



GOBIERNO
DE ESPAÑA

MINISTERIO
DE SANIDAD, SERVICIOS SOCIALES
E IGUALDAD



INC
INSTITUTO
NACIONAL
DEL CONSUMO

COMISIÓN DE COOPERACIÓN DE CONSUMO

CONSULTAS 2012

AÑO 2012	
CONSULTA	TÉRMINOS
Nº - 1	<p>INFORME EN RELACIÓN A CONSULTA EFECTUADA SOBRE LA FECHA DE CADUCIDAD EN LAS CAJAS U OTROS ELEMENTOS DE TRANSPORTE DE PESCADO FRESCO</p> <p>SCC/AP/I.1.12/E</p>
Nº - 2	<p>INFORME SOBRE LA POSIBLE CALIFICACIÓN COMO ABUSIVA DE LA CLAUSULA UTILIZADA EN EL CONTRATO DE ALQUILER DE VEHÍCULOS ANTE EL RETRASO EN LA DEVOLUCIÓN DEL MISMO.</p> <p>SGANAC/1230/2012/E</p>
Nº - 3	<p>CONSULTA SOBRE LA PRÁCTICA DE LA EMPRESA ----, POR COBRO DE DETERMINADA CANTIDAD POR EL PAGO "POR VENTANILLA" DE LAS FACTURAS POR LOS CONSUMIDORES.</p> <p>INF/8ªCSC/PAGO POR VENTANILLA</p>
Nº - 4	<p>INFORME SOBRE LOS EFECTOS DEL CAMBIO DE OPERADOR TELEFÓNICO, CON CONSERVACIÓN DE NÚMERO, EN CUANTO A LOS SERVICIOS ASOCIADOS A DICHO NÚMERO TELEFÓNICO.</p> <p>SGNAC/119/2011/E</p>

INFORME EN RELACIÓN A CONSULTA EFECTUADA SOBRE LA FECHA DE CADUCIDAD EN LAS CAJAS U OTROS ELEMENTOS DE TRANSPORTE DE PESCADO FRESCO.

La Asociación Española de Codificación Comercial (AECOC) ha realizado una consulta acerca de si la fecha de caducidad debe ser incluida en las cajas u otros elementos de transporte de pescado fresco (venta a granel).

[\[Volver\]](#)

Al parecer se ha solicitado por parte de los cuerpos de inspección a una plataforma de distribución de pescado de La Coruña y a sus proveedores, que se indique la fecha de caducidad en las etiquetas de las cajas de pescado fresco, basando su requerimiento en el artículo 4 del Real Decreto 121/2004, de 23 de enero, sobre la identificación de los productos de la pesca, de la acuicultura y del marisqueo vivos, frescos, refrigerados o cocidos y el Real Decreto 1334/1999, de 31 de julio, por el que se aprueba la Norma General de etiquetado, presentación y publicidad de los productos alimenticios.

En relación con este asunto, una vez consultadas la Subdirección General de Economía Pesquera y la Subdirección General de Planificación y Control Alimentarios del Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente, se informa lo siguiente:

Primero: El Real Decreto 121/2004, de 23 de enero, recoge en el artículo 2 que la norma afecta a todos los intervinientes en las diferentes fases de comercialización de los productos de la pesca, la acuicultura y el marisqueo, desde la primera venta hasta la presentación al consumidor final.

En relación con el etiquetado, el artículo 4 señala que.

1. Sin perjuicio de lo dispuesto en la Norma general de etiquetado, presentación y publicidad de los productos alimenticios, aprobada por el Real Decreto 1334/1999, de 31 de julio, y demás disposiciones de aplicación en la materia, los productos pesqueros vivos, frescos, refrigerados o cocidos, deberán llevar en el envase y/o embalaje correspondiente, o en los pallés, en lugar bien visible, una etiqueta cuyo contenido y configuración se especifica en el anexo I, con unas dimensiones mínimas de 9,5 centímetros de longitud por cuatro centímetros de altura y contemplará en caracteres legibles e indelebles, como mínimo, las siguientes especificaciones:

a) Denominación comercial y científica de la especie.

b) Método de producción:

- Pesca extractiva o pescado.
- Pescado en aguas dulces.
- Criado o acuicultura.
- Marisqueo.

c) Nombre de la zona de captura o de cría, conforme a lo establecido en el anexo II.

