclusiva al Estado, de acuerdo con los artículos 149.1.6 y 8 CE. Así lo ha venido proclamando el Tribunal Constitucional en sus numerosas sentencias[1157].

Para analizar el sistema arbitral de consumo es necesario conocer su definición y sus características, para a continuación determinar su ámbito de aplicación. Dentro del ámbito de aplicación tenemos que diferenciar, el ámbito de aplicación subjetivo referido a los sujetos que intervienen en el proceso arbitral; y el ámbito de aplicación objetivo, para conocer las materias que pueden ser objeto de arbitraje de consumo, así como aquellas otras que expresamente excluye el RDAC.

El arbitraje de consumo es un arbitraje institucionalizado, en el que interviene de forma activa la Administración a través de sus órganos de gestión. Estos órganos son las Juntas arbitrales de consumo, la Comisión de las juntas arbitrales, el Consejo general del sistema arbitral de consumo y los órganos

[1154] BONET NAVARRO (1997) p. 49, afirma que la Recomendación 12/86 tiene por objeto impulsar el establecimiento por parte de los estados miembros nuevos instrumentos de protección, alternativos a la jurisdicción ordinaria, aligerando así la sobrecarga de los tribunales. Los instrumentos propuestos son la conciliación y el arbitraje.

[1155] En el apartado 1.2 de este Capítulo hemos analizado las principales medidas de la Unión Europea para implantar los medios de resolución extrajudicial de conflictos en el ámbito de la protección de los consumidores.

[1156] MARÍN LÓPEZ, M. J. (2009) pp. 712-713, entiende que el arbitraje de consumo, al facultar a las partes a acudir a unos terceros (los árbitros) para que resuelvan su controversia, constituye una alternativa a la vía judicial. En consecuencia, el sistema general de arbitraje es incuestionablemente una materia atribuida a la competencia exclusiva del Estado, tal y como ha declarado el Tribunal Constitucional. En el mismo sentido se pronuncia BUJOSA VADELL (2013) p. 4.

[1157] Así la Sentencia 62 /1991, de 23 de marzo, declaró nulos el párrafo segundo del artículo 31.2 EGC, así como algunas disposiciones del Decreto 37/85, de 7 de marzo, de creación de la comisión consultiva de consumo, de la Consellería de Sanidad y Consumo, por vulnerar la competencia exclusiva del Estado en la legislación mercantil, procesal y civil. (www.tribunalconstitucional.es)

arbitrales. A todos ellos haremos referencia, pero dedicaremos especial atención a los órganos arbitrales, por ser los órganos resolutivos de las controversias que se plantean entre los consumidores y empresarios.

Para que los órganos arbitrales puedan conocer y resolver la controversia planteada, es necesario que el consumidor y el empresario formalicen el convenio arbitral. Es la conjunción de la libre voluntad de las partes para someter su reclamación al arbitraje. Es el elemento fundamental del arbitraje. Analizaremos su naturaleza jurídica, los requisitos que se exigen para su validez y las diversas formas en que se puede producir.

Formalizado el convenio arbitral, se iniciará el procedimiento, que está configurado en la norma a través de los principios de igualdad, contradicción y confidencialidad. El resultado del procedimiento arbitral se concretará en el laudo, que es la resolución dictada por el órgano arbitral con carácter vinculante y ejecutivo para ambas partes.

Finalizaremos nuestra exposición sobre el arbitraje de consumo, haciendo referencia a dos procedimientos especiales previstos dentro del propio arbitraje de consumo. En primer lugar, analizaremos el arbitraje electrónico, que tiene como especialidad el uso de los medios electrónicos en todo el procedimiento arbitral. En segundo lugar, analizaremos el arbitraje colectivo que, con un término muy confuso, se refiere al inicio de un procedimiento arbitral para resolver varias reclamaciones de consumidores individuales, fundamentadas en el mismo hecho o motivo.

2. Concepto y características del sistema arbitral de consumo

Tanto el TRLGDCU como el RDAC recogen la definición de arbitraje de consumo, a diferencia de la anterior regulación[1158]. El artículo 57.1 TRLGDCU

[1158] El artículo 31 de la Ley 26/1984, general para la defensa de consumidores y usuarios, si bien recogía las principales características del arbitraje de consumo, no daba una definición o concepto del mismo. Es el artículo 1.2 RDAC, el que recoge la definición de arbitraje de consumo, al disponer 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".*

define el sistema arbitral de consumo como el sistema extrajudicial de resolución de conflictos entre los consumidores y los empresarios, a través del cual, sin formalidades especiales y con carácter vinculante y ejecutivo para ambas partes, se resuelven las reclamaciones de los consumidores y usuarios, siempre que el conflicto no verse sobre intoxicación, lesión o muerte o existan indicios racionales de delito. De la definición legal se pueden extraer las principales características del arbitraje de consumo, que ya venían siendo identificadas por la doctrina mayoritaria[1159].

En primer lugar, hay que señalar que el arbitraje de consumo es un arbitraje administrativizado, ya que en el mismo participa de forma activa la Administración[1160]. La institucionalización del sistema arbitral de consumo, a través de la creación de una organización estable y permanente, proporciona a los consumidores y a los empresarios, un conjunto de medios materiales y humanos para la resolución de sus conflictos, garantiza la gratuidad del sistema y permite su promoción a través de campañas informativas y publicidad institucional[1161]. Así, serán las juntas arbitrales de consumo, que conforme al artículo 5 RDAC son un órgano administrativo, las encargadas de gestionar el sistema arbitral. Con la regulación del Real decreto 231/2008, se produce un incremento del carácter administrativo del arbitraje de consumo. Las Juntas arbitrales no están limitadas a gestionar el sistema arbitral, sino que al contrario, en numerosos supuestos se les faculta para poder conocer sobre el fondo del asunto. Además, se crean dos nuevos órganos, también de carácter administrativo, que van a intervenir en el procedimiento arbitral. Se crea la

[1159] Cabe mencionar entre otros a ACOSTA ESTÉVEZ (1995) p. 163; ABELLÁN TOLOSA (1999) pp. 427 y ss; ACEDO PENCO (2003) pp. 370 y ss; MARÍN LÓPEZ, M. J. (2007) pp. 3 y 4; LASARTE ÁLVAREZ (2007) pp. 362 y ss. BUSTO LAGO (2008) pp. 351-355, reconoce estas características en la nueva regulación del sistema arbitral de consumo; al igual que MARÍN LÓPEZ, M. J. (2009) pp. 715-717; FERNÁNDEZ FUSTES (2010) pp. 186-191; LAFUENTE TORRALBA (2011) pp. 2004-2010; CUBILLO LÓPEZ (2011) pp. 970-974.

[1160] QUINTANA CARLO y BONET NAVARRO (1997) p. 61, caracterizan al arbitraje de consumo como un arbitraje institucionalizado, ya que funciones como la de designar al colegio, otorgar los convenios arbitrales, la recepción de las ofertas públicas de sometimiento, son atribuidas de forma permanente a una Institución dependiente de la Administración. OROZCO PARDO (2008) p. 452, advierte que pese al carácter administrativo del arbitraje de consumo, por estar encuadrado dentro del sistema organizativo de las distintas administraciones públicas, los trámites y audiencias son privados.

[1161] LAFUENTE TORRALBA (2011) p. 2005.

Comisión de las Juntas Arbitrales de Consumo y el Consejo General del Sistema Arbitral.

Una de las características más importantes del arbitraje de consumo es la gratuidad, que lo diferencia del arbitraje general[1162]. Así, se establece en el artículo 41.1 RDAC, al señalar que: *"El procedimiento arbitral de consumo se ajustará a los principios de audiencia, contradicción, igualdad entre las partes y gratuidad".* El sistema arbitral de consumo es gratuito para ambas partes, permitiendo dicha característica su carácter administrativo[1163]. La gratuidad presenta límites, dado que cada una de las partes soportará los gastos ocasionados por la práctica de las pruebas que soliciten. Si la prueba se solicita por ambas partes, correrán con sus costes a mitad. Pero si el órgano arbitral aprecia mala fe o temeridad en una de las partes, puede distribuir la carga de la prueba de forma distinta a la prevista.

Otra de las características del arbitraje de consumo es su carácter voluntario[1164]. Esta es una característica presente en todo el derecho arbitral, pues en caso contrario se estaría vulnerando el derecho a una tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24 CE[1165]. Así, se establece en el artículo 58.1

[1162] La gratuidad del arbitraje de consumo ya se recogía en la normativa anterior. La disposición adicional primera de la ley 36/1988, de arbitraje, referente al arbitraje de consumo, establecía en su segundo apartado que: *"Los arbitrajes a que se refiere el párrafo anterior son gratuitos".* PICATOSTE BOBILLO, V. (2008) p. 2376, destaca la importancia de la gratuidad del procedimiento arbitral, teniendo en cuenta la desproporción entre el ínfimo valor económico de la controversia y el coste de su resolución. Para MARCOS FRANCISCO (2010) p. 170, la gratuidad es la característica que posibilita el gran éxito del arbitraje de consumo.

[1163] CARRASCO PERERA (2002) pp. 275 y 276.

[1164] CABAÑAS GARCÍA (2005) p. 37, afirma que la voluntariedad del arbitraje es el único principio respetuoso del derecho constitucional de tutela judicial efectiva, en su vertiente de derecho de acceso a la jurisdicción, tanto si se trata del arbitraje de consumo como del privado, mientras se traten de derechos disponibles y no haya apariencia delictiva en los hechos que obligue a su conocimiento por los tribunales penales. Para ABELLÁN TOLOSA (2007) p. 86, la voluntariedad es una cualidad intrínseca al instituto jurídico del arbitraje, y su existencia es imprescindible en el procedimiento arbitral para no conculcar la tutela judicial efectiva consagrada en el artículo 24 CE. OROZCO PARDO (2008) p. 467, afirma que el arbitraje se basa en la autonomía de la voluntad y éste es un principio, a la vez que un valor superior de nuestro ordenamiento jurídico. LAFUENTE TORRALBA (2011) p. 2007, insiste en esta idea, cuando manifiesta que el arbitraje únicamente será constitucional en la medida en que las partes, libre y conscientemente, acuerden someterse a él.

[1165] BARONA VILAR (2007) p. 47, reconoce que la libertad es el elemento esencial que permite definir y naturalizar la institución arbitral. Es el ejercicio de la autonomía de la voluntad. OROZCO PARDO (2008) pp. 449-450, considera anticonstitucional cualquier norma o cláu-

TRLGDCU, al señalar que: *"La sumisión de las partes al Sistema Arbitral de Consumo será voluntaria…"*.

El procedimiento arbitral debe ser simple y sin que revista formalidades especiales, permitiendo así su accesibilidad para las partes. Uno de los motivos de la previsión del sistema arbitral de consumo es de dotar al consumidor de un procedimiento eficaz y rápido para la consecución de sus derechos, en contraposición a la vía judicial, que está plagada de formalismos que dificultan su acceso.

Es esta una de las características que venía recogiendo la Comisión de las Comunidades Europeas, en su Recomendación 98/257, de 30 de marzo, relativa a los principios aplicables a los órganos responsables de la solución extrajudicial de los litigios en materia de consumo, que a través del principio de eficacia garantiza el acceso del consumidor al procedimiento, sin estar obligado a utilizar un representante legal, la gratuidad del procedimiento o la fijación de costes moderados, la fijación de plazos cortos entre la consulta presentada ante el órgano y la toma de la decisión, y la atribución de un papel activo al órgano competente, que le permita tener en cuenta todo elemento útil para la solución del litigio.

La unidireccionalidad es otra de las notas características que la doctrina mayoritaria venía atribuyendo al arbitraje de consumo[1166]. Pese a que no estamos de acuerdo con esta nota del sistema arbitral de consumo, pues entendemos que no debe ser un medio de protección de los consumidores y usuarios, sino un medio de resolución extrajudicial de conflictos, hemos de admitir que la nueva

sula que imponga la adhesión forzosa a un sistema arbitral por contraria al derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 CE. MARCOS FRANCISCO (2010) p. 152, califica al arbitraje de consumo como voluntario, en la medida en que ambas partes (consumidor y empresario) han de someterse libremente al mismo a través del convenio arbitral.

[1166] La doctrina fundamentaba el carácter unidireccional del arbitraje de consumo en los artículos 2 y 5 del Real decreto 636/1993. Entre otros autores, podemos mencionar a FERNÁNDEZ GIMENO (1996) p. 284; ACEDO PENCO (2003) p. 372; MARÍN LÓPEZ, M. J. (2007) y (2009) p. 717. PITA PONTE (2012) p. 25, opina que al permitir al empresario formular reconvención en el procedimiento arbitral, se vulnera la unidireccionalidad del arbitraje de consumo, al permitir resolver en el arbitraje las reclamaciones de los empresarios.

regulación no deja lugar a dudas sobre la misma[1167]. Así, se deduce de la definición del artículo 1.2 RDAC, al referirse el legislador únicamente a los derechos legal o contractualmente reconocidos al consumidor. Además, esta postura se ratifica en el artículo 34.1 RDAC al disponer que: *"Los consumidores y usuarios que consideren que se han vulnerado sus derechos reconocidos legal o contractualmente, podrán presentar por escrito, por vía electrónica a través del procedimiento previsto en el capítulo V, sección 1ª, o por cualquier otro medio que permita tener constancia de la solicitud y de su autenticidad, la solicitud de arbitraje, (...)"*.

Pero como veremos con posterioridad, la unidireccionalidad solo regirá para el inicio del procedimiento arbitral, de forma que debe ser el consumidor el que inste el arbitraje de consumo para resolver su conflicto con el empresario[1168]. Una vez iniciado el procedimiento el empresario podrá reconvenir, esto es, reclamar al consumidor sus pretensiones siempre y cuando entren dentro del ámbito del conflicto planteado en el arbitraje[1169].

Por último cabe destacar la "vinculación y ejecutividad" del laudo. El sistema arbitral es ejecutivo y vinculante para las partes, pues se obtiene una resolución firme y, con efectos de cosa juzgada[1170]. Así, el artículo 57.1 TRLGDCU señala que: *"El Sistema Arbitral de Consumo es el sistema extrajudicial de resolución de conflictos entre los consumidores y usuarios y los*

[1167] La unidireccional del arbitraje de consumo no puede ser entendida categóricamente, sobre todo cuando ambas partes se someten al procedimiento arbitral a través de una cláusula contractual, pues como condición del contrato cualquiera de las partes debería poder hacerla valer. FIDALGO LÓPEZ (2006) pp. 15-23.

[1168] BUSTO LAGO (2008) p. 351, reconoce el carácter unidireccional del sistema arbitral de consumo, pero advierte que el empresario puede formular, en el mismo procedimiento arbitral, pretensiones frente al consumidor o usuario que lo ha promovido en virtud de la reconvención. En este sentido GONZÁLEZ MONTES (2010) pp. 81-82, señala que no tendrán legitimación para plantear una solicitud de reclamación en el arbitraje de consumo, los empresarios o prestadores de servicios que pretendan alguna reclamación frente al consumidor, pero sí que podrá plantear la reconvención.

[1169] LORCA NAVARRETE (2008) p. 45, va más allá, al entender que el RDAC de 2008 abandonó la unidireccionalidad en el arbitraje de consumo, al admitir que las empresas o profesionales reclamados puedan reconvenir pasando a ser reclamantes.

[1170] ABELLÁN TOLOSA (2007) p. 86, califica el carácter vinculante y ejecutivo de los laudos, como unos de los principales valores del Sistema arbitral de consumo, al equiparar las resoluciones arbitrales a las sentencias judiciales.

empresarios a través del cual, sin formalidades especiales y con carácter vinculante y ejecutivo para ambas partes…".

3. Ámbito de aplicación del arbitraje de consumo

De la definición del arbitraje de consumo que da el artículo 57.1 TRLGDCU ya se puede extraer su ámbito de aplicación. Dispone que a través del arbitraje de consumo se resolverán las reclamaciones de los consumidores y usuarios. El precepto se completa con el artículo 1.2 RDAC, que al definir el sistema arbitral de consumo añade que es el procedimiento de resolución extrajudicial de los conflictos surgidos entre los consumidores o usuarios y los empresarios en relación a los derechos legal o contractualmente reconocidos al consumidor. En ambos preceptos está presente el carácter unidireccional del arbitraje de consumo, que significa que el procedimiento se iniciará únicamente a instancias del consumidor o usuario. Pero debemos advertir que la unidireccionalidad solo rige para el inicio del procedimiento arbitral, ya que el empresario podrá hacer valer sus pretensiones en el arbitraje instado por el consumidor, a través de la reconvención.

En su artículo 55, la Ley de Telecomunicaciones reconoce al arbitraje de consumo como un medio de resolución extrajudicial de conflictos, conforme a la legislación vigente sobre la materia. El derogado artículo 38.1 LGT 2003 disponía que los operadores y los consumidores que sean personas físicas y otros usuarios finales podrán someter las controversias que les enfrenten al conocimiento de las juntas arbitrales de consumo. Una interpretación literal del precepto nos conducía a entender que la LGT 2003 permitía tanto al operador como al consumidor iniciar el procedimiento arbitral. Sin embargo, hay que tener en cuenta que el procedimiento arbitral es unidireccional, como de forma mayoritaria reconoce la doctrina[1171]. Por tanto, con independencia de lo

[1171] MUERZA ESPARZA (1997) p. 69, afirma que el legitimado activamente para acudir inicialmente a la Junta arbitral es el consumidor, que podrá someter cualquier relación de consumo a su conocimiento. ABELLÁN TOLOSA (1999) p. 436, mantiene la misma postura, al señalar que es consensuado que la activación del procedimiento arbitral de consumo solo puede efectuarla el consumidor o usuario, aunque advierte que según alguna doctrina, cabría admitir el inicio por cualquier de las partes en aquellos casos en que el sometimiento de arbitraje estu-

dispuesto en el artículo 38.1 LGT 2003, teníamos que entender que el arbitraje de consumo solo podría ser iniciado por el usuario. La actual Ley de Telecomunicaciones elimina las dudas interpretativas que planteaba la normativa anterior, al únicamente hacer referencia al derecho de los usuarios de acudir al arbitraje de consumo para resolver las controversias con los operadores.

Es necesario distinguir entre el ámbito de aplicación subjetivo y objetivo para su análisis. En cuanto al ámbito de aplicación subjetivo, éste se deduce del artículo 1.2 RDAC, cuando se refiere a los conflictos surgidos entre los consumidores y empresarios o profesionales[1172]. Son dos los sujetos intervinientes en el procedimiento arbitral. Por una parte, nos encontramos al consumidor o usuario, que será el legitimado activamente para iniciar el arbitraje de consumo. Como legitimado pasivo nos encontramos con el empresario. Es necesario acudir al TRLGDCU para saber quién puede ser consumidor y quién puede ser empresario[1173].

Recordando lo ya expuesto en un apartado anterior, el artículo 3 TRLGDCU define al consumidor o usuario como la persona física o jurídica que actúa en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional. La condición de consumidor puede ostentarla tanto una persona física, como una persona jurídica, y el factor determinante para esa caracterización será que realice actos de uso o consumo, que estén fuera de su ámbito empresarial o profesional, esto es, sin reinvertirlos en procesos productivos, o en el caso de las personas jurídicas sin ánimo de lucro[1174].

viera incluido en el contrato, pues la activación del sistema ya estaría en el propio contrato suscrito de mutuo acuerdo.

[1172] MARCOS FRANCISCO (2011) p. 74, considera que es un requisito imprescindible para la validez del convenio de sometimiento a arbitraje de consumo que éste esté suscrito por un consumidor y un empresario, pues únicamente ellos podrán integrar una relación jurídica de consumo a efectos del arbitraje de consumo, y por tanto, pactar su sometimiento.

[1173] MARCOS FRANCISCO (2010) p. 70, y (2011) p. 75, evidencia la necesidad de acudir al TRLGDCU para conocer la definición de consumidor, ante la falta de su delimitación por el RDAC y, que el sistema arbitral es un desarrollo directos de los artículos 57 y 58 del propio TRLGDCU.

[1174] FERNÁNDEZ GIMENO (1999) p. 99, entiende que la delimitación del ámbito subjetivo de aplicación, se centra en el carácter de destinatario final de los diversos bienes, productos o servicios. LORCA NAVARRETE (2008) p. 45, destaca que la clave para definir al consumidor según el TRLGDCU, es el tipo de actividad que desarrollen los contratantes. Si no actúa

Marín López, M. J., afirmó que «Quién puede reclamar y quién puede ser reclamado en arbitraje es una cuestión de legitimación activa y pasiva, y la legitimación la determina la relación jurídica en la que ha nacido el conflicto. De este modo, las partes en el arbitraje de consumo no tienen por qué responder siempre al concepto de consumidor y empresario que se deduce del artículo 1 LCU, sino que la legitimación del reclamante dependerá del concepto de consumidor propio de la órbita normativa a la que se refiere la reclamación»[1175]. Parece que según las palabras de este autor, el concepto de consumidor que se debe tener en cuenta para saber si un individuo puede acudir al arbitraje de consumo, será el establecido por cada norma aplicable al fondo del asunto[1176]. Así, habría que entender que si un empresario contrata un viaje combinado en el ejercicio de su actividad empresarial, podría acudir al arbitraje de consumo para hacer valer los derechos que se derivan de esa relación contractual, ya que tienen la condición de consumidor en el contrato de viaje combinado, según el artículo 151.1.g) TRLGDCU, cualquier persona en la que concurra la condición de contratante principal, beneficiario o cesionario.

En nuestra opinión, esta postura es errónea por varios motivos[1177]. En primer lugar, el arbitraje de consumo surge del TRLGDC y el RDAC es su desarrollo normativo. Por tanto la definición de consumidor aplicable al arbitraje de consumo será la establecida en el artículo 3 TRLGDCU, sin que el RDAC pueda contradecir la norma de rango superior. En segundo lugar, el arbitraje de

en el ámbito de su actividad empresarial o profesional podrá ser considerado consumidor, y por tanto, ser sujeto activo del arbitraje de consumo.

[1175] MARÍN LÓPEZ, M. J. (2005) y (2006) pp. 7-9.

[1176] LAFUENTE TORRALBA (2011) pp. 2010-2011, comparte esta opinión, al entender que nuestro ordenamiento jurídico no ofrece un concepto unívoco de consumidor, y la definición del artículo 3 TRLGDCU es la aplicable con carácter general, a no ser que la legislación sectorial que rija la materia litigiosa incorpore un concepto distinto. Si así sucediese, será este concepto el que determinará la legitimación del reclamante y la procedencia de sustanciar su solicitud por los cauces del arbitraje de consumo. En el mismo sentido se pronunció PICATOSTE BOBILLO, V. (2007) pp. 367-370.

[1177] Así parece entenderlo el propio MARÍN LÓPEZ, M. J. (2008) pp. 4-5, y (2009) p. 718, en el análisis que hace de la nueva regulación del arbitraje, al señalar que « es necesario que las partes en conflicto sean un consumidor y una empresa o profesional. El RDAC no define, sin embargo, qué ha de entenderse por consumidor y empresa o profesional. Dado que este RDAC se dicta en desarrollo del art. 57.2 LGDCU, habrá que estar a los conceptos de consumidor y empresario de los artículos 2 y 4 LGDCU».

consumo es un procedimiento que, con carácter general, se decide en equidad, no siendo obligatoria la aplicación de normas legales, bastando con la aplicación de los principios de justicia moral. Por tanto, no podemos afirmar que sean las normas aplicables al fondo del asunto las que determinen el concepto de consumidor a efectos de arbitraje. Por el contrario, podrán acudir al arbitraje de consumo los consumidores conforme al artículo 3 TRLGDCU, determinando la aplicación de una norma u otra sobre el fondo del asunto de acuerdo con su propia definición de consumidor[1178]. Esto es, la definición de consumidor dada por las normas materiales determinará la aplicación de esa norma al caso concreto, pero no podrá impedir que el consumidor, en el sentido del TRLGDCU, acuda al arbitraje de consumo en defensa de sus derechos.

Tanto la Ley de Telecomunicaciones como su normativa de desarrollo introducen el concepto de "usuario final". Recordemos que el usuario final será el usuario del servicio de comunicaciones que no explota redes públicas de comunicaciones ni presta servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público ni tampoco las revende. En este concepto no solo se incluyen los consumidores y usuarios conforme a la definición del TRLGDCU, sino que incorpora a todos aquellos usuarios de los servicios de comunicaciones electrónicas que no se dediquen profesional o empresarialmente a dicha actividad, como serían las empresas ajenas al sector con independencia de su volumen de negocio. A pesar de que el artículo 55 LT no diferencia entre los consumidores y los usuarios finales, no podemos entender que aquellos usuarios finales que no ostenten la condición de consumidor final, conforme a la definición del artículo 3 TRLGDCU, puedan acudir al arbitraje de consumo[1179].

[1178] Este sería el caso de una persona jurídica que presenta una reclamación por una financiación en la compra de un bien de consumo. Conforme a la definición del artículo 3 TRLGDCU podría acudir al arbitraje de consumo para resolver su reclamación. Sin embargo, no podría aplicarse la Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo, por no ser una persona física (ya que en su artículo 2, el concepto de consumidor se limita a las personas físicas).

[1179] HUALDE MANSO (2011) pp. 580 y ss, no comparte nuestra opinión, al entender que la referencia del antiguo artículo 38.1 LGT 2003 amplía la legitimación para reclamar frente a un operador a través del Arbitraje de consumo, permitiendo que puedan hacerlo no solo los consumidores, sino cualesquiera usuarios finales.

Marcos Francisco plantea la conveniencia de extender legalmente el arbitraje de consumo para los supuestos en que el reclamante es un pequeño comerciante que se halla en situación de desequilibrio frente a las grandes compañías mercantiles[1180]. Pero debemos advertir que para salvar esta situación de desequilibrio no bastaría con que el RDAC ampliará su ámbito de aplicación a estos pequeños empresarios, sino que sería necesario que la normativa de protección al consumidor también ampliará su ámbito de aplicación a los autónomos y pequeños empresarios. En caso contrario el arbitraje de consumo no sería efectivo, pues aunque tendrían un procedimiento rápido y accesible para resolver sus conflictos, no sería posible aplicarle la normativa de protección del consumidor.

Este supuesto no se produciría en el caso de los servicios de comunicaciones electrónicas, ya que recoge su propio concepto de usuario final, en el que incluye a todos aquellos autónomos o empresarios que actúen en un ámbito empresarial ajeno al servicio de comunicaciones electrónicas, otorgándole los mismos derechos y medidas protectoras que a los consumidores finales.

No creemos que la ampliación del sistema arbitral de consumo a autónomos y pequeños empresarios sea posible, pues va en contra de la naturaleza y finalidad del arbitraje de consumo, que ha sido diseñado para resolver las controversias de los consumidores finales, aplicando sus normas de protección. Además, implicaría un colapso de los órganos arbitrales, que ven como el número de reclamaciones aumenta año tras año. Si el legislador considera que los pequeños empresarios y autónomos merecen una mayor protección en el ordenamiento y necesitan medios accesibles por los que resolver sus controversias, debe ofrecerles una norma que atienda a sus necesidades, pero sin confundirlo con el derecho de consumo o su sistema arbitral.

El empresario es la persona física o jurídica que actúa en el marco de su actividad empresarial o profesional, ya sea pública o privada, conforme a la

[1180] MARCOS FRANCISCO (2010) p. 82.

definición del artículo 4 TRLGDC. Recordemos que los operadores de los servicios de telecomunicaciones encajan en esta definición de empresario, por lo que pueden estar legitimados pasivamente en el procedimiento arbitral.

El ámbito de aplicación objetivo del arbitraje de consumo se establece en el artículo 2 RDAC, desde dos perspectivas, la positiva y la negativa[1181]. La perspectiva positiva se recoge en el artículo 2.1 RDAC, al disponer "*Únicamente podrán ser objeto de arbitraje de consumo los conflictos a que se refiere el artículo 1.2 que versen sobre materias de libre disposición de las partes conforme a derecho"*. Por tanto, al procedimiento arbitral se podrán someter todas aquellas cuestiones sobre las que las partes tengan libre disposición, sin hacer el legislador una enumeración exhaustiva de los supuestos de indisponibilidad para las partes[1182].

Marcos Francisco analiza algunos supuestos, en los que existiendo una relación de consumo, la materia puede ser indisponible para las partes[1183]. Son aquellos supuestos en que nos encontramos ante la prestación de un servicio catalogado como servicio público, como sería el servicio universal en materia de telecomunicaciones o algunos servicios de transporte público. Estamos de acuerdo con Marcos Francisco, en que la prestación del servicio universal es una materia indisponible para las partes, al ser un servicio público. Pero debemos advertir que con la apertura del mercado de las telecomunicaciones a la libre competencia, se reducen día a día los supuestos en que nos encontramos ante un servicio universal. Solo será indisponible para las partes las controversias que se deriven del acceso inicial al servicio de comunicaciones electrónicas, esto es, a la instalación de la línea que permita la prestación del servicio.

[1181] MARCOS FRANCISCO (2010) pp. 93-94, entiende que el artículo 1 y 2 RDAC fijan el ámbito de aplicación objetivo del arbitraje de consumo, tanto de forma positiva, indicando lo que sí puede someterse al mismo, como negativa, expresando lo que se excluye.

[1182] El artículo 2.1 LA recoge está previsión de forma similar, al señalar: *"Son susceptibles de arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho".*

[1183] MARCOS FRANCISCO (2010) pp. 103 y ss.

Marín López, M. J., sostiene que únicamente pueden ser objeto de arbitraje de consumo las controversias que tengan un origen contractual[1184]. Una vez más, no estamos de acuerdo con esta interpretación, pues el artículo 1.2 RDAC habla de los derechos legal o contractualmente reconocidos al consumidor, no quedando limitado el arbitraje de consumo a los litigios que surjan a partir de las relaciones contractuales. Así, el libro tercero del TRLGDCU recoge el régimen de responsabilidad civil por bienes o servicios defectuosos, comprendiendo tanto la responsabilidad contractual como responsabilidad la extracontractual[1185]. La responsabilidad extracontractual es un derecho legal reconocido al consumidor, por tanto podrá ser reclamada a través de la vía arbitral[1186].

Desde un punto de vista negativo, se excluyen del arbitraje de consumo los conflictos que versen sobre intoxicación, lesión o muerte o aquéllos en que existan indicios racionales de delito, incluida la responsabilidad por daños y perjuicios directamente derivada de ellos[1187]. Esta previsión ya se recogía en la

[1184] MARÍN LÓPEZ, M. J. (2008) p. 5, afirma que la norma no aclara si pueden ser objeto de arbitraje las controversias que tienen un origen no contractual (en particular, los daños causados en bienes de terceros por productos defectuosos o los daños extracontractuales). Entiende el autor que la respuesta ha de ser negativa, pues el arbitraje de consumo sólo resuelve controversias derivadas de relaciones de consumo (art. 24.1.I RDAC), y éstas, por definición, se caracterizan por su origen contractual. LAFUENTE TORRALBA (2011) p. 2012, también considera fuera del sistema arbitral de consumo las pretensiones fundadas en responsabilidad extracontractual. CUBILLO LÓPEZ (2011) p. 976, defiende la exclusión de la responsabilidad extracontractual del ámbito del arbitraje de consumo.

[1185] El artículo 128 apartado 1º del TRLGDCU dispone: *"Todo perjudicado tiene derecho a ser indemnizado en los términos establecidos en este Libro por los daños o perjuicios causados por los bienes o servicios".*

[1186] MARCOS FRANCISCO (2010) pp. 94-102, hace una exposición de las razones que justifican la inclusión y exclusión de la responsabilidad extracontractual del ámbito de aplicación objetivo del arbitraje de consumo. Señala la dificultad de diferenciar en muchos casos ante qué tipo de responsabilidad nos encontramos, sobre todo cuando se trata de la responsabilidad secuencial (daños extracontractuales derivados indirectamente de una relación contractual).

