

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

TRAS TRES DÍAS SIN BLACKBERRY

Consecuencias jurídicas de la interrupción del servicio de acceso a Internet a través de BlackBerry

Ana Isabel Mendoza Losana

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

1. Hechos

Como si del desabastecimiento de un bien de primera necesidad se tratara, ha saltado a los medios de comunicación la noticia de la interrupción del servicio de conexión a Internet que han sufrido millones de usuarios de BlackBerry en gran parte del mundo, entre el 10 y el 13 de octubre de 2011. Desde las once horas del lunes 10 de octubre y la una del martes 11, hora peninsular española, los móviles BlackBerry de Europa, Oriente Medio, India y África no tuvieron conexión a Internet; el martes, 11 de octubre, los *smartphones* comenzaron a funcionar con normalidad pero aproximadamente a las trece horas y diez minutos se repitió la incidencia que se fue extendiendo territorialmente a Latinoamérica, Canadá y Estados Unidos y todavía persistía el miércoles, 13 de octubre, aunque en esta fecha el servicio ya se fue restableciendo paulatinamente, reactivándose primero la mensajería y posteriormente, la navegación por Internet.

Y es que verdaderamente la comunicación a través de la red se ha hecho imprescindible para muchas personas que controlan sus cuentas de correo, acceden a las redes sociales o navegan por Internet a través de su teléfono móvil.

La interrupción sólo ha afectado a la conexión a Internet, lo que incluye, entre otras facilidades, el acceso a correo electrónico y mensajería WhaptsApp.

Los servicios de telefonía vocal y de mensajes cortos (SMS o MMS) no han sufrido anomalías.

Según *Research In Motion* (RIM), la empresa fabricante de BlackBerry, los problemas en sus servicios se deben al fallo de un conmutador de red en uno de sus centros de servidores en Europa, acompañado de un inadecuado funcionamiento de los sistemas de respaldo que provocó una gran cantidad de mensajes atrasados acumulados, de modo que fue necesario reducir el tráfico para estabilizar los servicios mientras se procesaba la gran cantidad de mensajes acumulados. A diferencia de sus competidores, como iPhone o los aparatos Android, RIM utiliza sus propios servidores para enviar y recibir los mensajes, tanto de correo electrónico como de texto.

Pretende este documento analizar las consecuencias jurídico-económicas del suceso para los clientes de España.

2. Compensaciones a los usuarios

2. 1. Compensación por interrupción del servicio

El artículo 16 de la Carta de Derechos del Usuario de Comunicaciones Electrónicas, aprobada por Real Decreto 899/2009, de 22 de mayo (en adelante CDUSCE) prevé las compensaciones por interrupción del servicio de acceso a Internet,

estableciendo que el operador deberá compensar al abonado en la factura inmediatamente posterior a la interrupción, con la devolución del importe de la cuota de abono y otras cuotas fijas, prorrateadas por el tiempo que hubiera durado la interrupción. Se reconoce el derecho a una compensación automática por la interrupción del servicio de acceso a Internet si durante un período de facturación, la interrupción, continua o discontinua, es superior a seis horas en horario entre las ocho de la mañana y las diez de la noche. A contrario, si la interrupción no supera la duración establecida o se produce en un horario distinto, el operador no está obligado a abonar la compensación automáticamente, sino que el usuario deberá reclamar dicha compensación (cfr. art. 16.1).

Tal y como se han desarrollado los hechos (interrupción del servicio por más de seis horas entre las 8:00 y las 22:00 h.), **el usuario tiene derecho a la compensación automática en la próxima factura** por una cuantía equivalente a la cuota fija prorrateada por el tiempo total que ha durado la interrupción del servicio. Por tanto, en principio, no es preciso que el usuario reclame¹, aunque, previsiblemente, no tardarán en aparecer conflictos que finalmente acaben motivando reclamaciones (ej. determinación exacta de la duración de la interrupción, identificación de usuarios afectados, determinación del precio del servicio integrado en un pack,...).

El artículo 16 establece también algunas reglas para determinar la cuantía de la compensación cuando se comercializan conjuntamente servicios de telefonía y otros servicios como el de acceso a Internet. Los usuarios que tengan contratado un pack de servicios integrados (llamadas e Internet) deberán comprobar que las condiciones de la oferta indican la proporción que corresponde a cada servicio; en caso contrario, se considerará que el precio de cada uno es el proporcional al de su contratación por separado y sólo si el operador no comercializa los servicios por separado, -lo que es bastante improbable-, se considerará que el precio correspondiente es el 50% del precio total.

