

las Administraciones Públicas de seleccionar su personal respetando, entre otros, los principios de publicidad, transparencia, imparcialidad y agilidad.

El Estatuto contiene los rasgos esenciales que deben reunir los sistemas selectivos de empleo público, con la necesaria observancia para cada Administración de los principios y normas contenidos en el Estatuto para la articulación de los correspondientes procesos selectivos. En este ámbito, el Estatuto prevé la obligación de reservar un cupo no inferior al cinco por ciento de las vacantes para que sean cubiertas por personas con discapacidad, siempre que ésta sea acreditada y se superen los procesos selectivos correspondientes.

Por lo que respecta al acceso al empleo público de nacionales de otros Estados, el Estatuto, derogando la normativa anterior, mantiene la posibilidad de que los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea puedan acceder a los empleos públicos en condiciones de igualdad respecto de los nacionales españoles, salvo en aquellos puestos que impliquen directa o indirectamente una participación en el ejercicio del poder público o en las funciones que tienen por objeto la salvaguardia de los intereses del Estado o de las Administraciones Públicas. En este punto, el Estatuto establece que serán los órganos de Gobierno de las Administraciones Públicas correspondientes las que determinarán los cuerpos de funcionarios a que no pueden acceder los nacionales de otros Estados.

Código de Conducta de los empleados públicos (Capítulo VI del Título III)

El Capítulo VI del Título III del Estatuto regula lo que se ha denominado el «código de conducta de los empleados públicos», que viene a ser una sistematización de las obligaciones y principios de actuación con los que debe cumplir todo empleado público. Tal y como establece el Estatuto «*los principios y reglas establecidas en este Capítulo informarán la interpretación y aplicación del régimen disciplinario de los empleados públicos*».

Se incluye en este «código de conducta» el necesario respeto de los derechos fundamentales y libertades públicas, con especial referencia a la necesidad de evitar toda actuación que pueda producir discriminación alguna por razón de nacimiento, sexo o religión, entre otras circunstancias.

De otro lado, se recogen las obligaciones de servicio objetivo y eficaz de los empleados públicos, que no deben interferir sin justa causa en la agilización de

la tramitación de los expedientes administrativos ni aceptar ningún trato de favor o circunstancia que implique privilegio o ventaja injustificada por parte de personas físicas o entidades privadas; se recogen, además, el deber de sigilo y los deberes de atención diligente y respetuosa para con los ciudadanos.

DANIEL I. RIPLEY (*)

LA SENTENCIA DE 22 DE MARZO DE 2007 DE LA SECCIÓN 28.ª DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID ESTIMA CONFORMES A DERECHO LAS CLÁUSULAS DE FACTURACIÓN POR TRAMOS EN LA TELEFONÍA MÓVIL

Introducción

Hace escasas fechas entró en vigor la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios, que añade una nueva cláusula 7 bis a la Disposición Adicional Primera de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios («LGDCU») para considerar abusivas «*las estipulaciones que prevean el redondeo al alza en el tiempo consumido o en el precio de los productos o servicios o cualquier otra estipulación que prevea el cobro por productos o servicios no efectivamente usados o consumidos de manera efectiva*».

Al hilo de la nueva regulación legal, parece oportuno destacar los pronunciamientos que se contienen en la muy reciente sentencia de 22 de marzo de 2007 dictada por la Sección 28.ª de la Audiencia Provincial de Madrid, especializada exclusivamente en materia mercantil y que analiza —por primera vez en nuestro marco jurisdiccional— la posible nulidad de las cláusulas de facturación por tramos (redondeo) en la telefonía móvil.

La sentencia trae causa del procedimiento judicial instado por la Organización de Consumidores y Usuarios («OCU») en septiembre del año 2005 frente a las tres principales operadoras de telefonía móvil de nuestro mercado, en ejercicio la acción de cesación contra las cláusulas de facturación por tramos propias del servicio de telefonía móvil (cobro del primer minuto de comunicación por entero y los siguientes por tramos de 30 segundos). La primera instancia del procedimiento finalizó con sentencia íntegramente estimatoria de la demanda que,

(*) Del Área de Procesal y Derecho Público de Uría Menéndez (Barcelona).

en consecuencia, declaró la nulidad de las cláusulas de facturación por tramos (considerándoles un tipo de redondeo).

