

**MADRID**

Castellana, 216
28046 Madrid
Tel.: (34) 91 582 91 00

BARCELONA

Diagonal, 640 bis
08017 Barcelona
Tel.: (34) 93 415 74 00

BILBAO

Alameda Recalde, 36
48009 Bilbao
Tel.: (34) 94 415 70 15

MÁLAGA

Marqués de Larios, 3
29015 Málaga
Tel.: (34) 952 12 00 51

VALENCIA

Gran Vía Marqués
del Turia, 49
46005 Valencia
Tel.: (34) 96 351 38 35

VIGO

Colón, 36
36201 Vigo
Tel.: (34) 986 44 33 80

BRUSELAS

Avenue Louise, 267
1050 Bruselas
Tel.: (322) 231 12 20

LONDRES

Five Kings House
1 Queen Street Place
EC 4R 1QS Londres
Tel.: +44 (0) 20 7329 5407

LISBOA

Avenida da Liberdade, 131
1250-140 Lisboa
Tel.: (351) 213 408 600

LA COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES PROHÍBE COBRAR POR CANCELAR LA PORTABILIDAD MÓVIL

Ana Isabel Mendoza Losana

*Profesora contratada doctora de Derecho Civil. Universidad de Castilla-La Mancha
Departamento de Gestión de Conocimiento de Gómez-Acebo & Pombo*

La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones sólo autoriza cobrar hasta 42 céntimos por cancelar la portabilidad fija y prohíbe la imposición de cargos por cancelación de la portabilidad móvil.

1. Dudas de Telefónica

Telefónica de España, S.A.U. plantea consulta a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones sobre la posibilidad de cobro a los clientes de los costes derivados de las cancelaciones de las solicitudes de portabilidad. No es que Telefónica pretenda cobrar a sus clientes por cancelar la portabilidad sino que cuestiona la práctica adoptada por alguno de sus competidores en la medida que obstaculiza sus estrategias de recuperación de clientes que pretenden portarse.

De la información facilitada por los operadores, se concluye que, en efecto, algunos de ellos y especialmente los distribuidores de su red comercial, exigen al usuario solicitante de portabilidad la entrega de un depósito o fianza (en algunos casos de hasta 50 euros) para garantizar la recuperación de los costes derivados de la portabilidad o en su caso, de la entrega de la tarjeta SIM o del nuevo terminal. Si la portabilidad resulta exitosa o es imposible su activación por razones técnicas, el usuario recupera la fianza, por el contrario, en caso de cancelación, la pierde.

2. La normativa sectorial prohíbe cargos disuasorios de la portabilidad

En su resolución de 28 de abril de 2011, la CMT responde a la consulta planteada afirmando que a la vista de lo dispuesto en la normativa sectorial actual (artículos 18 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de las Telecomunicaciones y 45 del RD 2296/2004, por el que se aprueba el Reglamento de Mercados de Comunicaciones Electrónicas, Acceso a Redes y Numeración, así como en la nueva normativa comunitaria pendiente de transposición (artículo 30 de la Directiva 2002/22/CE relativa al servicio universal modificado por la Directiva 2009/136/CE), se colige que el operador receptor puede repercutir cuotas a los abonados en recuperación de los pagos efectuados al operador donante derivados de un proceso de cambio de operador, pero el importe de dichas cuotas no debe disuadir a los clientes del ejercicio de su derecho a cambiar de proveedor de servicios.

Las contraprestaciones económicas entre operadores por los procedimientos derivados de la portabilidad de numeración telefónica geográfica y de servicios de tarifas especiales, esto es, para redes fijas han sido fijadas por la CMT (Resolución de 17 de febrero de 2011, DT 2009/1836). Para la portabilidad móvil, la situación es distinta, ya que, según recoge la CMT en su



resolución de 17 de febrero de 2011, los operadores móviles han acordado la supresión de las contraprestaciones recíprocas. En atención a los límites de precios determinados por la CMT, los potenciales operadores fijos receptores de una portabilidad numérica pueden, a su voluntad, repercutir al usuario la tarifa máxima de 0,41 euros por solicitud cancelada, ya que no se considera que este importe sea disuasorio para del ejercicio del derecho de los abonados a solicitar el cambio de operador con conservación de la numeración. En relación con la portabilidad numérica móvil, los operadores no han fijado contraprestaciones económicas a repercutir entre ellos por los procesos de portabilidad. Por lo que la Comisión considera que no es razonable imputar al usuario cuota alguna como consecuencia de la cancelación de su solicitud de portabilidad numérica.

Obviamente, de acuerdo con lo establecido en la legislación general de consumidores y usuarios y en particular, en la Carta de derechos del usuario de los servicios de comunicaciones electrónicas, aprobada por Real Decreto 899/2009, de 22 de mayo, en caso de que se decida cobrar alguna tarifa a los usuarios, se les deberá informar en el contrato de forma clara y comprensible.

Con todo, la CMT no tiene en consideración lo establecido en su propia Circular 1/2009, de 16 de abril de 2009, por la que se introduce el consentimiento verbal con verificación por tercero en la contratación de servicios mayoristas regulados de comunicaciones fijas, así como en las solicitudes de conservación de numeración. El citado precepto establece que el operador beneficiario de la portabilidad sólo podrá iniciar la tramitación de una solicitud cuando haya enviado al abonado la confirmación documental del contrato telefónico acordado en la que se incluirá información

sobre el derecho de revocación del abonado, indicando el procedimiento a seguir (al menos, el operador beneficiario dispondrá de un número telefónico perteneciente al rango 901, donde el abonado podrá revocar su solicitud) y el plazo para ejercitarlo, de conformidad con la normativa vigente, "sin incurrir en penalización ni gasto alguno por parte del abonado, el cual deberá ser asumido por el operador beneficiario" (art. 4º,c Circular 1/2009).