Dado que la interrupción ha afectado al servicio de Internet móvil y que según todas las informaciones, su incidencia no ha sido idéntica para todos los usuarios, ni para todos los territorios, se podrán suscitar problemas para la determinación de los usuarios afectados (ej. no lo serían aquellos que a pesar de estar domiciliados en España por razones circunstanciales en la fecha y horas de la interrupción se encontraban en lugares no afectados; a la inversa, podrán haber resultado afectados usuarios que, a pesar de no estar domiciliados en los territorios afectados por la incidencia, en las fechas y horarios de la interrupción se encontraban de viaje en alguno de los lugares afectados). Por lo que se refiere a España, el artículo 17 de

1 Así lo han reconocido algunos de los operadores que han enviado a sus clientes mensajes similares a este: "ante la incidencia en el servicio Blackberry en su próxima factura devolveremos automáticamente la parte del servicio no disfrutado. Disculpe las molestias".

la CDUSCE pretende dar respuesta a este problema estableciendo varios criterios para determinar qué usuarios han resultado afectados. Se entenderá que una interrupción del servicio en una zona afecta a un abonado cuando se dé alguna de las siguientes circunstancias: a) El operador conoce a través de sus sistemas de información que dicho abonado se encontraba en la zona afectada en el momento de la interrupción; b) La interrupción afecta al área donde se encuentra el domicilio que figura en el contrato y el operador, a través de sus sistemas de información, no puede situarle en otra zona durante el período de la interrupción; c) El abonado comunica al operador, mediante declaración responsable, en el plazo de diez días contados a partir del restablecimiento del servicio, que ha estado en la zona afectada por la interrupción en el momento de producirse y dicha afirmación no resulta contradictoria con la obtenida de los sistemas de información del operador, circunstancia esta última que será debidamente comunicada por el operador al abonado. En cualquier caso, la información a la que hacen referencia los supuestos anteriores, no podrá implicar el tratamiento de datos de localización (sobre esto v. SAP de Madrid de 30-1-2007, AC 2007,356, interrupción de Vodafone).

A nivel internacional y sin perjuicio de la legislación nacional aplicable, cabe recomendar a los clientes de Blackberry que han sufrido la

interrupción del servicio móvil estando en un área distinto al de su domicilio (ej. usuario estadounidense que se encontraba en España el día 10 de octubre) que comuniquen a su operador esta circunstancia.

2.2. Compensación por incumplimiento de parámetros de calidad

El contrato ha de incluir los parámetros de calidad del servicio que el operador se obliga a alcanzar (art. 8.1,d CDUSCE) y sobre los que ha de publicar información detallada, comparable y actualizada en los términos establecidos por una orden ministerial (arts. 14.1 y 2 CDUSCE). Entre tales parámetros se ha de incluir el relativo al tiempo máximo de interrupción del servicio (art. 10.2 Orden ITC/912/2006). El operador habrá de prever el mecanismo de cálculo de la correspondiente indemnización para el supuesto de incumplimiento de los parámetros de calidad. Esta indemnización tiene su propia causa, -el incumplimiento de parámetros de calidad- y es acumulativa y exigible sin perjuicio de la compensación por interrupción del servicio (devolución de la cuota correspondiente al servicio no disfrutado prorrateada por el tiempo de duración de la interrupción), si la interrupción supera el tiempo previsto como parámetro de calidad del servicio (art. 11.1.III Orden ITC/912/2006), en los términos determinados en el contrato o en las condiciones generales de uso de tarjetas prepago².

2 El Ministerio de Industria, Turismo y Comercio publica los compromisos individuales de calidad asociados al mencionado parámetro "tiempo de interrupción del servicio", que se han fijado los operadores con mayor volumen de facturación, junto con el importe o método de cálculo de las indemnizaciones asociadas y el procedimiento a seguir por los usuarios para hacerlas efectivas. (http://www.mityc.es/telecomunicaciones/es-ES/Servicios/CalidadServicio/Compromisos/Compromisos_SAI_110904.pdf)

2.3. Otras compensaciones

Como en cualquier incumplimiento contractual, si el usuario puede probar y cuantificar la existencia de otros daños, emergentes o lucros cesantes, aparte de la interrupción en sí misma, tales daños deberán ser indemnizados por la vía de la responsabilidad civil (art. 18 CDUSCE³, arts. 117 y 128 TRLGDCU aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007⁴ y arts. 1101 y 1124 CC).

El argumento relativo al caso fortuito o fuerza mayor casi nunca funciona como causa exoneratoria de la interrupción del suministro eléctrico o de los propios servicios de telecomunicaciones (cfr. SAP Barcelona 23-11-2004, AC 2005/256; Madrid 30-1-2007, AC 2007,356), ya que los fallos de sistemas de red o de conmutadores se consideran como factores que no son radicalmente ajenos al control del operador. Especialmente ilustrativa es la sentencia de la AP de Madrid, de 30 de enero de 2007 (AC 2007,356), dictada en el proceso contra Vodafone por la interrupción del servicio de telefonía vocal acaecida el 20 de febrero de 2003.