d) *Peso neto, para productos envasados.*

e) *Modo de presentación y/o tratamiento:*

- *Eviscerado: evs.*
- *Con cabeza: c/c.*
- *Sin cabeza: s/c.*
- *Fileteado: fl.*
- *Cocido: c.*
- *Descongelado.*
- *Otros.*

f) *Identificación del primer expedidor o centro de expedición.*

2. *Esta etiqueta ha de constar en el envase y/o embalaje en su primera puesta a la venta, y deberá acompañar al producto en las diversas fases de comercialización desde dicha primera venta o puesta en el mercado hasta el consumidor final, incluyendo el transporte y la distribución.*

3. *En el caso de especies pesqueras que, por su tamaño u otras razones físicas, se expongan a la primera venta en envases o embalajes especiales, en el documento que acompañe a la especie durante su comercialización han de constar todos los requisitos de información requeridos en este Real Decreto.*

4. *El contenido del etiquetado, que ha de servir de información en la venta a granel al consumidor final será expuesto en los lugares de venta con la etiqueta o en una tablilla o cartel de tal forma que se puedan identificar las características del producto, conteniendo, como mínimo, las siguientes especificaciones:*

a) *Denominación comercial de la especie.*

b) *Método de producción:*

- *Pesca extractiva o pescado.*
- *Pescado en aguas dulces.*
- *Criado o acuicultura.*
- *Marisqueo.*

c) *Nombre de la zona de captura o de cría, conforme a lo establecido en el anexo II.*

d) *Modo de presentación y/o tratamiento:*

- *Eviscerado: evs.*
- *Con cabeza: c/c.*
- *Sin cabeza: s/c.*
- *Fileteado: fl.*
- *Cocido: cc.*
- *Descongelado.*
- *Otros.*

Segundo: Además, en materia de trazabilidad ha de tenerse en cuenta el contenido de la disposición adicional primera:

1. A los efectos de poder conocer la trazabilidad de un producto, las informaciones exigidas en lo relativo a la denominación comercial y científica, al método de producción y a la zona de captura deberán estar disponibles en cada fase de su comercialización, y podrá facilitarse mediante el etiquetado o envasado del producto o por cualquier otro documento comercial adjunto a la mercancía, incluida la factura, sin perjuicio de presentar las informaciones obligatorias del etiquetado reseñadas en el artículo 4.

2. En el caso de que el producto envasado se destine a la venta directa al consumidor, toda la información obligatoria deberá facilitarse a través del etiquetado.

En conclusión, el Real Decreto 121/2004, de 23 de enero, afecta a toda la cadena de comercialización.

Tercero: En otro orden de cosas AECOC hace la siguiente consideración: “... las cajas de transporte de pescado que se mueven en una plataforma de distribución o en la cadena de suministros no se pueden considerar como un producto envasado destinado a ser entregado sin ulterior transformación al consumidor final, ya que el producto puede ser manipulado, tanto a nivel de almacenes o de punto de venta, sin necesidad de abrir el envase en el que se encuentra, tal y como define el RD 1334/1999. Por otro lado, una plataforma de distribución envía el producto a puntos de venta, no considerándose éstos como consumidor final. En consecuencia no tiene sentido aplicar esta exigencia de etiquetado.”

Respecto a esta argumentación, habría que señalar que la Norma General de etiquetado en su artículo 1 no excluye esta forma de venta. Es más, en el artículo 15 se regulan aspectos relativos a la venta de productos sin envasar, citando la letra c) de manera expresa los productos de la pesca y acuicultura.

Cuarto: En lo que atañe a la información que debe proporcionarse a los consumidores en el establecimiento de venta minorista en relación con los productos de la pesca, la acuicultura y el marisqueo no envasados, el artículo 15 del Real Decreto 1334/1999, de 31 de julio, por el que se aprueba la Norma general de etiquetado, presentación y publicidad de los productos alimenticios, dispone que en el etiquetado de los productos alimenticios que se presenten sin envasar y los envasados en los lugares de venta, a petición del comprador, debe indicarse, al menos:

- La denominación de venta del producto.
- La categoría de calidad, la variedad y el origen cuando lo exija la norma de calidad correspondiente.
- La forma de presentación comercial en el caso de productos de la pesca y acuicultura.

- Los requisitos establecidos en el artículo 5 del Real Decreto 1334/1999, de 31 de julio, que establezcan, para esta modalidad de venta, las disposiciones específicas correspondientes.

En este último supuesto, las disposiciones específicas correspondientes son el Real Decreto 121/2004, de 23 de enero, en cuyo artículo 4 ya reseñado, se incluyen las menciones que deben constar en el etiquetado, y entre estas menciones no se encuentra la obligación de hacer constar la fecha de caducidad de los productos mencionados no envasados o sea, que se venden a granel, por lo que, esta mención será, si acaso, optativa.

