



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

JAIME ALMENAR BELENGUER, Secretario del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, en uso de las competencias que le otorga el artículo 40 del Reglamento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, aprobado por Real Decreto 1994/1996, de 6 de septiembre,

CERTIFICA:

Que en la Sesión 25/07 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 12 de julio de 2007, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el cual, en relación con el expediente **RO 2006/422**, se aprueba la siguiente

RESOLUCIÓN POR LA QUE SE PONE FIN AL PERÍODO DE INFORMACIÓN PREVIA SOBRE DETERMINADAS CLÁUSULAS DE LOS CONTRATOS TIPO DE TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA S.A. Y VODAFONE ESPAÑA, S.A. Y SE ACUERDA NO INICIAR EL CORRESPONDIENTE PROCEDIMIENTO

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 16 de marzo de 2006 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de la ASOCIACIÓN PRO DERECHOS CIVILES, ECONÓMICOS Y SOCIALES (en adelante, ADECES) en el que se señalaba lo siguiente:

- Que ADECES había tenido noticia de que VODAFONE ESPAÑA, S.A. (en adelante, VODAFONE) se había dirigido a sus clientes para informarles de las nuevas condiciones contractuales aplicables a los abonados de la operadora de telefonía móvil;
- Que a través de una de las nuevas condiciones contractuales, VODAFONE ampliaba el plazo mínimo de permanencia en la compañía hasta un período de 18 meses, con una penalización de 150 euros en caso de rescisión en un plazo anterior por parte del abonado;
- Que, según el escrito de ADECES, dicha práctica podría afectar a la portabilidad en redes móviles.

Por todo lo anterior, ADECES solicitaba que esta Comisión *“ponga coto a este tipo de prácticas y requiera a VODAFONE la cesación en las mismas o le obligue a especificar por vía contractual que este tiempo de permanencia obligatorio sólo rige para los supuestos de adquisición de un terminal subvencionado”*.

Segundo.- A la vista de este escrito y en virtud de lo dispuesto en el artículo 69.2 de la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC), mediante escritos del Secretario de esta Comisión de fecha 4 de abril de 2006 se informó a VODAFONE y ADECES sobre la apertura de un período de información previa con el fin de conocer



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

las circunstancias del caso y la conveniencia o no de iniciar el correspondiente procedimiento, acordándose un plazo de diez días para la presentación de alegaciones, documentos u otros elementos de juicio que las partes pudieran estimar oportunos. Dicho expediente se tramitó con referencia RO 2006/442.

Tercero.- Con fecha 20 de abril de 2006 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de VODAFONE por el que solicitaba la ampliación del plazo inicialmente otorgado.

Cuarto.- Con fecha 3 de mayo de 2006 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de VODAFONE por el que presentaba sus alegaciones al escrito de ADECES.

En su escrito, VODAFONE señalaba que a partir de noviembre de 2005 comenzó a poner a disposición de sus clientes post-pago el contrato tipo que contiene las nuevas condiciones generales de contratación. El nuevo contrato tipo también fue notificado a los organismos enumerados en los artículos 108 y 109 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.

Conforme a las alegaciones de VODAFONE, la cláusula correspondiente al compromiso de permanencia de 18 meses sería una condición particular, independiente del contrato de servicio de telefonía móvil, cuya aplicación debe ser contratada expresamente y caso por caso por el cliente. La cláusula se aplicaría a los clientes post-pago que se hubieran dado de alta en VODAFONE suscribiendo el nuevo contrato tipo y que hubieran marcado con una "X" la casilla denominada "Contrato de Permanencia". Según el escrito de VODAFONE, las condiciones de permanencia de VODAFONE siempre se encuentran vinculadas a la entrega de un terminal al cliente subvencionado total o parcialmente por VODAFONE.