[1187] El apartado 2 del artículo 2 RDAC dispone: *"No obstante lo previsto en el apartado anterior no podrán ser objeto de arbitraje de consumo los conflictos que versen sobre intoxicación, lesión, muerte o aquéllos en que existan indicios racionales de delito, incluida la responsabilidad por daños y perjuicios directamente derivada de ellos, conforme a lo previsto en el artículo 57.1 del 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".*

normativa anterior[1188]. La doctrina mayoritaria interpretaba que únicamente se excluía del ámbito de aplicación del arbitraje de consumo las acciones penales derivadas del delito, pudiendo acudir a la vía arbitral para dilucidar la acción civil por responsabilidad derivada del delito[1189]. Sin embargo, la redacción del actual artículo 2.2 RDAC contradice la interpretación doctrinal, excluyendo específicamente del arbitraje de consumo la acción civil por responsabilidad derivada del delito[1190].

No entendemos como el legislador limita el ejercicio de la acción civil por responsabilidad derivada del delito del arbitraje de consumo, por cuanto es una materia de libre disposición para las partes[1191]. Las partes podrán acudir a un arbitraje privado para dilucidar la responsabilidad civil derivada del delito, o celebrar una transacción e incluso renunciar a ella, pero no podrán acudir al sistema arbitral de consumo, lo cual resulta absurdo. El legislador fundamenta la exclusión en el artículo 57.1 TRLGDCU, pero de su redacción solo cabe interpretar que la exclusión se refiere al ejercicio de la acción penal[1192]. A nuestro juicio, excluir del arbitraje de consumo la acción de responsabilidad civil derivada del delito vulneraría el artículo 57.1 TRLGDCU, ya que una norma de

[1188] El artículo 2.2 apartado d) del Real decreto 636/1993 señalaba que no podían ser objeto de arbitraje de consumo *"aquellas (cuestiones) en las que concurra intoxicación, lesión, muerte o existan indicios racionales de delito".*

[1189] ABELLÁN TOLOSA (1999) pp. 441 y 442. PITA PONTE (2012) pp. 25-27, pone de manifiesto el carácter restrictivo de la redacción del RDAC respecto al artículo 57.1 TRLGDCU, en el que no hay referencia alguna a la imposibilidad de ejercitar la acción de responsabilidad derivada del delito por intoxicación, lesión o muerte.

[1190] MARÍN LÓPEZ, M. J. (2009) p. 718, extiende la exclusión de los conflictos que versen sobre intoxicación, lesión, muerte o existan indicios racionales de delito, a la responsabilidad civil por daños y perjuicios derivados directamente de estos hechos. Para MARCOS FRANCISCO (2010) pp. 150 y ss, la redacción del artículo 2.2 RDAC de 2008, acaba con uno de los principales problemas interpretativos al excluir expresamente las pretensiones de responsabilidad civil que puedan derivar de ilícitos penales.

[1191] FERNÁNDEZ FUSTES (2010) p. 195, explica que la acción civil derivada de delito, se puede ejercitar conjuntamente con la acción en el proceso penal, pero no por ello pierde su naturaleza civil, por lo que es disponible por su titular.

[1192] Ya defendí esta postura en mi anterior trabajo, FIDALGO LÓPEZ (2009) p. 1500. LAFUENTE TORRALBA (2011) p. 2015, discrepa de la postura expuesta, al afirmar que la legalidad del artículo 2.2 RDAC no puede ser cuestionada, pues no vulnera la disposición jerárquicamente superior constituida por el artículo 57.1 TRLGDCU, sino que se limita a desarrollar y concretar el contenido de este precepto.

rango inferior restringe el ámbito de aplicación de una norma superior[1193]. Conforme al principio constitucional de jerarquía normativa, del artículo 9.3 CE, una norma de rango inferior no puede contradecir una de rango superior[1194]. Por tanto, entendemos que la acción de responsabilidad civil derivada del delito puede ser ejercitada a través del arbitraje de consumo, pese a la redacción del artículo 2.2 RDAC.

4. La organización del sistema arbitral de consumo

El artículo 4 RDAC dispone que *"el sistema arbitral de consumo se organiza a través de las Juntas Arbitrales de Consumo, la Comisión de la Junta Arbitral de Consumo, el Consejo General del Sistema Arbitral de Consumo y los órganos arbitrales".*

A) Las Juntas Arbitrales de Consumo

Las Juntas Arbitrales de Consumo se definen, en el artículo 5.1 RDAC, como el órgano administrativo de gestión del arbitraje institucional de consumo y prestan servicios de carácter técnico, administrativo y de secretaría, tanto a las partes como a los árbitros[1195]. Habrá una junta arbitral de carácter nacional, adscrita al Instituto Nacional de Consumo. A través de convenios de colaboración entre las Administraciones Públicas y el Instituto Nacional de Consumo se crearán las juntas arbitrales territoriales[1196].

[1193] Así lo reconoce GARCÍA RUBIO (2002) p. 89, cuando afirma que «… de todo ello se deriva que las normas con rango de ley tienen plena fuerza activa y pasiva frente a los reglamentos …».

[1194] Aunque la jerarquía normativa fue reconocido como un principio constitucional, no supone ninguna innovación en nuestro ordenamiento jurídico, pues ya el artículo 1.2 del Código Civil disponía que: *"Carecerán de validez las disposiciones que contradigan otra de rango superior".*

[1195] LORCA NAVARRETE (2008) pp. 13-18, destaca un dato significativo de la naturaleza jurídica de las Juntas arbitrales de consumo, como es su carácter administrativo. Es un órgano administrativo, a diferencia del Órgano arbitral que es un órgano de naturaleza no administrativa.

[1196] La Junta Arbitral de Consumo de Galicia se creó a través del acuerdo entre el Instituto Nacional de Consumo y la Consellería de Industria y Comercio de la Xunta de Galicia, publicado a través de la Resolución de 8 de julio de 1994. Hay que señalar que la disposición transitoria primera del RDAC establece un plazo de dos años, desde su entrada en vigor, para la adaptación de los convenios de constitución de juntas arbitrales, pudiendo actuar mientras tanto en base a los convenios existentes.

Las juntas arbitrales de consumo se componen de un presidente y un secretario, ambos personal al servicio de la administración pública. Al igual que en la normativa anterior, no se exige que sean funcionarios de carrera, sino que basta con que sea personal a su servicio por una relación de carácter laboral[1197]. Serán designados por la administración de la que dependa la junta arbitral y estarán asistidos por el personal de apoyo adscrito a la junta.

Las funciones de las juntas arbitrales de consumo se enumeran en el artículo 6 RDAC, entre las que cabe destacar: el fomento del arbitraje de consumo, la resolución sobre las ofertas públicas de adhesión así como conceder o retirar el distintivo de adhesión, dar publicidad de las empresas o profesionales adheridos al arbitraje de consumo mediante ofertas públicas de adhesión, elaborar y actualizar la lista de árbitros acreditados, asegurar el recurso a la mediación previa o, poner a disposición de los consumidores o usuarios y de las empresas formularios de solicitud de arbitraje, contestación y aceptación, así como de ofertas públicas de adhesión al sistema arbitral de consumo.

Pero hay que hacer especial mención a la función recogida en el apartado l) del artículo 6 RDAC, como una de las novedades más sorprendentes de la norma. Según este precepto, las juntas arbitrales se encargarán de *gestionar un registro de laudos emitidos, cuyo contenido, respetando la privacidad de las partes, será público.* El precepto es bastante escueto y nos plantea algunas dudas. En primer lugar, nos preguntamos a qué laudos se refiere, a todos, o solo a aquéllos que hayan llegado a los Tribunales Superiores de Justicia a través de la acción de anulación.

Otra cuestión que nos planteamos es la legalidad de la creación de un registro público de laudos, ya que contradice el principio de privacidad que está presente en cualquier arbitraje. El artículo 24.2 LA determina el carácter privado del arbitraje, al disponer que *"los árbitros, las partes y las instituciones arbitrales, en su caso, están obligadas a guardar la confidencialidad de las*

[1197] El artículo 3.4 del Real decreto 636/1993 establecía que *"Las juntas arbitrales de consumo estarán compuestas por un presidente y un secretario, cargos que deberán recaer en personal al servicio de las administraciones públicas y serán designados por la administración de la que dependa la junta, publicándose su nombramiento en el Diario oficial correspondiente".*

informaciones que conozcan a través de las actuaciones arbitrales". Como consecuencia del carácter privado del procedimiento arbitral, entendemos que será necesario el consentimiento expreso de las partes para poder incluir el laudo en el registro. Para conocer el funcionamiento del registro o las medidas que garanticen la privacidad habrá que esperar al desarrollo normativo que, conforme a la disposición final segunda del RDAC, corresponde al Ministerio competente en materia de consumo[1198].

Finalmente, debemos preguntarnos cuál es el valor de la inclusión de los laudos arbitrales en un registro público. Quizá el legislador haya pretendido crear una compilación de la práctica arbitral de la que puedan valerse los órganos arbitrales a la hora de dictar sus laudos. Entendemos que esta no debe ser la finalidad del registro, pues en el arbitraje se resuelven de forma individual las controversias de las partes y el procedimiento arbitral debe estar presidido por el principio de imparcialidad de los órganos arbitrales[1199]. Además, no podemos olvidar que con carácter general los laudos arbitrales se dictan en equidad. Esta característica refuerza nuestra postura, ya que la decisión arbitral responderá a un criterio de justicia moral aplicable a cada caso concreto.

Puesto que la junta arbitral es un órgano administrativo, las resoluciones de su presidente finalizan la vía administrativa, conforme al artículo 7.2 RDAC, salvo las que se refieran a la admisión o inadmisión de las solicitudes de arbitraje fundadas en el artículo 2, en cuyo caso existe la posibilidad de interponer un recurso ante la Comisión de las Juntas Arbitrales[1200].

Las juntas arbitrales conocerán sobre la admisibilidad de las solicitudes individuales de arbitraje. Para ello, será competente la junta arbitral que acuerden

[1198] Aunque la norma se refiera al Ministerio de Sanidad y Consumo, en la actualidad la referencia debemos entenderla realizada al ministerio competente en la materia, que es el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad.

[1199] La Recomendación 98/257/CE de la Comisión, de 30 de marzo, relativa a los principios aplicables a los órganos responsables de la solución extrajudicial de los litigios en materia de consumo, recoge la imparcialidad de los órganos extrajudiciales de resolución de litigios en materia de consumo.

[1200] IBOLEÓN SALMERÓN (2010) pp. 106-107, entiende que el legislador, independientemente del carácter administrativista que pretende imbuir al sistema arbitral de consumo, cuando hace referencia a "pone fin a la vía administrativa", hay que interpretarlo como "abre la vía judicial".

las partes, en aplicación del principio de autonomía de la voluntad que rige el procedimiento arbitral. Si las partes no hubieran acordado nada al respecto, será competente la junta arbitral territorial correspondiente al domicilio del consumidor. Pero es posible que en un mismo territorio existan varias juntas arbitrales[1201]. En este caso, será competente la junta territorial de ámbito inferior. Si la formalización del convenio arbitral se produce a través de una oferta pública de adhesión limitada a una o varias juntas arbitrales, será competente la junta arbitral designada por el empresario o, si fuesen varias, aquella por la que opte el consumidor entre las designadas por el empresario.

B) La Comisión de las Juntas Arbitrales de Consumo

El artículo 9 del RDAC dispone: *"La Comisión de las Juntas Arbitrales de Consumo es un órgano colegiado, adscrito funcionalmente al Instituto Nacional de Consumo a través de la Junta Arbitral Nacional, con competencia para el establecimiento de criterios homogéneos en el sistema arbitral de consumo y la resolución de los recursos frente a las resoluciones de los presidentes de las juntas arbitrales de consumo en los supuestos previstos en el artículo 36"*.

La Comisión de las Juntas Arbitrales de Consumo, pese a no establecerse de forma clara en el RDAC, es un órgano de naturaleza administrativa, adscrito al INC. Se compone de un presidente, que será el presidente de la Junta Arbitral Nacional y, dos vocales, nombrados entre los presidentes de las juntas arbitrales territoriales, por el Consejo General del Sistema Arbitral de Consumo, por un periodo de dos años. Sus acuerdos se adoptarán por mayoría de votos emitidos, entendiéndose válidamente adoptados si a la votación concurren la mayoría de sus miembros. En caso de vacante, ausencia o enfermedad el presidente será sustituido por el vocal más antiguo en el cargo.

[1201] Pensemos en una Junta arbitral autonómica y una Junta arbitral local. Es el caso de la Junta arbitral de Galicia con delegación en Vigo, y de la Junta arbitral dependiente del Ayuntamiento de Vigo. En caso de conflicto, sería competente para conocer de la solicitud de arbitraje la junta arbitral local, por ser la de ámbito inferior.

La Comisión estará asistida por dos árbitros designados por el Consejo General del Sistema Arbitral de Consumo, entre los árbitros propuestos por los representantes en dicho órgano del Consejo de Consumidores y Usuarios y de las organizaciones empresariales y profesionales[1202]. Su nombramiento será también por dos años. Los vocales y los árbitros designados por el Consejo podrán ser reelegidos por un máximo de tres mandatos. En caso de vacante, el Consejo hará una nueva designación por el tiempo que reste para la expiración del mandato del vocal o árbitro sustituido.

Las competencias de la Comisión de las Juntas Arbitrales se enumeran en el artículo 11 RDAC, que completa el artículo 9 RDAC. En primer lugar, la Comisión es competente para conocer de los recursos frente a las resoluciones de los presidentes de las juntas arbitrales por admisión o inadmisión de las solicitudes de arbitraje por no ser materias objeto de arbitraje, conforme al artículo 2 RDAC.

En segundo lugar, la Comisión tiene la competencia para establecer criterios homogéneos en el Sistema Arbitral de Consumo. Nos tenemos que preguntar a qué criterios se refiere. El apartado segundo del artículo 11 RDAC hace referencia a la emisión de informes técnicos, dictámenes o recomendaciones que sirvan de apoyo a los árbitros en el ejercicio de sus funciones, en particular ante la existencia de laudos contradictorios. Si bien es cierto que el legislador dice, en el propio artículo 11.2 RDAC, que estos informes y dictámenes salvaguardarán la independencia e imparcialidad de los árbitros, consideramos que esta previsión puede producir el efecto contrario. En primer lugar, hay que señalar que los árbitros están obligados a motivar su

[1202] La exposición de motivos del RDAC afirma, en relación a la Comisión de las Juntas Arbitrales de Consumo, que *estará integrada por tres presidentes de Juntas arbitrales de consumo (…). Los miembros de la Comisión de las Juntas Arbitrales actuarán asistidos por dos árbitros en representación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las organizaciones empresariales o profesionales".* Por tanto, hay que entender que los árbitros representantes de las asociaciones de consumidores y de empresarios no forman parte de la Comisión, estando limitados a prestarles su asistencia. Quizá hubiera sigo mejor la incorporación de los árbitros a la Comisión de las Juntas Arbitrales, para dotarlo de paridad en su composición. Así, en la Comisión estarían representados todos los sectores interesados, dándole mayor credibilidad en su actuación, sobre todo teniendo en cuenta las importantes funciones que le han sido encomendadas.

decisión de apartarse de los informes o dictámenes emitidos por la Comisión. Además, hay que tener en cuenta que, el arbitraje de consumo es un procedimiento que con carácter general se va a decidir en equidad, atendiendo a los principios de justicia social aplicables en cada momento y circunstancias, individualizando así cada resolución. Por tanto, con la emisión de los informes o dictámenes de la Comisión se prejuzgarían las controversias planteadas, vulnerando los principios de imparcialidad e independencia del órgano arbitral[1203].

Como muy bien dice la exposición de motivos del RDAC, la Comisión se crea para garantizar la seguridad jurídica de las partes y favorecer la previsibilidad del sistema[1204]. Creemos que la seguridad jurídica no puede prejuzgar en ningún caso las cuestiones que se planteen. Quedará garantizada, en todo caso, con el establecimiento de un procedimiento claro y sin formalidades especiales, que las partes puedan conocer de antemano y al que tengan un fácil acceso. La previsibilidad del sistema arbitral de consumo impide, sin duda alguna, garantizar los principios de igualdad y contradicción del procedimiento arbitral, recogidos en el artículo 41 RDAC. El consumidor, consultando los informes y dictámenes podrá saber, antes de solicitar el arbitraje, si la resolución va a ser o no favorable con un alto porcentaje de acierto, pues no olvidemos que el órgano arbitral se ve obligado a motivar su decisión de apartarse de ellos, lo que vinculará la decisión de los árbitros[1205].

[1203] PITA PONTE (2012) pp. 34-37, critica la facultad de la Comisión de emitir informes, dictámenes y recomendaciones, en el sentido expuesto, al entender que es una intromisión en la función del órgano arbitral.

[1204] Nos sorprende que LORCA NAVARRETE (2008) p. 13, califique de loable el propósito que esconde el RDAC de garantizar la seguridad jurídica de reclamantes y reclamados a través de mecanismos que favorecen la previsibilidad del sistema arbitral de consumo español. También para FERNÁNDEZ FUSTES (2010) p. 205, el principal objetivo de esta comisión es el establecimiento de criterios homogéneos en el sistema arbitral de consumo y la resolución de los recursos frente a las resoluciones de los presidentes de las Juntas Arbitrales de Consumo. LARA GONZÁLEZ (2011) pp. 184 y ss, comparte esta opinión, aunque aclara que la motivación de los árbitros de apartarse de los criterios o dictámenes de la Comisión no debe ser una motivación *ad hoc* refutando su parecer, sino que se refiere a la preceptiva obligación de motivar las resoluciones arbitrales.

[1205] El último párrafo del artículo 11.2 RDAC dice que *los informes, dictámenes o recomendaciones, para cuya emisión podrá recabarse de las juntas arbitrales toda la documentación e in-*

Los informes, dictámenes o recomendaciones se emitirán, a solicitud de las juntas arbitrales, de los árbitros o de las partes, en el plazo máximo de 30 días, a contar desde la recepción de la solicitud por la Comisión, y serán publicados en la página web del Instituto Nacional de Consumo.

Finalmente, la Comisión de las Juntas Arbitrales será competente para la emisión de informes en la admisión de las ofertas públicas de adhesión limitadas y, para la emisión de informes en el procedimiento de retirada de la acreditación como árbitro. Estos informes se emitirán en el plazo de 15 días, a contar desde el día siguiente a la recepción en la Comisión de la solicitud de la junta arbitral competente. En caso de oferta pública de adhesión limitada, el informe será preceptivo y, si su resultado fuese negativo, será vinculante para la junta arbitral de consumo. Si el informe versa sobre la retirada de la acreditación como árbitro, será preceptivo pero no vinculante.

C) El Consejo General del Sistema Arbitral de Consumo

Se define el Consejo General del Sistema Arbitral de Consumo, en el artículo 12 RDAC, como el órgano colegiado, adscrito funcionalmente al Instituto Nacional de Consumo, de representación y participación en materia de arbitraje de consumo. Al igual que en el caso anterior y pese a la omisión de la norma, hay que entender que es un órgano de naturaleza administrativa.

El Consejo General está compuesto por el presidente, que será el presidente del Instituto Nacional de Consumo, el vicepresidente, que será el director del Instituto Nacional de Consumo, y los consejeros, que representarán a cada uno de los sectores interesados en la materia[1206]. La duración del mandato

formación que se considere oportuna, serán públicos y deberán ser notificados por la secretaría de la Comisión a las juntas arbitrales de consumo y a sus delegaciones.

[1206] Conforme al artículo 13 RDAC son consejeros del Consejo General del Sistema Arbitral de Consumo el presidente de la Junta Arbitral Nacional, cuatro presidentes de las juntas arbitrales territoriales, un representante del Ministerio de Justicia, un representante del Ministerio de Administraciones Públicas, un representante del Ministerio de Economía y Hacienda, un representante del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, dos representantes de la administración de consumo de las comunidades autónomas, dos representantes de la asociación de mayor implantación en el ámbito estatal representativa de las entidades locales, tres representantes del Consejo de Consumidores y Usuarios, dos representantes de las organizaciones

de los consejeros no natos será de cuatro años. Podrán cesar en el cargo por renuncia, revocación de la designación, incapacidad permanente apreciada por el pleno del Consejo General previa audiencia del interesado o, por finalización del mandato. Además tendrá una secretaría, que será desempeñada por el titular de la Subdirección General de Normativa y Arbitraje de Consumo del Instituto Nacional de Consumo.

Funcionará en pleno y en secciones. El pleno del Consejo General se reunirá al menos una vez al año. Se constituirá válidamente si concurren al menos la mitad de los vocales y, sus acuerdos se adoptarán por mayoría de los votos emitidos, teniendo valor dirimente el voto del presidente en caso de empate.

Las secciones se crearán por el Consejo con carácter temporal o permanente, determinando su composición y funcionamiento en el momento de su constitución. Su labor será el estudio, análisis o seguimiento de asuntos específicos. Será el Instituto Nacional de Consumo el que le preste la asistencia técnica necesaria.

Las funciones del Consejo General se enumeran en el artículo 15 RDAC. Entre otras, podemos destacar el seguimiento, apoyo y las propuestas de mejora del Sistema Arbitral de Consumo, la aprobación de la memoria anual del Sistema Arbitral de Consumo, la aprobación de los programas de formación de los árbitros, la propuesta de convenios marco de constitución de las juntas arbitrales territoriales, la elaboración de directrices generales sobre la admisión de ofertas públicas de adhesión limitadas, la designación de los miembros no natos de la Comisión de las Juntas Arbitrales, la edición y divulgación de los informes, dictámenes y recomendaciones de la Comisión, así como de los laudos dictados o, el establecimiento de criterios homogéneos sobre la creación de órganos arbitrales sectoriales y especializados.

empresariales y profesionales, un representante del Consejo Superior de las Cámaras de Comercio y, un representante del Consejo General de la Abogacía.

D) Los órganos arbitrales

Tal y como establece el artículo 18.1 RDAC, los órganos arbitrales tienen la competencia para resolver las reclamaciones que se sometan al arbitraje de consumo. Hablamos de órganos arbitrales y no de colegios arbitrales, porque el RDAC introduce una novedad al prever la existencia tanto de órganos arbitrales unipersonales como colegiados[1207]. Su naturaleza no es administrativa. En este sentido, Abellán Tolosa considera que tienen una naturaleza más bien privada y, en consecuencia, a sus actuaciones le será de aplicación con carácter supletorio la LA y, subsidiariamente, la LEC y la LOPJ[1208].

Los árbitros serán propuestos al presidente de la junta arbitral de consumo por la Administración, por las asociaciones de consumidores y usuarios y, por las asociaciones empresariales o Cámaras de Comercio. Para poder ejercer como árbitros es necesario que las personas propuestas obtengan su acreditación. La solicitud de acreditación se dirigirá al presidente de la junta arbitral, e implica la aceptación de su inclusión en las listas de árbitros, así como la aceptación del cargo de árbitro para los procedimientos en que sea designado. Se concederá por el presidente de la junta arbitral en la que hayan de intervenir, atendiendo a los requisitos de honorabilidad y cualificación establecidos por el Consejo General de Consumo. La concesión de la acreditación se notificará al interesado, procediéndose a su inclusión en el listado de árbitros.

El presidente de la junta arbitral que haya concedido la acreditación, podrá acordar su retirada cuando los árbitros dejen de reunir los requisitos exigidos, o cuando incumplan o hagan dejación de sus funciones, previo informe preceptivo de la Comisión de las Juntas Arbitrales[1209]. El procedimiento de

[1207] En palabras de LORCA NAVARRETE (2008) p. 34, el cambio de semántica de colegio arbitral a órgano arbitral se justifica porque en el RDAC del 2008, no siempre la controversia se decidirá por un órgano colegiado, sino que es posible que el órgano arbitral sea unipersonal o colegiado.

[1208] ABELLÁN TOLOSA (1999) p. 451. FERNÁNDEZ GIMENO (1996) p. 289, también afirma la condición del colegio arbitral como órgano no administrativo.

[1209] De la lectura del artículo 23.1 RDAC cabe interpretar que el informe es preceptivo únicamente si la retirada de la acreditación se debe al incumplimiento o dejadez en el ejercicio de sus funciones por parte del árbitro, siendo facultativo el informe en el supuesto de retirada de la acreditación por dejar de reunir los requisitos exigidos.

retirada podrá iniciarse de oficio o por denuncia de parte interesada y serán oídos tanto el árbitro interesado como la entidad que lo propuso. La retirada de la acreditación se entiende sin perjuicio del artículo 19 de la Ley de Arbitraje, respecto a la falta o imposibilidad de ejercicio de las funciones arbitrales, en cuyo caso la pretensión de remoción del árbitro se sustanciará por el mismo procedimiento de retirada de la acreditación[1210].

El árbitro acreditado a propuesta de la Administración debe ser, en todo caso, licenciado en derecho, ya se decida el arbitraje en equidad o en derecho[1211]. Se encuentra acreditado para actuar como árbitro el presidente de la junta arbitral, por lo que debemos entender que tendrá que ostentar tal cargo un licenciado en derecho. Sin embargo, ello puede plantear problemas en algunas CCAA, en las cuales la presidencia de las juntas arbitrales corresponde a un cargo de la administración para el que no se requiere la licenciatura en derecho[1212]. Teniendo en cuenta las funciones que se le atribuyen al presidente de la junta arbitral, como son la admisión o inadmisión de las solicitudes de arbitraje, así como la aceptación de las ofertas públicas de sometimiento limitadas, es aconsejable que sea licenciado en derecho. La solución vendría dada por el desligamiento de la presidencia de la junta arbitral de cualquier otro cargo de la administración. De esta forma, se conseguiría una mayor especialización y profesionalización de las juntas arbitrales.

[1210] El artículo 19 LA dispone: *"1. Cuando un árbitro se vea impedido de hecho o de derecho para ejercer sus funciones, o por cualquier otro motivo no las ejerza dentro de un plazo razonable, cesará en su cargo si renuncia o si las partes acuerdan su remoción. Si existe desacuerdo sobre la remoción y las partes no han estipulado un procedimiento para salvar dicho desacuerdo, se aplicarán las siguientes reglas: a) La pretensión de remoción se sustanciará por los trámites del juicio verbal. Se podrá acumular la solicitud de nombramiento de árbitros, en los términos previstos en el artículo 15, para el caso de que se estime la de remoción. Contra las resoluciones definitivas que se dicten no cabrá recurso alguno. b) En el arbitraje con pluralidad de árbitros los demás árbitros decidirán la cuestión. Si no pudieren alcanzar una decisión, se aplicará lo dispuesto en el párrafo anterior. 2. La renuncia de un árbitro a su cargo o la aceptación por una de las partes de su cese, conforme a lo dispuesto en el presente artículo o en el apartado 2 del artículo anterior, no se considerará como un reconocimiento de la procedencia de ninguno de los motivos mencionados en las citadas normas."*

[1211] Sorprende la utilización de la terminología «licenciatura en derecho» en una norma tan reciente, cuando desde la publicación, el 30 de octubre de 2007, del Real decreto 1393/2007, de 29 de octubre, por el que se establece la ordenación de las enseñanzas universitarias oficiales, se obliga a la modificación de las titulaciones universitarias, pasando a denominarse grado.

[1212] Como Galicia, que conforme al artículo 3.1.p), corresponde al Presidente del Instituto Galego de Consumo la presidencia de la Junta Arbitral de Galicia.

A los árbitros propuestos por las asociaciones de consumidores y las asociaciones empresariales no se les exige la licenciatura en derecho, salvo en aquellos casos en que el arbitraje se celebre en derecho. En este supuesto, ambos tendrán que ser licenciados en derecho. En este punto, el RDAC introduce una novedad respecto a la normativa anterior, que exigía que en los arbitrajes de derecho los árbitros representantes de las asociaciones de consumidores y empresarios fueran abogados en ejercicio[1213]. Esta previsión fue muy criticada por la doctrina, por ser una medida corporativista, que limitaba el ejercicio de las funciones arbitrales a un único sector de las profesiones jurídicas.

El órgano arbitral estará asistido por un secretario, que será el secretario de la junta arbitral o el designado por el presidente de la junta entre el personal que preste servicios en ella, con carácter permanente o para uno o varios procedimientos concretos. Entre sus funciones cabe destacar el velar por el cumplimiento de todas las decisiones que adopten los órganos arbitrales en el ejercicio de su función, dejar constancia de la realización de actos procedimentales por el órgano arbitral o ante éste y de la producción de hechos con trascendencia procedimental mediante las oportunas diligencias, asegurar el funcionamiento del registro de recepción de documentos, expedir certificaciones de las juntas arbitrales, ordenar e impulsar el procedimiento salvo las acciones derivadas a los árbitros, levantar acta de las audiencias o, realizar las notificaciones de las actuaciones arbitrales.

Como ya señalamos, el órgano arbitral puede ser unipersonal o colegiado. Conforme al artículo 19 RDAC, conocerá un órgano unipersonal cuando las partes así lo acuerden o, cuando lo acuerde el presidente de la junta arbitral de consumo, siempre que la cuantía de la controversia sea inferior a 300 euros y que la falta de complejidad del asunto así lo aconseje[1214]. En este último supuesto, las

[1213] El artículo 11.3 del Real decreto 636/1993 disponía que *"si las partes optasen expresamente por un arbitraje en derecho, los miembros del Colegio Arbitral deberán ser abogados en ejercicio, salvo el presidente designado según lo previsto en el primer párrafo del apartado 1.a)".*

[1214] Algunas de las operadoras de telefonía han aceptado, a través de sus ofertas públicas de adhesión al arbitraje de consumo, que el arbitraje sea resuelto por un órgano unipersonal cuando la cuantía de la reclamación no supere los 300 euros. Tan solo R Cable y Movistar limitan es-

partes podrán oponerse a la designación de un único árbitro y, en consecuencia, se designará un colegio arbitral[1215]. El árbitro único se nombrará entre los árbitros acreditados propuestos por la administración, salvo que, por razones de especialidad, las partes de común acuerdo soliciten que se designe otro árbitro acreditado.

No dudamos de los beneficios de los órganos arbitrales unipersonales en el procedimiento arbitral, ya que agilizan el proceso y abaratan su coste[1216]. Sin embargo, tenemos que criticar que la designación del órgano unipersonal dependa de la junta arbitral, atendiendo al fondo de la reclamación[1217]. Así, la junta arbitral designará un órgano unipersonal dependiendo de la cuantía de la reclamación y de su dificultad. Pero para tomar esta decisión tiene que entrar a conocer en el fondo de la controversia, prejuzgando una vez más el asunto objeto de litigio. Por tanto, creemos que sería conveniente que la designación del órgano arbitral unipersonal se haga en base a criterios objetivos predeterminados, que garanticen la imparcialidad del procedimiento arbitral[1218].

El órgano arbitral colegiado sigue el modelo de la normativa anterior. Estará formado por tres árbitros acreditados que representarán a cada uno de los sectores interesados, esto es, un árbitro propuesto por la administración, uno propuesto por las asociaciones de consumidores y usuarios y, finalmente, uno

ta posibilidad en sus ofertas, al someterse únicamente a los arbitrajes celebrados ante órganos colegiados.

[1215] FERNÁNDEZ FUSTES (2010) p. 203 y GARCÍA VIDAL (2010) p. 214, nos advierte que no se establece un límite temporal para que las partes pueden oponerse a la designación de árbitro único, por lo que su rechazo podrá ser en el momento de notificación de su designación a las partes.

[1216] MARÍN LÓPEZ (2009) p. 721, resalta la reducción de costes que conlleva la designación del órgano arbitral unipersonal, a la vez que advierte que los órganos unipersonales producen cierto recelo del sector empresarial, que con el órgano colegiado se garantizaba la representación de los intereses empresariales.