En lo referente a la información que debe constar en las diferentes fases de comercialización de los productos de la pesca, la acuicultura y el marisqueo, se debe tener en cuenta que el artículo 2 del Real Decreto 121/2004, de 23 de enero, dispone que la norma afecta a todos los intervinientes en las diferentes fases de comercialización de los productos mencionados, desde la primera venta hasta la presentación al consumidor final, por lo que los distribuidores y proveedores de estos productos deben incluir la información reseñada en el artículo 4 del Real Decreto mencionado dónde no se incluye la obligación de hacer constar la fecha de caducidad de estos productos. Por lo tanto, esta mención también será optativa.

Madrid, 2 de marzo de 2012

[\[Volver\]](#)

INFORME SOBRE LA POSIBLE CALIFICACIÓN COMO ABUSIVA DE LA CLAUSULA UTILIZADA EN EL CONTRATO DE ALQUILER DE VEHÍCULOS ANTE EL RETRASO EN LA DEVOLUCIÓN DEL MISMO.

La Dirección General de Consumo de la Consejería de Salud de la Junta de Andalucía, formula consulta, conforme al procedimiento aprobado por la 8ª Conferencia Sectorial de Consumo, sobre si puede considerarse como abusiva la cláusula de un contrato de alquiler de vehículos por días que establece una penalización por retraso en la devolución de los mismos

[\[Volver\]](#)

En concreto, dicha cláusula permite facturar al arrendatario un día completo de servicio en el supuesto de que la entrega del vehículo se retrase más de dos horas, así como facturar una hora completa por retraso de más treinta minutos hasta completar las dos horas, en lugar de facturar por el retraso efectivamente consumido, lo que en opinión de la Junta de Andalucía implica el cobro por un servicio que no se ha prestado y permite redondear a unidades de tiempo que no se consumieron efectivamente.

La Junta de Andalucía destaca que no se considera abusiva la cláusula de penalización en sí, pero en cambio se alega la falta de equilibrio y la desproporción que supone.

En torno a estas cuestiones planteadas en la consulta de referencia se formulan las siguientes consideraciones:

Las cláusulas penales, como la que nos ocupa, son admitidas en el derecho civil en virtud del artículo 1152 CC¹. Constituyen un acuerdo anticipado de las partes en cuanto a la tasación de daños y perjuicios producidos por el incumplimiento o cumplimiento inadecuado de alguna de las partes. Se trata de un evidente método de presión cuya finalidad no es otra que la de asegurarse el adecuado cumplimiento de la otra parte. Ahora bien, aunque estemos ante un mecanismo jurídico admitido por el derecho, su formulación en el ámbito de consumo tiene que ajustarse a la normativa protectora de

¹ **Artículo 1152 Cc:** “*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...*”

los consumidores y usuarios. En caso contrario, las cláusulas del contrato pueden ser declaradas nulas por abusivas, al provocar un desequilibrio entre las partes contrario a las exigencias de la buena fe.

Las cláusulas abusivas, a diferencia de las condiciones generales, tienen su ámbito restringido a la relación de los profesionales con los consumidores, siempre que las cláusulas no hayan sido negociadas individualmente, sino "prerredactadas, predispuestas e impuestas". La ausencia de negociación individual se presume iuris tantum, de manera que "el profesional que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente asumirá la carga de la prueba" (art. 82.2 del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, aprobado mediante Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre)

La legalidad de las cláusulas de este tenor, incorporadas en este caso a las condiciones generales de un contrato de alquiler de vehículos, deben examinarse a la luz de las disposiciones que en materia de cláusulas abusivas se recogen 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.

De conformidad con las disposiciones del texto refundido, para que una cláusula de un contrato pueda ser considerada como abusiva se tienen que dar tres requisitos: que no exista negociación individual de las cláusulas del contrato, que se produzca en contra de la buena fe un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes, y que las circunstancias concurrentes en el momento de la celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que dependa, lleven a tal conclusión. Así se desprende del artículo 82 del TRLGDCU que establece la denominada cláusula general y dispone al efecto lo siguiente:

“Artículo 82. Concepto de cláusulas abusivas.

1. Se considerarán cláusulas abusivas todas 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”.

2. El hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una cláusula aislada se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación de las normas sobre cláusulas abusivas al resto del contrato.

El empresario que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente, asumirá la carga de la prueba.

3. El carácter abusivo de una cláusula se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato y considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que éste dependa.

Además, el apartado 4 de este artículo 82 del TRLGDCU está referido a la denominada lista negra de cláusulas abusivas recogida en los artículos 85 a 90 del mismo, es decir aquellas cláusulas que en cualquier circunstancia son abusivas:

“4. 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.”*

Por otra parte, la declaración de nulidad por abusiva de una condición general corresponde, en principio, a los jueces (art. 83 TRLGDCU), sin perjuicio de la función de control y calificación que corresponde, respectivamente, a notarios y registradores (art. 23 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, art. 84 del TRLGDCU y art. 258.2 de la Ley Hipotecaria).