Quinto.- Con fecha 11 de julio de 2006 tuvieron entrada en el Registro de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones dos escritos de la UNIÓN DE CONSUMIDORES DE ESPAÑA (en adelante, UCE) a través de los cuales la UCE señalaba lo siguiente:

- Que la UCE había tenido noticia de que TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA S.A. (en adelante, TME) y VODAFONE se habían dirigido a sus clientes para informarles de las nuevas condiciones contractuales aplicables a los abonados de las dos operadoras de telefonía móvil;
- Que, en particular, a través de una de las nuevas condiciones contractuales, TME y VODAFONE ampliaban el plazo mínimo de permanencia en las respectivas compañías hasta un período de 18 meses, con una penalización de 150 euros en caso de rescisión en un plazo inferior por parte del abonado;
- Que, conforme a lo previsto por la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, dichas cláusulas podrían reputarse como abusivas.

Afirma también la UCE que la inclusión del contenido mínimo de los contratos con los abonados en la página web de los operadores puede revelarse como un medio



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

insuficiente, puesto que este medio no garantiza el conocimiento por parte de los clientes que no disponen de este servicio.

Por todo lo anterior, la UCE solicitaba que esta Comisión *“incoe expediente sancionador [a TME y VODAFONE] por prácticas abusivas y contrarias a la normativa de consumo, imponiendo la correspondiente sanción administrativa en su grado máximo atendiendo al número de usuarios afectados y al importe del beneficio obtenido por el empleo de esta práctica”*.

Sexto.- A la vista de este escrito y en virtud de lo dispuesto en el artículo 69.2 de la LRJPAC, mediante escritos del Secretario de esta Comisión de fecha 15 y 16 de enero de 2007 se informó a TME, VODAFONE y la UCE sobre la apertura de un período de información previa con el fin de conocer las circunstancias del caso y la conveniencia o no de iniciar el correspondiente procedimiento, acordándose un plazo de diez días para la presentación de alegaciones, documentos u otros elementos de juicio que las partes pudieran estimar oportunos. Dicho expediente se tramitó con referencia RO 2006/1147.

Séptimo.- Con fecha 23 de enero de 2007 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de VODAFONE por el que solicitaba la ampliación del plazo inicialmente otorgado, ampliación que fue acordada por un plazo adicional de cinco días mediante escrito del Secretario de esta Comisión de fecha 25 de enero de 2007.

Octavo.- Con fecha 2 de febrero de 2007, tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de TME por el que presentaba sus alegaciones al escrito de la UCE. Con fecha 6 de febrero de 2007, tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de VODAFONE por el que presentaba sus alegaciones al escrito de la UCE.

En sus respectivos escritos, TME y VODAFONE invocaban la presunta falta de competencia de esta Comisión para la tramitación del presente expediente. En particular, según estos operadores la competencia en materia de contratos a suscribir por los clientes de los prestadores de servicios de comunicaciones electrónicas residiría, de acuerdo con la legislación sectorial, en la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información, adscrita al Ministerio de Industria, Turismo y Comercio.

VODAFONE y TME señalaban que, conforme a lo previsto en el artículo 107 del Real Decreto 424/2005, el contrato tipo fue notificado a los clientes con un mes de antelación a su fecha de efectividad, informando de manera expresa al abonado sobre su derecho a resolver anticipadamente el contrato en caso de no aceptar las nuevas condiciones contractuales (conforme a lo previsto en la citada normativa). El nuevo contrato tipo también fue notificado a los organismos enumerados en los artículos 108 y 109 del Real Decreto 424/2005.

Según lo dispuesto por el contrato tipo de VODAFONE vigente en el momento de la denuncia, *“El Cliente se compromete a permanecer dado de alta en este Contrato y en un plan de precios de consumo mínimo igual o superior al contratado, con la línea vinculada al mismo durante los 18 meses siguientes a partir de la firma según condiciones de permanencia de Vodafone en cada momento. En caso de baja*



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

anticipada del Cliente por cualquier causa, o cambio de plan de precios a uno de tarifa inferior por decisión del Cliente, éste abonará a Vodafone la cantidad máxima de 150 euros (impuestos indirectos no incluidos) que será cargada en la cuenta corriente del Cliente, todo ello sin perjuicio de lo pactado en ulterior condición particular, en su caso.”