Contra la citada resolución las tres operadoras de telefonía móvil interpusieron el pertinente recurso de apelación, dando lugar a que la Sección 28.^a de la Audiencia Provincial de Madrid pudiese pronunciarse sobre la controversia suscitada en una sentencia que, estimando los recursos de apelación, revocó íntegramente la sentencia dictada en primera instancia.

La sentencia

La sentencia realiza un detenido análisis del régimen legal aplicable a estas cláusulas, diferencia el supuesto enjuiciado de otros casos similares ya ventilados judicialmente (fundamentalmente, las cláusulas de redondeo al alza en los aparcamientos públicos y en los intereses de los préstamos hipotecarios) y finaliza declarando ajustadas a derecho las cláusulas enjuiciadas.

Para analizar su contenido debe comenzarse por recordar que la sentencia instancia declaró nulas y, por tanto, abusivas las cláusulas enjuiciadas al considerar que *«el control judicial no se extiende al importe del precio, sino al procedimiento establecido para la determinación del precio y puede exigirse que la manera empleada para llegar al quantum sea diáfana y permita al cliente conocer qué se le va a cobrar y qué coste concreto tiene cada uno de los servicios que se le oferta, dando así la posibilidad al cliente no sólo de conocer cuáles son y cuál es el precio de cada uno de ellos, sino también de decidir si está dispuesto a aceptar y pagar cada uno de los mismos, pudiendo rechazar los que no le interesen sin tener que satisfacer su coste»*. En definitiva, el Juzgado estimó la demanda por entender que las cláusulas de tarificación por tramos utilizadas por las empresas de telefonía móvil incumplían las exigencias de transparencia en lo referente a determinación del precio y detalle de los servicios prestados.

Sobre la base de este argumento, la sentencia que se comenta realiza un exhaustivo análisis de la problemática jurídica planteada. En primer término, resuelve el problema de si el control de contenido (o de abusividad) establecido en la legislación de condiciones generales de contratación puede o no extenderse a los elementos esenciales del contrato (como es el precio). Posteriormente, delimita el alcance del control de transparencia (o inclusión) establecido en la legislación para la defensa de consumidores y usuarios. Por último, aplica las conclusiones extraídas a las cláusulas de facturación por

tramos objeto de controversia, analizando si regulan o no un elemento esencial del contrato y si respetan los requisitos legales de transparencia.

Este esquema argumental conduce al Tribunal a dos conclusiones que son determinantes para el fallo revocatorio de la sentencia dictada en primera instancia:

(i) Las cláusulas litigiosas están referidas a elementos esenciales del contrato que, por tanto, no son susceptibles del control de abusividad (es decir, de conformidad con el artículo de 10 bis de la LGDCU, no pertenecen al grupo de cláusulas susceptibles de ocasionar, por sí mismas, *«en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato»*); y

(ii) Cumplen todas las exigencias legales en materia de transparencia, ya que las condiciones generales analizadas no son arbitrarias, permiten conocer la carga económica derivada del contrato y, por tanto, comparar las distintas ofertas existentes en el mercado.

A continuación, se analizará en detalle esta fundamentación jurídica de la Audiencia Provincial.

Fundamentación jurídica

— *No cabe el control de contenido sobre los elementos esenciales del contrato*

Es interesante destacar que la sentencia considera que el concepto de condiciones generales resulta aplicable también a aquellas cláusulas que regulan elementos esenciales del contrato, si bien no olvida que la doctrina mayoritaria en esta materia defiende que no pueden ser calificadas como cláusulas impuestas (artículo 1 Ley de Condiciones Generales de la Contratación, de 13 de abril de 1998 —«LCGC»—).

En definitiva, para la Audiencia Provincial las condiciones generales *«se definen formalmente y no por su contenido, en cuanto éste no distingue entre elementos esenciales, accesorios o secundarios»*. Sin embargo, como se verá, el hecho de que se califiquen como condiciones generales no impide que se excluya la aplicación del control de contenido, en virtud del artículo 4.2 de la Directiva 93/13.

El citado artículo de la Directiva 93/13 establece que *«la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá ni a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarme*

como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible». A pesar de que este tenor literal no se reprodujo en la LCGC —de hecho, se suprimió expresamente con respecto a la versión del Proyecto de Ley—, la Audiencia Provincial —siguiendo la corriente doctrinal mayoritaria— lo considera aplicable como parte del contenido mínimo de la directiva que debe incorporarse por vía interpretativa a la legislación nacional.