[1217] MARCOS FRANCISCO (2010) p. 186, muestra sus reservas sobre la previsión de que sea la junta arbitral a través de su presidente la que está facultada para apreciar libremente, con criterios subjetivos si existe falta de complejidad del asunto.

[1218] LORCA NAVARRETE (2008) p. 40, se expresa en idéntico sentido, cuando señala que: «...el problema quizá consista en calibrar y evaluar por el presidente de la JAC, cuando un asunto de 300 euros se halla con falta de complejidad de modo que aconseje su conocimiento por un árbitro único. La falta de complejidad es un juicio de valor que ha de realizar el presidente de la JAC y espero que acierte al realizarlo». MARCOS FRANCISCO (2010) p. 186, aboga por el establecimiento de criterios objetivos en los que deba basarse la junta arbitral para designar un único árbitro y, de esta forma, garantizar una plena seguridad jurídica.

propuesto por las asociaciones empresariales. Los tres árbitros actuarán de forma colegiada y su presidente será el árbitro propuesto por la administración. Las partes podrán solicitar, de común acuerdo, que la designación del presidente del colegio recaiga en un árbitro distinto al propuesto por la administración, cuando lo requiera la especialidad de la materia o si la reclamación se dirige contra una entidad pública vinculada con la administración a la que está adscrita la junta arbitral.

Los árbitros serán designados por el presidente de la junta arbitral competente para conocer de la solicitud de arbitraje. Como novedad, el RDAC prevé, en su artículo 21.2, que la designación se realice por turno entre los que figuren en la lista de árbitros acreditados. Con la normativa anterior, la designación de los árbitros se realizaba atendiendo a la asociación de consumidores o empresarios a la que pertenecía cada una de las partes, garantizando así la especialización de los árbitros en la materia objeto de la controversia[1219]. La designación por turnos parece aumentar la imparcialidad de los árbitros[1220]. Sin embargo, puede generar cierta desconfianza en el sistema, sobre todo por parte del sector empresarial, pues se podrían dar supuestos en que un árbitro propuesto por una asociación de tintoreros conociera de una reclamación de talleres o viceversa. La norma busca la profesionalización de los árbitros, y para ello prevé el nombramiento de árbitros especializados cuando conforme a los criterios establecidos por el Consejo General del Sistema Arbitral

[1219] El artículo 11.1 del Real decreto 636/1993 disponía que el colegio arbitral estará compuesto por tres árbitros, los cuales representarán cada uno de los sectores interesados en el proceso. Uno de los integrantes del colegio arbitral será el presidente, que tendrá que formar parte del personal al servicio de la Administración. Su voto será dirimente en caso de empate. Igualmente el colegio arbitral estará formado por dos vocales, representantes de las asociaciones de consumidores y del sector empresarial, respectivamente. El representante de la asociación de consumidores se nombrará entre los designados al efecto por la asociación. Cuando la reclamación haya tenido entrada en una asociación, deberá ser designado un árbitro de los designados por la misma. En el caso del sector empresarial se nombrará uno de los designados al efecto, respetando siempre el sector al que pertenezcan.

[1220] MARÍN LÓPEZ M. J. (2009) pp. 721-722, sostiene que la designación de los árbitros por turno hace desaparecer los problemas de parcialidad, presentes con el procedimiento de designación anterior.

de Consumo, el conflicto deba ser conocido por un órgano especializado, tal y como dispone el artículo 39.1 RDAC[1221].

También por turno, el presidente de la junta arbitral designará a los árbitros suplentes, sin que tal nombramiento implique la pérdida del turno para la designación como árbitros titulares.

Siguiendo la Recomendación 98/257/CE de la Comisión, de 30 de marzo, relativa a los principios aplicables a los órganos responsables de la solución extrajudicial de los litigios en materia de consumo, el artículo 22 RDAC dispone que los árbitros actuarán en el ejercicio de sus funciones con independencia, imparcialidad y confidencialidad. Así, no podrán participar en el procedimiento arbitral quienes hayan conocido de la reclamación como mediadores.

El RDAC establece el procedimiento de abstención y recusación de los árbitros, en su artículo 22[1222]. Las partes podrán recusar a los árbitros en el plazo de diez días desde la fecha en que se les notifique su designación o desde el momento en que tenga conocimiento de cualquier circunstancia que haga dudar de su imparcialidad o independencia. Tras plantear la recusación, el árbitro tendrá 48 horas para decidir si renuncia a su cargo. El presidente de la junta arbitral está obligado a aceptar su recusación, pues en caso contrario sería el mismo quien tuviera que resolver la misma. En caso de que el árbitro no renuncie en el plazo señalado, el presidente de la junta arbitral decidirá sobre la recusación, tras oír al árbitro recusado y, en su caso, a los demás árbitros. La resolución que decida la recusación debe ser motivada, y se notificará a los árbitros y a las partes. Durante el proceso de recusación se suspenderán las actuaciones arbitrales, y se ampliará el plazo para dictar el laudo. Aceptada la

[1221] Así cabe deducir de su Exposición de Motivos al manifestar que: *"..., se apuesta decididamente por la capacitación de los árbitros, por la creación de colegios sectoriales y especializados..."*. Sin embargo, nuestra experiencia nos demuestra que esta previsión no ha tenido incidencia en la práctica. Dada la especial regulación de los servicios de comunicaciones electrónicas, sería un supuesto típico de creación de colegios sectoriales y especializados.

[1222] Excluyendo así la aplicación de la Ley 60/2003, a diferencia del Real decreto 636/1993, que en su artículo 11.6 se remitía a la normativa general para la regulación de la abstención y recusación.

recusación, se designará el árbitro sustituto y se decidirá si ha lugar a repetir las actuaciones arbitrales ya realizadas.

5. Formalización del Convenio Arbitral

Quizá la principal característica que define al sistema arbitral es la voluntad de las partes de someter su conflicto al conocimiento de un órgano arbitral[1223]. Es un procedimiento voluntario y, de esta forma, se garantiza el derecho a la tutela judicial efectiva, reconocido en el artículo 24 CE, como así ha venido reconociendo el Tribunal Constitucional[1224]. La voluntariedad del sistema arbitral implica que las partes intervinientes tienen que consentir libremente someter su controversia al conocimiento y resolución del órgano arbitral, para que el procedimiento pueda ser iniciado[1225]. Cuando las partes manifiesten su voluntad de someter la reclamación al arbitraje, formalizan el convenio

[1223] El Tribunal Constitucional reconoce el carácter voluntario del procedimiento arbitral a lo largo de su jurisprudencia. Clara es la exposición del Auto nº 259/1993, de 20 de julio, en el que señala: *"… fueron los recurrentes quienes, con entera libertad, decidieron en su día someter sus eventuales disputas con la contraparte al criterio dirimente de un órgano arbitral, excluyendo así la posibilidad de una resolución judicial y sus posibles controversias…"*.

[1224] Entre las sentencias del Tribunal Constitucional debemos destacar la Sentencia 174/1995, de 23 de noviembre, a través de la que se resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto frente al artículo 38.2 párrafo primero de la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de Transportes Terrestres, por el que se establecía la obligatoriedad del procedimiento arbitral de transportes. El Tribunal Constitucional declaró la inconstitucionalidad del citado precepto por infringir el artículo 24 de la Constitución, al privar a una de las partes intervinientes de su autonomía para decidir su sometimiento al procedimiento arbitral. Al respecto RIFÁ SOLER (2011) p. 52, afirma que no debe considerarse vulnerado el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley cuando las partes decidieron con plena libertad someter sus eventuales controversias a un proceso arbitral. La renuncia a la jurisdicción al ser voluntaria y pactada, no afecta a su vertiente constitucional.

[1225] ABELLÁN TOLOSA (1999) pp. 424 y 431. BUSTO LAGO (2008) p. 345, afirma con rotundidad que acudir al arbitraje de consumo para dilucidar una controversia es de naturaleza estrictamente voluntaria, requiriéndose en todo caso, el convenio arbitral. En el mismo sentido, MARÍN LÓPEZ (2009) p. 739, destaca la voluntariedad como característica esencial de todo arbitraje, y por tanto solo habrá arbitraje cuando dos sujetos decidan, voluntariamente, someter la cuestión litigiosa a arbitraje, esto es, cuando celebran un convenio arbitral expresando su voluntad de someter a arbitraje su controversia. Son también claras las palabras de LAFUENTE TORRALBA (2011) p. 2120, cuando señala que la voluntad concurrente de ambas partes no sólo es un requisito esencial para la validez del convenio arbitral, sino que es una condición esencial para la propia constitucionalidad del arbitraje, y ello es así, porque supone una renuncia a la tutela judicial efectiva consagrada en el artículo 24 CE, y, por tanto, esa exclusión del derecho de acceder a los tribunales solo será constitucional en la medida en que se fundamente en la libre voluntad de las partes.

arbitral[1226]. Montes Reyes recoge la definición doctrinal del convenio arbitral, según la cual es un contrato, convenio o acuerdo por el que dos o más personas deciden someter a arbitraje las controversias surgidas o que puedan surgir en torno a una relación jurídica[1227].

El convenio arbitral es el resultado de la concurrencia de la voluntad de las dos partes intervinientes, que aceptan someter su controversia al arbitraje. La doctrina configura el convenio arbitral como un pacto de naturaleza contractual estando regulado además de por lo dispuesto en el RDAC y en la Ley de Arbitraje, por el Código Civil[1228]. La singularidad del convenio arbitral viene dada por su consideración como contrato procesal, ya que sus efectos se producen en la esfera procesal sin que sea necesaria una declaración de un órgano jurisdiccional[1229].

Se recoge en el artículo 24 RDAC cuál debe ser el contenido mínimo del convenio arbitral para que éste sea válido, de forma similar a la regulación del

[1226] LORCA NAVARRETE (2008) p. 47, afirma que el convenio arbitral, justificado en la autonomía de la voluntad, permite que los conflictos surgidos entre los consumidores o usuarios y las empresas o profesionales en relación a los derechos legal o contractualmente reconocidos al consumidor que versen sobre materias de libre disposición puedan ser sometidos a arbitraje de consumo.

[1227] MONTES REYES (2008) p. 28. En el mismo sentido define BELLO JANEIRO (2011) p. 254, el convenio arbitral, al entender que es el acuerdo de voluntades en función del cual las partes deciden someter a resolución una controversia determinada por medio de arbitraje.

[1228] GUTIÉRREZ SANZ (1997) p. 106, define al convenio arbitral como un pacto de naturaleza contractual, bilateral y con contenido procesal. Esta opinión la comparte ABELLÁN TOLOSA (1999) p. 453, que admite que la naturaleza del convenio arbitral es inequívocamente contractual, y como tal se rige además de por lo dispuesto en el RDAC y en LA, se rige por el Código Civil. GÓMEZ JENE (2005) p. 84, destaca la naturaleza procesal del convenio arbitral al considerarlo un contrato procesal en virtud del cual las partes que lo suscriben acuerdan someter a arbitraje todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual. LORCA NAVARRETE (2008) p. 48, califica el convenio arbitral en materia de consumo como un negocio jurídico bilateral que origina las consecuencias impropias de resolver, a través del sistema arbitral de consumo, los conflictos que puedan surgir o hayan surgido en una relación jurídica de consumo. GARCÍA VIDAL (2010) p. 219, a falta de definición legal, la doctrina lo define como un pacto de naturaleza contractual, bilateral y de contenido procesal. MARCOS FRANCISCO (2011) p. 38, define el convenio arbitral de consumo como el contrato mediante el que consumidores y empresarios deciden someter a arbitraje de consumo la resolución de todas o alguna de las controversias que puedan surgir o hayan surgido entre ellos como consecuencia de las relaciones jurídicas de consumo en que son partes.

[1229] Así lo entiende MONTES REYES (2008) p. 29.

artículo 9 de la Ley de Arbitraje[1230]. En palabras de Montes Reyes, son tres los puntos imprescindibles para que exista convenio arbitral y que éste produzca sus efectos[1231]. Así, debe contener la voluntad de las partes de someterse a arbitraje, ésta versará sobre controversias surgidas o que puedan surgir en un futuro y, dichas controversias, se referirán a una relación jurídica contractual o no contractual.

En primer lugar se requiere que el convenio arbitral exprese la voluntad de las partes de someterse al arbitraje, para resolver las controversias que hayan surgido o puedan surgir en una relación jurídica de consumo[1232]. Ya no se hace referencia a que la voluntad sea inequívoca, como exigía la anterior regulación[1233]. Pero debemos entender igualmente que la voluntad de las partes debe ser clara y expresa, sin que pueda dar lugar a dudas en su interpretación[1234]. Con este requisito se refuerza el carácter voluntario del arbitraje.

En segundo lugar, exige que el convenio arbitral conste por escrito, en un documento firmado por ambas partes o en un intercambio de cartas, telegramas, telex, fax u otros medios de comunicación electrónica que permitan tener constancia del acuerdo, admitiendo el cumplimiento de los requisitos formales si consta en un soporte electrónico, siempre y cuando sea accesible con posterioridad[1235].

El convenio arbitral puede formalizarse a través de un acuerdo independiente o formar parte del contenido contractual por estar incluido como

[1230] El artículo 9 LA exige que el convenio arbitral exprese la voluntad de las partes de someter sus controversias a arbitraje. Esta voluntad puede manifestarse a través de una cláusula contractual incorporada al contrato principal o incluso a través de un acuerdo independiente. Debe constar por escrito o a través de cualquier medio que permita dejar constancia del acuerdo.

[1231] Los tres puntos esenciales en el convenio arbitral que señala MONTES REYES (2008) p. 46, son extensibles al convenio arbitral en el sistema arbitral de consumo.

[1232] GÓMEZ JENE (2005) p. 85, entiende que para que el convenio arbitral sea válido es necesario que la relación jurídica se encuentre determinada. MONTES REYES (2008) p. 54, defiende también la necesidad de que la relación jurídica está determinada.

[1233] El artículo 5.1 de la Ley 36/1988, de arbitraje, disponía que el convenio arbitral deberá expresar la voluntad inequívoca de las partes de someter las cuestiones litigiosas al arbitraje.

[1234] MONTES REYES (2008) p. 46.

[1235] Como advierte MARCOS FRANCISCO (2011) p. 94, en la nueva regulación de arbitraje de consumo la forma escrita del convenio arbitral pasa de ser un requisito ad solemnitate o constitutivo, a tener valor probatorio.

una cláusula del contrato principal. Si el convenio arbitral está incluido en un contrato de adhesión, es necesario de acuerdo con el apartado segundo del artículo 9 LA, que éste cumpla las disposiciones legales que se refieren a este tipo de contratos.

Nos preguntamos si cabe la posibilidad de formalización del convenio arbitral a través del consentimiento tácito. Nada se establece en el RDAC, pero el apartado 5 del artículo 9 LA admite expresamente esta posibilidad al prever la formalización del convenio arbitral en los casos en que una parte afirme su existencia y la otra no lo niegue en sus escritos de demanda y contestación. Además si tenemos en cuenta que el RDAC entiende formalizado el convenio arbitral si en el momento de la solicitud del consumidor, el empresario utiliza el distintivo oficial, entendemos que la norma reconoce la validez del consentimiento tácito, ya que basta la exhibición del distintivo oficial para considerar que el empresario tiene voluntad de someterse al arbitraje[1236].

La formalización del convenio arbitral puede realizarse por distintas vías, esto es, mediante su inclusión en el contrato, por concordancia con una oferta pública de sometimiento del empresario, o por acuerdo de las partes una vez que el conflicto ya ha surgido. A continuación analizaremos cada una de las formas por las que se constituye el convenio arbitral.

Pero antes debemos hacer referencia a cuáles son los efectos del convenio arbitral. Son dos los efectos que produce el convenio arbitral formalizado entre las partes[1237]. En primer lugar tenemos el efecto positivo, por el cual el convenio

[1236] MARÍN LÓPEZ, M. J. (2009) p. 741, comparte esta opinión, al entender que para celebrar un convenio arbitral de sometimiento al arbitraje de consumo, el consentimiento de las partes no puede prestarse mediante una declaración de voluntad tácita, ni cabe que el silencio pueda considerarse como una declaración de voluntad. Se exige que el consentimiento se manifieste de manera expresa. MARCOS FRANCISCO (2011) pp. 87-101, defiende la postura contraria, al entender que no es posible la formalización del convenio arbitral de forma tácita, y ello porque el TRLGDCU destaca la forma expresa del convenio, no siendo de aplicación supletoria por tanto el artículo 9.5 LA, pues si la voluntad del TRLGDCU hubiese sido otra, no hubiese insistido en la forma expresa.

[1237] GONZÁLEZ MONTES (2010) p. 66, ve que la consecuencia de la sumisión voluntaria de las partes al arbitraje de consumo, produce dos efectos ya presentes en el arbitraje convencional. Por un lado el efecto positivo, que consiste en obligar a las partes a cumplir lo estipulado y acatar la solución que se produzca del conflicto; y el efecto negativo, que supone la exclusión de los tribunales ordinarios para conocer de las controversias sometidas a arbitraje. De la

obliga a las partes a cumplir la resolución arbitral aunque sea desfavorable para sus intereses. En palabras de Marcos Francisco, el efecto positivo consiste en los efectos propios de todo contrato, que es el de obligar a las partes a cumplir y pasar por lo estipulado[1238]. Por tanto, en el caso de convenio formalizado para el sometimiento a un arbitraje de consumo, el efecto positivo consiste en someterse a este procedimiento para la resolución de las controversias y la obligación de cumplir el laudo finalmente dictado.

A partir del efecto negativo, el convenio arbitral impedirá a los Tribunales conocer de las controversias sometidas a arbitraje[1239]. Con el efecto negativo se excluye a la jurisdicción estatal del conocimiento de la controversia o litigio entre el consumidor y empresario. Es el resultado del ejercicio de la declinatoria, como cauce procesal previsto en la LEC para denunciar la falta de jurisdicción y competencia de los tribunales por preexistir el convenio arbitral[1240].

En primer lugar y según el artículo 24.1 RDAC, el convenio arbitral puede derivar de una cláusula contractual incorporada al contrato principal o firmado por ambas partes a través de un acuerdo independiente. Como ya hemos señalado, si la cláusula contractual fuese una cláusula predispuesta o una condición general de la contratación debe ajustarse a su normativa específica recogida en el artículo 80 y siguientes del TRLGDCU y en la Ley 7/1998, de 13 de abril, de condiciones generales de la contratación[1241]. Los artículos 57.4 y 90.1 del TRLGDCU limitaban la posibilidad de formalizar el convenio arbitral en el momento de la contratación únicamente al arbitraje de consumo, cuando en el contrato intervenga un consumidor. La sumisión de arbitrajes distintos del arbitraje de consumo en un momento anterior a que surja la controversia sería

misma forma se expresa GARCÍA VIDAL (2010) p. 220, al señalar que sea cual sea la forma en que se perfeccione el convenio arbitral, sus efectos serán los previstos en el artículo 11 LA: la obligatoriedad de las partes de cumplir lo estipulado (efecto positivo) y la imposibilidad de conocimiento judicial de las cuestiones sometidas a arbitraje (efecto negativo). En el mismo sentido se pronunica RIFÁ SOLER (2011) pp. 60-61.

[1238] MARCOS FRANCISCO (2011) pp. 255-258.

[1239] MONTES REYES (2008) p. 61, señala que el efecto negativo del convenio arbitral depende de las partes, concretamente del demandado, ya que es a éste a quien le corresponde manifestar su oposición al procedimiento judicial a través de la declinatoria.

[1240] MARCOS FRANCISCO (2011) pp. 258-261.

[1241] Así lo entiende MALUQUER DE MOTES I BERNET (2004) pp. 179-181.

una cláusula abusiva, salvo que la sumisión se refiera a otros arbitrajes institucionales, como puede ser el arbitraje de transporte[1242].

Sin embargo, esta afirmación debe ser matizada tras la modificación del artículo 57.4 TRLGDCU, por la Ley 3/2014. Con la nueva redacción, el precepto dispone que: "*Nos serán vinculantes para los consumidores los convenios arbitrales suscritos con un empresario antes de surgir el conflicto. La suscripción de dicho convenio, tendrá para el empresario la consideración de aceptación del arbitraje para la solución de las controversias derivadas de la relación jurídica a la que se refiera, siempre que el acuerdo de sometimiento reúna los requisitos exigidos por las normas aplicables*". Nos asombra la nueva redacción del precepto, por varios motivos. En primer lugar, porque no sabemos a qué tipo de arbitraje se refiere, pues el antiguo artículo 57.4 TRLGDCU limitaba la validez de las cláusulas contractuales a través de las cuáles se sometieran a arbitrajes distintos del de consumo. Parece que la nueva redacción limita los efectos de cualquier cláusula contractual de sometimiento a un arbitraje, con independencia de que se trate de un arbitraje de consumo o de otro arbitraje institucional. No hay justificación alguna en la Exposición de Motivos de la Ley 3/2014 para la modificación del artículo 57.4 TRLGDCU, que habla simplemente de arbitraje, por lo que parece que habrá que incluir cualquier tipo de arbitraje, incluso otros arbitrajes institucionales.

En segundo lugar, advertimos que dicho precepto no solo contradice lo dispuesto en el artículo 24.1 RDAC, sino que también contradice el artículo 9.1 de la Ley de Arbitraje, que recordemos es la norma de aplicación subsidiaria al

[1242] Con frecuencia las operadoras de telefonía incluían en sus contratos una cláusula predispuesta, de sometimiento a un arbitraje para la resolución de las controversias que surgieran de dicho contrato. El sometimiento se hacía a un arbitraje privado, esto es, se designaba ya en el propio contrato el árbitro o institución arbitral que resolvería la controversia, que podía ser planteada por el operador. Consecuencia de la aplicación de dicha cláusula, muchos consumidores se encontraron con laudos en su contra, que acumulaban las costas del proceso arbitral, y que eran ejecutivos en vía judicial, sin nisiquiera tener conocimiento del procedimiento, pues además de no conocer la cláusula de sometimiento, no habían participado en el proceso. Para dar una solución definitiva a esta situación de indefensión para los consumidores, fue decisiva la STJUE de 6 de octubre de 2009, asunto Asturcom Telecomunicaciones, en la que insiste que el juez nacional tiene facultad para conocer de oficio en el procedimiento ejecutivo la posible abusividad de una cláusula de sometimiento a un arbitraje.

arbitraje de consumo. Ambos preceptos prevén la formalización del convenio arbitral a través de una cláusula contractual incorporada al contrato principal o a través de un contrato independiente. Aunque el nuevo artículo 57.4 TRLGDCU no prohíbe expresamente la inclusión de cláusulas contractuales de sometimiento a un arbitraje de consumo, limita los efectos que tendrán dichas cláusulas. Dispone que no serán vinculantes para el consumidor. De esta forma, el convenio arbitral no queda formalizado a través de la voluntad de ambas partes expresada en el contrato, sino que será necesario que el consumidor reafirme su voluntad en un momento posterior, cuando surja el conflicto.

Son varias las cuestiones que nos planteamos a la vista del nuevo artículo 57.4 TRLGDCU. La primera pregunta que nos hacemos es si el legislador puede limitar los efectos de un consentimiento expresado libremente por un consumidor. Pensemos por ejemplo en la incorporación de una cláusula negociada y pactada por un consumidor y un empresario, para aceptar resolver sus controversias a través de un arbitraje de consumo. El consentimiento del consumidor es informado y libre, por lo que las partes están obligadas a su cumplimiento, conforme al artículo 1258 Código Civil. No hay causa que justifique la limitación del consentimiento del consumidor en este caso. Vulnera el principio de autonomía de la voluntad. Podríamos pensar que esta limitación ya existía con la anterior redacción del artículo 57.4 TRLGDCU, en la que limitaba la validez de las cláusulas contractuales de sometimiento cuando se refirieran a un arbitraje distinto del de consumo. Sin embargo, la anterior normativa solo limitaba el convenio arbitral a arbitrajes privados que, con frecuencia, ponían al consumidor en una posición de desventaja frente al empresario. No restringían su capacidad de disposición de su derecho, sino tan solo limitaban el medio de resolución al que podrían acudir.

Nos preguntamos entonces, cuál es la naturaleza de esa cláusula contractual, al no vincular al consumidor. No podemos calificarla de convenio arbitral, pues es necesario la reafirmación del consumidor para que el convenio arbitral quede formalizado. Nos encontramos ante una especie de oferta de adhesión del empresario, pero que es particular para ese consumidor y en esa

relación contractual en concreto. Incorporada al contrato, basta que el consumidor inicié el procedimiento arbitral para que el convenio quedé formalizado. Pero qué ocurriría si el consumidor no ha iniciado el convenio arbitral y el empresario inicia un procedimiento judicial sobre dicha relación contractual. Si el convenio arbitral está formalizado, el consumidor podrá hacer valer el efecto negativo del convenio y evitar al juez conocer de la controversia, para a continuación iniciar el procedimiento arbitral. Sin embargo, si no hay voluntad del consumidor, el convenio no está formalizado, por lo que el consumidor no podrá excepcionar el sometimiento al arbitraje de consumo.

En segundo lugar, si el empresario emitió una oferta de adhesión pública al arbitraje de consumo, el convenio arbitral quedará formalizado con la solicitud del consumidor, siempre y cuando la solicitud coincida con el ámbito de aplicación de la oferta[1243]. Tal y como advirtió Lete del Río, en este caso, el convenio se perfecciona mediante el concurso de la oferta y la aceptación[1244]. Dejaremos el estudio detallado de la oferta de adhesión pública al arbitraje de consumo para el siguiente apartado.

En tercer lugar, si el consumidor solicita el arbitraje con un empresario que no ha emitido oferta pública de adhesión, el convenio arbitral se formalizará con la aceptación del empresario para someter al arbitraje de consumo la reclamación del consumidor[1245]. Así, se dispone en el artículo 24.4 RDAC, al señalar que *"en caso de que no conste la existencia de convenio arbitral en cualquiera de las formas señaladas en los apartados precedentes, la junta arbitral de consumo, recibida una solicitud de arbitraje dará traslado al reclamado para su aceptación, conforme a lo previsto en el artículo 37.3 RDAC".* La junta arbitral dará traslado al empresario de la solicitud de arbitraje, para que en el plazo de quince días manifieste su voluntad de someterse al sistema arbitral, así como para que efectúe las alegaciones que considere

[1243] GARCÍA RUBIO (1993) p. 94.
[1244] LETE DEL RÍO (1988) p. 730.
[1245] Son escasas las ocasiones en que una operadora de telefonía ha aceptado el arbitraje de consumo para resolver la reclamación, cuando no ha emitido la oferta pública de adhesión y el consumidor así lo solicita. En estos casos, la única alternativa al procedimiento judicial que tienen los consumidores, es presentar su reclamación ante la SETSI.

oportunas. Si en el plazo señalado no hay contestación del reclamado, se entiende que rechaza el procedimiento arbitral[1246].

Finalmente, hay que señalar que conforme al artículo 24.3 RDAC, el convenio arbitral se entiende válidamente formalizado si en el momento de la solicitud del consumidor el empresario utiliza el distintivo oficial, aun cuando carezca del derecho a tal uso. Nos cuestionamos la validez de esta formalización del convenio arbitral, pues no hay constancia de la voluntad del empresario de someterse al arbitraje[1247]. El uso del distintivo cuando el empresario no haya emitido oferta pública de sometimiento es una infracción administrativa en materia de consumo, pero no es motivo suficiente para obligar al empresario a someterse al sistema arbitral[1248]. Es una sanción no prevista legalmente y, por tanto, vulneraría el principio de legalidad de la potestad sancionadora, recogido en el artículo 25.1 CE[1249].

[1246] Extraña que el legislador no haga referencia a la naturaleza del plazo señalado, esto es, si los 15 días son hábiles o naturales. El artículo 9.1 del Real decreto 636/1993 establecía específicamente que los días eran hábiles. Entendemos que, siguiendo a la anterior regulación y puesto que es un trámite ante la junta arbitral, órgano administrativo, los días siguen siendo hábiles.

[1247] MARCOS FRANCISCO (2011) p. 125, también expresa sus reticencias a admitir la formalización del convenio arbitral derivada de una exhibición del distintivo de sometimiento a arbitraje, y ello por cuanto que la Ley exige carácter expreso al convenio arbitral. Sin embargo, MARÍN LÓPEZ, M. J. (2009) pp. 741-742, es contrario a esta postura, al considerar que es necesario para que la denuncia de la oferta pública de sometimiento al arbitraje de consumo sea válida, que el empresario además de hacer la denuncia de esa oferta, cese en el uso del distintivo oficial. LAFUENTE TORRALBA (2011) p. 2128, comparte esta última opinión, al entender que el empresario que exhibe el distintivo en su establecimiento, publicidad o comunicaciones comerciales evidencia de modo inequívoco e indubitado su sometimiento al arbitraje de consumo.

[1248] Así se tipifica en el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, que recoge, como infracción en materia de consumo, en el artículo 49.1.f): *"El incumplimiento de las normas relativas a registro, normalización o tipificación, etiquetado, envasado y publicidad de bienes y servicios"*, o en el apartado k) del mismo precepto: *"En general, el incumplimiento de los requisitos, obligaciones o prohibiciones establecidas en esta norma y disposiciones que la desarrollen".*

[1249] El artículo 25.1 CE establece: *"Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones y omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento".* Para GUILLÉN CARAMÉS (2002) pág. 551, el principio de legalidad se configura como un auténtico límite a la potestad sancionadora, puesto que no sólo exige que la norma que atribuya dicha potestad a las Administraciones Públicas deba ser una norma previa, estricta y cierta, sino que además se le exige a dicha norma que tenga rango formal de ley, por lo que veda al reglamento la creación originaria de infracciones y sanciones.

Además, el arbitraje se caracteriza por ser un procedimiento voluntario, cumpliendo con el mandato constitucional recogido en el artículo 24 CE, por el que se reconoce el derecho a la tutela judicial efectiva[1250]. Si admitimos que la utilización del distintivo oficial es suficiente para entender la voluntad del empresario de someterse al arbitraje de consumo, estaremos contraviniendo no solo el principio de autonomía de la voluntad, sino también el artículo 24 CE. Distinto sería si el empresario además de utilizar el distintivo, manifiesta con cualquier acto su voluntad de someterse al arbitraje. En este supuesto, se produciría la formalización tácita del convenio arbitral, pero no únicamente por la utilización del distintivo oficial, sino porque de la actuación del empresario se deduce su consentimiento tácito a someterse al arbitraje de consumo.

6. En especial, la oferta de adhesión pública al arbitraje de consumo

La oferta pública constituye el compromiso del empresario que la emite de someter al arbitraje de consumo todas aquellas controversias que surjan frente a los consumidores, siempre y cuando éste último lo haya solicitado[1251]. La naturaleza jurídica de la oferta pública de sometimiento es de "oferta contractual"[1252]. Díez-Picazo define la oferta contractual como la declaración de voluntad en la que el oferente manifiesta su intención de alcanzar la formación de un contrato y en la que establece los requisitos necesarios del contrato al que quiere llegar, de manera que si recae la aceptación el contrato queda formalizado[1253]. Para que exista oferta contractual es preciso que posea todos los elementos necesarios del contrato, de forma que con la aceptación del receptor de la oferta la relación contractual quede formalizada, sin necesidad de nuevas

[1250] ABELLÁN TOLOSA (1999) pp. 424 y 431.

[1251] En opinión de ABELLÁN TOLOSA (2007) p. 91, la oferta pública de sometimiento se ha convertido en uno de los elementos clave del Sistema arbitral de consumo, puesto que con su suscripción las empresas se comprometen a resolver los conflictos futuros planteados por los consumidores, siempre que coincida con el ámbito de la oferta. Esta figura dota de confianza y seguridad al Sistema arbitral. Para BLANCO CARRASCO (2009) p. 85, la oferta pública de sometimiento supone la prestación del consentimiento por una de las partes con anterioridad al surgimiento del conflicto, ofreciendo y obligándose públicamente a acudir al sistema arbitral para el caso de que surja el conflicto.