Las Condiciones Generales Aplicables y de Permanencia de TME estaban en su momento redactadas en términos similares, incluyendo la duración del compromiso de permanencia (18 meses) y la penalidad máxima por baja anticipada (150 euros).

Conforme a las alegaciones de VODAFONE y TME, la cláusula correspondiente al compromiso de permanencia sería una condición particular, cuya aplicación debe ser contratada expresamente y caso por caso por el propio cliente. La cláusula se aplicaría solamente a los nuevos clientes que se hubieran dado de alta suscribiendo el nuevo contrato tipo y se hubieran beneficiado de ofertas especiales a través de planes de precios reducidos o terminales subvencionados en su totalidad o en parte. Aquellos clientes que hubiesen optado por no acogerse a estas ofertas especiales no estarían sujetos al citado compromiso de permanencia.

Noveno.- Con fecha 24 de abril de 2007, mediante escrito del Secretario de esta Comisión se requirió a VODAFONE y TME para que en el plazo de diez días aportasen la siguiente información

- *“Explicación detallada de las posibles modificaciones acaecidas a lo largo del año 2007 en la redacción del compromiso de permanencia presente en las condiciones generales de prestación del servicio de telecomunicaciones móviles a particulares, en particular en lo relativo a (i) supuestos de aplicación del compromiso de permanencia; (ii) mecanismos para la determinación del importe que deberá ser satisfecho a VODAFONE en casos en que el usuario se dé de baja del servicio.*
- *A efectos de su incorporación en el expediente de referencia, se le requiere para que aporte el modelo actualmente vigente de contrato tipo para la prestación del servicio telefónico móvil disponible al público, en el que se recoge la cláusula relativa al compromiso de permanencia”.*

Décimo.- Con fecha 18 de mayo de 2007, tuvo entrada en el Registro de esta Comisión la respuesta de VODAFONE al requerimiento de información precitado.

Undécimo.- Con fecha 21 de mayo de 2007, tuvo entrada en el Registro de esta Comisión la respuesta de TME al requerimiento de información precitado.

Duodécimo.- Mediante escritos del Secretario de esta Comisión de fecha 8 y 12 de junio de 2007 se comunicó a TME, VODAFONE, ADECES y la UCE la acumulación del expediente tramitado con referencia RO 2006/1147 (denuncia de la UCE) al expediente tramitado con referencia RO 2006/422 (denuncia de ADECES) dada la identidad sustancial e íntima conexión de las denuncias presentadas por la UCE y ADECES.

A los anteriores hechos le son de aplicación los siguientes



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Calificación del escrito presentado por la Unión de Consumidores de España

Los escritos presentados por ADECES y la UCE constituyen una denuncia en cuya virtud ponen en conocimiento de esta Comisión la conducta llevada a cabo por TME y VODAFONE relativa en particular al compromiso de permanencia suscrito con sus abonados, a efectos de su valoración por parte de esta Comisión.

El artículo 11 del Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora, aprobado por Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto (en adelante, Reglamento del Procedimiento Sancionador), aplicable a los procedimientos sancionadores tramitados por esta Comisión según lo dispuesto en el último párrafo del artículo 58 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGTel), determina que:

1. Los procedimientos sancionadores se iniciarán siempre de oficio, por acuerdo del órgano competente, bien por propia iniciativa o como consecuencia de orden superior, petición razonada de otros órganos o denuncia.

A efectos del presente Reglamento, se entiende por: [...]

d) Denuncia: El acto por el que cualquier persona, en cumplimiento o no de una obligación legal, pone en conocimiento de un órgano administrativo la existencia de un determinado hecho que pudiera constituir infracción administrativa.