A las autoridades de consumo les corresponde la potestad sancionadora en materia de cláusulas abusivas, quienes podrán sancionar al profesional que utilice cláusulas abusivas en los contratos (art. 49.1, letra i del TRLGDCU).

Partiendo de estas premisas, en el supuesto debatido cabe concluir que estamos en presencia de una cláusula abusiva por los siguientes motivos: se trata de una condición general incorporada a un contrato que no ha sido negociada individualmente y que, en perjuicio del consumidor, produce un desequilibrio importante entre los derechos de ambas partes que es contrario a la buena fe, en la medida en que nos encontramos con contratos de alquiler de vehículos sin conductor que aplican fórmulas de facturación por día completo, lo que supone un redondeo al alza y el cobro a los usuarios por servicios no prestados. Además, si se entrega el vehículo treinta minutos más tarde de lo contratado, el usuario deberá abonar el importe correspondiente a una hora, y si el uso excede de dos horas se le facturará un día completo.

En concreto, dicha cláusula puede encuadrarse en el supuesto contemplado en el apartado 5 del artículo 87 del TRLGDCU, que contempla las cláusulas abusivas por falta de reciprocidad:

Artículo 87. Cláusulas abusivas por falta de reciprocidad.

Son abusivas las cláusulas que determinen la falta de reciprocidad en el contrato, contraria a la buena fe, en perjuicio del consumidor y usuario y, en particular:

5. Las estipulaciones que prevean el redondeo al alza en el tiempo consumido o en el precio de los bienes o servicios o cualquier otra estipulación que prevea el cobro por productos o servicios no efectivamente usados o consumidos de manera efectiva.

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

El legislador ha consagrado de esta manera el carácter abusivo de las cláusulas de redondeo al alza, o cualquier otra estipulación que prevea el cobro

por productos o servicios no efectivamente usados o consumidos de manera efectiva.

La falta de reciprocidad que contempla el artículo 87.5 se incorporó por la Ley 44/2006 con la finalidad de dar mayor claridad en las modalidades de cálculo del precio de los contratos, evitando la facturación de servicios no prestados efectivamente.

El antecedente inmediato de la norma se encuentra en diversas resoluciones jurisprudenciales que habían declarado el carácter abusivo de las cláusulas de redondeo al alza en la modificación del interés remuneratorio variable en los préstamos con garantía hipotecaria, en las cláusulas hora-fracción de los aparcamientos, y en la facturación por tramos –y no por segundos- en la prestación de servicios de telefonía.

En tal sentido se pronuncia la sentencia de 5 de octubre de 2005 de la Audiencia Provincial de Madrid, que confirma la ilegalidad del redondeo al alza, destacando que: *“No puede afirmarse que sea un comportamiento objetivo y leal, ni justo, adecuado y proporcionado al interés común de las partes, la imposición al contratante débil, además del pago por la cesión efectiva de la plaza de aparcamiento, de una cantidad adicional hasta completar ficticiamente la unidad de medida del tiempo que determina el precio”*.

Con esta práctica -añade la sentencia- se produce una clara situación de desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes contratantes en perjuicio del usuario o consumidor, que es la parte contractual más débil, y que beneficia exclusivamente a la empresa que ve incrementado el importe a percibir sin prestar un servicio adicional.

En función de estas consideraciones y en respuesta a la consulta de la Junta de Andalucía cabe concluir que las referidas prácticas constituyen cláusulas abusivas por falta de reciprocidad, ya que suponen formulas de facturación por redondeo al alza y prevén el cobro por servicios no prestados. Si bien sólo serían abusivas en el caso de que el arrendatario fuera un consumidor, no cuando fuera un profesional en el ámbito de

su actividad, pues la declaración del carácter abusivo de una condición general está limitada al ámbito de los consumidores.

Madrid, 7 de mayo de 2012.

[\[Volver\]](#)

CONSULTA SOBRE LA PRÁCTICA DE LA EMPRESA ----, POR COBRO DE DETERMINADA CANTIDAD POR EL PAGO "POR VENTANILLA" DE LAS FACTURAS POR LOS CONSUMIDORES.

Desde el mes de febrero de 2011, aproximadamente, la empresa ---, cobra a los usuarios 2,32 € por el pago "por ventanilla" en determinadas entidades financieras, permitiendo como única otra opción la domiciliación de las facturas, en este caso, sin coste alguno.