La indemnización ha de cubrir los daños físicos o materiales causados al usuario y las ganancias dejadas de obtener, si es un usuario comercial o empresarial. Como ha reiterado la jurisprudencia relativa a casos de

interrupción del suministro eléctrico, cuyos principios son aplicables a los servicios de telecomunicaciones con ciertas matizaciones, las pérdidas de negocio no son daños "imprevisibles" a los efectos del art. 1107 CC (SSAP Girona 12-3-1997, AC 1997,556; Vizcaya 15-5-1998, AC 1998,1120; León 12-4-1999, AC 1999/5738 y Girona 7-5-2001, AC 2001,2456, entre otras). Aunque las redes de telecomunicaciones son mucho más fungibles y no existe una conexión tan directa como entre red eléctrica y negocio (es mucho más fácil perder negocio cuando no se dispone de electricidad, que cuando no se dispone de conexión a Internet), el usuario, cuyo negocio depende principal o exclusivamente de la conexión a la red, podrá acreditar las pérdidas derivadas de la interrupción.

Algunos ejemplos de daños indemnizables son el coste de medios de comunicación alternativos (telefonía vocal o SMS) que no se hubieran usado de disponer correctamente del servicio (lo que puede acreditarse mediante una comparación de facturas); la tasa de la aerolínea por imprimir un billete que no se puede exhibir por tenerlo guardado en el móvil; el precio del taxi para acudir infructuosamente a una reunión cancelada poco tiempo antes, avisando de la cancelación a través de un mensaje WhatsApp que llega al destinatario tres días más tarde. No obstante, salvo supuestos

3 Artículo 18. Responsabilidad por daños:

1. 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.
2. La responsabilidad prevista en este artículo es distinta e independiente de la prevista en los artículos precedentes.

4 Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (BOE 287, 30-11-2007).

similares a los ejemplos antes citados o el lucro cesante en el caso de usuarios profesionales que han hecho de internet su medio principal o exclusivo de negocio, el usuario tendrá serias dificultades para probar los daños ocasionados (ej. pérdida de oportunidades de comunicación, estados de ansiedad provocados por la sensación de incomunicación, daño moral por la reconciliación amorosa que no llega a tiempo). Por otra parte, existen otros daños que, aun siendo indiscutible su concurrencia, resulta compleja su cuantificación, como por ejemplo, la falta de disponibilidad del servicio para los usuarios prepago, que en algunas modalidades de contratación sólo pagan si se conectan.

En contra, cabe argumentar que muchos de los daños enumerados podrían evitarse fácilmente utilizando otros medios de comunicación que no se vieron afectados por la interrupción (telefonía vocal, SMS o MMS). Sin embargo, el uso de estos servicios alternativos implica un sobrecoste que el usuario que tiene contratado el servicio de acceso a Internet no tiene porqué soportar y que constituye en sí mismo un daño indemnizable. Además, las probabilidades de sufrir daños por no hacer uso de medios alternativos se incrementan si se tiene en cuenta la actitud tanto de los operadores como de los fabricantes que durante las primeras horas de la interrupción no facilitaron información sobre el colapso de los servicios, de modo que los usuarios no percibían la necesidad de utilizar otros medios de comunicación (ej. mensajes figuraban como enviados aunque en realidad no habían salido).

2.4. Usuarios prepago

Es pertinente recordar que los usuarios prepago o de tarjeta son también beneficiarios de cualquiera de las compensaciones referidas en los apartados anteriores (art. 8.2 CDUSCE), debiendo el operador realizar los correspondientes ajustes en el saldo en un tiempo no superior al de los usuarios de contrato (art. 15.1.V CDUSCE, por analogía).

3. ¿Quién está obligado a abonar las compensaciones o indemnizaciones?

Los medios están situando la pelota en el tejado de los operadores. Sin embargo, ello solo es cierto en parte. Si es el operador el que ha vendido la BlackBerry, éste debe responder de cualquier falta de conformidad del bien con el contrato (arts. 114 y 128 TRLGDCU). La imposibilidad de la conexión constituye una falta de conformidad y el operador-vendedor habrá de responder de ésta y de todos los daños asociados a la misma (interrupción del servicio y otros daños derivados).

Pero no siempre el operador es también vendedor. En ciertos supuestos, -ciertamente, los menos frecuentes-, el usuario adquiere su terminal libre y posteriormente, contrata los servicios de un operador de telecomunicaciones. ¿Quién debe compensar entonces por la interrupción del servicio? No serán los operadores, sino el vendedor (por la falta de conformidad del bien) y en este caso, no serán aplicables las compensaciones automáticas previstas en la legislación sectorial de telecomunicaciones cuyos destinatarios son los operadores.