3. La CMT declina fijar los precios minoristas de la portabilidad y su cancelación

La normativa sectorial encomienda a las autoridades nacionales de reglamentación no sólo vigilar que las tarifas entre los operadores estén en función de los costes e incluso fijarlas, a falta de acuerdo entre ellos, sino velar para que dichos precios no disuadan a los abonados de hacer uso de la portabilidad numérica.

Sin embargo, las ANR no pueden fijar las tarifas minoristas para la conservación de la numeración si ello puede falsear la competencia (art. 30.3 Directiva 2002/22/CE). Aunque las Autoridades Nacionales de Reglamentación tienen potestad para establecer unos precios máximos que se podrán cobrar a los usuarios por parte de los operadores, en caso de que se estimen razonables y se considere que su importe no disuade del ejercicio del derecho de los abonados a cambiar de operador. Esta posibilidad ha sido ratificada por la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de 13 de julio de 2006, (asunto C-438/04), que dio respuesta a la cuestión prejudicial planteada por la Corte de apelación de Bruselas sobre la interpretación de lo establecido en la Directiva del Servicio Universal, como consecuencia del recurso interpuesto por el operador belga Mobistar, S.A. contra la decisión administrativa que fijó la indemnización máxima a



cobrar a los usuarios por la conservación de su número (tarifa máxima de 15 euros).

Con todo, a la vista de las contraprestaciones económicas que actualmente los operadores fijos y móviles pueden repercutirse entre sí como consecuencia de los procesos de portabilidad numérica y dada la regulación sectorial existente en materia de conservación de la numeración, la Comisión no estima razonable la petición de Telefónica de fijar un precio máximo minorista según el tipo de portabilidad de numeración fija y móvil, el tipo de acceso a portar y los números a portar.

4. Posible práctica abusiva

Además de la normativa sectorial, la CMT observa la práctica desde la perspectiva del Texto Refundido de la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007 y de la Ley 7/1996, de Ordenación del Comercio Minorista. La legislación de consumo 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 (art.68 TR LGDCU) y sin la implicación de gasto alguno para el consumidor o usuario (art. 73 TR LGDCU). Se 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 TRLGDCU). El ejercicio de este derecho de desistimiento obligará a las partes a la restitución recíproca de las prestaciones, de acuerdo con lo establecido en el Código Civil (art. 74 TRLGDCU). No obstante, si al usuario le fuera imposible la devolución de lo debido en el momento de ejercitar el desistimiento deberá pagar el valor de mercado que

el bien tenga en dicho momento o el precio de adquisición si aquel fuera superior a éste (art.75 LGDCU).

El artículo 87.6 del TRLGDCU califica como cláusulas abusivas aquéllas que impongan obstáculos onerosos o desproporcionados para el ejercicio de los derechos reconocidos al consumidor en el contrato. Tal podría ser el caso de las cláusulas que impongan al usuario el pago de un precio o anticipo de pago del bien o servicio para el caso de que se ejercite el desistimiento del contrato.

Por su parte, el artículo 10 la Ley 7/1996, de Ordenación del Comercio Minorista prohíbe al vendedor exigir anticipo de pago o prestación de garantías, incluso la aceptación de efectos que garanticen un eventual resarcimiento en su favor para el caso de que se devuelva la mercancía y el artículo 44 de la misma Ley, relativo a ventas a distancia, regula el derecho del desistimiento del comprador en los mismos términos que la Ley de Defensa de Consumidores y Usuarios.

Por tanto, de lo establecido en ambas Leyes cabe concluir que en ningún caso se podrá repercutir al usuario los gastos en los que incurra el operador a consecuencia de una solicitud de cambio de operador con conservación de la numeración cancelada. Además, tampoco es posible exigir al usuario garantías o anticipos de pago previos a la prestación del servicio o entrega del bien que garanticen un eventual resarcimiento del operador para el caso de que se ejercite el derecho al desistimiento del contrato o cancelación de la solicitud de portabilidad numérica. Este tipo de cláusulas contractuales podrían ser consideradas como abusivas por la autoridad jurisdiccional competente.

Basándose en el carácter no disuasorio de la cantidad de 0,42 euros para la cancelación



lación de la solicitud de portabilidad fija, la CMT acepta la imposición de este cargo, sin embargo no tiene en cuenta que, conforme a la normativa de consumo e incluso según su propia Circular 1/2009, el ejercicio del derecho de revocación no ha de implicar gasto alguno para el consumidor (art. 4º, c Circular 1/2009 y arts. 68.1 y 73 TR LGDCU). Lo que conlleva que los eventuales costes de cancelación de portabilidad entre operadores (0,42 € por solicitud cancelada para la portabilidad fija y 0 € en la portabilidad móvil) habrán de ser asumidos por los operadores y no soportados por el usuario que cancela la portabilidad solicitada. Cualquiera que sea

el concepto (fianza, penalización, señal, costes de preparación de la portabilidad, reserva de alta...), por el que el operador o el distribuidor autorizado pretendan cobrar al usuario por ejercer su derecho a cancelar la solicitud de portabilidad puede ser considerado abusivo (art. 87.6 TR LGDCU)¹.

Por todo ello, la CMT decide dar traslado de su resolución y de los antecedentes recabados en el curso del procedimiento a la autoridad administrativa competente en materia de protección de los derechos de los consumidores.

¹ Para un estudio más exhaustivo de esta cuestión puede verse mi trabajo "Portabilidad: precios, fianzas y revocación" publicado en la web del Centro de Estudios de Consumo de la Universidad de Castilla-La Mancha, marzo de 2011 (<http://www.uclm.es/centro/cesco/pdf/trabajos/7/2011/7-2011-1.pdf>).