[1252] Para LARA GONZÁLEZ (2011) p. 2133, el convenio arbitral se perfila como un pacto de naturaleza contractual y de contenido procesal.

[1253] DIEZ-PICAZO (2007) p. 330.

declaraciones[1254]. La oferta pública de sometimiento al arbitraje de consumo realizada por un empresario es lo que la doctrina viene a denominar como "oferta al público"[1255]. Debemos distinguir la oferta al público de la comunicación u oferta publicitaria. Esta última únicamente contiene meras informaciones sobre el producto o servicio a contratar, sin que en la misma exista una verdadera voluntad contractual por parte del oferente, por lo que el contrato no quedará formalizado con su simple aceptación.

Se regula la oferta pública de adhesión al sistema arbitral de consumo en el artículo 25 RDAC. Dispone que las empresas o profesionales podrán formular por escrito, por vía electrónica o en cualquier otro soporte que permita tener constancia de la presentación y de su autenticidad, una oferta unilateral de adhesión al sistema arbitral de consumo que tendrá carácter público. El contenido de la oferta de adhesión debe expresar si se opta por un arbitraje en derecho o en equidad, el plazo de validez de la oferta, así como si acepta la mediación previa al procedimiento arbitral[1256]. Pero este contenido no es imprescindible, pues el propio RDAC prevé las consecuencias de su omisión. En este caso, la oferta debe entenderse emitida para arbitrajes en equidad, por tiempo indefinido y aceptando la mediación previa.

Con la anterior regulación, parte de la doctrina denunciaba que las ofertas públicas realizadas con determinadas restricciones no deberían ser válidas, por perjudicar los intereses de los consumidores y usuarios[1257]. Recogiendo esta

[1254] DÍEZ-PICAZO (2007) p. 283, nos advierte que «... para que exista una genuina oferta, es preciso que en la declaración se produzca o manifieste una voluntad del oferente de que el contrato quede formado con la aceptación. Habiendo aceptación y sin más trámite, el contrato quedará constituido y no será necesario emitir nuevas o distintas declaraciones de voluntad ...».

[1255] En palabras de LARA GONZÁLEZ (2011) p. 2135, la oferta pública de adhesión es una verdadera oferta de contrato arbitral ad incertam personam.

[1256] El contenido del convenio arbitral se establecía en el ya derogado artículo 6.2 del Real decreto 636/1993, que disponía: *"La oferta pública se comunicará mediante escrito o cualquier otro medio de comunicación de los recogidos en el artículo anterior dirigido a la Junta Arbitral de Consumo a través de la que se adhiere al sistema, debiendo contener los siguientes requisitos: a) Ámbito de la oferta, b) Sometimiento expreso al presente Real Decreto del Sistema Arbitral de Consumo, c) Compromiso de cumplimiento del laudo arbitral y, d) Plazo de validez de la oferta, que en caso de no constar se entenderá realizada por tiempo indefinido".*

[1257] En opinión de MALUQUER DE MOTES BERNET (2004) p. 45, la mera presentación de la oferta realizada por un empresa, no implica su aceptación automática. Es cierto que la empre-

inquietud, el RDAC prevé la admisión de las ofertas públicas por parte de las juntas arbitrales. Teniendo en cuenta que el arbitraje de consumo es un procedimiento voluntario, su adhesión debería poder condicionarse o limitarse, ya que de otra forma se estaría vulnerando el principio de autonomía de la voluntad[1258]. Por otra parte, creemos que la imposibilidad de limitar las ofertas públicas de sometimiento contraría el derecho a la tutela judicial efectiva. El sometimiento de un supuesto no puede llevar aparejado el sometimiento de los restantes, pues en caso contrario se estaría privando del derecho de acceso a la jurisdicción ordinaria. Entendemos que las juntas arbitrales únicamente deberían estar facultadas para inadmitir las ofertas de adhesión cuando incumplan los requisitos formales impuestos por la norma o, cuando se excedan del ámbito de aplicación del arbitraje de consumo, sobre todo teniendo en cuenta que es un órgano administrativo el que controla la autonomía de la voluntad del emisor de la oferta.

La junta arbitral de consumo competente para conocer sobre la admisión de las ofertas públicas de adhesión será la correspondiente al ámbito territorial en el que la empresa desarrolle principalmente su actividad. En caso de existir más de una junta arbitral en el territorio en que la empresa desarrolle su actividad, conocerá sobre la admisión de la oferta de adhesión la junta arbitral de superior ámbito territorial[1259]. La junta arbitral que haya recibido la oferta de adhesión si no fuere competente la trasladará a la junta competente en el plazo máximo de

sa puede realizar una oferta limitada, o sea, no tiene necesidad de adherirse para someter al arbitraje todas las actividades que realiza ni en toda su amplitud, pero también es cierto que la oferta se dirige a la Junta Arbitral y ésta tiene que velar por la eficacia del procedimiento de atención al consumidor. Más clara es al respecto la postura de LORCA NAVARRETE (2008) pp. 51-52 y pp. 60-61, que entiende que las ofertas públicas limitadas de sometimiento al arbitraje de consumo no deberían ser válidas, al generar confusión en el consumidor. Concluye que la única restricción o limitación que habría de admitirse en el acceso y adhesión al SAC mediante OPA es el de la cuantía de las reclamaciones y, en todo caso, esta limitación tendría que exteriorizarse de alguna forma hacia el consumidor.

[1258] GUTIÉRREZ SANZ (1997) p. 107, reconoce que la oferta pública de sometimiento al sistema arbitral es una declaración de voluntad del comerciante, y que la autonomía de su voluntad prevalece en este convenio, de forma que el comerciante pueda limitar ya sea por la materia o por la cuantía, las controversias sustraídas a la jurisdicción ordinaria.

[1259] Aquí se invierte la regla respecto a la junta arbitral competente para resolver las reclamaciones, que en caso de coincidir territorialmente dos juntas arbitrales, conocerá y resolverá la reclamación la junta arbitral de inferior ámbito territorial (artículo 8.2 RDAC).

diez días. Las resoluciones de las juntas arbitrales sobre la tramitación de las ofertas públicas de adhesión limitadas serán notificadas a la Comisión de las Juntas Arbitrales de Consumo.

Según el artículo 25.2 RDAC, la oferta pública de adhesión será única y se entenderá realizada a todo el Sistema Arbitral de Consumo. Con carácter general se prohíbe la emisión de ofertas públicas limitadas. Solo se admitirán las ofertas públicas limitadas en sectores que presenten un importante número de consultas y reclamaciones o, en los que no exista una suficiente implantación del sistema, previo informe preceptivo de la Comisión de las Juntas Arbitrales de Consumo[1260]. Será la junta arbitral la competente para apreciar los motivos de excepción para la admisión de ofertas públicas limitadas, siendo vinculante para las mismas el informe negativo de la Comisión de las Juntas Arbitrales de consumo.

No se consideran ofertas públicas limitadas las que tengan carácter temporal, siempre que la adhesión se realice por un periodo no inferior a un año, o las que limiten la adhesión a las juntas arbitrales correspondientes al territorio en el que la empresa o profesional desarrolle su actividad[1261]. Tampoco se entiende limitada la oferta pública aquella que condicione la vía arbitral a la previa interposición de la reclamación ante los mecanismos de solución de conflictos habilitados por las empresas, siempre que tales mecanismos sean gratuitos y se informe sobre su existencia y acceso, tanto en la información precontractual como en la información contractual[1262].

[1260] Parece que en esta excepción entra las operadoras de telefonía, que han emitido sus ofertas públicas de adhesión al arbitraje de consumo con importantes limitaciones sobre las materias objeto de arbitraje. Podemos mencionar entre otras, como exclusiones más comunes: las reclamaciones de indemnización de daños y perjuicios, las reclamaciones sobre servicios de tarificación adicional, o las reclamaciones referidas a facturas con una antigüedad superior a seis meses.

[1261] Conforme al artículo 25.3 párrafo 2), se entiende por territorio en el que la empresa desarrolla principalmente su actividad cuando comercialice sus bienes o servicios exclusivamente a través de establecimientos abiertos al público en dicho ámbito territorial. Por tanto si comercializa bienes o servicios a distancia, o a través de contratos celebrados fuera de establecimiento mercantil, no podrá limitar territorialmente su oferta pública de adhesión.

[1262] Un claro ejemplo de esta limitación lo encontramos en materia de telecomunicaciones. Telefónica de España, S. A., en su oferta pública de adhesión emitida en julio de 2003, condiciona el acceso al sistema arbitral de consumo, a la previa presentación de la reclamación ante sus

La emisión de una oferta pública de adhesión dará derecho al empresario al uso de un distintivo oficial, que indique a los consumidores y usuarios que esa empresa se encuentra adherida al Arbitraje de Consumo. Será la junta arbitral de consumo competente para conocer sobre la admisión de la oferta pública, la que otorgue a la empresa el uso del distintivo oficial. El distintivo de adhesión se recoge en el anexo de la norma, y podrá figurar en castellano o en las demás lenguas cooficiales del Estado. Además, se establece un distintivo específico para las ofertas públicas limitadas, atendiendo a las críticas doctrinales que denunciaban la utilización del mismo distintivo por las empresas con ofertas públicas limitadas, provocando confusión en el consumidor a la hora de contratar. Es necesario advertir que, en caso de ofertas públicas limitadas, la junta arbitral podrá acordar la admisión de la oferta, negando la posibilidad de utilizar el distintivo. El distintivo oficial podrá utilizarse, por las empresas en sus comunicaciones comerciales, poniendo a disposición del consumidor el modo de acceder a la información sobre la oferta, en caso de tratarse de ofertas públicas limitadas.

Otra de las novedades del RDAC, es la creación de un Registro público de las empresas adheridas al sistema arbitral de consumo, que será gestionado por el Instituto Nacional de Consumo. Si bien es cierto que algunas CCAA ya preveían la gestión de un listado de empresas adheridas al arbitraje de consumo, este registro estaba limitado al ámbito de la comunidad autónoma, dificultando a los consumidores la información sobre empresas adheridas al sistema arbitral de consumo. Con la nueva previsión, se crea un Registro público de empresas adheridas, al que podrá acceder cualquier consumidor. Así las juntas arbitrales están obligadas a facilitar al registro los datos sobre todas las empresas adheridas, datos que a su vez serán comunicados por el registro a las restantes juntas arbitrales.

servicios de atención al cliente. En este caso, la condición suspensiva de la oferta pública de adhesión viene reforzada por la regulación normativa, que hemos analizado con anterioridad.

La empresa o profesional que hubiere emitido una oferta pública de adhesión, podrán denunciarla por escrito, por vía electrónica o por cualquier medio por el que se deje constancia, ante la junta arbitral competente para conocer sobre su admisión. Desde la fecha en que se produzca la denuncia, la empresa perderá el derecho a usar el distintivo oficial. La denuncia tendrá efectos a partir de los 30 días naturales siguientes a su comunicación a la junta arbitral, salvo que se haya previsto un plazo distinto en la oferta o, en la denuncia se prevea un plazo superior[1263]. La denuncia no afectará a los convenios arbitrales formalizados válidamente antes de que surta efectos.

Tanto la oferta pública de adhesión como su denuncia deberán ser realizadas por el representante legal de la empresa o profesional con poder de disposición, previo acuerdo del órgano de gobierno correspondiente. Esta previsión recogida en el artículo 25.4 RDAC, es obvia, pues en caso contrario, no se estaría expresando la voluntad del empresario o profesional, no siendo válida, conforme a las normas de capacidad del Código Civil.

El artículo 30 RDAC prevé los supuestos en que la empresa o profesional puede ser privada del derecho a utilizar el distintivo oficial y, en su caso, la baja en el registro de empresas adheridas. Así, se perderá el uso del distintivo oficial y, en su caso, la baja en el registro cuando haya expirado el plazo de la oferta, cuando se utilice de forma engañosa o fraudulenta el distintivo, ante un incumplimiento reiterado de los laudos, por reiteradas infracciones calificadas como graves o muy graves en materia de protección al consumidor, o la realización de prácticas que lesionen gravemente los derechos e intereses legítimos de los consumidores y hayan sido constatadas por la administración. En nuestra opinión, la baja en el Registro de empresas adheridas solo debería producirse en el primer supuesto, esto es por la expiración del plazo de la oferta. En el resto de los casos, la baja en el registro por el previo incumplimiento del empresario perjudicaría al consumidor, ya que se vería privado de acudir al arbitraje de consumo para solucionar sus controversias con ese empresario.

[1263] Parece que permite establecer en la oferta pública de adhesión un plazo inferior a 30 días para la validez de la denuncia de la oferta.

Las principales operadoras de los servicios de comunicaciones electrónicas se han adherido al arbitraje de consumo a través de ofertas públicas de adhesión[1264]. En consecuencia, el sector de las comunicaciones electrónicas representa la mayor parte de las reclamaciones de los consumidores que se resuelven a través del sistema arbitral de consumo y es el sector donde el arbitraje de consumo adquiere su máxima eficacia, sobre todo si tenemos en cuenta el gran número de usuarios de este tipo de servicios y la cuantía de sus reclamaciones, que en muchos casos es inferior a 300 euros.

Las ofertas públicas de adhesión al arbitraje de consumo de las operadoras se caracterizan por ser ofertas limitadas. Las limitaciones se refieren tanto a la junta arbitral competente territorialmente para conocer de la reclamación, a la cuantía objeto de reclamación, así como a las materias que pueden ser objeto de arbitraje[1265]. Conforme al artículo 25 RDAC, las ofertas públicas de las operadoras no deberían ser admitidas a la vista de sus limitaciones. Pero parece que el legislador ya tuvo en cuenta estas circunstancias, al prever en el artículo 26 RDAC la posibilidad de admitir ofertas públicas limitadas en los sectores que presenten un importante número de consultas y reclamaciones[1266]. En este supuesto encaja a la perfección el sector de las

[1264] Las principales operadoras de servicios de comunicaciones electrónicas han emitido ofertas públicas de adhesión al arbitraje de consumo. Entre ellas, podemos mencionar: Telefónica de España (telefonía fija), Movistar (telefonía móvil), Orange Espagne, Vodafone, Xfera Móviles (Yoigo) y R Cable.

[1265] Algunas de las limitaciones son coincidentes en las ofertas de adhesión al arbitraje de consumo emitidas por las operadoras. Así, exigen que las reclamaciones sean tramitadas previamente al arbitraje de consumo, ante su servicio de atención al cliente. Excluyen las reclamaciones que versen sobre el funcionamiento de los terminales o aparatos necesarios para el servicio de comunicaciones, las reclamaciones sobre facturas con una antigüedad superior a seis meses o un año dependiendo del operador, las reclamaciones de indemnizaciones por los daños y perjuicios derivados de la prestación del servicio o, las reclamaciones sobre servicios de tarificación adicional.

[1266] LARA GONZÁLEZ (2011) p. 2138, comparte esta opinión, al entender que la admisión de ofertas públicas de adhesión limitadas en aquellos sectores con un alto nivel de conflictividad, como es el caso de las telefonías, redunda en un beneficio de los consumidores y usuarios, aunque sea parcialmente.

comunicaciones electrónicas, que como ya advertimos, es el sector con mayor número de reclamaciones y consultas[1267].

7. El procedimiento arbitral

Los principios del procedimiento arbitral se recogen en el artículo 41 RDAC y son: los principios de audiencia, contradicción, igualdad entre las partes y gratuidad[1268]. Siguiendo la Recomendación 98/257/CE de la Comisión, de 30 de marzo, relativa a los principios aplicables a los órganos responsables de la solución extrajudicial de los litigios en materia de consumo, se recoge, en su apartado segundo, el principio de imparcialidad de los órganos arbitrales, a los que impone el deber de sigilo profesional.

Como reconoce González Montes, es consustancial al arbitraje una mayor libertad en la configuración del procedimiento y una menor rigidez formal, tal y como se desprende del artículo 25 LA, que otorga a las partes y a los árbitros la posibilidad de establecer libremente el procedimiento[1269]. Pero pese a esta libertad, es necesario que el arbitraje respete los principios básicos de audiencia, contradicción e igualdad, que son inherentes al propio sistema arbitral[1270].

El procedimiento arbitral se iniciará por el consumidor. Así el artículo 34.1 establece que "*los consumidores y usuarios que consideren que se han vulnerado sus derechos reconocidos legal o contractualmente, podrán presentar por escrito, por vía electrónica a través del procedimiento previsto en el capítulo V, sección 1ª, o por cualquier otro medio que permita tener constancia de la*

[1267] Como se recoge en la última Memoria sobre arbitraje publicada por el Instituto nacional de consumo, en el año 2007, las telecomunicaciones representaron el 49,8 % de las solicitudes de arbitraje.

[1268] SAMANES ARA (1997) p. 169, recoge como principios del procedimiento arbitral de consumo: la contradicción, la igualdad y la gratuidad. En el mismo sentido se pronuncia HUALDE MANSO (2011) pp. 2180 y ss. Estos principios del procedimiento arbitral ya eran recogidos en la normativa anterior. Así el artículo 10 del Real decreto 636/1993, disponía que: *"El procedimiento arbitral de consumo comenzará con la designación del colegio arbitral, ajustándose en todo caso a lo dispuesto en este Real decreto, con sujeción a los principios de audiencia, contradicción, igualdad entre las partes y gratuidad".*

[1269] GONZÁLEZ MONTES (2010) pp. 68-73.

[1270] BUJOSA VADELL (2013) p. 14, considera que la regulación del arbitraje de consumo es antiformalista, en la línea de la Ley de arbitraje, que establece como principios del procedimiento los que son aplicables en cualquier mecanismo heterónomo de resolución de conflictos: la audiencia, la contradicción y la igualdad.

solicitud y de su autenticidad (...)". A continuación se recogen los requisitos que debe reunir la solicitud del consumidor[1271]. Si faltará alguno de los requisitos, el secretario de la junta arbitral requerirá al reclamado para que subsane en el plazo máximo de 15 días, advirtiéndole que, de no subsanar, se le tendrá por desistido de su solicitud, acordándose el archivo de las actuaciones[1272]. Junto a la solicitud de arbitraje el consumidor podrá presentar o proponer todas las pruebas de que intente valerse en defensa de su derecho.

De la solicitud del consumidor se dará traslado, en su caso, a la junta arbitral territorialmente competente en el plazo de quince días. La junta arbitral competente podrá acordar su inadmisión por las causas previstas en el artículo 2, referente a su ámbito de aplicación, así como por tratarse de solicitudes de arbitraje infundadas o, aquéllas en las que no se aprecie afectación de los derechos y legítimos intereses económicos de los consumidores y usuarios. Si se impugna la admisión de la solicitud de arbitraje cuando ya haya sido notificado al órgano arbitral su nombramiento, será éste quien decida acerca de su competencia. Tenemos que manifestar nuestra disconformidad con la facultad otorgada a las juntas arbitrales para inadmitir las solicitudes de arbitraje, pues se les permite conocer sobre el fondo de la controversia, contraviniendo el principio de imparcialidad del órgano arbitral, que puede verse influenciado por su decisión a la hora de resolver la controversia[1273]. Es un claro ejemplo de la

[1271] La solicitud del consumidor debe contener los datos de identificación del reclamante, los datos de identificación del reclamado, descripción de los hechos que motiven la reclamación, así como una exposición de las pretensiones del reclamante, determinando su cuantía y los fundamentos en que se basa, copia del convenio arbitral en caso de que ya esté formalizado, o aceptación de la oferta de adhesión si existiera y, finalmente, lugar, fecha y firma, convencional o electrónica.

[1272] Debemos entender que los quince días son hábiles, pues es una actuación ante un órgano administrativo, aunque hubiera sido preferible una aclaración del legislador.

[1273] LORCA NAVARRETE (2008) pp. 73-75, hace constar la falta de concreción de la expresión "ausencia de afectación" como causa de inadmisión de la solicitud de arbitraje por la Junta arbitral. Es clara al respecto la postura de MARCOS FRANCISCO (2011) pp. 287-288, al señalar que la nueva regulación ha optado por ampliar, incluso de forma excesiva e inadecuada, las facultades de control del presidente de la junta arbitral. No solo le faculta para el control de los aspectos subjetivos, objetivos, formales y temporales del convenio arbitral, sino que le posibilita para que se pronuncie inadmitiendo solicitudes que, a su juicio, resulten infundadas o no afecten a derechos ni legítimos intereses económicos de los consumidores. Son términos indeterminados que, al no establecerse criterio interpretativo alguno, deben ser objeto de

administrativización del procedimiento arbitral. Nos surgen dudas sobre la legalidad de esta previsión por varios motivos. En primer lugar, se vulneran los principios en los que se asienta el arbitraje, fundamentalmente el principio de autonomía de la voluntad del consumidor, pues si en el arbitraje se deciden materias que son de libre disposición para las partes, cómo puede decidir la junta arbitral si la solicitud es infundada o no. En segundo lugar, se vulnera el principio kompetenz-kompetenz, recogido expresamente en el artículo 22 LA, que otorga al órgano arbitral la competencia para conocer sobre su propia competencia[1274]. Finalmente, nos preguntamos si el efecto negativo del convenio arbitral no debería afectar a la junta arbitral, de la misma forma que impide a la jurisdicción ordinaria conocer sobre el fondo del asunto.

La resolución de la junta arbitral acordando la admisión o inadmisión de la solicitud de arbitraje pone fin a la vía administrativa, salvo que se trate de los supuestos previstos en el artículo 2 RDAC. En este caso, la resolución se podrá recurrir ante la Comisión de las Juntas Arbitrales de Consumo, en el plazo de quince días desde la notificación de la resolución[1275]. La Comisión de las Juntas Arbitrales resolverá el recurso en el plazo de tres meses. Transcurrido el plazo de resolución, se entenderá desestimado por silencio administrativo. Este precepto resuelve una duda planteada con la normativa anterior, esto es, si las resoluciones de las juntas arbitrales podían ser recurridas administrativamente. La doctrina

apreciación subjetiva o discrecional del presidente de la junta arbitral. De esta forma, se contraría el principio de seguridad jurídica.

[1274] El artículo 22 LA dispone que: *"Los árbitros estarán facultados para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del convenio arbitral o cualesquiera otras cuya estimación impida entrar en el fondo de la controversia (...)".* IBOLEÓN SALMERON (2010) p. 106, también se plantea si no sería más oportuno que fueran los propios árbitros los que conocieran de la admisibilidad o no de las solicitudes de arbitraje. BELLO JANEIRO (2011) p. 261, reconoce que los árbitros tienen la potestad para decidir sobre su competencia (regla Kompetenz-Kompetenz). MARCOS FRANCISCO (2011) pp. 295 y ss.

[1275] PITA PONTE (2012) p. 30-32, manifiesta su disconformidad con la regulación del recurso por admisión o inadmisión de las solicitudes de arbitraje, por varios motivos. En primer lugar, se pregunta ante qué tipo de recurso nos encontramos al no ser la Comisión de las Juntas Arbitrales el órgano superior de las Juntas arbitrales, por lo que no podría ser considerado un recurso de alzada. En segundo lugar, pone en evidencia el perjuicio que se deriva para el consumidor la posibilidad de que se puedan recurrir las admisiones del arbitraje, pues implica que sea el empresario quién puede interponer dicho recurso. Por último, cuestiona la validez de un recurso administrativo, cuando deberían ser los propios árbitros los que conozcan sobre su competencia.

mayoritaria manifestaba su disconformidad, pues las partes siempre podían acudir a la vía judicial, la competente para conocer del conflicto, pues el arbitraje es un procedimiento alternativo a la jurisdicción ordinaria[1276].

Pero la nueva regulación no resuelve totalmente la cuestión. Tenemos que preguntarnos quién es competente para conocer de la resolución, ya sea de la junta arbitral o de la Comisión de las Juntas Arbitrales, que pone fin a la vía administrativa. Podríamos entender que es competente la jurisdicción contencioso administrativa, pues se recurre una resolución administrativa[1277]. Sin embargo, creemos que será competente la jurisdicción civil, pues se trata de resolver un litigio que afecta a los derechos privados de las partes[1278].

La resolución del presidente de la junta arbitral, acordando la inadmisión de la solicitud de arbitraje, se le notificará al reclamante. Si no se aprecian causas de inadmisión y consta la existencia de un convenio arbitral válido, el presidente de la junta arbitral acordará la iniciación del procedimiento, que será notificada a las partes. En la notificación se hará constar expresamente la admisión de la solicitud de arbitraje, invitando a las partes a alcanzar un acuerdo a través de la mediación previa, y se dará traslado al reclamado para que, en el plazo de quince días, formule las alegaciones y proponga las pruebas que estime oportunas en defensa de sus intereses.

Si no constará la existencia de un convenio arbitral válido, se dará traslado al reclamado de la solicitud de arbitraje, para que en el plazo de quince días, manifieste su voluntad de someterse al sistema arbitral para la resolución de la reclamación. La falta de respuesta se entenderá como un rechazo al arbitraje

[1276] ABELLÁN TOLOSA (1999) p. 443.

[1277] Así lo entiende BUSTO LAGO (2008) p. 358, que afirma que la resolución de la Comisión de las juntas arbitrales de consumo pone fin a la vía administrativa, siendo susceptible de revisión ante los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa.

[1278] A esta misma conclusión llega IBOLEÓN SALMERON (2010) pp. 116-120, en el análisis que realiza sobre la naturaleza jurídica y la competencia territorial de las juntas arbitrales. Advierte que aunque podría parecer que el procedimiento arbitral se configura en el RDAC como un procedimiento administrativo, este planteamiento sería erróneo por varios motivos. Primero, porque no hay una remisión total, ni siquiera supletoria a la legislación de procedimiento administrativo en lo no previsto por el RDAC. Segundo, por el paralelismo existente entre el arbitraje y el proceso jurisdiccional (el arbitraje nace como un instrumento de solución de conflictos alternativo al jurisdiccional, por lo que no puede situarse al mismo nivel del procedimiento administrativo).

de consumo. Si no hay aceptación por el reclamado, el presidente de la junta arbitral ordenará el archivo de la solicitud, notificándoselo a las partes. En la notificación al reclamante se hará constar expresamente la admisión a trámite de la solicitud. Nos preguntamos cuál es el valor que el legislador pretende dar a la admisión a trámite de la solicitud, una vez que se ha archivado. Quizá haya querido darle un valor a favor del consumidor a la hora de acudir a la vía judicial. Pero no podemos aceptar esta interpretación, pues contraría el principio de imparcialidad de la jurisdicción ordinaria. Debemos entender que sus efectos son meramente informativos. Si el reclamado acepta el arbitraje de consumo propuesto por la junta arbitral, su presidente dictará acuerdo de iniciación del procedimiento, que será notificado al reclamante, invitándole a realizar una mediación previa. El procedimiento se entenderá iniciado en la fecha de entrada de la aceptación en la junta arbitral.

El plazo para dictar las resoluciones de inadmisión, o de admisión acordando el inicio del procedimiento por la junta arbitral, será de treinta días, a contar desde el día siguiente a la recepción de la solicitud o su subsanación en la junta arbitral. En aplicación subsidiaria de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y de Procedimiento Administrativo Común, entendemos que los días son hábiles.

Si no existen causas de inadmisión en la solicitud de arbitraje, se intentará mediar para que las partes lleguen a un acuerdo, dejando constancia en el expediente de la fecha de inicio y finalización de la mediación, así como si ha sido efectiva. No es la primera referencia en el RDAC. La exposición de motivos se refiere a la mediación para excluirla del ámbito de aplicación de la norma, al señalar que: *"...absteniéndose de regular este instituto de resolución de conflictos por congruencia con las competencias autonómicas sobre la materia".* Con esta previsión, se afirma la competencia de las Comunidades Autónomas en materia de mediación.

A pesar de la declaración de la exposición de motivos, el RDAC hace referencia a la mediación en diferentes fases del procedimiento arbitral[1279]. En primer lugar, el artículo 38 RDAC prevé la mediación al inicio del procedimiento arbitral, cuando no existan causas de inadmisión. Si bien el artículo 38 no dice quién será el órgano encargado de llevarla a cabo, del artículo 37 se deduce que se realizará por la junta arbitral competente para conocer de la solicitud de arbitraje. El mediador está sujeto en su actuación a los requisitos de independencia, imparcialidad y confidencialidad, al igual que los árbitros.

Por otra parte, el artículo 42 RDAC posibilita al órgano arbitral a instar una conciliación entre las partes[1280]. La diferencia con el anterior precepto es que en este caso la mediación se realizará por el órgano arbitral dentro del procedimiento arbitral, propiamente dicho, y no por la junta arbitral de consumo. En este supuesto, el acuerdo conciliatorio se fijará a través del laudo, siendo vinculante y ejecutivo para ambas partes. Sin embargo, en la mediación llevada a cabo ante la junta arbitral, el acuerdo se hará constar en un documento privado, no siendo vinculante ni ejecutivo judicialmente.

La cuestión que nos planteamos es si no sería mejor que se previera dentro del procedimiento arbitral una única mediación[1281]. La duplicidad genera una dilación innecesaria a la hora de resolver el arbitraje[1282]. Además, el consumidor antes de presentar la solicitud de arbitraje, interpone su reclamación

[1279] BLANCO CARRASCO (2009 (2)) p. 145, considera que el legislador estatal ha desaprovechado la oportunidad para establecer un cierto orden en el caos que presenta la mediación de consumo en la práctica, ofreciendo unos criterios mínimos a las eventuales normas autonómicas. En el mismo sentido se pronuncia GUZMÁN FLUJA (2010) pp. 2060-266.

[1280] BLANCO CARRASCO (2009 (2)) p. 143, insiste en la diferencia entre la mediación realizada por la Junta Arbitral y la conciliación del Órgano arbitral, como dos procedimientos distintos. Sin embargo, a pesar de la diferencia de denominación no vemos diferencias sustanciales entre una y otra. La única diferencia que cabe resaltar es que si la mediación la realiza el órgano arbitral, su resultado se hará constar en el laudo.

[1281] LORCA NAVARRETE (2008) pp. 75-76, expresa su rechazo a una mediación previa al procedimiento arbitral, y justifica su postura, en que con anterioridad a la aprobación del RDAC los Colegios arbitrales venían realizando funciones mediadores de forma exitosa, y cuyo resultado quedaba plasmado en laudos conciliatorios, que tienen un plus de eficacia y vinculatoriedad.

[1282] Así lo entiende RICHARD GONZÁLEZ (2011) p. 132, al considerar que la introducción de la mediación en un procedimiento contencioso puede suponer un retraso y/o desnaturalización del procedimiento, sobre todo si la mediación se atribuye a un sujeto distinto del árbitro que conozca del asunto.

ante el órgano administrativo competente, el cuál realizará un intento de mediación[1283]. Nos preguntamos quién va a aceptar la mediación de la junta arbitral, si tiene la posibilidad de mediar ante el órgano arbitral, obteniendo en este caso un acuerdo vinculante y ejecutivo para ambas partes, sin duda más beneficioso para los litigantes[1284].

Admitida la solicitud de arbitraje y verificada la existencia de un convenio arbitral válido, el presidente de la junta arbitral designará al órgano arbitral, notificándoselo a las partes. La designación de los árbitros se podrá realizar en el acuerdo de inicio del procedimiento arbitral. Además, el presidente de la junta arbitral, ante solicitudes presentadas contra un mismo reclamado en las que concurra identidad de causa de pedir, podrá acordar la acumulación de las solicitudes para que sean conocidas en un único procedimiento. Una vez más se produce la intrusión de la junta arbitral en las competencias que deberían corresponder al órgano arbitral. La junta arbitral conocerá sobre el fondo de las controversias para acordar, en su caso, la acumulación de procedimientos.