Sobre la base de esa aplicación, la Sentencia considera que «los acuerdos sobre elementos esenciales quedan excluidos del control si constan en condiciones generales o en cláusulas predisuestas por una interpretación integradora de la LCU con el artículo 4.2 de la Directiva corroborado con el texto de los artículos 10.1.c) y 10 bis que no hablan de contraprestaciones, sino de derecho y obligaciones, con el añadido del artículo 1.2 de la LCU que proclama el mantenimiento de los principios de economía de mercado de acuerdo con la Constitución. Se excluye de este modo el control de contenido, aun regulado en condiciones generales, referido a las partes, las prestaciones y el precio, así como la equivalencia de las prestaciones o la finalidad o causa del contrato».

Sin embargo, la Audiencia no excluye de modo absoluto el control sobre los elementos esenciales del contrato, ya que estima que, al margen del control de contenido de la LCGC, sí pueden existir otros controles concurrentes de los elementos esenciales del contrato (por citar dos ejemplos, los controles de precios en materia de defensa de la competencia o en sectores regulados).

— Alcance del control de inclusión o transparencia en los elementos esenciales del contrato

Como establece la Directiva 93/13, la exclusión del control de contenido sobre los elementos esenciales sólo tiene lugar «siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible». Por tanto, el control judicial sólo se extiende a la verificación de si esas cláusulas cumplen con los requisitos de transparencia. ¿Qué implica y hasta donde alcanza la transparencia? Para la Audiencia Provincial el concepto de transparencia se conecta indisolublemente con el concepto de información; es decir, debe garantizarse que «el cliente conozca o pueda conocer la carga económica que el conjunto del contrato supone para él y la prestación que va a obtener de la otra parte. Se trata en definitiva de facilitar la comparación entre ofertas respecto de elementos no sometidos a control de contenido». Evidentemente, este deber de información se extiende tanto a la fase previa y simultánea a la conclusión del contrato como durante su eficacia.

— Aplicación al caso: (i) las cláusulas litigiosas se refieren a elementos esenciales y (ii) existe transparencia en la medida que permiten conocer adecuadamente la regulación contractual

La sentencia se ocupa de definir, de acuerdo con la mayoría de la doctrina y en consonancia con la práctica judicial, qué debe entenderse por cláusulas referidas a elementos esenciales y concluye que son «aquellas cláusulas sin cuya existencia no pueda considerarse válidamente celebrado el contrato por falta de determinación o determinabilidad del contenido contractual esencial». En consonancia con lo anterior, estima que la facturación por tramos de la telefonía móvil es la propia determinación del precio y afecta a la relación entre precio y prestación. Por ello «no sería factible admitir que un contrato es válido si no es posible determinar el precio (si suprimimos la cláusula en cuestión), determinación que es igualmente esencial. La desaparición de la cláusula afecta al contrato mismo». Es más, la sentencia manifiesta que, en el caso de la facturación por tramos, no puede hablarse propiamente de redondeo ya que no se produce la fijación de precio para luego proceder a su modificación al alza, sino que tan sólo se factura en función de tramos correspondientes a determinados periodos de tiempo. De ahí que la Sentencia manifieste que su desaparición afecta al contrato mismo y «otra cosa es que se pretenda que los elementos esenciales se fijen de otro modo. Naturalmente que pueden fijarse de otro modo, pero el control judicial no se extiende a sustituir unas cláusulas por otras que el demandante considere que le resulten más convenientes [...] no puede el juzgador imponer obligaciones sobre la forma de establecer las tarifas o sobre la forma en que debe realizarse la prestación, atendiendo a unas u otras unidades de tiempo, cantidad, peso, etc., según el producto o servicio».

En definitiva, las cláusulas objeto de litigio quedan exentas de control de contenido, de ahí que los tribunales no puedan imponer obligaciones sobre la forma de establecerse las tarifas o sobre la forma en que debe realizarse la prestación.