Teniendo en cuenta lo anterior, procede analizar si el cobro de 2,32 € por el pago "por ventanilla" impuesto por la empresa ---, vulnera los derechos de los consumidores.

[\[Volver\]](#)

En relación con estas cuestiones se emite el siguiente informe de acuerdo con el procedimiento de la 8ª Conferencia Sectorial de Consumo.

- . Planteamiento General.

El artículo 38. Derechos de los consumidores y usuarios finales, de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, establece en su apartado 2.k) que:

2. Las normas básicas de utilización de los servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público en general que determinarán los derechos de los consumidores que sean personas físicas y otros usuarios finales se aprobarán por real decreto que, entre otros extremos, regulará:

K.- El derecho a elegir un medio de pago para el abono de los correspondientes servicios entre los comúnmente utilizados en el tráfico comercial.

Por su parte, el artículo 25 del Real decreto 889/2009, de 22 de mayo, por el que se aprueba la carta de derechos del usuario de los servicios de comunicaciones electrónicas, establece:

Artículo 25. Medios de pago

Los abonados tendrán derecho a la elección del medio de pago entre los comúnmente utilizados en el tráfico comercial. El contrato celebrado entre el operador y el usuario final deberá reflejar este derecho.

Teniendo en cuenta estos preceptos, puede concluirse de forma clara que:

- . Los abonados tendrán derecho a la elección del medio de pago entre los comúnmente utilizados en el tráfico comercial, y*
- . El contrato celebrado entre el operador y el usuario final deberá reflejar este derecho.*

- . Normativa de Protección de los consumidores.

Los artículos 82 y siguientes 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 (en adelante TRLGDCU) establece:

Artículo 82. Concepto de cláusulas abusivas.

1. Se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas 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.

4. 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:

b) limiten los derechos del consumidor y usuario,

Artículo 86: Cláusulas abusivas por limitar los derechos básicos del consumidor y usuario.

En cualquier caso serían abusivas las cláusulas que limiten o priven al consumidor y usuario de los derechos reconocidos por normas dispositivas o imperativas y, en particular, aquellas estipulaciones que prevean:

7. La imposición de cualquier otra renuncia o limitación de los derechos del consumidor o usuario.

A la vista del contenido de este precepto puede concluirse que la práctica llevada a cabo por la entidad --- consistente en el cobro a sus clientes de la cantidad de 2,32€ por efectuar el pago de sus facturas por ventanilla, vulnera la citada normativa, ya que supone una limitación de los derechos del consumidor o usuario, al exigirle el pago de determinada cantidad para el ejercicio de un derecho que tiene reconocido.

Artículo 87: Cláusulas abusivas por falta de reciprocidad

Son abusivas las cláusulas que determinen la falta de reciprocidad en el contrato, contraria a la buena fe, en perjuicio del consumidor y usuario y, en particular:

6. 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 u 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.

A la vista del contenido de este precepto puede concluirse que la práctica llevada a cabo por la entidad ---. consistente en el cobro a sus clientes de la cantidad de 2,32€ por efectuar el pago de sus facturas por ventanilla, vulnera la citada normativa, ya que establece:

- Un obstáculo oneroso para el ejercicio de los derechos reconocidos al consumidor y usuario.

Es evidente que cobrar 2,32€ por efectuar el pago de sus facturas por ventanilla, cuando es un derecho del consumidor elegir el *medio de pago entre los comúnmente utilizados en el tráfico comercial*, dejando sólo la domiciliación bancaria como alternativa única sin coste, supone *un obstáculo oneroso para el ejercicio de los derechos reconocidos al consumidor y usuario.*

- El abono de cantidades por servicios no prestados efectivamente.

Tampoco se alcanza a comprender qué servicio se está pagando por el consumidor con el cobro de los 2,32€ por la empresa.

- **Ley 16/2009, de 13 de noviembre, de servicios de pago.**

En relación a esta norma (Ley 16/2009, de 13 de noviembre, de servicios de pago) por algún sector doctrinal se ha tratado de justificar este cobro de los 2,32€ por la aplicación del **artículo 24. Gastos aplicables**, que establece:

3. Será nula toda cláusula que impida al beneficiario de una orden de pago exigir al ordenante el pago de una cuota adicional u ofrecer una reducción por la utilización de un instrumento de pago específico. En todo caso, las cuotas adicionales que pudieran imponerse 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.

No obstante lo anterior, y al margen de que la finalidad de la citada norma no es pretender legitimar la práctica objeto de este informe, un análisis detallado de este precepto no habilita al cobro realizado por la empresa ya que no es de aplicación al supuesto de hecho analizado.