El artículo 40 recoge un procedimiento arbitral sumario para aquellos arbitrajes de carácter sectorial que por su naturaleza requieran la inmediatez en su tramitación. Nos preguntamos a qué arbitrajes sectoriales se refiere, pues no hay mención alguna a lo largo del texto normativo. Podríamos incluir los arbitrajes en materia de telecomunicaciones, cuando el consumidor no pueda disfrutar del servicio. Pero no es el único supuesto. La no conformidad de un bien de uso común, o la reparación defectuosa de un vehículo también podrían entrar en la definición del precepto. Será, por tanto, la junta arbitral la que conozca sobre el fondo del asunto y valore si es necesario el procedimiento sumario. En el procedimiento sumario se convocará a las partes a audiencia sin

[1283] Así, ocurre en Galicia, donde el Instituto Galego de Consumo tiene atribuida la competencia para mediar, conforme al Decreto 329/95, de 21 de diciembre, que desarrolla la Ley de creación del IGC, que en su artículo 1 señala: *"...Le corresponde al IGC la realización, en el territorio de la Comunidad Autónoma de Galicia, de la política de defensa del consumidor y usuario. Además de las funciones previstas en el artículo 3 de la Ley, (...), le corresponde al IGC las funciones de protección al consumidor y usuario en el ámbito de inspección, vigilancia del mercado y de mediación y arbitraje.".*

[1284] Es frecuente que las operadoras en el acto de la audiencia propongan una solución satisfactoria a la reclamación, dando lugar a un laudo conciliatorio.

más trámite, siempre que se haya verificado la solicitud de arbitraje, la validez del convenio arbitral y se haya designado al órgano arbitral. Hay que entender que será la junta arbitral la que convoque audiencia, privando una vez más de su facultad al órgano arbitral.

En los procedimientos arbitrales ordinarios, es el órgano arbitral el encargado de dirigir el procedimiento, conforme a lo dispuesto en la norma. De las alegaciones, escritos o pruebas de una parte, se le dará conocimiento a la otra, garantizando así el principio de contradicción.

Una de las novedades más esperadas y beneficiosas de la norma es la admisión y regulación de la reconvención en el procedimiento arbitral, así como la ampliación de la solicitud[1285]. Así, el artículo 43.1 RDAC dispone que *"en cualquier momento antes de la finalización del trámite de audiencia, las partes podrán modificar o ampliar la solicitud y la contestación, pudiendo plantearse reconvención frente a la parte reclamante. La ampliación de la solicitud o la reconvención no modifican la competencia del órgano arbitral designado por el presidente de la junta arbitral de consumo, conforme a lo previsto en los artículos 19 y 20"*. Este precepto resuelve una duda planteada con la normativa anterior[1286]. Casi toda la doctrina y, en la práctica, los colegios arbitrales venían admitiendo la reconvención[1287].

[1285] PITA PONTE (2012) pp. 40-43, manifiesta su oposición a la posibilidad de que el empresario pueda formular reconvención en el procedimiento arbitral, y ello, porque entiende que un consumidor no debe salir condenado de un procedimiento creado para resolver sus reclamaciones. Argumenta su posición en que el artículo 57 TRLGDCU se refiere solo a las reclamaciones de los consumidores y usuarios, por lo que la regulación de la reconvención en el RDAC contraría la norma de rango superior. Además, señala que la reconvención vulnera los principios constitucionales de defensa del consumidor y usuario. BUJOSA VADELL (2013) p. 9, reconoce que con la redacción del RDAC la reconvención está expresamente admitida en el procedimiento arbitral, siempre y cuando verse sobre materias susceptibles de arbitraje y esté conectado con la pretensión principal.

[1286] GUZMÁN FLUJA (2010) p. 253, afirma que ahora carece de sentido discutir sobre si es posible o no la reconvención en el arbitraje de consumo, pues tiene respaldo normativo tras la aprobación del Real decreto 231/2008.

[1287] PASCUAL FERNÁNDEZ (1996) p. 285, defendió la posibilidad de reconvenir por el empresario en el arbitraje de consumo. Para OROZCO PARDO (2008) p. 464, la reconvención debe ser admitida si ambas reclamaciones obedecen a una misma causa y se dan en el seno de una misma relación jurídica, ya que lo contrario conculcaría el principio de igualdad que la regulación del arbitraje de consumo e inspira la normativa de arbitraje como equivalente jurisdiccional. PICATOSTE BOBILLO, V. (2008) pp. 2379-2380, califica de excesivo impedir la re-

Los órganos arbitrales inadmitirán la reconvención si versa sobre una materia que no es objeto de arbitraje o si no hay conexión con el objeto litigioso, haciéndolo constar en el laudo[1288]. Admitida la reconvención, se dará al reclamante, un plazo de quince días para presentar las alegaciones y proponer la prueba que estime oportuna[1289]. Nos surgen dos cuestiones. La primera versa sobre si los días deben entenderse hábiles o naturales. Siguiendo la interpretación de los restantes plazos establecidos a lo largo de la norma, hay que entender que los quince días son hábiles. En segundo lugar, nos preguntamos en qué casos se otorgará al reclamante el plazo de quince días. Puesto que no se decide sobre la admisión de la reconvención hasta que se dicte el laudo, conforme al principio de contradicción entre las partes, el órgano arbitral debe otorgar en todo caso al reclamante el plazo de quince días para presentar sus alegaciones frente a la reconvención.

El órgano arbitral citará a las partes a la audiencia arbitral con suficiente antelación y dentro de los tres meses siguientes a su nombramiento. En la citación se les advertirá que podrán presentar las alegaciones y pruebas que estimen oportunas en defensa de su derecho. La audiencia se podrá celebrar oralmente o por escrito. Del acto de audiencia se dejará constancia a través del levantamiento del acta, que será firmada por el secretario.

Los árbitros admitirán las pruebas propuestas por las partes que sean pertinentes y acordarán de oficio la práctica de pruebas complementarias que se

convención en el procedimiento arbitral, sobre todo teniendo en cuenta que se rige por los principios de audiencia, contradicción e igualdad entre las partes.

[1288] En palabras de LORCA NAVARRETE (2008) p. 87, el RDAC solo admite la reconvención conexa, consistente en que las pretensiones que ejercite el reclamado mediante la reconvención han de ser conexas con las que sean objeto de la solicitud de arbitraje. RICHARD GONZÁLEZ (2011) p. 136, aclara que los dos motivos de inadmisión de la reconvención se aplicarán de forma independiente.

[1289] Las operadoras de telefonía formulan, con asiduidad, reconvención a la reclamación presentada por el consumidor, que están directamente relacionadas con la pretensión del reclamante. Así ocurre cuando el reclamante que no está de acuerdo con la aplicación de una tarifa o con el servicio facturado por ser excesivo, presenta su reclamación con solicitud de arbitraje e impaga la factura por disconformidad. En el procedimiento arbitral, la operadora formulará reconvención por las cantidades adeudadas por el reclamante.

consideren imprescindibles para la solución de la controversia[1290]. Se notificará a las partes la fecha, hora y lugar de celebración, convocándolas para la realización de las pruebas en que sea posible su presencia. Del coste de las pruebas se hará cargo la parte que la haya solicitado y las comunes se costearán a mitad, salvo que el órgano arbitral aprecie mala fe o temeridad, en cuyo caso podrá distribuir su coste de distinta forma. De los gastos ocasionados por las pruebas propuestas por el órgano arbitral se hará cargo la junta arbitral o la administración de la que dependan.

8. El laudo arbitral y sus recursos

El proceso arbitral finaliza con el pronunciamiento del correspondiente laudo por el órgano arbitral, a través del cual decidirán sobre la cuestión objeto de controversia. Lasarte Álvarez define el laudo como la resolución acordada por los árbitros que, una vez firme, tiene el mismo valor y eficacia que una sentencia, produciendo efectos idénticos a cosa juzgada[1291].

El arbitraje de consumo se decidirá en equidad, salvo que las partes opten expresamente por un arbitraje en derecho[1292]. Haciendo uso de la posibilidad que otorga la Disposición adicional única de la Ley de Arbitraje, la regla general es que el arbitraje de consumo se decidirá en equidad[1293]. Esta previsión es una excepción al arbitraje común, en el que la decisión será en derecho, salvo que las partes acuerden expresamente que la resolución se dicte en equidad. Como señala Marcos Francisco, la equidad como regla general es lo más acorde al

[1290] En opinión de MARÍN LÓPEZ, M. J. (2008) p. 18, el artículo 45.1 RDAC es muy restrictivo respecto a la práctica de pruebas de oficio, al permitir al órgano arbitral acordar pruebas complementarias únicamente cuando sean imprescindibles, lo cual resulta adecuado y coherente con un modelo arbitral que pretende racionalizar el coste económico.

[1291] LASARTE ÁLVAREZ (2007) p. 373. MOLINA CABALLERO (2008) p. 137, defiende el laudo como la decisión arbitral que resuelve el fondo del asunto sometido a arbitraje.

[1292] Para LORCA NAVARRETE (2008) p. 66, el arbitraje en equidad no permite al árbitro actuar únicamente según su leal saber y entender, como ocurría con la Ley de arbitraje de 1988, sino que la equidad podrá consistir en aplicar reglas jurídicas, ya sean normas jurídicas o las estipulaciones del contrato.

[1293] OROZCO PARDO (2008) pp. 465-466, perfila el concepto de equidad como una corrección de la justicia legal, en tanto que es un medio para corregir la generalidad de la ley ante el caso concreto. Opera como un mecanismo de adaptación de la ley general al caso concreto, de forma que pretende ser un instrumento que permite aplicar adecuadamente las normas generales a los casos particulares.

arbitraje de consumo, ya que presenta la ventaja de permitir a los árbitros decidir la controversia conforme a criterios flexibles y adecuados a las circunstancias del caso, más aún en el arbitraje de consumo, dadas sus características, como son el antiformalismo, sencillez o gratuidad[1294].

Tanto las decisiones en equidad como en derecho deben ser motivadas, tal y como dispone el artículo 33.2 RDAC[1295]. Es una novedad introducida con la nueva regulación, para salvar las críticas doctrinales al Real decreto 636/1993, que exigía únicamente la motivación de los laudos que se dictarán en derecho[1296]. Al respecto hay que señalar, que la casi totalidad de los colegios arbitrales motivaban sus decisiones, ya fueran en derecho o en equidad, para evitar su arbitrariedad.

La falta de comparecencia o inactividad de las partes en cualquier momento del procedimiento arbitral no se entiende como allanamiento o admisión de los hechos alegados por la otra parte. Tampoco impedirá que se dicte el laudo, ni le privará de eficacia, siempre que el órgano arbitral pueda

[1294] MARCOS FRANCISCO (2010) pp. 192-198. HUALDE MANSO (2011) p. 2153, comparte la opinión de que el arbitraje en equidad como regla general para el arbitraje de consumo es la mejor elección teniendo en cuenta la sencillez, aformalismo, agilidad, gratuidad y flexibilidad que lo caracterizan.

[1295] En el mismo sentido, el artículo 48.1 RDAC dispone que *"La forma y contenido del laudo que, en todo caso, será motivado, se regirá por lo dispuesto en la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje".* Para BLANCO CARRASCO (2009) p. 101, en el arbitraje en equidad, los árbitros pueden obrar según su leal saber y entender, sin someterse a forma legal, de forma que el laudo debe ser motivado pero no es necesario que recoja una fundamentación jurídica. En palabras de GOZÁLEZ MONTES (2010) p. 81: «Aunque el arbitraje de equidad implica la no sujeción a normas jurídicas pues prepondera, según la expresión clásica, la aplicación del "leal saber y entender "de los árbitros, el RDAC (artículo 33.2) hace referencia expresa a las normas jurídicas aplicables y a las estipulaciones del contrato como material de apoyo en la decisión de los árbitros, decisión (laudo) que en todo caso deberá ser motivada». BARONA VILAR (2010) p. 282, entiende que las previsiones del RDAC sobre la necesidad de motivación del laudo, se salva la situación provocada con la regulación anterior que nada señalaba al respecto, aunque tanto la doctrina como la jurisprudencia venían sosteniendo la exigencia de la motivación.

[1296] ABELLÁN TOLOSA (1999) p. 488, afirmó que, en el Real decreto 636/1993, el laudo en derecho debía ser motivado, a diferencia del laudo en equidad, pero a la vez reconoció la necesidad de que los laudos en equidad dispusieran de algún tipo de argumentación, siempre conveniente para el conocimiento de las partes. Este mismo autor (2007) p. 95, considera que la necesidad de motivar al laudo se hizo extensible a los arbitrajes en equidad con la obligatoriedad introducida en este sentido por el artículo 37.4 de la Ley 60/2003, de Arbitraje. Idéntica opinión expresa PASCUAL FERNÁNDEZ (1996) p. 295; CARRASCO PERERA (2002) p. 277; LORCA NAVARRETE (2008) p. 67; PICATOSTE BOBILLO, V. (2008) p. 2379; HUALDE MANSO (2011) p. 2155.

decidir la controversia con los hechos y documentos que consten en el expediente.

Si el órgano arbitral es colegiado, sus decisiones se adoptarán por mayoría, teniendo el voto del presidente valor de dirimente en caso de empate o desacuerdo.

El plazo para dictar el laudo es de seis meses desde el día siguiente al inicio del procedimiento y, podrá ser prorrogado por un periodo no superior a dos meses por el órgano arbitral, salvo acuerdo expreso en contrario de las partes. Se amplía el plazo para dictar el laudo, respecto a la normativa anterior, aunque se equipara al establecido en la LA[1297]. El plazo para dictar laudo se suspenderá ante los procedimientos de abstención o recusación de los árbitros, así como para realizar la mediación previa por un plazo no superior a un mes desde el acuerdo de iniciación.

El RDAC se remite a la Ley de arbitraje para establecer la forma y el contenido del laudo arbitral[1298]. Su regulación la encontramos en el artículo 37 LA, según el cual la controversia se decidirá en un solo laudo o en tantos laudos parciales como se estimen necesarios. El laudo deberá constar por escrito y, ser firmado por los árbitros, quienes podrán expresar su desacuerdo con la decisión arbitral. Cuando haya más de un árbitro bastará la firma de la mayoría de los miembros del colegio arbitral o solo la de su presidente, siempre que se manifiesten las razones de la falta de las restantes firmas. Constarán en el laudo la fecha y el lugar en que ha sido dictado.

[1297] El artículo 14.1 del Real decreto 636/1993 fijaba el plazo para dictar el laudo, en cuatro meses desde la designación del colegio arbitral. El plazo otorgado de cuatro meses tenía carácter preclusivo, salvo que las partes concedieran, con anterioridad a su expiración, un plazo superior.

[1298] Fue el artículo 16.1 del Real decreto 636/1993 el que establecía los requisitos mínimos del laudo, que eran: lugar y fecha en que se dicte, es importante a efectos de poder determinar posteriormente cuál es el Juzgado competente para ser recurrido o ejecutado; relación de las alegaciones formuladas por las partes; pruebas practicadas: la decisión sobre cada uno de los puntos objeto de controversia; el plazo en que deberá ser cumplida la decisión arbitral; especificación del voto de la mayoría y el voto disidente en caso de existir y; la firma de los árbitros.

Si las partes en el transcurso del procedimiento arbitral alcanzarán un acuerdo, el plazo para dictar el laudo conciliatorio será de quince días desde la adopción del acuerdo. En el laudo conciliatorio se recogerá el acuerdo al que las partes hayan llegado que ponga fin al conflicto total o parcialmente, y se acordará la terminación de las actuaciones respecto a los puntos acordados.

Además, el órgano arbitral dará por terminadas las actuaciones y dictará el laudo finalizando el procedimiento sin entrar a conocer del fondo del asunto cuando el reclamante no concrete la pretensión o no aporte los elementos indispensables para el conocimiento del conflicto, cuando las partes acuerden dar por terminadas las actuaciones o, cuando el órgano arbitral compruebe que la prosecución de las actuaciones resulta imposible. En este caso, se hará constar en el laudo si queda expedita la vía judicial. Está claro que si el órgano arbitral no entra a conocer sobre el fondo del asunto, siempre quedará abierta la posibilidad de acudir a la vía judicial.

Finalmente, el legislador se remite a la Ley 30/1992 para la notificación de las actuaciones arbitrales incluido el laudo, a falta de acuerdo entre las partes. En nuestra opinión, hubiera sido mejor la remisión a la LA, pues ya no estamos ante un procedimiento administrativo.

Al contrario que su predecesora, el RDAC no hace referencia alguna a la acción de anulación del laudo, así como a los recursos de aclaración y corrección[1299]. Ni siquiera se remite a la LA para su regulación. Sin embargo, hay que entender que siguen siendo de aplicación al arbitraje de consumo la regulación de la corrección, aclaración y complemento del laudo, contenido en el artículo 39, así como de la acción de anulación y el recurso de revisión del laudo de los artículos 40 y siguientes, todos ellos de la Ley de arbitraje.

Dentro de los diez días siguientes a la notificación del laudo, salvo que se haya acordado otro plazo distinto, las partes podrán solicitar a los árbitros la corrección de cualquier error de cálculo, de copia, tipográfico o de naturaleza

[1299] El artículo 17.2 del Real decreto 636/1993 disponía que: *"La notificación, corrección y aclaración de términos, así como la anulación y ejecución de los laudos se realizará de acuerdo con lo establecido en la Ley de arbitraje".*

similar; la aclaración de un punto o de una parte concreta del laudo o; el complemento del laudo respecto de peticiones formuladas y no resueltas en él. Previa audiencia de las partes, los árbitros resolverán en el plazo de 10 días en caso de aclaración o corrección de errores y, en el de 20 días si la solicitud es de complemento del laudo. Además, el órgano arbitral podrá, en los 10 días siguientes a la fecha del laudo, corregir de oficio los errores de cálculo, tipográficos o de naturaleza similar.

El recurso de anulación será interpuesto dentro de los dos meses siguientes a la notificación del laudo o, en su caso, a la notificación de la resolución sobre su corrección, aclaración o complemento, ante el Tribunal Superior de Justicia que corresponda al lugar donde se hubiere dictado[1300]. Las causas de anulación del laudo están recogidas de forma taxativa en el artículo 41 LA, entre las que se encuentran la invalidez o inexistencia del convenio arbitral, la incorrecta notificación de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales, la resolución sobre cuestiones no sometidas a su decisión o, cuando el laudo fuese contrario al orden público. La sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia será firme, no cabiendo recurso contra la misma.

El recurso de revisión se establece en el artículo 43 LA, dado el carácter de cosa juzgada que otorga el laudo a la decisión adoptada. El recurso de revisión se ejercerá conforme con lo dispuesto en las normas procesales, para la revisión de las sentencias firmes.

El laudo obliga a las partes a su cumplimiento. En la decisión adoptada se hará constar un plazo de ejecución voluntaria. El incumplimiento del laudo en el plazo otorgado permite acudir al juzgado de primera instancia, para proceder a su ejecución, dado que el laudo es un título ejecutivo, por los trámites de ejecución de sentencias.

[1300] Hasta la Ley 11/2011, de 20 de mayo, de reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje y regulación del arbitraje institucional de la Administración General del Estado, el Tribunal competente para resolver el rescurso de anulación del laudo eran las Audiencias Provinciales.

9. El arbitraje de consumo electrónico

El arbitraje de consumo electrónico, al igual que el arbitraje de consumo colectivo, no son arbitrajes sectoriales distintos del arbitraje de consumo. Como nos advierte Oubiña Barbolla, son arbitrajes de consumo con especialidades concretas, pues presentan singularidades por razón bien del medio o sistema formal en el que se desenvuelven, como ocurre en el arbitraje de consumo electrónico, como por la resolución en un solo procedimiento del conflicto jurídico que tengan diversos consumidores o usuarios con base en un mismo presupuesto fáctico, como ocurre en el arbitraje de consumo colectivo[1301]. Por ello, el arbitraje de consumo electrónico y el arbitraje de consumo colectivo están regulados por las normas generales del arbitraje de consumo contenidas en el RDAC y, en su defecto en la LA, salvo en aquellas especialidades procedimentales que prevé el propio RDAC[1302]. A continuación haremos tan solo una breve referencia a las especialidades procedimentales tanto del arbitraje de consumo electrónico como colectivo, sin detenernos en profundidad, ante la escasa relevancia práctica que hasta el momento presentan.

Dando cumplimiento al artículo 57.1 TRLGDCU, el legislador introduce en el Real decreto 231/2008 la regulación del arbitraje electrónico, como una novedad de notable transcendencia, con el que se pretende facilitar el acceso al sistema arbitral a los consumidores[1303].

Según el artículo 51.1 RDAC el arbitraje de consumo electrónico es *"aquel que se sustancia íntegramente, desde la solicitud de arbitraje hasta la terminación del procedimiento, incluidas las notificaciones, por medios electrónicos, sin perjuicio de que alguna actuación arbitral deba practicarse por medios tradicionales".* A continuación se recogen las especialidades de este tipo de arbitraje, aunque siguiendo las directrices ya impuestas por la norma. Debemos recordar que, conforme al artículo 3.3 RDAC, al arbitraje electrónico

[1301] OUBIÑA BARBOLLA (2012) pp. 125 y ss.
[1302] En el mismo sentido se pronuncia LORCA NAVARRETE (2008) pp. 97 y ss.
[1303] Así lo califica la Exposición de Motivos del RDAC, al señalar: *"Dos novedades de notable trascendencia se incorporan, por último, en este reglamento: la regulación del arbitraje de consumo electrónico y del arbitraje de consumo colectivo".*

le será de aplicación supletoria la Ley 11/2007, de 22 de junio, de Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los Servicios Públicos.

La junta arbitral competente se determinará por los criterios establecidos con carácter general. El lugar de celebración del arbitraje será donde tenga su sede la junta arbitral, salvo que en el laudo conste un lugar distinto, siendo en este caso el lugar de celebración el que conste en el laudo. La determinación del lugar de celebración del arbitraje es importante a la hora de determinar tanto el tribunal que podrá ejecutar el laudo, como el tribunal ante el que se podrá interponer el recurso de anulación o el recurso revisión[1304].

Las notificaciones se realizarán en la sede electrónica designada por las partes. La notificación se considera efectuada al día siguiente a aquel en que conste el acceso al contenido de la actuación notificada. Si el notificado no accediera al contenido de la notificación en el plazo de diez días desde su puesta a disposición, la notificación se entenderá realizada sin efecto, procediendo la notificación edictal por vía electrónica. Esta previsión garantiza el principio de seguridad jurídica en el arbitraje de consumo, evitando dilaciones innecesarias por la dejadez de las partes en la recepción de las notificaciones.

Se prevé la creación de un programa informático para la puesta en práctica de del arbitraje electrónico, al que deberán adherirse las juntas arbitrales que pretendan su utilización. Es necesario esperar a la creación del sistema para ver los resultados del arbitraje de consumo electrónico[1305].

[1304] Esta opinión la comparte OUBIÑA BARBOLLA (2012) p. 141, cuando señala que es necesario fijar un territorio concreto, ante la posibilidad de que antes o después pueda aparecer en escena un órgano jurisdiccional.

[1305] Recordemos que el Reglamento UE 524/2013 establece el procedimiento de resolución extrajudicial de litigios en línea, para las controversias que deriven de las relaciones contractuales de compraventa o de prestación de servicios celebrados en línea, esto es, a través del comercio electrónico. Aunque no en todos los casos, es fácil que el arbitraje de consumo electrónico sea utilizado para resolver las reclamaciones derivadas de relaciones contractuales formalizadas a través del comercio electrónico. Por tanto, para el desarrollo de la norma tendrán que tener presentes el procedimiento y los principios previstos en el Reglamento. Pero advertimos que no en todos los casos, pues tal y como está previsto hasta el momento, el arbitraje electrónico se define por el procedimiento utilizado en su tramitación y no por las controversias que a través del mismo se puedan resolver (un consumidor puede solicitar la tramitación de un arbitraje electrónico, aunque haya contratado el bien o servicio en el establecimiento).

10 El arbitraje de consumo colectivo

La regulación del arbitraje de consumo colectivo es la otra novedad del RDAC. Según su artículo 56: *el arbitraje de consumo colectivo tiene por objeto resolver en un único procedimiento arbitral de consumo los conflictos que, en base al mismo presupuesto fáctico, hayan podido lesionar los intereses colectivos de los consumidores y usuarios, afectando a un número determinado o determinable de éstos.*

Oubiña Barbolla expresa su sorpresa, pues a pesar de su denominación y de la definición del RDAC, el arbitraje de consumo colectivo no sirve para la tutela de intereses colectivos y, por tanto supraindividuales. El llamado arbitraje de consumo colectivo permite que los consumidores y usuarios puedan ejercitar sus reclamaciones o acciones individuales frente a un mismo empresario con fundamento en la misma causa de pedir y, puedan así, resolverse en un solo procedimiento arbitral acciones individuales con ese nexo en común[1306].

Debemos apuntar que la Recomendación de la Comisión 2013/396/UE, de 11 de junio de 2013, sobre los principios comunes aplicables a los mecanismos de recurso colectivo de cesación o de indemnización en los Estados miembros en caso de violación de los derechos reconocidos por el Derecho de la Unión, avanza un paso más en el establecimiento de las acciones colectivas, al prever la creación de una acción colectiva de indemnización de los daños ocasionados por una actividad contraria al derecho de la Unión. En la Recomendación 2013/396/UE, se reconoce la posibilidad de acudir a los mecanismos de ADR colectivo para el ejercicio de estas acciones. A pesar del avance que implica la Recomendación, tal y como advierte Otero Crespo se trata

[1306] OUBIÑA BARBOLLA (2012) p. 143. En el mismo sentido, MARÍN LÓPEZ M. J. (2009) p. 729, entiende que se permite el arbitraje de consumo como vía de tutela de lo que el artículo 11.2 LECiv denomina intereses colectivos, que se caracterizan por el hecho de que los sujetos perjudicados por el hecho dañoso son un grupo de consumidores perfectamente determinados o de fácil determinación. Sin embargo, no cabe el arbitraje de consumo para proteger intereses difusos (artículo 11.3 LECiv), en el que los perjudicados son una pluralidad de consumidores indeterminada o de difícil determinación.

de un instrumento de soft law (no una Directiva), por lo que será necesario esperar hasta su implementación para ver sus resultados[1307].

La doctrina pone de relieve la imposibilidad de ejercitar las acciones colectivas a través del sistema arbitral de consumo, al ser un procedimiento voluntario, en el que el consumidor es el único legitimado para el ejercicio de sus derechos[1308]. El arbitraje de consumo colectivo es, en definitiva, la acumulación de las reclamaciones individuales de los consumidores afectados por un mismo supuesto, pero en un momento anterior al inicio del procedimiento arbitral[1309]. Recordemos que también cabe la acumulación de las reclamaciones, una vez iniciado el procedimiento[1310].

En este caso, las actuaciones se iniciarán por acuerdo del presidente de la junta arbitral de consumo competente, de oficio o a instancia de las asociaciones de consumidores y usuarios o de las juntas arbitrales de ámbito inferior.

[1307] OTERO CRESPO (2013) p. 9.

[1308] GUTIÉRREZ CABIEDES (2011) pp. 2223-2225, apunta varios motivos por los que no se pueden conocer a través del arbitraje de consumo de los derechos e intereses supraindividuales (colectivos y difusos), entre las que podemos mencionar: el ser un procedimiento configurado para el ejercicio de reclamaciones individuales, la dificultad de ejecutar los laudos derivados del ejercicio de acciones colectivas. Pero a juicio de este autor, la principal razón que imposibilita conocer a través del arbitraje los derechos supraindividuales de los consumidores, es que nos encontramos ante un procedimiento voluntario. Por su parte, CUBILLO LÓPEZ (2011) p. 980, señala que es necesario para que la tutela de los derechos de los consumidores pueda llevarse a cabo a través del arbitraje de consumo, que el titular de los derechos, esto es, el consumidor, lo solicite. Así se desprende del artículo 34 RDAC, conforme al cual las solicitudes de arbitraje de consumo se presentarán por los consumidores y usuarios que consideren que se han vulnerado sus derechos. No hay otros sujetos a quienes se conceda legitimación extraordinaria para defender los derechos e intereses de los consumidores y usuarios, mediante el SAC. Ni siquiera las asociaciones de consumidores y usuarios tienen esta clase de legitimación para proteger por la vía arbitral los intereses colectivos y difusos de aquellos, que solo podrán defender a través de los procesos judiciales. En el mismo sentido, MARÍN LÓPEZ, M. J. (2009) p. 729.

[1309] GUTIÉRREZ DE CABIEDES (2011) p. 2227, concluye que el arbitraje de consumo colectivo constituye el cauce arbitral mediante el que se lleva a cabo una acumulación de pretensiones individuales operadora de forma sobrevenida, sobre la base de una iniciación de una solicitud de arbitraje genérica por una asociación de consumidores, y la comparecencia y sumisión voluntaria por los perjudicados que así lo deseen al conocimiento y resolución arbitral por los órganos que integran el sistema institucional de arbitraje de consumo. Esta opinión es compartida por CUBILLO LÓPEZ (2011) p. 1024.

[1310] MARÍN LÓPEZ, M. J. (2008) p. 21, aclara que se posibilita el ejercicio de acciones colectivas, y no de acciones en defensa de intereses difusos de los consumidores. Los intereses difusos se diferencian de los intereses colectivos, en que los afectados no están determinados, no siendo posible su identificación. Tratan las diferencias entre los intereses colectivos y los intereses difusos, entre otros: ACOSTA ESTÉVEZ (1995); BARONA VILAR (2003) y MONTÓN GARCÍA (2004).

Adoptado el acuerdo de iniciación, la junta arbitral requerirá a las empresas para que en el plazo de 15 días manifieste si desea someterse al arbitraje y que presente las alegaciones. Si la empresa decide someterse al arbitraje, se hará un llamamiento público a los afectados durante dos meses para que se personen en el procedimiento. Se garantiza así, la posible comparecencia de todos los afectados.

El sometimiento a un arbitraje colectivo suspende los arbitrajes individuales por los mismos hechos. Si ya se hubiesen iniciado las actuaciones arbitrales, se procederá a su traslado a la junta arbitral competente para conocer del arbitraje colectivo. Si las solicitudes de arbitraje de los consumidores se presentan fuera del plazo de dos meses, serán admitidas cuando su presentación sea anterior a la fecha prevista para la audiencia. Transcurrido el plazo de llamamiento de dos meses, se iniciará el cómputo del plazo para dictar laudo.

VI. CONCLUSIONES DEL CAPÍTULO

I. El sector de las telecomunicaciones es un sector muy conflictivo. Además del gran número de usuarios de los servicios de comunicaciones electrónicas, su desarrollo y su rápida propagación hacen que el número de reclamaciones de los usuarios se incremente cada año, aunque suelen ser de escasa cuantía. El legislador sectorial no fue ajeno a la importancia de los medios de resolución extrajudicial de conflictos para dar una efectiva protección a los usuarios finales, al incluirlos en su regulación. Son dos los sistemas que prevé: el servicio de atención al cliente del propio operador y la reclamación administrativa ante la Secretaria de Estado de Telecomunicaciones y de la Sociedad de Información. Pero además, advierte que el usuario podrá acudir al arbitraje de consumo.

II. El servicio de atención al cliente del operador es el órgano encargado de recepcionar y tramitar la reclamación del usuario. Al tratarse de un medio de resolución extrajudicial, debemos considerarlo una opción para el usuario, de forma que será él quién decida si quiere presentar su reclamación a través de este servicio. Esta voluntariedad desaparece si el usuario quiere optar

con posterioridad a la reclamación administrativa ante la SETSI, ya que es un trámite necesario. Lo mismo ocurre si el operador limita la oferta de sometimiento al arbitraje de consumo a la previa presentación de la reclamación ante el servicio de atención al cliente. Es un servicio especializado y gratuito, que puede ser prestado telefónicamente, aunque en todo caso el operador debe garantizar una atención personal directa. El usuario presentará su reclamación en el plazo de un mes desde el momento en que surge la controversia. Si el operador no resuelve la reclamación en el plazo de un mes, se entenderá que no satisface las pretensiones del reclamante, quien podrá acudir a otro de los procedimientos de resolución existentes.