En virtud del precepto anterior, los escritos de referencia pueden calificarse como una denuncia a fin de examinar, con la consideración de las alegaciones presentadas durante el trámite de actuaciones previas abierto al amparo del artículo 69.2 de la LRJPAC, si procede iniciar o no el correspondiente procedimiento.

SEGUNDO.- Competencia de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones

El artículo 3 de la LGTel fija, entre otros, como objetivos de la Ley los siguientes:

“a) Fomentar la competencia efectiva en los mercados de telecomunicaciones y, en particular, en la explotación de las redes y en la prestación de los servicios de comunicaciones electrónicas y en el suministro de los recursos asociados a ellos. Todo ello promoviendo una inversión eficiente en materia de infraestructuras y fomentando la innovación”.

El artículo 48.2 de la LGTel establece que *“la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones tendrá por objeto el establecimiento y supervisión de las obligaciones específicas que hayan de cumplir los operadores en los mercados de*



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

telecomunicaciones y el fomento de la competencia en los mercados de los servicios audiovisuales, conforme a lo previsto por su normativa reguladora, la resolución de los conflictos entre los operadores y, en su caso, el ejercicio como órgano arbitral de las controversias entre los mismos”.

Según el artículo 48.3 de la LGTel, en las materias de telecomunicaciones reguladas en la LGTel, esta Comisión ejercerá las siguientes funciones:

“e) Adoptar las medidas necesarias para salvaguardar la pluralidad de la oferta del servicio, el acceso a las redes de comunicaciones electrónicas por los operadores, la interconexión de las redes y la explotación de red en condiciones de red abierta, y la política de precios y comercialización por los prestadores de los servicios. [...]”

En relación con la portabilidad de los números telefónicos, el artículo 18 de la LGTel establece que *“los operadores que exploten redes públicas telefónicas o presten servicios telefónicos disponibles al público garantizarán que los abonados a dichos servicios puedan conservar, previa solicitud, los números que les hayan sido asignados, con independencia del operador que preste el servicio [...]”*. Por su parte, 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, dispone en su artículo 43.1 que *“cuando sea preciso para dar cumplimiento a la normativa vigente sobre conservación de números, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones establecerá y hará públicas las soluciones técnicas y administrativas aplicables”*.

Por tanto, frente a las alegaciones de TME y VODAFONE, de las precitadas disposiciones puede deducirse la competencia de esta Comisión para incoar y conocer sobre la supuesta infracción denunciada por ADECES y la UCE, y, consecuentemente, la competencia para decidir sobre la iniciación o no del correspondiente procedimiento.

Esta Comisión adecuará sus actuaciones a lo previsto en la LRJPAC, texto legal al que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 2 del Reglamento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones se sujeta el ejercicio de las funciones públicas que la Comisión tiene encomendadas. En concreto, los artículos 68 y 69.1 de la LRJPAC habilitan a esta Comisión a iniciar procedimientos de oficio, y el artículo 69.2 establece que el órgano competente podrá abrir un periodo de información previa, con el fin de conocer las circunstancias del caso concreto.

TERCERO.- Valoración de las actuaciones practicadas en el periodo de información previa

Cabe significar que el periodo de información previa que se ha iniciado por esta Comisión tiene por objeto analizar las circunstancias relativas a la cláusula de permanencia introducida por TME y VODAFONE en los contratos tipo con sus clientes post-pago. En relación con las restantes cuestiones planteadas por la UCE, de los documentos obrantes en el expediente se deduce que las comunicaciones realizadas a través de la página web de los operadores sirven como un complemento – no un sustituto – a las obligaciones de comunicación y transparencia contenidas en la LGTel y en el Real Decreto 424/2005. En particular, señala el artículo 107.2 del Real Decreto



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

424/2005 que *“los operadores facilitarán la información sobre el contenido mínimo de los contratos en su página de Internet, por escrito, si así lo solicita un consumidor que sea persona física u otro usuario final, que no deberá afrontar gasto alguno por su recepción, y en el teléfono de atención al público [...]”*.