En cualquiera de los casos, quedará abierta la vía a posibles reclamaciones de los vendedores, operadores o no, al fabricante de BlackBerry que ha ocasionado la interrupción.

4. Algunas cuestiones procesales

Aunque la mayoría de los operadores han manifestado su intención de compensar a los clientes por la interrupción del servicio en los términos previstos en la normativa sectorial, previsiblemente, no tardarán en suscitarse conflictos respecto a cuestiones determinantes de la cuantía de las compensaciones como la concreción de los usuarios afectados (no necesariamente coincidentes con los usuarios con domicilio en España); la duración de la interrupción variable en función de los territorios, los servicios considerados y los usuarios; la parte del precio correspondiente al servicio de acceso a Internet cuando se ha contratado un pack integrado; efectos sobre usuarios prepago ...

Como es sabido, **mediante el procedimiento administrativo de resolución de reclamaciones ante la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información, los usuarios pueden exigir las compensaciones previstas en la legislación sectorial** (por interrupción del servicio y por incumplimiento de parámetros de calidad), **pero no la indemnización de otros daños** que sólo serán demandables en vía civil o mediante arbitraje (arts. 3.1.,f), 3.2,a y 9.1 Orden ITC/1030/2007).

En relación al ejercicio de acciones colectivas por asociaciones de consumidores, se ha suscitado un interesante problema de índole procesal, que, seguramente, se repetirá en eventuales acciones derivadas de esta interrupción: ¿Resultan “fácilmente determinables” los usuarios afectados por la interrupción del servicio

telefónico o por el contrario, son “de difícil determinación”? La respuesta es relevante a los efectos del artículo 15 de la LEC. En el primer caso, incumbe a la asociación demandante la obligación de comunicar previamente “a todos los interesados” su propósito de presentar la oportuna demanda, a fin de que puedan intervenir en el proceso (art. 15.2 LEC); en el segundo, no resulta exigible la previa comunicación, sino que bastará con que el Juzgado ante el que se interponga la demanda publique su admisión en medios de comunicación con difusión en el ámbito territorial en el que se haya manifestado la lesión de los derechos o intereses de consumidores y usuarios (art. 15.1 LEC). Sobre el particular, se ha pronunciado la Audiencia Provincial de Barcelona en su auto de 31 de mayo de 2011 (JUR 2011,292535), considerando que se trata de un supuesto en el que los afectados son de “difícil determinación” incluso para el propio operador y que por tanto, el Juzgado ante el que se interponga la demanda deberá hacer el llamamiento general a través de medios de comunicación que prevé el artículo 15.1 de la LEC.

5. Detalles comerciales de blackberry

El lunes 17 de octubre, RIM, el fabricante de BlackBerry, ha anunciado que una selección de aplicaciones cuyo valor supera los 100 dólares se ofrece de forma gratuita a sus clientes como muestra de agradecimiento por su paciencia durante la interrupción del servicio. Las aplicaciones Premium (juegos, editores de fotografía, traductores...) estarán disponibles en BlackBerry® App World™ en un período de cuatro semanas a partir del miércoles 19 de octubre y seguirán disponibles hasta el 31 de diciembre de 2011. Además, la empresa ofrece gratuitamente un mes de soporte técnico a todos sus clientes.

Naturalmente, esta estrategia ha de interpretarse como gesto o detalle comercial

del fabricante para recuperar la confianza perdida pero no afectan en modo alguno al derecho de los usuarios a recibir las correspondientes compensaciones e indemnizaciones por la interrupción sufrida.

6. Reivindicaciones a raíz del fallo de blackberry

La incidencia ha evidenciado ciertas lagunas en la regulación. Y ello principalmente por tres motivos: la compensación

automática queda reservada para interrupciones graves; la escasa cuantía de las compensaciones⁵ y la dificultad de probar daños derivados de la interrupción. Aunque no deja de tener un marcado tinte oportunista, es comprensible que tras el fallo de BlackBerry, las asociaciones de consumidores más representativas soliciten un cambio de la regulación para garantizar compensaciones más razonables y ajustadas a los perjuicios realmente sufridos por los usuarios afectados.

⁵ Según estimaciones de las asociaciones de consumidores, considerando que las compañías cobran por el acceso a Internet cuotas mensuales de entre 7,08 euros (6 € más el 18% de IVA) y, ya incluyendo llamadas, 117,88 euros (99,90 € más IVA), las compensaciones establecidas por la normativa suponen cantidades de entre 23 céntimos y 1,90 euros por cada 24 horas de interrupción de los servicios. De "ridículas" e "irrisorias" se han calificado estas compensaciones.