En efecto, este precepto para su aplicación exige dos presupuestos acumulativos:

- Que exista una "orden de pago", y
- Que se utilice un "instrumento de pago"

En el caso objeto de análisis ("pago por ventanilla"), como se explicará, no se da ninguno de estos dos presupuestos.

Efectivamente, como paso previo para determinar si se dan estos dos presupuestos es necesario conocer qué se entiende por "orden de pago", e "instrumento de pago". Para ello es necesario acudir a las definiciones de estos términos establecidas en el artículo 2 de la citada Ley 16/2009. Así,

Orden de pago: toda instrucción cursada por un ordenante o beneficiario a su proveedor de servicios de pago por la que se solicite la ejecución de una operación de pago;

Instrumento de pago: cualquier mecanismo o mecanismos personalizados, o conjunto de procedimientos acordados por el proveedor de servicios de pago y el usuario del servicio de pago, utilizado por éste para iniciar una orden de pago;

Teniendo en cuenta, lo anterior para que exista una *Orden de pago esta debe ser cursada a su proveedor de servicios de pago*. En el caso del "pago por ventanilla" no existe ninguna orden del consumidor a "su proveedor de servicios de pago" de hecho el banco no es "proveedor de servicios de pago" del consumidor, siéndolo, en su caso, de la empresa.

Esto se pone más de manifiesto, si cabe, cuando vemos la definición de *Instrumento de pago, que exige un contrato o acuerdo entre el consumidor y la empresa que realiza el pago y, es evidente, que no existe dicho contrato entre el consumidor y la entidad bancaria.*

[\[Volver\]](#)

INFORME SOBRE LOS EFECTOS DEL CAMBIO DE OPERADOR TELEFÓNICO, CONSERVACIÓN DE NÚMERO, EN CUANTO A LOS SERVICIOS ASOCIADO DICHO NÚMERO TELEFÓNICO.

La Dirección General de Consumo de la Consejería de Economía y Hacienda de la Comunidad de Madrid formula consulta, conforme al procedimiento aprobado por la 8ª Conferencia Sectorial de Consumo, sobre si al producirse el cambio de operador de una compañía de telefonía a otra, con conservación del número, el usuario causa baja en todos los servicios relacionados con dicho número (teléfono, Internet, televisión) o ha de comunicar la baja de cada uno de los servicios al operador.

[\[Volver\]](#)

En torno a cuestión planteada en la consulta de referencia se formulan las siguientes consideraciones:

El proceso de cambio de un operador telefónico a otro se regula en el artículo 10 de la Carta de derechos del usuario de los servicios de comunicaciones electrónicas, aprobada por Real Decreto 899/2009, de 22 de mayo, en los siguientes términos.

“Artículo 10. Procesos de cambio de operador.

1. Con independencia de los mecanismos que utilicen los operadores para el acceso a las redes, los procesos de cambio de operador se realizarán, con carácter general, a través de la baja del usuario final con el operador de origen y el alta con el de destino. A los efectos de tramitación de la baja, el abonado deberá comunicarla directamente al operador de origen conforme al procedimiento que figure en el contrato.

No obstante lo establecido en el párrafo anterior, 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.

Asimismo, en caso de que un operador preste servicios soportados por una línea de acceso de titularidad de otro operador, una notificación por éste a aquél, a través de los procedimientos regulados para el acceso a las redes, de baja técnica que haga imposible la continuación en la prestación del servicio deberá ser considerada por ese operador como una baja contractual, una vez haya dejado de tener acceso a la red.

2. Los abonados al servicio telefónico disponible al público tendrán derecho a conservar, previa solicitud, los números que les hayan sido asignados en los términos establecidos en el 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”.

La Resolución de 19 de junio de 2008, de la Presidencia de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, por la que se publica la Circular 1/2008, sobre conservación y migración de numeración telefónica, regula en su apartado tercero las garantías de

portabilidad y calidad del servicio. A tal efecto, dispone que *“los operadores que presten servicios telefónicos disponibles al público u otros servicios de comunicaciones electrónicas con numeración telefónica, deberán garantizar el derecho de sus abonados a conservar su numeración telefónica en caso de cambio de operador de acuerdo a la normativa y especificaciones técnicas vigentes sobre portabilidad numérica”*. Además, *“la conservación de la numeración no afectará al acceso y uso de los servicios por los abonados, ni a su calidad de prestación”*.