III. La reclamación administrativa se configura como un medio de resolución alternativa de las reclamaciones de los usuarios finales frente a los operadores. Para poder acudir a este procedimiento es necesario que el usuario final sea una persona física y que su reclamación se refiera a los derechos específicos que le son reconocidos como usuarios de los servicios de comunicaciones electrónicas. El procedimiento se inicia a instancias del usuario final y, es gratuito y rápido. El operador no podrá formular pretensión alguna en este procedimiento. La resolución, que debe ser motivada, será únicamente vinculante para el operador y contra la misma cabrá recurso contencioso administrativo.

IV. El arbitraje de consumo es el procedimiento por excelencia de resolución extrajudicial de conflictos entre los consumidores y empresarios. Ha alcanzado un lugar destacado en la resolución de conflictos en consumo, no solo por ser gratuito para ambas partes y rápido, sino porque es un procedimiento vinculante y ejecutivo judicialmente. A diferencia de la reclamación ante el servicio de atención al cliente o la reclamación administrativa ante la SETSI, a través del arbitraje de consumo, tanto el consumidor como el operador, obtienen una resolución definitiva y ejecutable a la controversia planteada. Como cualquier medio de resolución extrajudicial de conflictos se caracteriza por su voluntariedad. Extraña que se limite el ejercicio de las acciones de responsabilidad civil derivadas del delito, pues es una materia sobre la que las

partes tiene libre disposición. Será iniciado siempre por el consumidor, aunque se reconoce la facultad del empresario de formular reconvención cuando sus pretensiones estén relacionadas con el objeto principal.

Las reclamaciones que se resuelven a través del arbitraje de consumo aumentan año tras año en el sector de las telecomunicaciones, pues gran parte de las operadoras de los servicios de comunicaciones electrónicas han emitido ofertas públicas de adhesión al arbitraje de consumo que, aunque son limitadas en materia y cuantía, abarcan un gran número de las reclamaciones.

Aún reconociendo la importancia práctica del sistema arbitral, son varias las críticas que podemos hacer a este sistema. En primer lugar, no entendemos como el legislador restringe la posibilidad de formalizar el convenio arbitral a través del acuerdo contractual, pues además de limitar la autonomía de la voluntad del consumidor, éste no podrá bloquear la vía judicial para el operador. En segundo lugar, la regulación administrativiza en exceso el procedimiento arbitral. Aunque su carácter administrativo es sin duda uno de los factores elementales que han contribuido a su éxito, tras el Real decreto 231/2008 se aprecia un incremento de la intervención de la administración en el proceso, pues el órgano administrativo ya no solo va a gestionar y tramitar el arbitraje, sino que tendrá amplias facultades de decisión sobre la reclamación.

Por último, entendemos que el arbitraje de consumo debe ser un procedimiento de resolución extrajudicial de los conflictos que surjan entre el consumidor y el empresario. Sin embargo, su evolución parece abocarlo a convertirse en un medio más de protección al consumidor.

REFLEXIÓN FINAL

Para finalizar este trabajo de investigación me gustaría transcribir un par de párrafos de un libro que leí hace unos años y, al coincidir con la elaboración de este estudio doctoral, me hizo reflexionar sobre el fundamento y el alcance de la protección de los consumidores en nuestro ordenamiento jurídico. El libro al que me refiero es "De vidas ajenas", en el que su autor Emmanuel Carrére, al hilo de la trama hace algunas reflexiones sobre la protección del consumidor[1311]:

«...Ni la vida ni sus estudios habían preparado a Étienne para esta forma de desdicha social. La única vez que un profesor de la Escuela Nacional de la Magistratura había hablado del derecho de consumo fue con un desdén irónico, como si fuera derecho destinado a imbéciles, personas que firman contratos sin leerlos y a las que es demagógico querer asistir. Los libros de texto enseñan que el fundamento del derecho civil es el contrato. Y el fundamento del contrato es la autonomía de la voluntad y la igualdad de las partes. Nadie se compromete o debería comprometerse contra su voluntad; los que lo hacen tienen que sufrir las consecuencias: serán más prudentes la próxima vez. A Étienne no le habían hecho falta ocho años en Pas-de-Calais para aprender que los hombres no son libres ni iguales, pero no por eso tenía menos apego a la idea de que se deben respetar los contratos, pues de lo contrario no habría sido jurista...» (pág. 137).

«...Sin embargo, existe una ley encaminada a limitar estas estafas: la ley Scrivener, aprobada en 1978 bajo el mandato de Giscard, pero de inspiración más socialdemócrata que liberal, en el sentido de que limita la libertad a priori sacrosanto de los contrato. En pura lógica liberal, las personas son libres, iguales y lo bastante adultas para entenderse sin que el Estado se inmiscuya. En pura lógica liberal, un propietario tiene el perfecto derecho de proponer a su arrendatario un alquiler a cuyo vencimiento pueda echarle o duplicar a su

[1311] Editado por Anagrama, 1ª edición mayo 2011.

antojo la suma acordada, exigirle que apague la luz a las siete de la tarde o que use un camisón en lugar de un pijama: todo va bien desde el momento en que el inquilino tiene el derecho simétrico de no aceptar ese alquiler. La ley, no obstante, tiene en cuenta la realidad y el hecho de que en la realidad las partes no son tan libres e iguales como en la teoría liberal. Uno posee, el otro pide, uno puede elegir, el otro menos, y por eso los alquileres están regulados, así como el crédito...». (pág. 151)

Es evidente que el empresario y el consumidor no se encuentran en igualdad de condiciones, sino que generalmente el consumidor estarán en una posición de inferioridad frente al empresario, pues si quiere o necesita el bien o servicio que le ofrecen estará obligado a aceptar las condiciones que el empresario le impone para contratar. Decimos "generalmente" porque no tenemos tan claro que un pequeño comerciante que vende los productos obtenidos de su huerta o el artesano estén siempre en posición de superioridad frente al consumidor. Partiendo del desequilibrio existente entre el empresario y el consumidor, es un deber inexcusable para el Estado dar una protección eficaz a la parte débil, intentando garantizar la igualdad de sus posiciones en el momento de la contratación.

Así ocurre en el sector de las telecomunicaciones, en el que la necesidad de dar una protección especial a los usuarios de los servicios deriva, además de por ser consumidores finales, de su consideración como servicio de interés general, al contribuir al desarrollo de las personas en la sociedad. Por tanto, es evidente la necesidad de dar una protección específica y reforzada a los usuarios finales de los servicios de comunicaciones electrónicas.

Durante los años que dedicamos a la realización de este trabajo, hemos asistido a un desarrollo incesante de los derechos de los usuarios finales, acompañada de una gran cantidad de normas específicas de protección al consumidor. Además de los problemas competenciales que plantea y de la superposición normativa que en muchos casos puede ser contradictoria, la gran cantidad normativa provoca muchas veces su ineficacia.

Es de esperar que la legislación sea clara y transparente. También es deseable que sea duradera en el tiempo. Sin embargo, la normativa sectorial de telecomunicaciones ha sufrido en apenas quince años, tres modificaciones sustanciales (leyes del 1998, 2003 y 2014), además sus correspondientes modificaciones puntuales. Además de ser síntoma de una mala técnica legislativa, al dar solución a problemas puntuales sin plantearse una regulación conjunta y ordenada, dificulta al operador, al usuario final e incluso al jurista, el conocimiento de la norma aplicable en cada momento y en cada caso concreto.

Lo mismo ocurre con las normas de protección al consumidor, que en vez de establecer una regulación proteccionista, pone en acción políticas populistas que poca efectividad ofrecen a la protección real del consumidor. Una muestra es la reciente incorporación de la limitación de realizar ofertas comerciales telefónicas fuera del horario de lunes a viernes de 9 a 21 horas (artículo 96.2 TRLGDCU). Nos preguntamos si es una medida de protección al consumidor y, aún más, si tiene la suficiente entidad para figurar en una norma de rango legal. Este solo es un ejemplo, aunque tampoco podemos dejar de mencionar la exigencia de que los mecheros tengan un sistema de seguridad para los niños, ¿desde cuándo un mechero es un producto destinado a un niño?

Esta situación se agrava con la desatención del derecho de educación que tienen los consumidores. Para lograr una efectiva protección, es necesario que el consumidor además de tener la posibilidad de estar informado, quiera estar informado, y para ello es esencial que conozca el alcance de sus derechos y obligaciones. Son habituales reclamaciones de solicitudes de portabilidad por ser efectivas, pues el consumidor no quería portarse, solo quería que su actual operadora le hiciera una mejor oferta.

Sería deseable, en nuestra opinión, que la normativa de protección de los consumidores o de los usuarios finales ofrezca medidas que garanticen el equilibrio entre el operador y el consumidor y que posibiliten las medidas de reacción necesarias ante una vulneración de los derechos reconocidos. Pero esto no se consigue con consumidores mal educados o inconscientes de las

consecuencias que le acarrearán sus actuaciones. No debería alentar a consumidores desinteresados, que despreocupados por sus actos esperen a que el órgano competente le restablezca sus derechos.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

APÉNDICE NORMATIVO

Normas comunitarias:

Paquete de Directivas de telecomunicaciones

- Directiva 2002/20/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa a la autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas.
- Directiva 2002/21/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas.
- Directiva 2002/22/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas..
- Directiva 2009/136/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2009, por la que se modifican la Directiva 2002/22/CE relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas, la Directiva 2002/58/CE relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas y el Reglamento (CE) nº 2006/2004 sobre la cooperación en materia de protección de los consumidores.
- Directiva 2009/140/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2009, por la que se modifican la Directiva 2002/21/CE relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas, la Directiva 2002/19/CE relativa al acceso a las redes de comunicaciones electrónicas y recursos asociados, y a su interconexión, y la Directiva 2002/20/CE relativa a la autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas.

Directivas que afectan a la protección de consumidores:

- Directiva 2006/123/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior.
- Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo.

Normas comunitarias sobre la resolución extrajudicial de conflictos en materia de consumo:

- Recomendación 98/257/CE, de la Comisión, de 30 de marzo, relativa a los principios aplicables a los órganos responsables de la solución extrajudicial de los litigios en materia de consumo
- Recomendación 2001/310/CE, de la Comisión, de 4 de abril de 2001, relativa a los principios aplicables a los órganos extrajudiciales de resolución consensual de litigios en materia de consumo
- Directiva 2008/52/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles
- Directiva 2013/11/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo
- Reglamento UE 524/2013, de 21 de mayo de 2013, sobre resolución de litigios en línea en materia de consumo

Normas estatales:

Normas sectoriales en materia de telecomunicaciones:

- Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones. Derogada y sustituida por la Ley 32/2003.
- Ley 32/2003, de 2 de noviembre, General de Telecomunicaciones. Derogada y sustituida por la Ley 9/2014. (LGT 2003)
- Real decreto-Ley 13/2012, de 30 de marzo, por el que se transponen directivas en materia de mercados interiores de electricidad y gas y en materia de telecomunicaciones electrónicas, y por el que se adoptan medidas para la corrección de las desviaciones por desajustes entre los costes e ingresos de los sectores eléctricos y gasistas. Recoge las modificaciones de la Ley 32/2003.
- Ley 9/2014, de 9 de mayo, de Telecomunicaciones. (LT)
- Real Decreto 424/2005, de 15 de abril, por el que se aprueba el Reglamento sobre las Condiciones para la Prestación de Servicios de Comunicaciones Electrónicas, el Servicio Universal y la Protección de los Usuarios. Derogado en la regulación de los derechos de los usuarios por la Carta de derechos del usuario de los servicios de comunicaciones electrónicas y modificado por el Real decreto 726/2011. (RGT)
- Real decreto 726/2011, de 20 de mayo, por el que se modifica el Reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de

comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios, aprobado por el Real decreto 424/2005, de 15 de abril

- 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. (Carta de derechos de los usuarios)
- 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 en el Título III de la Ley General de Telecomunicaciones.
- Orden PRE/2410/2004, de 20 de julio, por el que se modifica la Orden PRE/361/2002, sobre derechos de los usuarios y servicios de comunicaciones electrónicas.
- 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. Derogada y sustituida por la Orden IET/1090/2014.
- Orden IET/1090/2014, de 16 de junio, por la que se regulan las condiciones relativas a la calidad de servicio en la prestación de los servicios de comunicaciones electrónicas. (Orden de Calidad)
- 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

Normas de protección de consumidores y usuarios:

- Ley 26/1984, de 19 de julio, general para la defensa de consumidores y usuarios. Derogada por el Texto Refundido de la Ley general de consumidores y usuarios y otras normas complementarias.
- Ley 26/1991, de 21 de noviembre, sobre contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles. Derogada por el Texto Refundido de la Ley general de consumidores y usuarios y otras normas complementarias.
- Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista. (LOCM)
- Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de Mejora de la Protección de los consumidores y usuarios. Modifica la Ley 26/1984 y habilita su refundición.
- 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)

- Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto-legislativo 1/2007, de 16 de noviembre
- Real decreto 1945/1983, de 22 de junio, por el que se regulan las infracciones y sanciones en materia de defensa del consumidor y de la producción agroalimentaria

Normas sobre los medios de resolución extrajudicial de conflictos

- Ley 36/88, de arbitraje. Derogada y sustituida por la Ley 60/2003.
- Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje. (LA)
- Ley 11/2011, de 20 de mayo, de reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje y regulación del arbitraje institucional de la Administración General del Estado
- Real decreto 636/1993, de 3 de mayo, se establece la regulación del arbitraje de consumo. Derogado por el Real decreto 231/2008.
- Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo. RDAC

Otras normas analizadas en el trabajo:

- Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común
- Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación. (LCGC)
- Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico. (LSSICE)
- Ley 11/2007, de 22 de junio, de Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los servicios públicos
- Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio
- Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

Normas autonómicas de protección al consumidor:

- Ley 13/2003, de 17 de diciembre, de defensa y protección de los consumidores y usuarios de Andalucía
- Ley 16/2006, de 28 de diciembre de protección y defensa de los consumidores y usuarios de Aragón

- Ley 3/2003, de 12 de febrero, del Estatuto de los consumidores y usuarios de la Comunidad Autónoma de Canarias
- Ley 1/2006, de 7 de marzo, de defensa de los consumidores y usuarios de Cantabria
- Ley 11/2005, de 15 de diciembre, del Estatuto del consumidor de Castilla-La Mancha
- Ley 11/1998, de 5 de diciembre, de defensa de los consumidores y usuarios de Castilla y León
- Ley 22/2010, de 20 de julio, del Código de consumo de Cataluña
- Ley 1/2011, de 22 de marzo, por el que se aprueba el Estatuto de los consumidores y usuarios de la Comunidad Valenciana
- Ley 6/2001, de 24 de mayo, del Estatuto de Consumidores de Extremadura
- Ley 2/2012, de 28 de marzo, gallega de protección general de las personas consumidoras y usuarias
- Ley 7/2014, de 23 de julio, de protección de las personas consumidoras y usuarias de las Illes Balears
- Ley 5/2013, de 12 de abril, para la defensa de los consumidores en la Comunidad Autónoma de la Rioja
- Ley 11/1998, de 9 de julio, de protección de los consumidores y usuarios en la Comunidad de Madrid
- Ley 7/2006, de 20 de junio, de defensa de los consumidores y usuarios de Navarra
- Ley 6/2003, de 22 de diciembre, de Estatuto de las personas consumidoras y usuarias del País Vasco
- Ley 11/2002, de 2 de diciembre, de los consumidores y usuarios del Principado de Asturias
- Ley 4/1996, de 14 de junio, del Estatuto de los consumidores y usuarios de la Región de Murcia

USC
UNIVERSIDADE
DE SANTIAGO
DE COMPOSTELA

ÍNDICE DE JURISPRUDENCIA

Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

(www.curia.europa.eu/juris)

— Sentencia del Tribunal de Justicia de 27 de junio de 2000, asuntos C-240/98 a C-244/98 (Océano Grupo Editorial/Salvat editores)

— Sentencia del Tribunal de Justicia de 7 de mayo de 2002, asunto C-478/99 (Comisión de las Comunidades Europeas/Reino de Suecia)

— Sentencia del Tribunal de Justicia de 9 de septiembre de 2004, asunto C-70/03 (Comisión de las Comunidades Europeas/Reino de España)

— Sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de octubre de 2009, asunto C-40/08 (Asturcom Telecomunicaciones/Cristina Rodríguez Nogueira)

— Sentencia del Tribunal de Justicia de 3 de junio de 2010, asunto C-484/08 (Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid/Ausbanc)

— Sentencia del Tribunal de Justicia de 9 de noviembre de 2010, asunto C-137/08 (VB Pénzügyi Lizing/Ferenc Schneider)

— Sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de marzo de 2012, asunto C-453/12 (Perenicôvá y Perenic/SOS Financ)

— Sentencia del Tribunal de Justicia de 26 abril de 2012, asunto C-472/10 (Nemzeti Fogyasztóvédelmi Hatóság/Invitel Távközlési)

— Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de marzo de 2013, asunto C-415/11 (Mohamed Aziz/Catalunyacaixa)

— Sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de marzo de 2013, asunto C-92/11 (RWE Vertrieb AG/Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen eV)

— Sentencia del Tribunal de Justicia de 30 de mayo de 2013, asunto C-488/11 (Asbeek Brusse/Man Garabito)

— Sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de enero de 2014, asunto C-226/12 (Constructora Principado/José Ignacio Menéndez Álvarez)

— Sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de julio de 2014, asunto C-169/14 (Sánchez Morcillo/ BBVA)

Jurisprudencia del Tribunal Constitucional

(http://www.tribunalconstitucional.es/es/jurisprudencia)

— Sentencia 2/1981, de 30 de enero, por el que se desestima el recurso de amparo interpuesto en el recurso de amparo 90/1980, aplicación del principio non bis in idem.

— Sentencia 71/1982, de 30 de noviembre, por la que se resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto frente a la Ley 10/1981, de 18 de noviembre, del Parlamento Vasco, que aprueba el Estatuto de Consumidor.

— Sentencia 95/1984, de 18 de octubre, por la que se resuelve el conflicto positivo de competencia frente al Gobierno del Estado en relación con el Real Decreto 2924/1981, de 4 de diciembre, por el que se reestructuran determinados órganos de la Administración del Estado.

— Sentencia 87/1985, de 16 de julio, por la que se resuelve el recurso de inconstitucionalidad promovido por el Presidente del Gobierno contra determinados preceptos de la Ley 15/1983, de 14 de julio, del Parlamento de Cataluña, sobre higiene y control alimentario

— Sentencia 137/1986, de 6 de noviembre, por la que se resuelve el recurso de inconstitucionalidad promovido por el Gobierno de la Nación contra la Ley del Parlamento Vasco 13/1983, de 27 de julio, por la que se crea el "Euskal Ikastolen Erakundea-lnstituto Vasco de Ikastolas" y se aprueba el Estatuto Jurídico de las Ikastolas

— Sentencia 88/1986, de 1 de julio, por la que se resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la Ley 1/1983, de 18 de febrero, de regulación administrativa de determinadas estructuras comerciales y ventas especiales, de la Presidencia de la Generalidad de Cataluña.

— Sentencia 252/1988, de 20 de diciembre, por la que se resuelve el conflicto positivo de competencia interpuestos por el Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña, respectivamente, contra el escrito de 26 de febrero de 1986 del Director General de la Salud Pública del Ministerio de Sanidad y Consumo al Director General de Sanidad y Salud Publica del Departamento de Sanidad y Seguridad Social de la Generalidad, contra los Reales Decretos 1.754/1986, 1.755/1986 y 1.728/1987

— Sentencia 15/1989, de 26 de enero, dictada en virtud de los recursos de inconstitucionalidad promovidos por el Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña, por el Gobierno Vasco y por la Xunta de Galicia contra la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de Consumidores y Usuarios

— Sentencia 62/1991, de 22 de marzo, por la que se resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto frente a la Ley 12/1984, de 28 de diciembre, por la que se aprueba el Estatuto Gallego del Consumidor y Usuario.

— Auto nº 259/1993, de 20 de julio, por el que se resuelve el recurso de amparo 395/1993 y se acuerda su inadmisión.

— Sentencia 174/1995, de 23 de noviembre, a través de la que se resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto frente al artículo 38.2 párrafo primero de la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de Transportes Terrestres, por el que se establecía la obligatoriedad del procedimiento arbitral de transportes.

— Sentencia 146/1996, de 19 de septiembre, por la que se resuelve el recurso de inconstitucionalidad, promovido por el Gobierno Vasco en relación con la Ley 24/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad.

— Sentencia 61/1997, de 20 de marzo, dictada en el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por varias Comunidades Autónomas frente al Texto refundido de la Ley sobre el Régimen del Suelo y de la Ordenación Urbana, aprobado por el Real decreto legislativo 1/1992, de 26 de junio

— Sentencia 247/2007, de 12 de diciembre, por la que se resuelve el recurso de inconstitucionalidad promovido por el Gobierno de la Comunidad Autónoma de Aragón contra el artículo 20 de la Ley Orgánica 1/2006, de 10 de abril, de reforma de la Ley Orgánica 5/1982, de 1 de julio, de Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana, por el que se da nueva redacción a su artículo 17.1.

— Sentencia 31/2010, de 28 de junio, por la que se resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto frente a la Ley orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña

— Sentencia 72/2014, de 8 de mayo, por la que se resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno de la Generalitat de Cataluña en relación con diversos preceptos de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, general de telecomunicaciones.

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

(CENDOJ: www.poderjudicial.es/)

— Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, ROJ 4616/1997, de 30 de junio de 1997, ponente José Almagro Nosete

— Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, ROJ 6086/2004, de 19 de septiembre de 2004, ponente Pedro González Poveda

— Sentencia del Tribunal Supremo, sala de lo Civil, ROJ 2362/2009, de 29 de abril de 2009, ponente Encarnación Roca Trías

— Sentencia del Tribunal Supremo, sala de lo Civil, ROJ 1290/2010, de 17 de marzo de 2010, ponente Román García Varela

— Sentencia del Tribunal Supremo, sala de lo Civil, ROJ 464/2010, de 19 de febrero de 2010, ponente Xavier O´Callaghan Muñoz

— Sentencia del Tribunal Supremo, sala de lo Civil, ROJ 3402/2011, de 30 de mayo de 2011

— Sentencia del Tribunal Supremo, sala de lo Civil, ROJ 3627/2011, de 10 de junio de 2011, ponente Xavier O´Callaghan Muñoz

— Sentencia del Tribunal Supremo, sala de lo Civil, ROJ 4850/2011, de 12 de julio de 2011, ponente Jesús Eugenio Corbal Fernández

— Sentencia del Tribunal Supremo, sala de lo Civil, ROJ 4263/2011, de 14 de junio de 2011, ponente Juan Antonio Xiol Rios

— Sentencia del Tribunal Supremo, sala de lo civil, ROJ 6030/2012, de 1 de octubre de 2012

— Sentencia del Tribunal Supremo, sala de lo Civil, ROJ 229/2013, de 5 de febrero de 2013, ponente Francisco Javier Orduña Moreno

— Sentencia del Tribunal Supremo, sala de lo Civil, ROJ 1916/2013, de 9 de mayo de 2013, ponente Rafael Gimeno-Bayon Cobos

— Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, ROJ 4085/2013, de 10 de julio de 2013, ponente Francisco Javier Arroyo Fiestas

— Sentencia del Tribunal Supremo, sala de lo Civil, ROJ 4086/2013, de 23 de julio de 2013

— Sentencia del Tribunal Supremo, sala de lo Civil, ROJ 5301/2013, de 10 de octubre de 2013, ponente Xavier O´Callaghan Muñoz

— Sentencia del Tribunal Supremo, sala de lo Civil, ROJ 5479/2013, de 29 de octubre de 2013, ponente José Ramón Ferrandiz Gabriel

— Sentencia del Tribunal Supremo, sala de lo Civil, ROJ 6699/2013, de 18 de noviembre de 2013, ponente Francisco Javier Orduña Moreno

— Sentencia del Tribunal Supremo, sala de lo Civil, ROJ 853/2014, de 10 de marzo de 2014, ponente Francisco Javier Orduña Moreno

— Sentencia del Tribunal Supremo, sala de lo Civil, ROJ 1484/2014, de 11 de marzo de 2014, ponente Francisco Javier Orduña Moreno

— Sentencia del Tribunal Supremo, sala de lo Civil, ROJ 2404/2014, de 23 de mayo de 2014, ponente Francisco Javier Orduña Moreno

— Sentencia del Tribunal Supremo, sala de lo Civil, ROJ 2659/2014, de 7 de julio de 2014, ponente Francisco Marín Castán

— Sentencia del Tribunal Supremo, sala de lo Civil, ROJ 2660/2014, de 7 de julio de 2014, ponente Francisco Marín Castán

— Sentencia del Tribunal Supremo, sala de lo Civil, ROJ 2666/2014, de 8 de julio de 2014, ponente José Antonio Seijas Quintana

Sentencia de la Audiencia Nacional

(CENDOJ: www.poderjudicial.es/)

— Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso, ROJ 3886/2011, de 1 de septiembre de 2011, por la que se resuelve el recurso interpuesto por el Ayuntamiento de Málaga, frente a dos resoluciones dictadas por la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones

Sentencias de las Audiencias Provinciales

(CENDOJ: www.poderjudicial.es/)

— Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 7ª, ROJ SAP A 4564/2000, de 17 de octubre de 2000, ponente Vicente Magro Servet

— Sentencia de la Audiencia Provincial de Teruel, Sección 1ª, ROJ SAP TE 236/2002, de 31 de octubre de 2002, ponente Fermín Francisco Hernández Gironella

— Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada, Sección 3ª, ROJ SAP GR 430/2002, de 16 de febrero de 2002, ponente Carlos José de Valdivia Pizcueta

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

USC
UNIVERSIDADE
DE SANTIAGO
DE COMPOSTELA

BIBLIOGRAFIA

ABELLÁN TOLOSA, Luis, "El sistema arbitral de consumo", REYES LÓPEZ (coordinadora), *Derecho de consumo*, editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999.

— "Arbitraje de consumo: balance y retos del siglo XXI", BARONA VILAR (coordinadora), *Arbitraje y Justicia en el Siglo XXI*, editorial Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2007.

ACEDO PENCO, Ángel, *Nociones de derecho de consumo, aproximación a la protección jurídica de los consumidores en Extremadura*, editado por la Universidad de Extremadura (Servicio de Publicaciones), Cáceres, 2003.

ACOSTA ESTÉVEZ, José Benito, *Tutela procesal de los consumidores*, editorial José María Bosch Editor, S.A., Barcelona, 1995.

ACOSTA MERIDA, María del Pino, "Protección del consumidor en su fase precontractual", YZQUIERDO TOLSADA (director), *Derecho del consumo* (manual básico), editorial Cálamo producciones editoriales, Mataró (Barcelona), 2005.

AGÜERO ORTIZ, Alicia, "Abusividad por falta de reciprocidad: eterna confusión entre arras penitenciales y cláusulas penales, la válida pérdida de las cantidades adelantadas en compraventa de inmuebles", *Revista Cesco de Derecho de Consumo*, www.uclm.es/centro/cesco, 2014.

ALBADALEJO GARCÍA, Manuel, *Derecho Civil II, Derecho de obligaciones*, 14ª edición, editorial Edisofer, Madrid, 2011.

ALBIEZ DOHRMANN, Klaus Jochen, *Derecho privado europeo y modernización del Derecho contractual en España*, (director) editorial Atelier, Barcelona, 2011.

— "Las condiciones generales de la contratación: una lectura de los diferentes modelos de control", SÁNCHEZ LORENZO, Sixto (editor), *Derecho contractual comparado. Una perspectiva europea y transnacional*, 2ª edición, editorial Thomson— Reuters (Aranzadi), Cizur Menor (Navarra), 2013.

ALFARO AGUILA–REAL, Jesús, *Las condiciones generales de la contratación: estudios de las disposiciones generales*, 1ª edición, editorial Civitas, Madrid, 1991.

— "Cláusulas abusivas, cláusulas predispuestas y condiciones generales", *Anuario jurídico de La Rioja*, nº 4, 1998.

— "El derecho de las condiciones generales y las cláusulas predispuestas", *Revista jurídica de Catalunya*, vol. 99, nº1, 2000.

— "Función económica y naturaleza jurídica de las condiciones generales de la contratación", MENÉNDEZ MENÉNDEZ y DÍEZ–PICAZO Y PONCE DE LEON (directores), *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, editorial Civitas, Madrid, 2002.

ALFONSO VELASQUEZ, Olga Lucía, *El contrato de servicio telefónico*, editorial Reus, Madrid, 2010.

ALONSO DE ANTONIO, Ángel Luis, *Derecho Constitucional Español*, 2ª edición, editorial Universitas, S. A., Madrid, 1998.

ARNAU RAVENTÓS, Lidia, "La facultad de suspender el propio cumplimiento: una propuesta de construcción desde el derecho español y el CESL", *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXVI, fascículo III, 2013.

ARROYO APARICIO, Alicia, "Los consumidores ante los contratos a distancia. Estudio del ordenamiento español a la luz de la jurisprudencia del TJUE: Asuntos EasyCar y Handelsgeselleschaft Heinrich Heine GmbH", *Revista de derecho de la UNED*, núm. 6, 2010.

ARROYO I AMAYUELAS, Esther, "Contratos celebrados a distancia (art. 92 a 106)", CÁMARA LAPUENTE (director), *Comentarios a las Normas de Protección de los Consumidores: texto refundido (RDL 1/2007) y otras leyes y reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea*, editorial Colex, Madrid, 2011.

ARROYO MARTÍNEZ, Ignacio, "Disposiciones generales. Artículo 1º, ámbito objetivo", ARROYO MARTÍNEZ y MIQUEL RODRÍGUEZ (coord.), *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, editorial Tecnos, Madrid, 1999.

ASTOLA MADARIAGA, Jasone, *Poder regional de la Unión Europea*, editorial Instituto Vasco de la Administración Pública, Vitoria, 1994.

ASÚA GONZÁLEZ, Clara Isabel, *La culpa in contrahendo (tratamiento del Derecho alemán y presencia en otros ordenamientos)*, editorial Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, Bilbao, 1989.

— "Responsabilidad en la formación del contrato (Responsabilidad precontractual)", PARRA LUCÁN (directora), *Negociación y perfección de los contratos*, editorial Thomson— Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014.

AVELLO LÓPEZ, Lorenzo, "Las obligaciones de servicio público", VILLAR URÍBARRI (director), *El régimen jurídico de las Telecomunicaciones, Televisión e Internet*, editorial Aranzadi, Elcano (Navarra), 2002.

AZPARREN LUCAS, Agustín, *Hacia un código del consumidor,* (director) editado por el Consejo General del Poder Judicial (manuales de formación continuada), Madrid, 2006.

— "Introducción al Libro III: Responsabilidad civil por bienes o servicios defectuosos", CÁMARA LAPUENTE (director), *Comentarios a las Normas de Protección de los Consumidores: texto refundido (RDL*

1/2007) y otras leyes y reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea, editorial Colex, Madrid, 2011.

BADOSA COLL, Ferrán, La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil, editado por Real Colegio de España, Bolonia, 1987.

BALLUGERA GÓMEZ, Carlos, *El contrato no— contrato: enigma desvelado de las condiciones generales de la contratación*, editado por Fundación Registral, Madrid, 2006.

BARONA VILAR, Silvia, *Solución extrajurisdiccional de conflictos: "alternative dispute resolution" (ADR) y derecho procesal*, editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999.

— *Tutela de los consumidores y usuarios en la Ley de enjuiciamiento civil*, 2º edición, editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003.

— "Arbitraje en España", BARONA VILAR (coordinadora), *Arbitraje y Justicia en el Siglo XXI*, editorial Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2007.