Respecto a la cláusula de permanencia, de la información aportada por los operadores se desprende que VODAFONE comunicó a sus abonados la redacción de la nueva cláusula de permanencia a partir de noviembre de 2005, y TME a lo largo del mes de marzo de 2006. Como se detalla en las siguientes secciones, a raíz de la entrada en vigor de la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios, VODAFONE y TME procedieron a una modificación del contrato-tipo que regula las condiciones generales de prestación del servicio de telefonía móvil a particulares, incluyendo los respectivos compromisos de permanencia.

a) Sobre los efectos de la cláusula de permanencia introducida por TME y VODAFONE

En uso de la habilitación competencial prevista por el artículo 48.3 g) de la LGTel, mediante Resolución de esta Comisión de 2 de febrero de 2006 (publicada en el B.O.E. de 10 de febrero de 2006) se aprobó la definición y análisis del mercado de acceso y originación de llamadas en las redes públicas de telefonía móvil, la designación de los operadores con poder significativo en el mercado y la imposición de obligaciones específicas (AEM 2005/933). En la citada Resolución, se define el mercado de acceso y originación de llamadas en las redes públicas de comunicaciones móviles en España como aquel en el que cualquier Operador con Red Móvil (“ORM”), con licencia para operar en el territorio español, facilita a otro operador el acceso y la originación de llamadas de voz y datos en la red móvil de dicho ORM. El mercado definido como tal es, por tanto, un mercado mayorista. Sin embargo, en la medida en que el mercado objeto de análisis es un mercado verticalmente integrado cuyos servicios no se comercializan a terceros y que la demanda de los servicios mayoristas objeto del análisis deriva de los mercados minoristas correspondientes, en la citada Resolución se hace referencia a las condiciones competitivas en el mercado minorista correspondiente, como aproximación a las condiciones de mercado objeto de análisis.

La Resolución precitada destaca la importancia que a nivel minorista – mercado que no está sometido a obligaciones *ex ante* conforme a los criterios definidos en el nuevo marco regulatorio - tiene la portabilidad entre operadores de telefonía móvil como instrumento de fomento de la competencia. La Resolución hace también referencia a la política de subvención de terminales como variable competitiva. Como consecuencia de dicha política, la suscripción de compromisos de permanencia se ha desarrollado como una práctica general en el mercado minorista de telefonía móvil, adoptada no sólo por los operadores de red móvil tradicionales sino también por nuevos entrantes como Xfera (Yoigo) o Euskaltel. La cláusula de permanencia puede tener por tanto efectos neutros o incluso favorables para el consumidor, en particular si la oferta supone una mejora respecto de otras promociones (como puede ser el caso con la política de subvención de terminales) y prevé indemnizaciones proporcionadas con el descuento percibido por el usuario a la hora de suscribir la promoción.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Teniendo en cuenta lo que antecede, los efectos de la cláusula de permanencia introducida por TME y VODAFONE también deben ser analizados atendiendo al marco normativo vigente.

- Consideración del marco normativo vigente

En la Resolución de esta Comisión de 10 de agosto de 2000 por la que se resuelve el recurso potestativo de reposición interpuesto por Retevisión Móvil, S.A., contra la Resolución de 8 de julio de 2000, sobre las especificaciones técnicas aplicables a la conservación de numeración en caso de cambio de operador en las redes telefónicas públicas móviles (AJ 2000/2971) se procedió a la supresión como causa de denegación de la portabilidad de la *“financiación no satisfecha por terminal con cierre SIMLOCK, siempre que esa modalidad de bloqueo haya sido aceptada contractualmente por el usuario”*. La Resolución hace especial hincapié en el hecho de que la conservación de la numeración por parte del abonado y los compromisos contractuales asumidos en relación con terminales subvencionados son cuestiones independientes que no se deberían, en principio, vincular entre sí.