De acuerdo con las especificaciones técnicas de los procedimientos administrativos para la conservación de la numeración geográfica y de red inteligente, en caso de cambio de operador (portabilidad fija) aprobada por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, en julio de 2009, el usuario podrá presentar su solicitud por cualquier medio que permita tener constancia de la misma, según la legislación vigente (tales como petición escrita, verificación por terceros o firma electrónica reconocida), debiendo quedar claramente recogido el deseo del abonado de causar baja en el operador donante y conservar su número. La solicitud que envía el operador receptor al operador donante por medios electrónicos supone la comunicación de los deseos del cliente, sustentada dicha comunicación sobre la existencia de una solicitud válida.

Dicha solicitud servirá como garantía de la decisión inequívoca del abonado de cambiar de operador conservando su numeración, para ello el abonado deberá quedar perfectamente identificado, de manera que no existan dudas respecto del objetivo último de dicha solicitud. Asimismo, el operador receptor directamente o mediante algún agente intermediario deberá asegurarse de la identidad del abonado para evitar que se pueda cursar una solicitud sin la autorización expresa del propio abonado que ha contratado el servicio previamente con el operador donante.

Conforme al art. 10.1 CDUSCE, 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 suplementarios (llamada a tres, desvío inmediato, indicación de llamada en espera, buzón de voz...) en cuanto son, por lo general, servicios técnicamente asociados a la numeración portada. En cuanto a los servicios de tráfico (servicio telefónico de voz, servicio de acceso a datos o conexión a Internet y en su caso, el servicio de acceso a televisión de pago), en principio no debe entenderse necesariamente que son servicios asociados a la numeración telefónica, sino que su vinculación al servicio telefónico vendrá condicionada por la tecnología empleada, pudiendo seguir dados de alta otros servicios que pudieran estarse prestando sobre el mismo acceso telefónico (por ejemplo ADSL).

Asimismo, más allá de la regulación específica de la conservación de numeración, será necesario tomar en consideración las condiciones de contratación establecidas en las distintas ofertas y promociones de los operadores, ya que es práctica generalizada entre los operadores el empaquetamiento de servicios en sus ofertas comerciales.

No obstante, debe tenerse en cuenta que cuando un cliente solicita la portabilidad está manifestando su voluntad de poner fin al contrato que tiene con el operador de origen.

Por tanto, si este operador de origen entiende que el usuario desea que se le presten los servicios que no son exclusivamente de voz, debe remitirle de forma previa a su ejecución el nuevo contrato con las condiciones contractuales de los servicios que

entiende que el usuario quiere que le preste, de manera que éste tenga conocimiento del precio, prestaciones incluidas y condiciones a aplicar, y pueda realmente prestar su conformidad o rechazo a dicho contrato de forma previa a la ejecución del mismo, tal y como marca la norma, y evidentemente a la facturación de dichos servicios.

Así, por ejemplo, un usuario que tiene formalizado un contrato para la prestación de un producto en el que se proporcionan de forma conjunta (pack) los servicios de telefonía fija+Internet+televisión a un determinado precio, tiene un único contrato (no son tres contratos, uno para cada servicio). Por tanto, si el operador de origen considera que la portabilidad se refiere únicamente a la telefonía fija, debe cumplir con las obligaciones que implica este nuevo contrato, en lo que se refiere a la formalización y entrega del mismo. El artículo 5 de la carta de derechos, sobre la Celebración de contratos, establece que la formalización y entrega del contrato se regirá por lo dispuesto en el TRLGDCU 1/2007, sin perjuicio de otras formalidades adicionales que, en su caso, se establezcan en la regulación de la portabilidad y la preselección. Por su parte, el artículo 63 de esta norma, en relación con la confirmación documental de la contratación realizada, señala que “en los contratos con consumidores y usuarios se entregará recibo justificante, copia o documento acreditativo con las condiciones esenciales de la operación, incluidas las condiciones generales de la contratación, aceptadas y firmadas por el consumidor y usuario, cuando éstas sean utilizadas en la contratación. En este caso, además, se debe tener en cuenta que se trataría de un contrato a distancia, y que de acuerdo con el artículo 98 del TRLGDCU, sobre confirmación escrita de la información, antes de la ejecución del contrato deberá facilitarse al consumidor y usuario la información precontractual prevista en el artículo 97, por escrito o, salvo oposición expresa del consumidor y usuario, en cualquier soporte de naturaleza duradera, adecuado a la técnica de comunicación a distancia utilizada.

Por otra parte, el usuario podrá solicitar expresamente, en función de la oferta de cada operador y de sus relaciones mayoristas, reducir su solicitud de portabilidad a determinados servicios.

A este respecto, la Circular 1/2009 de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, dispone que en caso de tramitación de solicitudes de alta/traspaso de un servicio mayorista de acceso desagregado o indirecto con o sin portabilidad asociada, se deberá de informar al usuario de que, en su caso, el alta del nuevo servicio solicitado requiere la baja o bajas de algunos servicios, conforme a lo dispuesto en el apartado 5 de la citada Circular.