— *Arbitraje y Justicia en el Siglo XXI*, (coordinadora) editorial Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2007.

— "El laudo arbitral: motivación, plazos y causas de anulación. El laudo conciliatorio", GONZÁLEZ PILLADO (coordinadora), *Resolución de conflictos en materia de consumo: proceso y arbitraje*, editorial Tecnos, Madrid, 2010.

— "Incorporación de la mediación civil y mercantil en el ordenamiento jurídico español", BLASCO GASCÓ y MONTES PENADÉS (coordinadores), *Estudios jurídicos en homenaje a Vicente L. Montes Penadés, Volumen 1*, editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2011.

BARRAL VIÑALS, Inmaculada, "«Contractes de Consum» I desenvolupament de la competència en Dret Civil a Catalunya: podem utilitzar la Jurisprudència Constitucional?", *La codificación del Derecho Civil de Cataluña*, FLORENSA I TOMÀS (director) y FONTANELLAS MORELL .

BARRÓN ARNICHES, Paloma de, "Cuestiones sobre el contrato de servicios diseñado en el Marco Común de Referencia", *Indret Revista para el análisis del derecho*, julio 2008.

— "El contrato de servicios y la propuesta de modernización del Código Civil español", *Boletín del Ministerio de Justicia*, núm. 2134, septiembre 2011.

— *El contrato de servicios en el nuevo Derecho contractual europeo*, 1ª edición, editorial Reus, Madrid, 2011 (2).

BASOZABAL ARRUE, Xavier, "En torno a las obligaciones precontractuales de información", *Anuario de derecho civil*, Tomo LXII, fascículo II, 2009.

BAYONA ROCAMORA, Antoni, *El derecho a legislar en el estado autonómico*, editorial Escuela de la Administración pública de Cataluña (Tecnos), 1992.

BELLO JANEIRO, Domingo, "La resolución de conflictos a través del arbitraje", BLASCO GASCÓ y MONTES PENADÉS (coordinadores), *Estudios jurídicos en homenaje a Vicente L. Montes Penadés, Volumen 1*, editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2011.

BELUCHE RINCÓN, Iris, *El derecho de desistimiento del consumidor*, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ–CANO, Alberto, "El concepto de consumidor", AZPARREN LUCAS (director), *Hacia un código del consumidor,* editado por el Consejo General del Poder Judicial (manuales de formación continuada), Madrid, 2006.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ–CANO, Rodrigo, *Comentarios a la Ley de condiciones generales de la contratación*, (coordinador) editorial Aranzadi, Elcano (Navarra), 2000.

— "Disposición adicional Primera. Tres: artículo 10 bis LGDCU", *Comentarios a la Ley de condiciones generales de la contratación*, editorial Aranzadi, Elcano (Navarra), 2000.

— "La transposición de la Directiva comunitaria al Derecho español", NIETO CAROL (director), *Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas*, editorial Lex Nova, Valladolid, 2000.

— *Comentarios al Código Civil*, (coordinador) editorial Aranzadi, Elcano (Navarra), 2001.

— *Tratado de Contratos, Tomo II,* (director) editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009 (1).

— *Comentario al Texto refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios*, (coordinador), 1ª edición, editorial Thomson— Reuters Aranzadi, Navarra, 2009 (2).

BERMÚDEZ BALLESTEROS, Mª Sagrario, "El derecho de desistimiento en la Directiva 2011/83/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre derechos de los consumidores", *Revista Cesco de Derecho de Consumo*, www.uclm.es/centro/cesco, 2012.

— "Inminente reforma del régimen del derecho de desistimiento", *Revista Cesco de Derecho de Consumo*, www.uclm.es/centro/cesco, núm. 7, 2013.

— "Solicitud de portabilidad: ¿Es posible repercutir gastos en el consumidor en caso de desistimiento?, *Revista Cesco de Derecho de Consumo,* www.uclm.es/centro/cesco, 2014.

BLANCO CARRASCO, Marta, *Mediación y consumidores*, editado por el Instituto Nacional de Consumo, Madrid, 2005.

— *Mediación y sistemas alternativos de resolución de conflictos. Una visión jurídica*, editorial Reus, Madrid, 2009.

— "La alternativa de la mediación en conflictos de consumo: presente y futuro", *Anuario Jurídico y Económico Escuraliense*, núm. XVII, 2009 (2).

BLASCO GASCÓ, Francisco de P. y MONTES PENADÉS, Vicente L., *Estudios jurídicos en homenaje a Vicente L. Montes Penadés, Volumen 1*, (coordinadores) editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2011.

BONET NAVARRO, Ángel, "Fuentes y caracteres del arbitraje de consumo", QUINTANA CARLO y BONET NAVARRO (directores), *El Sistema Arbitral de Consumo. Comentarios al Real Decreto 636/1993, de 3 de mayo*, editorial Aranzadi, Pamplona, 1997.

BOSCH CAPDEVILA, Esteve , *Nuevas perspectivas del derecho contractual*, (director), editorial Bosch, Barcelona, 2012.

BOTANA GARCÍA, Gema, "Disposición adicional 1ª Dos", ARROYO MARTÍNEZ y MIQUEL RODRÍGUEZ (coordinador), *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, editorial Tecnos, Madrid, 1999.

— "Comentarios a los artículos 59, 62 y 63", REBOLLO PUIG e IZQUIERDO CARRASCO (directores), *La defensa de los consumidores y usuarios*, editorial Iustel, Madrid, 2011.

BROWN, Henry J. & MARRIOTT, Arthur L., *ADR, principles and practice*, Sweet & Maxwell, London, 1999.

BUSTO LAGO, José Manuel, *Reclamaciones de consumo: derecho de consumo desde la perspectiva del consumidor,* 2ª edición, editorial Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2008.

— "Capítulo V. Protección de los legítimos intereses económicos de los consumidores y usuarios", BERCOVITZ RODRÍGUEZ— CANO, R. (coordinador) (2), *Comentario al Texto refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios*, 1ª edición, editorial Thomson— Reuters Aranzadi, Navarra, 2009.

— "Acciones colectivas, declaración del carácter abusivo de una cláusula condiciones generales de la contratación y eficacia *ultra partes*: apreciación *ex officium* de su nulidad (a propósito de la STJUE de 26 de abril de 2012 (Asunto C— 472/10)", *Revista Cesco de Derecho de Consumo*, nº 2, 2012.

CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio, *Las obligaciones de actividad y de resultado*, editorial José María Bosch editor, Barcelona, 1993.

— "El ámbito de la responsabilidad precontractual o culpa un contrahendo", *Revista crítica de derecho inmobiliario*, Año nº 71, núm. 628, 1995.

— "El concepto de consumidor en el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios", BLASCO GASCÓ y

MONTES PENADÉS (coordinadores), *Estudios jurídicos en homenaje a Vicente L. Montes Penadés, Volumen 1*, editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2011.

— "El contrato de obra", YZQUIERDO TOLSADA (director), *Contratos civiles, mercantiles, públicos, laborales e internacionales con sus implicaciones tributarias, Tomo IV, Contratos de prestación de servicios y realización de obras (I)*, editorial Thomson— Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014.

CABAÑAS GARCÍA, Juan Carlos, *Los procesos civiles sobre consumidores y usuarios y de control de las cláusulas generales de los contratos*, editorial Tecnos, Madrid, 2005.

CABELLO DE LOS COBOS Y MANCHA, Luis María, *La Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, editado por Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1998.

CÁMARA LAPUENTE, Sergio, *Derecho privado europeo*, (coordinador) editorial Colex, Madrid, 2003.

— *Comentarios a las Normas de Protección de los Consumidores: texto refundido (RDL 1/2007) y otras leyes y reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea*, (director) editorial Colex, Madrid, 2011.

— "Principios generales", CÁMARA LAPUENTE (director), *Comentarios a las Normas de Protección de los Consumidores: texto refundido (RDL 1/2007) y otras leyes y reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea*, editorial Colex, Madrid, 2011.

— "Concepto de empresario", CÁMARA LAPUENTE (director), *Comentarios a las Normas de Protección de los Consumidores: texto refundido (RDL 1/2007) y otras leyes y reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea*, editorial Colex, Madrid, 2011.

— "Contrato", CÁMARA LAPUENTE (director), *Comentarios a las Normas de Protección de los Consumidores: texto refundido (RDL 1/2007) y otras leyes y reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea*, editorial Colex, Madrid, 2011.

— "Información necesaria en la oferta comercial de bienes y servicios", CÁMARA LAPUENTE (director), *Comentarios a las Normas de Protección de los Consumidores: texto refundido (RDL 1/2007) y otras leyes y reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea*, editorial Colex, Madrid, 2011.

— "¿De verdad puede controlarse el precio de los contratos mediante la normativa de cláusulas abusivas? De la STJUE de 3 de junio de 2010 (Caja Madrid, C— 484/08) y su impacto aparente y real en la jurisprudencia española a la STS (pleno) de 9 de mayo 2013 sobre las cláusulas suelo", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 5, Nº 2, octubre 2013 (1).

— "El control de cláusulas abusivas sobre el precio: de la STJUE de 3 de junio de 2010 (Caja Madrid) a la STS de 9 de mayo de 2013 sobre cláusulas suelo", *Revista Cesco de Derecho de Consumo*, nº 6, 2013 (2).

— "¿De verdad puede controlarse el precio de los contratos mediante la normativa de cláusulas abusivas? De la STJUE de 3 de junio de 2010 (Caja Madrid, C— 484/08) y su impacto aparente y real en la jurisprudencia española a la STS (pleno) de 9 de mayo 2013 sobre las cláusulas suelo", *Estudios jurídicos en homenaje al profesor José María Miquel, volumen I, Tomo I,* DÍEZ–PICAZO GIMÉNEZ, L. Mª. (coordinador), editorial Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014.

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", ABRIL CAMPOY y AMAT LLARÍ (coordinadores), *Homenaje al profesor Lluis Puig I Ferriol,* vol. 1, editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006.

CANDELARIO MACÍAS, María Isabel, "La defensa de los consumidores y usuarios: Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación", en *Las condiciones generales de la contratación y la Ley 7/1998, de 13 de abril*, ESPIAU ESPIAU (editor), Marcial Pons, Madrid, 1999.

CANOSA USERA, Raul, "Marco constitucional de la protección de los consumidores y usuarios", RODRÍGUEZ—ARANA MUÑOZ y CANOSA USERA (editores), *Derecho de los consumidores y usuarios: una perspectiva integral*, editorial Netbiblo, A Coruña, 2008.

CARBALLO FIDALGO, Marta, "El control de oficio de la nulidad de las cláusulas de sumisión expresa en la contratación con consumidores", *Actualidad civil*, nº 22, 2006.

— "Las cláusulas contractuales no negociadas ante la Propuesta de Directiva sobre derechos de los consumidores", *Indret— Revista para el análisis del derecho,* 1/2010, enero 2010.

— *La protección del consumidor frente a las cláusulas no negociadas individualmente*, editorial Bosch, 2013.

CARLÓN RUIZ, Matilde, *El servicio universal de telecomunicaciones,* 1ª edición, Editorial Aranzadi (Civitas), Cizur Menor (Navarra), 2007.

CARRASCO PERERA, Ángel, *El derecho de consumo en España: presente y futuro*, (director), editado por el Instituto Nacional de Consumo, Madrid, 2002.

— *Estudios sobre telecomunicaciones y derecho de consumo,* (coordinador), Editorial Aranzadi (Thomson), Cizur Menor (Navarra), 2005.

— "Las cláusulas abusivas se elimina, sin más: no cabe reducirlas, moderarlas ni modificarlas", *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, nº 3, 2012.

CARRASCO PERERA, Ángel y CORDERO LOBATO, Encarna, "Alcance de la reposición e indemnización al consumidor en el seno del procedimiento sancionador de consumo (artículo 48 TRLGDCU), *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, nº 6, 2013.

CARRETERO GARCÍA, Ana, "¿Puede encargar en un establecimiento la reparación de un teléfono móvil un menor de 17 años sin el consentimiento de sus padres?, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, nº 10, 2014.

CASTRO y BRAVO, Federico de, *Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes*, editorial Civitas, Madrid, 1975.

CHINCHILLA MARÍN, Mª del Carmen y CARLÓN RUIZ, Matilde, "Del servicio público al servicio universal de las telecomunicaciones", QUADRA— SALCEDO y FERNÁNDEZ DEL CASTILLO (director), *Aspectos jurídicos de las telecomunicaciones*, editado por el Consejo General de Poder Judicial, Madrid, 2003.

CLEMENTE MEORO, Mario Enrique, *La resolución de los contratos por incumplimiento*, editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 1992.

— *La facultad de resolver los contratos por incumplimiento*, editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 1998.

— "La resolución por incumplimiento en la Propuesta para la modificación del derecho de obligaciones y contratos (2009) de la Sección de Derecho Civil de la Comisión General de Codificación Española", *Boletín del Ministerio de Justicia*, año LXV, núm. 2131, 2011.

CORDERO LOBATO, Encarna, "¿Cómo transponerla Directiva de consumidores al derecho español?", *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, nº1, 2012.

CORDÓN MORENO, Faustino, "La posibilidad de que el juez otorgue de oficio una tutela jurisdiccional no pedida por el consumidor (STJUE de 3 de octubre de 2013)", *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, nº8, 2013.

COTINO HUESO, Lorenzo, *Consumidores y usuarios ante las nuevas tecnologías*, (coordinador), editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008.

CREMADES GARCÍA, Javier y RODRÍGUEZ— ARANA MÚÑOZ, Jaime, *Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones*, editorial La Ley, Madrid, 2004.

CRESPO MORA, María Carmen, "Las obligaciones de medios y de resultado de los prestadores de servicios en el DCFR", *Indret Revista para el análisis del derecho*, abril 2013.

CRESPO VITORIQUE, Isabela, "Comentarios a los artículos 5 al 9 de la Ley General de Telecomunicaciones", CREMADES y RODRÍGUEZ— ARANA, *Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones*, editorial La Ley, Madrid, 2004.

CUENCA ANTOLÍN, Delia, "Competencias de la Administración del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de consumo", REYES LÓPEZ (coordinadora), *Nociones básicas de derecho de consumo*, editorial Práctica de Derecho, S. L., Valencia, 1996.

CUBILLO LÓPEZ, Ignacio José, "Capítulo II. Sistema arbitral de consumo", REBOLLO PUIG e IZQUIERDO CARRASCO (directores), *La defensa de los consumidores y usuarios*, editorial Iustel, Madrid, 2011.

DE CASTRO Y BRAVO, Federico, "Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad", *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 35, nº 4, 1982.

DE LA MAZA GAZMURI, Íñigo, *Los límites del deber precontractual de información*, editorial Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2010.

— Casos realmente difíciles: los deberes precontractuales de información y las consideraciones de la eficiencia, *Anuario de derecho civil*, Tomo LXIII, fascículo IV, (2) 2010.

DE LEON ARCE, Alicia, *Derechos de los consumidores y usuarios, Tomo I*, (director), editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007.

DE MIGUEL ASENSIO, Pedro Alberto, *Derecho privado de Internet*, 4ª edición, editorial Civitas, Madrid, 2011.

DE PABLO CONTRERAS, Pedro Valentín, "Las normas jurídicas de derecho privado. Las fuentes del derecho", *Curso de derecho civil, Volumen I*, (coordinador), 4ª edición, Editorial Colex, 2011.

DÍAZ ALABART, Silvia, "Los plazos en la Ley de Garantías en la venta de bienes de consumo", *Garantía en la venta de bienes de consumo (Ley 23/2003, de 10 de julio)*, editorial Edisofer, Madrid, 2006.

DÍEZ–PICAZO, Luis María, "Directivas Comunitarias y Comunidades Autónomas: el derecho patrimonial", *Revista de Derecho Político*, núm. 44, 1998.

DÍEZ–PICAZO y PONCE DE LEÓN, Luis, *Los incumplimientos resolutorios*, 1ª edición, editorial Thomson—Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2005.

— *Fundamentos del derecho civil patrimonial I: Introducción a la Teoría del Contrato*, 6ª edición, editorial Thomson–Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2007.

— *Fundamentos del derecho civil patrimonial II: Las relaciones obligatorias*, 6ª edición, editorial Thomson–Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2008.

— *Fundamentos del derecho civil patrimonial IV: Las particulares relaciones obligatorias*, 1ª edición, editorial Thomson–Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2011.

— "A vueltas con la autonomía privada en materia jurídica", *Autonomía de la voluntad en el Derecho Privado. Estudios en conmemoración del 150*

aniversario de la Ley del Notariado, Tomo III, Derecho patrimonial 1, editorial Wolters Kluwer, Madrid, 2012.

— "Discurso de apertura del curso académico 2013— 2014: Perfiles", *Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, Madrid, noviembre 2013.

DÍEZ–PICAZO y PONCE DE LEÓN, Luis y GULLÓN BALLESTEROS, Antonio, *Instituciones del derecho civil, volumen 1º*, 2ª edición, editorial Tecnos, Madrid, 1998.

— *Sistema de derecho civil, volumen II*, 7ª edición, editorial Tecnos, Madrid, 1995.

DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés, *Comentarios al Código Civil*, (director), editorial Lex Nova, Valladolid, 2010.

— "El derecho de desistimiento", CÁMARA LAPUENTE (director), *Comentarios a las Normas de Protección de los Consumidores: texto refundido (RDL 1/2007) y otras leyes y reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea*, editorial Colex, Madrid, 2011.

— "La STJUE de 14 de marzo de 2013: dificultades de interpretación y aplicación por los Tribunales", *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, nº5, 2013.

DURANY PICH, Salvador, "Comentarios a los artículos 5 y 7", MENÉNDEZ MENÉNDEZ y DÍEZ–PICAZO Y PONCE DE LEON (directores), *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, editorial Civitas, Madrid, 2002.

ELGUERO MERINO, José María, *El contrato de seguro*, editorial Mapfre, Madrid, 2004.

ESCARTÍN IPIÉNS, José Antonio, "Contrato de servicios", *Autonomía de la voluntad en el Derecho Privado. Estudios en conmemoración del 150 aniversario de la Ley del Notariado*, Tomo III, Derecho patrimonial 1, editorial Wolters Kluwer, Madrid, 2012.

ESPIAU ESPIAU, Santiago y VAQUER ALOY, Antoni, *Bases de un derecho contractual europeo*, (editores) editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003.

ESPINO HERNÁNDEZ, Luis Diego, "Razón de ser y evolución de la protección procesal de los consumidores y usuarios", GONZÁLEZ PILLADO (coordinadora), *Resolución de conflictos en materia de consumo: proceso y arbitraje*, editorial Tecnos, Madrid, 2010.

ESTEBAN DE LA ROSA, Fernando y OROZCO PARDO, Guillermo, *Mediación y arbitraje de consumo, una perspectiva española europea y comparada*, (directores) editorial Tirant Lo Blanc, Valencia, 2010.

FELIÚ REY, Jorge, "Cláusula penal: naturaleza de la pena, moderación judicial y su posible configuración como título ejecutivo", *Anuario de derecho civil*, tomo LXVII, 2014.

FELIÚ REY, Manuel Ignacio, "Artículo 5: Requisitos de incorporación", ARROYO MARTÍNEZ y MIQUEL RODRÍGUEZ (coord.), *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, editorial Tecnos, Madrid, 1999.

FERNÁNDEZ CARBALLO–CALERO, Pablo y TORRES PÉREZ, Francisco, "Capítulo I. Ámbito de aplicación", REBOLLO PUIG e IZQUIERDO CARRASCO (directores), *La defensa de los consumidores y usuarios*, editorial Iustel, Madrid, 2011.

FERNÁNDEZ–CARNICERO GONZÁLEZ, Claro José, "Los principios del Estado autonómico", RODRÍGUEZ–ARANA y GARCÍA MEXÍA (directores), *Curso de derecho público de las Comunidades Autónomas*, editorial Montecorvo, S. A., Madrid, 2003.

FERNÁNDEZ DE SENESPLEDA, Ignasi , *Cláusulas abusivas en la contratación bancaria. Vencimiento anticipado, liquidación unilateral de la deuda, intereses moratorios y cláusula suelo*, editorial Bosch, Hospitalet de Llobregat (Barcelona), 2014.

FERNÁNDEZ FUSTES, Mª Dolores, "La nueva regulación del arbitraje de consumo: el Real decreto 231/2008. objeto, ámbito de aplicación y organización del sistema arbitral de consumo", GONZÁLEZ PILLADO (coordinadora), *Resolución de conflictos en materia de consumo: proceso y arbitraje*, editorial Tecnos, Madrid, 2010.

FERNÁNDEZ GIMENO, José Pascual, "El acceso de los consumidores a la justicia", REYES LÓPEZ (coordinadora), *Nociones básicas de derecho de consumo*, editorial Práctica de Derecho, S. L., Valencia, 1996.

— "Capítulo II: El ámbito subjetivo de la Ley General para la Defensa de los consumidores y usuarios", REYES LÓPEZ (coordinadora), *Derecho de consumo*, editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999.

— "El consentimiento informado", REYES LÓPEZ (coordinadora), *Derecho de consumo*, editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999.

FERNÁNDEZ GONZÁLEZ— REGUERAL, María Angeles, *La resolución por incumplimiento en las obligaciones bilaterales*, editorial La Ley— Actualidad, Madrid, 1998.

FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, *El sistema constitucional español*, editorial Dykinson, Madrid, 1992.

— "El marco constitucional de la acción exterior", RODRÍGUEZ–ARANA y GARCÍA MEXÍA (directores), *Curso de derecho público de las Comunidades Autónomas*, editorial Montecorvo, S. A., Madrid, 2003.

FIDALGO LÓPEZ, Ana, "El contrato de sometimiento al arbitraje de consumo. Inicio de procedimiento por el empresario", *Noticias de la Unión Europea*, núm. 263, diciembre 2006, pág. 15–23.

— "El arbitraje de consumo. Análisis del Real Decreto 231/2008", *Actualidad Civil*, núm. 13, primera quincena julio de 2009.

FLORENSA I TOMÁS, Carles Enric, *El arbitraje de consumo: una nueva dimensión del arbitraje de derecho privado*, (editor) editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004.

GALLEGO DOMÍNGUEZ, Ignacio, "Capítulo II. Derecho de desistimiento", REBOLLO PUIG e IZQUIERDO CARRASCO (directores), *La defensa de los consumidores y usuarios*, editorial Iustel, Madrid, 2011.

GARBERÍ LLOBREGAT, José, *El procedimiento administrativo sancionador. Volumen I*, 4ª edición, editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2001.

GARCÍA CANTERO, Gabriel, "Derechos básicos de los consumidores y usuarios", CÁMARA LAPUENTE (director), *Comentarios a las Normas de Protección de los Consumidores: texto refundido (RDL 1/2007) y otras leyes y reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea*, editorial Colex, Madrid, 2011.

— "Reflexiones sobre la mejor regulación jurídico–privada de la discapacidad", *Revista jurídica del Notariado*, abril–junio 2012.

GARCÍA FERNÁNDEZ, Amaya, "Delimitación de las obligaciones de servicio público. Categorías de obligaciones de servicio público", CREMADES y RODRÍGUEZ–ARANA, *Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones*, editorial La Ley, Madrid, 2004.

GARCÍA MONTORO, Lourdes, "¿Se podría considerar como abusiva la cláusula que establece una penalización de 190 euros por baja anticipada del contrato para el servicio Movistar Fusión?" www.uclm.es/centro/cesco, 2012.

GARCÍA RUBIO, Mª Paz, "Responsabilidad por ruptura injustificada de las negociaciones", *La Ley revista jurídica*, nº 4, 1989.

— *La responsabilidad precontractual en el derecho español*, editorial Tecnos, Madrid, 1991.

— "El arbitraje como mecanismo de solución de controversias en materia de consumo", *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, 1993.

— "La forma en los contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles. Una aproximación al formalismo como característica del derecho de consumo", *Actualidad Civil*, nº 2, 1994.

— *La responsabilidad contractual de las agencias de viaje*, editorial Montecorvo, Madrid, 1999.

— "Las condiciones generales en la contratación electrónica", *La Ley: revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, nº 1, 2001.

— "La absoluta invalidez del RD 1906/1999, de 17 de diciembre, por el que se regula la contratación electrónica con condiciones generales", TATO PLAZA y FERNÁNDEZ–ALBOR BALTAR (coordinadores), *Comercio electrónico en Internet*, editorial Marcial Pons, Madrid, 2001.

— *Introducción al derecho civil*, editorial Cálamo, Barcelona, 2002.

— "La Directiva 1999/44: caos y orden en la construcción de un Derecho contractual europeo", LETE ACHIRICA (editor), *Garantías en la venta de bienes de consumo*, editado por la Universidad de Santiago de Compostela, 2004.

— "La responsabilidad precontractual en la propuesta de modificación del derecho de obligaciones y contratos", *Anuario de derecho civil*, Tomo LXIII, fascículo IV, 2010.

— "Comentario al artículo 7 del Código Civil", DOMÍNGUEZ LUELMO (director), *Comentarios al Código Civil*, editorial Lex Nova, Valladolid, (2) 2010.

— "Comentario al artículo 1258 del Código Civil", DOMÍNGUEZ LUELMO (director), *Comentarios al Código Civil*, editorial Lex Nova, Valladolid, (3) 2010.

— "Perspectiva y prospectiva en tres casos de responsabilidad surgida en la etapa de negociación de un contrato", ESTEVE BOSCH CAPDEVILA (director), *Nuevas perspectivas del derecho contractual*, editorial Bosch, Barcelona, 2012.

— "La persona en el derecho civil. Cuestiones permanentes y algunas otras nuevas", *Teoría y derecho: revista de pensamiento jurídico*, núm. 14, 2013.

— "Algunas consideraciones sobre las normas de obligaciones y contratos de la Propuesta de Código Mercantil", *Revista de Derecho Civil*, Vól. I, núm. 1, enero–marzo 2014.

GARCÍA RUBIO, Mª Paz y OTERO CRESPO, Marta, "La responsabilidad precontractual en el Derecho contractual europeo", *Indret Revista para el análisis del derecho*, abril 2010.

GARCÍA VICENTE, José Ramón, "La contratación con consumidores", BERCOVITZ RODRÍGUEZ–CANO, R. (director) (1), *Tratado de Contratos, Tomo II*, editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009.

— "Capítulo I. Disposiciones Generales" y "Derecho de desistimiento", BERCOVITZ RODRÍGUEZ–CANO, R. (coordinador) (2), *Comentario al Texto refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios*, 1ª edición, editorial Thomson–Reuters Aranzadi, Navarra, 2009.

GARCÍA VIDAL, Javier, "Los árbitros. El convenio arbitral", GONZÁLEZ PILLADO (coordinadora), *Resolución de conflictos en materia de consumo: proceso y arbitraje*, editorial Tecnos, Madrid, 2010.

GASCÓN INCHAUSTI, Fernando, *Tutela judicial de los consumidores y transacciones colectivas*, editorial Thomson Reuters Civitas (Aranzadi), Cizur Menor (Navarra), 2010.

— "Procedimientos judiciales y extrajudiciales de protección de los consumidores y usuarios", REBOLLO PUIG e IZQUIERDO CARRASCO (directores), *La defensa de los consumidores y usuarios*, editorial Iustel, Madrid, 2011.

GASPAR LERA, Silvia, "Formación de la voluntad contractual, vicios del consentimiento y remedios", PARRA LUCÁN (directora), *Negociación y perfección de los contratos*, editorial Thomson–Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014.

GÓMEZ CALLE, Esther, *Los deberes precontractuales de información*, editorial La Ley, Madrid, 1994.

GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA— HERRERO, Marta, "El control de oficio de las cláusulas abusivas. El juez nacional como garante de la protección del consumidor", *Revista de derecho de la Unión Europea*, núm. 26, enero— junio 2014.

GÓMEZ JENE, Miguel, "Forma y contenido del convenio arbitral", ARIAS LOZANO (coordinador), *Comentarios a la Ley de Arbitraje de 2003*, editorial Thomson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2005.

GÓMEZ–REINO y CARNOTA, Enrique, *Telecomunicaciones, infraestructura y libre competencia*, (coordinador), editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004.

GONZÁLEZ–CAPITEL MARTÍNEZ, Celia María, *La mediación por siete*, editorial Atelir, Barcelona, 2001.

GONZÁLEZ ESPEJO, Pablo y LÓPEZ LAPUENTE, Leticia, "El Proyecto de Ley General de Telecomunicaciones", *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, núm. 36, 2014.

GONZÁLEZ–MONTES SÁNCHEZ, José Luis, *Estudios sobre el arbitraje: los temas claves*, (coordinador), 1ª edición, editorial La Ley, Madrid, 2008.

— "El proceso arbitral de consumo (RD 231/2008, de 15 de febrero)", ESTEBAN DE LA ROSA y OROZCO PARDO (dirección), Mediación y arbitraje de consumo, una perspectiva española europea y comparada, editorial Tirant Lo Blanc, Valencia, 2010.

GONZÁLEZ PACANOWSKA, Isabel, "Artículo 5. Requisitos de incorporación" BERCOVITZ RODRÍGUEZ–CANO, R. (coordinador), *Comentarios a la Ley de condiciones generales de la contratación*, editorial Aranzadi, Elcano (Navarra), 2000.

GONZÁLEZ PILLADO, Esther, *Arbitraje y mediación en materia de consumo*, (coordinadora), editorial Tecnos, Madrid, 2012.

GRAMUNT FOMBUENA, Mariló, "Contractació amb consumidors", *La codificación del Derecho Civil de Cataluña*, FLORENSA I TOMÀS (director) y FONTANELLAS MORELL (coordinador), editorial Marcial Pons, Madrid, 2011.

GRUPO ACTUALIZA, "Alegaciones a la Propuesta de Código Mercantil hechas por el grupo Actualiza", *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXVII, 2014.

GUAYO CASTIELLA, Íñigo del, "Las relaciones entre el ordenamiento jurídico estatal y los ordenamientos jurídicos de las Comunidades Autónomas", RODRÍGUEZ–ARANA y GARCÍA MEXÍA (directores), *Curso de derecho público de las Comunidades Autónomas*, editorial Montecorvo, S. A., Madrid, 2003.

GUILARTE GUTIÉRREZ, Vicente, *Comentarios prácticos a la Ley de Arbitraje*, (coordinador) ,edición Lex Nova, Valladolid, 2004.

GUILLÉN CARAMÉS, Javier, *El marco jurídico–constitucional de la Ley 11/1998, de 9 de julio, de protección de los consumidores de la Comunidad de Madrid*, editorial La Ley, Madrid, 2000.

— *El estatuto jurídico del consumidor*, editorial Civitas, Madrid, 2002.

GUISASOLA PAREDES, Aitor, *Cláusulas limitativas de derechos y delimitadoras del riesgo en el contrato de seguro*, editorial Edersa, Madrid, 2000.

GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Pablo, "Arbitraje de consumo colectivo", CÁMARA LAPUENTE (director), *Comentarios a las Normas de Protección de los Consumidores: texto refundido (RDL 1/2007) y otras leyes y reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea*, editorial Colex, Madrid, 2011.

GUTIÉRREZ ESPADA, Cesáreo, *La búsqueda por las Comunidades Autónomas de su presencia directa en y ante las Comunidades Europeas*, editorial Gaceta Jurídica de la C. E., 1985.

GUTIÉRREZ SANTIAGO, Pilar, *Daños causados por productos defectuosos (su régimen de Responsabilidad Civil en el Texto Refundido de 2007 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias)*, 1ª edición, editorial Thomson–Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2008.

GUTIÉRREZ SANZ, María Rosa, "La formalización del convenio arbitral", QUINTANA CARLO y BONET NAVARRO (directores), *El Sistema Arbitral de Consumo. Comentarios al Real Decreto 636/1993, de 3 de mayo*, editorial Aranzadi, Pamplona, 1997.