En la misma línea, la Resolución de 5 de junio de 2003 sobre la modificación de las especificaciones técnicas aplicables a la conservación de numeración en caso de cambio de operador en las redes telefónicas públicas móviles (MTZ 2003/147) enumera las causas por las cuales los operadores pueden negar la portabilidad. El incumplimiento por parte del abonado de un compromiso de permanencia suscrito con el operador de telefonía móvil no se considera una causa de denegación de la solicitud de portabilidad, por lo que ese posible incumplimiento no podría ser invocado por el operador donante para impedir o retrasar la portabilidad entre operadores de redes móviles. Fiel a la filosofía de asegurar que la portabilidad se lleva a cabo con las menores trabas posibles, la Resolución de esta Comisión de 1 de marzo de 2007 sobre la modificación de la especificación técnica de los procedimientos administrativos para la conservación de la numeración móvil en caso de cambio de operador (DT 2006/502) procede a reducir las causas de denegación para portar el número que pueden invocar los operadores, excluyéndose así la consideración de posibles deudas o impagos como causa de denegación de la portabilidad.

De las precitadas Resoluciones se desprende, por tanto, que la suscripción por parte de los abonados a los servicios de telefonía móvil de compromisos de permanencia a cambio de determinadas ventajas no debe implicar una barrera a la portabilidad.

Puede concluirse por tanto que las modificaciones contractuales introducidas por TME y VODAFONE no constituyen una causa que pueda retrasar la ejecución de la portabilidad.

b) Sobre las recientes modificaciones introducidas por TME y VODAFONE en la cláusula de permanencia

La cláusula de permanencia introducida por TME y VODAFONE forma parte de la relación que se establece entre los operadores de telefonía móvil y sus abonados, a través de los correspondientes contratos. Señala TME que la cláusula de permanencia



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

sólo es de aplicación cuando así se pacte expresamente, y siempre en presencia de un apoyo económico por parte del operador cuyo servicio se contrata (subvención de terminal; ofertas de precios especiales respecto a los comercializados con carácter general, como por ejemplo la contratación de una modalidad de tarifa que conlleva con carácter general una cuota mensual de 3 euros, eliminándose dicha cuota a cambio de un compromiso de permanencia con el servicio movistar por un determinado número de meses). Consideraciones análogas a las efectuadas por VODAFONE en relación con la cláusula de permanencia suscrita con sus abonados en casos de subvención de un terminal por parte de este operador.

El contenido mínimo del contrato que regula la relación entre el abonado y el operador de telefonía móvil, incluyendo el compromiso de permanencia como condición particular, ha sido objeto de recientes modificaciones auspiciadas por las relaciones entabladas entre los operadores y la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información. El objetivo último de estas modificaciones ha sido, según manifiestan los operadores, proceder a una clarificación de los términos en que se enmarca la relación operador-abonado.

En particular, interesa reproducir las recientes modificaciones relativas al compromiso de permanencia a suscribir por los abonados, con efectos a partir del 1 de marzo de 2007, efectuadas en el marco del proceso de adaptación al nuevo marco legal que supuso la entrada en vigor de la Ley 44/2006, de 30 de diciembre, por la que se procede a modificar la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

Conforme al nuevo articulado en los contratos de TME, *“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 (en adelante el “apoyo económico”), y cuando así se haya acordado y aceptado expresamente por el cliente, este 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 “compromiso de permanencia”). La cantidad del apoyo económico recibido y el número de meses de su compromiso de permanencia serán los pactados con el cliente en el anverso del contrato. 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. La mencionada cantidad será pasada al cobro al cliente en su factura. Lo anterior será aplicable igualmente en caso de interrupción definitiva del servicio, cambio de titular y cambio de numeración. Se informa al cliente de que existe la posibilidad de adquirir el mismo u otros terminales o contratar los mismos servicios sin recibir apoyo económico y, por tanto, sin compromiso de permanencia”*.