En consecuencia, la práctica de facturar servicios asociados, una vez ejecutada la portabilidad solicitada válidamente por el usuario, puede conllevar la facturación de servicios no solicitados ni prestados, ya que el usuario que ha solicitado la portabilidad de la línea no quiere, ni puede, acceder a tales servicios.

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 electrónicas y la atención al cliente por los operadores, regula la prueba de la celebración del contrato y de su extinción, y en su apartado 2 prevé que *“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 para 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”.

En consecuencia, de conformidad con el citado artículo, la diligencia profesional que es exigible a un operador habituado a gestionar los procedimientos de portabilidad le obliga a extremar las cautelas para garantizar el éxito de la portabilidad y la adecuada protección de los derechos de los usuarios, como es el no tener que hacer frente al importe de servicios que ya no utiliza.

En torno a la facturación de servicios asociados al número portado existe jurisprudencia que avala esta posición. Así, la Audiencia Provincial de Navarra señala que la actuación del operador receptor en relación con la portabilidad, no debe ser la meramente pasiva, sino que, por el contrario, éste debe efectuar una valoración o contrastación mínima de la solicitud del abonado (SAP Navarra de 10-2-2010 [JUR 2010\179570]). Así lo exige la buena fe aplicable a cualquier relación contractual (art. 7 y 1258 CC) y así se deriva de lo previsto expresamente en el artículo 10 de la CDUSCE.

También la Audiencia Provincial de Burgos, se ha pronunciado en torno a esta cuestión indicando que *“los problemas de portabilidad surgida entre ambas compañías telefónicas no deben repercutir en el cliente, sufrido consumidor que no fue informado con la debida diligencia y celeridad del problema existente y del proceso a seguir”* (SAP Burgos 27-7-2010 [AC 2010,1163]).

Existe también una línea jurisprudencial que declara a los operadores implicados en el proceso de portabilidad responsables solidarios de los defectos del procedimiento y por ello, de las consecuencias negativas derivadas de los mismos, como son la restitución o abono de facturas indebidas, pago de cláusulas de penalización o la indemnización de daños morales por interrupción del servicio (SAP de Burgos de 27-7-2010, [AC 2010,1163] y SAP Navarra de 10-2-2010 [JUR 2010,179570]).

En función de las consideraciones anteriormente formuladas, dado que cuando un usuario solicita la portabilidad está manifestando su voluntad de poner fin al contrato, e independientemente de la tecnología empleada o de las condiciones contractuales, cabe concluir, en respuesta a la consulta de la Comunidad de Madrid, que al producirse el cambio de operador de una compañía de telefonía a otra, con conservación del número, el usuario causará baja en todos y cada uno de los servicios asociados, ya sean servicios suplementarios (por ejemplo: llamada a tres, servicio de desvío de llamadas, indicación de llamadas en espera, buzón de voz, alquiler de terminales telefónicos, servicio de mantenimiento ...) o bien servicios de tráfico (por ejemplo: servicio telefónico de voz, servicio de acceso a datos e Internet, servicio de acceso a televisión de pago ...), sin necesidad de comunicar la baja de cada uno ellos al operador, ya que se está rescindiendo el único contrato que el usuario mantiene con el operador (no puede entenderse el mismo como una sucesión de contratos diferentes, uno por cada uno de los servicios prestados). Sólo si el usuario lo solicita expresamente, en función de la oferta de cada operador y de sus relaciones mayoristas, podrá reducir su solicitud de portabilidad a determinados servicios, teniendo en todo caso el operador de origen la obligación de enviar las nuevas condiciones contractuales de forma previa a la ejecución del mismo.

La facturación de servicios asociados al servicio telefónico tras la ejecución de la portabilidad constituye una práctica abusiva para el usuario, en cuanto implica la facturación de servicios no solicitados, ni deseados, y supone obstáculos injustificados al derecho del usuario a cambiar de operador con conservación de número de teléfono (artículo 87.6 del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado mediante Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre), o bien por la declaración de adhesión del consumidor y usuario a cláusulas de las cuales no ha tenido la oportunidad de tomar conocimiento real antes de la celebración del contrato (artículo 89.1 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre), sin perjuicio de poder considerar también estas actuaciones como prácticas comerciales desleales, en virtud del artículo 19 del RDL 1/2007, que en su caso podrán dar lugar a la correspondiente tramitación del oportuno procedimiento sancionador por parte de las administraciones autonómicas o locales en materia de consumo.

[\[Volver\]](#)