GUZMÁN FLUJA, Vicente, "Consideraciones sobre el procedimiento arbitral de consumo: trámite de audiencia, reconvención, mediación y acumulación de procedimientos", GONZÁLEZ PILLADO (coordinadora), *Resolución de conflictos en materia de consumo: proceso y arbitraje*, editorial Tecnos, Madrid, 2010.

HIDALGO GARCÍA, Santiago, *El contrato y los terceros: seguro, edificación, crédito al consumo, pactos de exclusiva y subcontratación*, 1ª edición, editorial Lex Nova, Valladolid, 2012.

HUALDE MANSO. María Teresa, "Reconvención y modificación de las pretensiones de las partes", CÁMARA LAPUENTE (director), *Comentarios a las Normas de Protección de los Consumidores: texto refundido (RDL 1/2007) y otras leyes y reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea*, editorial Colex, Madrid, 2011.

— "El Arbitraje de Consumo y procedimientos administrativos para la resolución alternativa de conflictos", RICHARD GONZÁLEZ, RIAÑO BRUN y RIFÁ SOLER (coordinadores), *Estudios sobre Arbitraje de Consumo*, editorial Thomson–Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2011.

IBOLEÓN SALMERÓN, Belén, "Naturaleza jurídica y competencia territorial de las juntas arbitrales de consumo en el RD 231/2008, de 15 de febrero", ESTEBAN DE LA ROSA y OROZCO PARDO (dirección), *Mediación y arbitraje de consumo, una perspectiva española europea y comparada*, editorial Tirant Lo Blanc, Valencia, 2010.

IGLESIAS PRADA, Juan Luis, *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez. Volumen 4*, (coordinador), editorial Civitas, Madrid, 1996.

IZQUIERDO CARRASCO, Manuel, "Derecho a la información, formación y educación", REBOLLO PUIG e IZQUIERDO CARRASCO (directores), *La defensa de los consumidores y usuarios*, editorial Iustel, Madrid, 2011.

JIMÉNEZ HORWITZ, Margarita, "La distinción entre los contratos de obras y servicios en el Derecho español (estudio comparado con el Derecho alemán)", *Anuario de Derecho Civil*, Vól. 65, núm. 2, 2012.

JUSTE MENCÍA, Javier, "Comentario al artículo 5.4", MENÉNDEZ MENÉNDEZ y DÍEZ–PICAZO Y PONCE DE LEON (directores), *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, editorial Civitas, Madrid, 2002.

LACRUZ BERDEJO, José Luis, *Elementos de Derecho Civil II: derecho de obligaciones, volumen primero*, 4ª edición (revisada y puesta al día por RIVERO HERNÁNDEZ), editorial Dykinson, Madrid, 2007.

LAFUENTE TORRALBA, Alberto, "Real decreto 231/2008, de 15 de febrero, por el que se regula el sistema arbitral de consumo: Disposiciones generales", CÁMARA LAPUENTE (director), *Comentarios a las Normas de Protección de los Consumidores: texto refundido (RDL 1/2007) y otras leyes y reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea*, editorial Colex, Madrid, 2011.

LARA GONZÁLEZ, Rafael, "Oferta pública de adhesión limitada al Sistema Arbitral de Consumo", CÁMARA LAPUENTE (director), *Comentarios a las Normas de Protección de los Consumidores: texto refundido (RDL 1/2007) y otras leyes y reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea*, editorial Colex, Madrid, 2011.

— "La organización del Sistema Arbitral de Consumo", RICHARD GONZÁLEZ, RIAÑO BRUN y RIFÁ SOLER (coordinadores), *Estudios*

sobre Arbitraje de Consumo, editorial Thomson–Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2011.

LARRAYA RUIZ, Luis Javier, *Las cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados*, editorial Aranzadi, Elcano (Navarra), 2001.

LASARTE ÁLVAREZ, Carlos, *Manual sobre protección de consumidores y usuarios*, 3ª edición, editorial Dykinson, 2007.

LETE ACHIRICA, Javier, "Condiciones generales, cláusulas abusivas y otras nociones que conviene distinguir", *Actualidad Civil*, nº 2, 2000.

— "La transposición de la Directiva 1999/44 en el Derecho español mediante la Ley 10 de julio de 2003 de garantías en la venta de bienes de consumo", LETE ACHIRICA (editor), *Garantías en la venta de bienes de consumo*, editado por la Universidad de Santiago de Compostela, 2004.

LETE DEL RÍO, José Manuel, "El arbitraje de consumo", *Actualidad Civil*, nº 3, 1988.

— *Derecho de Obligaciones, Volumen II*, 1ª edición, editorial Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2006.

LLODRÁ I GRIMALT, Francisca, *El contrato celebrado bajo condiciones generales: un estudio sobre sus controles de incorporación y de contenido*, editorial Tirant Lo Blanc, Valencia, 2002.

LÓPEZ GUERRA, Luis, *Derecho Constitucional, volumen II*, 2ª edición, editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 1994.

LORCA NAVARRETE, Antonio María, *La nueva regulación del arbitraje de consumo: Real decreto 231/2008, de 15 de febrero, por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo*, editado por el Instituto Vasco de Derecho Procesal, San Sebastián, 2008.

MALUQUER DE MOTES I BERNET, Carles J., "Forma y contenido del convenio arbitral", GUILARTE GUTIÉRREZ (coordinador), *Comentarios prácticos a la Ley de Arbitraje*, edición Lex Nova, Valladolid, 2004.

— "El arbitraje de consumo como instrumento de calidad al servicio del consumidor y del empresario", FLORENSA I TOMÁS (editor), *El arbitraje de consumo: una nueva dimensión del arbitraje de derecho privado*, editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004.

MARCOS FRANCISCO, Diana, *El arbitraje de consumo y sus nuevos retos*, editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010.

— *El convenio arbitral de consumo y su control*, 1ª edición, editorial Aranzadi (Civitas–Thomson Reuters), Cizur Menor (Navarra), 2011.

MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús, "Objeto y límites del arbitraje de consumo", *Revista jurídica de Castilla la Mancha*, nº 39, 2005.

— "Presente y futuro del arbitraje de consumo: 43 cuestiones controvertidas", *Revista de derecho privado*, año 90 mes 5, 2006.

— "Consumidores y medios alternativos de resolución de conflictos", *Revista Cesco de Derecho de Consumo*, www.uclm.es/centro/cesco, 2007.

— "El análisis del Real decreto 231/2008, de 15 de febrero, por el que se regula el sistema arbitral de consumo", *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, www.uclm.es/centro/cesco, 2008.

— "Garantía comercial adicional, obligaciones de documentación y servicios postventa", BERCOVITZ RODRÍGUEZ–CANO, R. (coordinador) (2), *Comentario al Texto refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios*, 1ª edición, editorial Thomson— Reuters Aranzadi, Navarra, 2009.

— "Sistema arbitral de consumo", BERCOVITZ RODRÍGUEZ–CANO, R. (coordinador) (2), *Comentario al Texto refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios*, 1ª edición, editorial Thomson— Reuters Aranzadi, Navarra, 2009.

— "La Directiva 2011/83/UE: esquema general, ámbito de aplicación, nivel de armonización y papel de los Estados miembros", *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, nº 1, 2012.

— "El nuevo concepto de consumidor y empresario tras la Ley 3/2014, de reforma del TRLGDCU", *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, nº 9, 2014.

MARTÍ MINGARRO, Luis, "La mediación civil y mercantil en la nueva Ley 5/2012, de 6 de julio", *Revista jurídica de Castilla y León*, núm. 29, enero 2013.

MARTÍN CASALS, Miquel, "El llibre VI del Codi Civil de Catalunya", *La codificación del Derecho Civil de Cataluña*, FLORENSA I TOMÀS (director) y FONTANELLAS MORELL (coordinador), editorial Marcial Pons, Madrid, 2011.

MARTÍN CASALS, Miquel y SOLÉ FELIÚ, Josep, "¿Refundir o legislar? Algunos de los problemas de la regulación de la responsabilidad por productos y servicios defectuosos en el Texto refundido de la LGDCU", *Revista de derecho privado*, septiembre–octubre, 2008.

MARTÍNEZ ESPÍN, Pascual, "¿Qué hay de nuevo en materia de cláusulas abusivas?, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, www.uclm.es/centro/cesco, nº 9, 2014.

MENDOZA LOSANA, Ana Isabel, "El nuevo Reglamento del servicio universal de telecomunicaciones: análisis de las novedades introducidas por RD 424/2005, de 15 de abril, por el que se aprueba el Reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios ", CARRASCO PERERA (coordinador), *Estudios sobre telecomunicaciones y derecho de consumo*, Editorial Aranzadi (Thomson), Cizur Menor (Navarra), 2005.

— "Los contratos a distancia y fuera de establecimiento mercantil tras la Directiva 2011/83/UE. Relación con la Directiva de Comercio Electrónico y la Directiva de Servicios", *Revista Cesco de Derecho de Consumo*, www.uclm.es/centro/cesco , núm. 1, 2012.

— "Información precontractual en la Directiva 2011/83: novedades, exigencias y carencias", *Revista Cesco de Derecho de Consumo*, www.uclm.es/centro/cesco , núm. 1, 2012 (2).

— "Observaciones, comentarios y propuestas de mejora del Anteproyecto de ley por la que se modifica el Texto refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias aprobado por el Real decreto legislativo 1/2007", *Revista Cesco de Derecho de Consumo*, www.uclm.es/centro/cesco , 2013.

— "Cláusulas de permanencia y penalización impuestas por los establecimientos de distribución de servicios de telecomunicaciones", *Revista Cesco de Derecho de Consumo*, www.uclm.es/centro/cesco , 2014.

MENDOZA LOSANA, Ana Isabel y GARCÍA MONTORO, Lourdes, "Imposibilidad de traslado de línea ADSL por cambio de domicilio imputable al operador de telecomunicaciones: ¿Qué consecuencias se derivan para el usuario?", *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, nº 10, 2014 .

MENÉNDEZ MENÉNDEZ, Aurelio, "El proceso de elaboración de la disciplina sobre condiciones generales en nuestro ordenamiento", MENÉNDEZ MENÉNDEZ y DÍEZ–PICAZO Y PONCE DE LEON (directores), *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, editorial Civitas, Madrid, 2002.

MENÉNDEZ MENÉNDEZ, Aurelio y DÍEZ–PICAZO Y PONCE DE LEON, Luis, *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, (directores), editorial Civitas, Madrid, 2002.

MIRANDA SERRANO, Luis María, "Título III. Contratos celebrados a distancia" y "Título IV. Contratos celebrados fuera de establecimiento mercantil", REBOLLO PUIG e IZQUIERDO CARRASCO (directores), *La defensa de los consumidores y usuarios*, editorial Iustel, Madrid, 2011.

MIQUEL GONZÁLEZ, José María, "La buena fe y su concreción en el ámbito del derecho civil", *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Tomo 29, 1990.

— "Reflexiones sobre las condiciones generales", IGLESIAS PRADA (coordinador), *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez. Volumen 4*, editorial Civitas, Madrid, 1996.

— "Disposición adicional 1ª, 3 (art. 10 bis.1 apdos. 1º y 4º)", MENÉNDEZ MENÉNDEZ y DÍEZ–PICAZO Y PONCE DE LEON (directores), *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, editorial Civitas, Madrid, 2002.

— "Algunos aspectos del control de contenido de las condiciones generales en la ley española de 1998", *Revista española de seguros*, nº 117, 2004.

— "La nulidad de las condiciones generales", *Estudios sobre invalidez e ineficacia* (especial coloquios), nº 1, 2006.

— "Concepto de cláusulas abusiva", CÁMARA LAPUENTE (director), *Comentarios a las Normas de Protección de los Consumidores: texto refundido (RDL 1/2007) y otras leyes y reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea*, editorial Colex, Madrid, 2011.

MIQUEL RODRÍGUEZ, Jorge, "Disposición adicional 1ª Tres", ARROYO MARTÍNEZ y MIQUEL RODRÍGUEZ (coord.), *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, editorial Tecnos, Madrid, 1999.

MOLINA CABALLERO, Mª Jesús, "Terminación de las actuaciones arbitrales", GONZÁLEZ MONTES (coordinador), *Estudios sobre el arbitraje: los temas claves*, 1ª edición, editorial La Ley, Madrid, 2008.

MONTERO PASCUAL, Juan J., *Derecho de las telecomunicaciones*, editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007.

MONTES REYES, Amalia, "Convenio arbitral", GONZÁLEZ MONTES (coordinador), *Estudios sobre el arbitraje: los temas claves*, 1ª edición, editorial La Ley, Madrid, 2008.

MONTÓN GARCÍA, Lidón, *Acciones colectivas y acciones de cesación*, editado por Instituto Nacional de Consumo, Madrid, 2004.

MORALES MORENO, Antonio Manuel, *El error en los contratos*, 1ª edición, editorial Ceura, Madrid, 1988.

— "Los vicios de la voluntad", ESPIAU ESPIAU y VAQUER ALOY (editores), *Bases de un derecho contractual europeo*, editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003.

— "Validez del contrato", CÁMARA LAPUENTE (coordinador), *Derecho privado europeo*, editorial Colex, Madrid, 2003.

— *La modernización del derecho de obligaciones*, 1ª edición, editorial Thomson–Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2006.

— *Incumplimiento del contrato y lucro cesante*, editorial Thomson Reuters–Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2008.

— ¿Es posible construir un sistema precontractual de remedios?, ALBIEZ DOHRMANN (director), *Derecho privado europeo y modernización del Derecho contractual en España*, editorial Atelier, Barcelona, 2011.

MUERZA ESPARZA, Julio J., "Ámbito de aplicación del sistema arbitral de consumo", QUINTANA CARLO y BONET NAVARRO (directores), *El Sistema Arbitral de Consumo. Comentarios al Real Decreto 636/1993, de 3 de mayo*, editorial Aranzadi, Pamplona, 1997.

NIETO CAROL, Ubaldo, *Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas*, (director), editorial Lex Nova, Valladolid, 2000.

OGÁYAR Y AYLLÓN, Tomás, *Efectos que produce la obligación bilateral: doctrina jurisprudencial sobre los artículos 1124 y 1504 del Código Civil*, editorial Aranzadi, Pamplona, 1983.

OLIVA BLÁZQUEZ, Francisco, "Error en la adquisición de una vivienda de protección oficial. Comentario a la SAP Madrid de 20 de febrero de 2007 (JUR 2007, 174938)", *Revista Aranzadi de derecho patrimonial*, núm. 22, 2009.

— "Sentencia de 12 de noviembre de 2010. Error común. Requisitos: esencialidad y excusabilidad. Consecuencias de la nulidad del contrato: deber de restitución". *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 86, 2011.

— "Remedios frente al incumplimiento", INFANTE RUIZ y LÓPEZ DE LA CRUZ, *Derecho civil patrimonial I*, editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014.

— "El Anteproyecto del Código Mercantil en el contexto del proceso internacional de unificación del derecho privado de los contratos", *Revista de Derecho Civil*, vol. 1, núm. 3, julio–septiembre 2014.

OROZCO PARDO, Guillermo, "El arbitraje de consumo", GONZÁLEZ MONTES (coordinador), *Estudios sobre el arbitraje: los temas claves*, 1ª edición, editorial La Ley, Madrid, 2008.

OTERO CRESPO, Marta, "Las acciones colectivas en Europa: ¿Un paso adelante? Las líneas generales propuestas en la Recomendación de la Comisión Europea sobre los principios comunes aplicables a los mecanismos de recurso colectivo de cesación o de indemnización en los Estados miembros en caso de violación de los derechos reconocidos por el Derecho de la Unión (2013/396/UE)", *Boletín CeDe USC*, editorial Firma invitada, noviembre 2013 (www.revistas.usc.es/boletincede) .

OTTO Y PARDO, Ignacio de, *Derecho constitucional: sistema de fuentes*, 2ª edición reimpresa, editorial Ariel, Barcelona, 2001.

OUBIÑA BARBOLLA, Sabela, "Los arbitrajes de consumo especiales: colectivo y electrónico", GONZÁLEZ PILLADO (coordinadora), *Arbitraje y mediación en materia de consumo*, editorial Tecnos, Madrid, 2012.

PAGADOR LÓPEZ, Javier, *Condiciones generales y cláusulas contractuales predispuestas*, editorial Marcial Pons, Madrid, 1999.

— "Título II. Condiciones generales y cláusulas abusivas", REBOLLO PUIG e IZQUIERDO CARRASCO (directores), *La defensa de los consumidores y usuarios*, editorial Iustel, Madrid, 2011.

PARDO GATO, José Ricardo, *Las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión*, Ediciones Jurídicas Dijusa, Madrid, 2004.

PARRA LUCÁN, María Ángeles, "Capítulo II. Responsabilidad", BERCOVITZ RODRÍGUEZ–CANO, R. (coordinador) (2), *Comentario al Texto refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios*, 1ª edición, editorial Thomson–Reuters Aranzadi, Navarra, 2009.

— *La protección del consumidor frente a los daños. Responsabilidad civil del fabricante y del prestador de servicios,* 1ª edición, editorial Reus, Madrid, 2011.

— "Derecho a la información, formación y educación", CÁMARA LAPUENTE (director), *Comentarios a las Normas de Protección de los Consumidores: texto refundido (RDL 1/2007) y otras leyes y reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea*, editorial Colex, Madrid, 2011.

— "Régimen de comprobación y servicios de atención al cliente", CÁMARA LAPUENTE (director), *Comentarios a las Normas de Protección de los Consumidores: texto refundido (RDL 1/2007) y otras leyes y reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea*, editorial Colex, Madrid, 2011.

— "La formación del contrato como proceso", PARRA LUCÁN (directora), *Negociación y perfección de los contratos,* editorial Thomson–Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014.

PASCUAL ESTEVILL, Luis, *Derecho de daños*, Tomo II, 2ª edición, editorial Bosch, Barcelona, 1995.

PASQUAU LIAÑO, Miguel, "Artículos 9 y 10. Régimen aplicable y efectos", BERCOVITZ RODRÍGUEZ–CANO, R. (coordinador), *Comentarios a la Ley de condiciones generales de la contratación*, editorial Aranzadi, Elcano (Navarra), 2000.

— "Disposición adicional Primera. Tres: Art. 10 bis.2 LGDCU", BERCOVITZ RODRÍGUEZ–CANO, R. (coordinador), *Comentarios a la Ley de condiciones generales de la contratación*, editorial Aranzadi, Elcano (Navarra), 2000.

— "Protección de los consumidores y Código Civil: ¿Integración o distinción", ALBIEZ DOHRMANN (director), *Derecho privado europeo y modernización del Derecho contractual en España*, editorial Atelier, Barcelona, 2011.

PAZOS CASTRO, Ricardo, "El control de las cláusulas abusivas y de la autonomía de la voluntad del consumidor ante el juez (comentario de la STJUE de 30 de mayo de 2013, Asbeek Brusse y De Man Garabito)", *Boletín del Ministerio de Justicia*, Año LXVII, núm. 2162, enero 2014.

PEÑA DÍEZ, José Francisco, *El Estado Autonómico*, (coordinador), Ministerio para las Administraciones Públicas, Madrid, 1993.

PÉREZ GARCÍA, Pedro Antonio, *La información en la contratación privada*, editor Instituto Nacional de Consumo, 1990.

PERTÍÑEZ VILCHEZ, Francisco, *Las cláusulas abusivas por un defecto de transparencia*, editorial Thomson–Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2004.

— "Los contratos de adhesión y la contratación electrónica", BERCOVITZ RODRÍGUEZ— CANO, R. (director) (1), *Tratado de Contratos, Tomo II*, editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009.

— "Disposiciones comunes en materia de responsabilidad", REBOLLO PUIG e IZQUIERDO CARRASCO (directores), *La defensa de los consumidores y usuarios*, editorial Iustel, Madrid, 2011.

— "Requisitos de las cláusulas no negociadas individualmente", CÁMARA LAPUENTE (director), *Comentarios a las Normas de Protección de los Consumidores: texto refundido (RDL 1/2007) y otras leyes y reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea*, editorial Colex, Madrid, 2011.

— "Falta de transparencia y carácter abusivo de la cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario", *Indret Revista para el análisis del derecho*, Julio 2013.

PETITBÓ I JUAN, Amadeu, "El mercado de las Telecomunicaciones", GÓMEZ–REINO y CARNOTA (coordinador), *Telecomunicaciones, infraestructura y libre competencia*, editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004.

PICATOSTE BOBILLO, Julio, "Derechos y garantías de los consumidores en la compraventa de vivienda", AZPARREN LUCAS (director), *Hacia un código del consumidor*, editado por el Consejo General del Poder Judicial (manuales de formación continuada), Madrid, 2006.

PICATOSTE BOBILLO, Victoria, "Breves reflexiones sobre la legitimación activa en el arbitraje de consumo", *Revista xurídica da Universidade de Santiago de Compostela*, vol. 16, nº 1, 2007.

— "La incidencia de la Ley de Arbitraje en el convenio arbitral de consumo", *Revista crítica de derecho inmobiliario*, Año nº 87, nº 710, 2008.

— *La protección de los consumidores en la compraventa de vehículos automóviles*, 1ª edición, editorial Thomson Reuters–Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2011.

PINO ABAD, Manuel, "Comentarios a los artículos 61 y 65. La relevancia negocial de la publicidad comercial: integración publicitaria del contrato celebrado con consumidores", REBOLLO PUIG e IZQUIERDO CARRASCO (directores), *La defensa de los consumidores y usuarios*, editorial Iustel, Madrid, 2011.

PINTO MONTEIRO, António, *Cláusula penal e indemnizaçâo*, editorial Livraria Almedina, Coimbra, 1990.

PITA PONTE, José María, "La implementación del Real decreto 231/2008, de 15 de febrero, regulador del sistema arbitral de consumo", GONZÁLEZ PILLADO (coordinadora), *Arbitraje y mediación en materia de consumo*, editorial Tecnos, Madrid, 2012.

PULIDO QUECEDO, Manuel, "El fenómeno de las «Leges repetitae» como canon de constitucionalidad: (La Ley de Fundaciones de la Comunidad de Madrid)", *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, núm. 21–22, 2005.

QUADRA–SALCEDO y FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Tomás, *Aspectos jurídicos de las telecomunicaciones*, (directores), editado por el Consejo General de Poder Judicial, Madrid, 2003.

QUESADA SÁNCHEZ, Antonio José, "Las negociaciones dirigidas a la formación del contrato", ALBIEZ DOHRMANN (director), *Derecho privado europeo y modernización del Derecho contractual en España*, editorial Atelier, Barcelona, 2011.

QUINTANA CARLO, Ignacio y BONET NAVARRO, Ángel, *El Sistema Arbitral de Consumo. Comentarios al Real Decreto 636/1993, de 3 de mayo*, (directores), editorial Aranzadi, Pamplona, 1997.

QUINTELA GONÇALVES, María Teresa, *La protección de los consumidores y usuarios y la Constitución Española de 1978*, editado por Instituto Nacional de Consumo, 1986.

RALUCA STROIE, Iulana, "La Directiva 2011/83/UE, sobre los derechos de los consumidores, desde sus orígenes hasta la publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea", *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, www.uclm.es/centro/cesco, nº 1, 2012.

— "Los Estados miembros tienen la facultad de prohibir con carácter general el cobro de gastos adicionales por la utilización de cualquier instrumento de pago, pero la legislación española permite incentivar o gravar la utilización de algunos medios de pagos", *Revista CESCO de Derecho de Consumo, (Notas Jurisprudenciales)*, www.uclm.es/centro/cesco, 2014.

REBOLLEDO VARELA, Ángel Luis, "Resolución del contrato de compraventa de bien inmueble", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 11, 1986.

— "La Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación", *Dereito: Revista xurídica da Universidade de Santiago de Compostela*, Vol. 7, nº 2, 1998.

— "El ejercicio del derecho de desistimiento en los contratos con consumidores en el RDLeg. 1/2007, de 16 de noviembre", *Revista de derecho privado*, Año 94, Mes 3, 2010.

REBOLLO PUIG, Manuel, "La aprobación del Texto Refundido de la Ley General de los Consumidores y Usuarios y otras normas complementarias", REBOLLO PUIG e IZQUIERDO CARRASCO

(directores), *La defensa de los consumidores y usuarios,* editorial Iustel, Madrid, 2011.

REBOLLO PUIG, Manuel e IZQUIERDO CARRASCO, Manuel, "La protección de los legítimos intereses económicos de los consumidores y usuarios", REBOLLO PUIG e IZQUIERDO CARRASCO (directores), *La defensa de los consumidores y usuarios*, editorial Iustel, Madrid, 2011.

— *La defensa de los consumidores y usuarios*, (directores), editorial Iustel, Madrid, 2011.

RECALDE CASTELLS, Andrés Juan, "El derecho de consumo como derecho privado especial", TOMILLO URBINA (director), *El futuro de la protección jurídica de los consumidores (Actas del I Congreso Euroamericano de Protección Jurídica de los Consumidores)*, 1ª edición, editorial Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2008.

REVUELTA PÉREZ, Inmaculada, "El servicio universal y sus garantías", COTINO HUESO (coordinador), *Consumidores y usuarios ante las nuevas tecnologías*, editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008.

REYES LÓPEZ, María José, *Nociones básicas de derecho de consumo*, (coordinadora), editorial Práctica de Derecho, S. L., Valencia, 1996.

— "Génesis y delimitación del Derecho de consumo en los ámbitos comunitario, estatal y autonómico", "Contenido del derecho de información", REYES LÓPEZ (coordinadora), *Derecho de consumo*, editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999.

— *Derecho de consumo*, (coordinadora), editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999.

— *Derecho privado de consumo*, (coordinadora), editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2005.

— *Manual de derecho privado de consumo*, editorial La Ley, Madrid, 2009.

RICHARD GONZÁLEZ, Manuel, "Análisis crítico del sistema y los procedimientos arbitrales y de mediación en España. Especial atención a la reforma de la Ley de Arbitraje (Ley 11/2011) y al Proyecto de Ley de Mediación de 2011", RICHARD GONZÁLEZ, RIAÑO BRUN y RIFÁ SOLER (coordinadores), *Estudios sobre Arbitraje de Consumo*, editorial Thomson–Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2011.

RIFÁ SOLER, José María, "Encaje constitucional del arbitraje como sistema de resolución de conflictos", RICHARD GONZÁLEZ, RIAÑO BRUN y RIFÁ SOLER (coordinadores), *Estudios sobre Arbitraje de Consumo*, editorial Thomson–Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2011.

RODRÍGUEZ–ARANA MUÑOZ, Jaime y GARCÍA MEXÍA, Pablo, *Curso de derecho público de las Comunidades Autónomas*, (directores), editorial Montecorvo, S. A., Madrid, 2003.

RODRÍGUEZ–ARANA MUÑOZ, Jaime y CANOSA USERA, Raúl, *Derecho de los consumidores y usuarios: una perspectiva integral*, (editores), editorial Netbiblo, A Coruña, 2008.

RODRÍGUEZ ARTIGAS, Fernando, "El ámbito de aplicación de la Ley 7/1998, de 13 de abril, de condiciones generales de la contratación", en *Las condiciones generales de la contratación y la Ley 7/1998, de 13 de abril*, ESPIAU ESPIAU (editor), Marcial Pons, Madrid, 1999.

SAMANES ARA, Carmen, "El procedimiento", QUINTANA CARLO y BONET NAVARRO (directores), *El Sistema Arbitral de Consumo. Comentarios al Real Decreto 636/1993, de 3 de mayo*, editorial Aranzadi, Pamplona, 1997.

SÁNCHEZ CALERO, Fernando, *Ley de contrato de seguros. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre, y sus modificaciones*, (director), editorial Aranzadi, Pamplona, 1998.

SÁNCHEZ MARTÍN, Carlos, "El control de transparencia de condiciones generales y cláusulas predispuestas. Su aplicación en la STS 241/2013, de 9 de mayo, sobre cláusulas suelo en préstamos con garantía hipotecaria", *Diario La Ley*, Nº 8092 (documento on–line), mayo 2013.

SANMIGUEL PRADERA, Lis Paula, "La resolución por incumplimiento en la Propuesta para la Modernización del Derecho de obligaciones y contratos: ¿lo mejor es enemigo de lo bueno?", *Anuario de Derecho Civil*, núm. 4, 2011.

— "Sentencia de 18 de diciembre de 2012. La exceptio non adimpleti contractus frente a la solicitud de inclusión de un crédito en la lista de acreedores", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 94, enero––abril 2014.

SANTOS MORÓN, María José, "Menores y derechos de la personalidad. La autonomía del menor", *Anuario de la Facultad de Derechos de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 15, 2011.

SENDÍN GARCÍA, Miguel Ángel y otros, "Los usuarios y el derecho público", RODRÍGUEZ–ARANA MUÑOZ y CANOSA USERA (editores), *Derecho de los consumidores y usuarios: una perspectiva integral*, editorial Netbiblo, A Coruña, 2008.

SERRA RODRÍGUEZ, Adela, *Cláusulas abusivas en la contratación. En especial, las cláusulas limitativas de responsabilidad*, editorial Aranzadi, Pamplona, 1996.

TATO PLAZA, Anxo y FERNÁNDEZ–ALBOR BALTAR, Ángel, *Comercio electrónico en Internet*, (coordinadores), editorial Marcial Pons, Madrid, 2001.

TOMÁS MARTÍNEZ, Gema, "Naturaleza de la responsabilidad precontractual (culpa in contrahendo) en la armonización jurídica europea", *Revista de derecho de la Universidad Católica del Norte*, Año 17 Nº 1, 2010.

TOMILLO URBINA, Jorge Luis, *El futuro de la protección jurídica de los consumidores (Actas del I Congreso Euroamericano de Protección Jurídica de los Consumidores)*, (director), 1ª edición, editorial Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2008.

TORRELLES TORREA, Esther, "Garantía comercial adicional", CÁMARA LAPUENTE (director), *Comentarios a las Normas de Protección de los Consumidores: texto refundido (RDL 1/2007) y otras leyes y reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea*, editorial Colex, Madrid, 2011.

TORRES GARCÍA, Teodora, "La incapacitación", GETE ALONSO Y CALERA (coordinadora), *Tratado de Derecho de la Persona Física*, Vol. II, editorial Civitas–Thomson, Cizur Menor (Navarra), 2013.

TRIGO GARCÍA, María Belén, *Contrato de Servicios. Perspectiva jurídica actual*, editorial Comares, 1999.

VAQUER ALOY, Antoni, "Cinco años de aplicación judicial de la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores", ESPIAU ESPIAU (editor), *Las condiciones generales de la contratación y la Ley 7/1998, de 13 de abril*, Marcial Pons, Madrid, 1999.

VALÉS DUQUE, Pablo, *La responsabilidad precontractual*, editorial Reus, Madrid, 2012.

VILLANUEVA LUPIÓN, Carmen, "El contrato de servicios bajo el prisma del derecho contractual europeo", JIMÉNEZ LIÉBANA (coordinador), *Estudios de Derecho Civil en homenaje al Profesor José González García*, editorial Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2012.

VILLAR URÍBARRI, José Manuel, *El régimen jurídico de las Telecomunicaciones, Televisión e Internet*, (director), editorial Aranzadi, Elcano (Navarra), 2002.

VIRGÓS SORIANO, Miguel y GUAL GRAU, Cristian, "La mediación como alternativa", *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, núm. 20, 2008.

YZQUIERDO TOLSADA, Mariano, *Derecho del consumo* (manual básico), (director), editorial Cálamo Producciones Editoriales, Mataró (Barcelona), 2005.

ZURILLA CARIÑANA, María Ángeles, "La reforma de los artículos 60 y 97 en la Ley de Modificación del TRLGDCU. ¿Hay algo nuevo que merezca la pena?, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, nº 9, 2014.