Según alega TME, el importe concreto a satisfacer por el abonado en el supuesto de incumplimiento del compromiso de permanencia será en todo caso proporcional al



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

apoyo económico recibido/ahorro económico del que el cliente se ha beneficiado y al número de meses que se ha respetado el compromiso de permanencia.

Respecto a VODAFONE, el nuevo compromiso de permanencia queda redactado de la siguiente forma:

“El Cliente se compromete a permanecer dado de alta en este Contrato con la línea vinculada al mismo durante los dieciocho (18) meses siguientes, 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. Todo lo anterior se entiende sin perjuicio de lo que pudiera pactarse al respecto en condición particular posterior entre Vodafone y el Cliente, en su caso”.

Según alega VODAFONE, el importe concreto a satisfacer por el abonado en caso de incumplimiento del compromiso de permanencia se calcula de manera proporcional al grado de incumplimiento del compromiso, dependiendo por tanto la penalización del momento en que el cliente solicita la baja del servicio, y existiendo una graduación de la cantidad a abonar a partir del sexto y duodécimo mes del contrato.

Conforme al artículo 105 de la LGTel, *“los consumidores que sean personas físicas y otros usuarios finales tendrán derecho a celebrar contratos con los operadores que faciliten la conexión o el acceso a la red de telefonía pública. A la formalización del contrato le será de aplicación la normativa general sobre protección de los consumidores y usuarios”.* A los efectos del presente expediente, interesa en particular reiterar la aplicabilidad de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, recientemente modificada por la Ley 44/2006, de 29 de diciembre.

Por todo ello, y dados los elementos analizados, no se deduce la conveniencia de iniciar el correspondiente procedimiento por parte de esta Comisión. Sin perjuicio de que los hechos denunciados puedan ser examinados, en su caso, por los tribunales ordinarios de la jurisdicción civil a la luz de la normativa vigente en materia de protección de los consumidores y usuarios.¹

¹ A estos efectos, procede señalar que la Ley 26/1984 dispone en su nuevo artículo 17 bis que *“podrán reputarse como abusivas las estipulaciones que impongan obstáculos onerosos o desproporcionados para el ejercicio de los derechos reconocidos al consumidor en el contrato, en particular en los contratos de prestación de servicios o suministro de bienes 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 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 profesional 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”.*



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Vistos los citados antecedentes y fundamentos jurídicos, esta Comisión, en uso de las competencias que tiene atribuidas,

RESUELVE

Primero.- Proceder al archivo del expediente en relación con las denuncias presentadas por la ASOCIACIÓN PRO DERECHOS CIVILES, ECONÓMICOS Y SOCIALES y por la UNIÓN DE CONSUMIDORES DE ESPAÑA contra TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA S.A. y VODAFONE ESPAÑA, S.A. y declarar concluso el período de información previa de referencia.

El presente certificado se expide al amparo de lo previsto en el artículo 27.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y el Artículo 23.2 de la Orden de 9 de abril de 1997, por la que se aprueba el Reglamento de Régimen Interior de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, con anterioridad a la aprobación del Acta de la sesión correspondiente.

Asimismo, se pone de manifiesto que contra la resolución a la que se refiere el presente certificado, que pone fin a la vía administrativa, podrá interponerse, con carácter potestativo, recurso de reposición ante esta Comisión en el plazo de un mes desde el día siguiente al de su notificación o, directamente, recurso Contencioso-Administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a su notificación, de acuerdo con lo establecido en el artículo 48.17 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, la Disposición adicional cuarta, apartado 5, de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y el artículo 116 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y sin perjuicio de lo previsto en el número 2 del artículo 58 de la misma Ley.

EL SECRETARIO

Vº Bº
EL VICEPRESIDENTE

Jaime Almenar Belenguer

Marcel Coderch Collell