En este punto es dónde la sentencia encuentra las principales diferencias con la práctica judicial existente en materia de redondeo al alza en los tipos de interés o en el pago por fracción de tiempo en los aparcamientos públicos. En los préstamos bancarios, algunos pronunciamientos han entendido que las cláusulas de redondeo no afectan a un elemento esencial del contrato «porque el redondeo sólo es necesario eventualmente, como tampoco los intereses moratorios corresponden al normal desenvolvimiento del

contrato». No obstante, esos pronunciamientos judiciales no han ganado firmeza, estando pendientes de la resolución de un recurso de casación —admitido a trámite—, existiendo, además, sólidos argumentos para considerar que la posible eventualidad en la aplicación de estas cláusulas no permite su exclusión del círculo de elementos esenciales del contrato de préstamo. Por lo que respecta a los aparcamientos, la diferencia la sitúa en que el control de contenido se efectúa *«en virtud de una ley especial, como control concurrente, que se acaba mezclando con el control de las condiciones generales que deriva de la LCGC»*. En efecto, el artículo 1 de la Ley 40/2002, de 14 de noviembre, regulada del contrato de aparcamiento de vehículos, impone que el precio del aparcamiento ha de estar regulado en función del tiempo de estacionamiento.

A mayor abundamiento, la sentencia se ocupa de aclarar determinadas manifestaciones del demandante que fueron recogidas por la sentencia de primera instancia, en relación con las cláusulas discutidas y con el plazo de las exigencias de transparencia:

(i) *Sobre el hecho de que se imponen al consumidor servicios complementarios o accesorios no solicitados*. En primer lugar, debe tenerse en cuenta el servicio complejo o global de la telefonía móvil en el que es imposible deslindar determinadas prestaciones de otras. En segundo lugar, la libertad de elección del consumidor no se ve influida por el hecho de que la oferta del empresario no se constituya a medida de cada cliente. Por la propia naturaleza de las condiciones generales, como recoge la Sentencia, *«el empresario configura la oferta como cree conveniente sin que exista un correlativo derecho a que el consumidor la modifique a su conveniencia»* (argumentar lo contrario, es lo que la doctrina ha denominado de modo clarificador *«la falacia del zoco»*). Como se ha señalado, únicamente se debe garantizar que se produce la debida transparencia para que el consumidor conozca realmente lo que contrata (piénsese, por ejemplo, que nunca se consideraría abusivo el hecho de que no exista alquiler de vehículos por unidad de tiempo inferior al día).

(ii) *Sobre el hecho de que se paga dos veces por un mismo servicio*. La Audiencia Provincial considera que, a partir del estudio de los dictámenes periciales aportados a los autos, no existe nada que acredite la anterior afirmación. Las periciales técnicas aportadas demostraron que existía un consumo de red telefónica anterior y posterior a la llamada y que, incluso cuando los usuarios no

efectuaban llamadas se producía una ocupación efectiva de red (disponibilidad). Además, a través de diversas periciales económicas, se acreditó la racionalidad económica del sistema de facturación por tramos en la telefonía móvil. En concreto, la sentencia transcribe determinados párrafos de un informe pericial en el que se dice que *«al tratarse de una industria con costes fijos muy altos, obsolescencia alta, y costes marginales de producción prácticamente nulos, el precio no puede reflejar exclusivamente el coste adicional de la llamada, sino que debe tener un componente adicional para la cobertura del coste que implica la inversión en la infraestructura. La importancia de la disponibilidad y garantía en el servicio, incluso si no se consume, requiere una facturación que sea al menos en parte independiente del uso que el cliente realice del mismo con posterioridad. De esta forma, existe gran diversidad de planes u opciones de facturación disponibles a los clientes. Esta es una característica común a todos los mercados de telefonía móvil mundiales. Todos estos planes contienen una combinación de un coste fijo y un coste relacionado de alguna manera a algún parámetro de intensidad en el uso. Cada cliente puede así por aquel plan que resulte mejor para cubrir sus necesidades»*.

En definitiva, la sentencia concluye que *«el que el cliente conozca o pueda conocer que se abona el establecimiento de llamada y el primer minuto y tramos posteriores de treinta segundos (en algunos casos) no entraña dificultad u oscuridad alguna. Otra cosa es que al demandante o a cualquier cliente le pueda convenir que la oferta se realice de forma distinta, lo cual no afecta ni a la transparencia de las cláusulas ni al control de contenido. A esto alude en realidad el que la pretendida falta de transparencia se asocie a “cobrar un servicio no utilizado”. Lo que subyace es el interés de la demandante en que la oferta se conforme según cree que debe conformarse, lo que entra dentro del ámbito de libertad del empresario, al margen que poco tenga que ver esto con el concepto de transparencia. La oferta se efectúa sobre una tarifas por tramos que, como vimos, ni resulta un sistema arbitrario ni pueden entenderse dichos tramos desproporcionados. No puede admitirse tampoco que se cobre un servicio no utilizado, porque la oferta y el precio se conforman por tramos, de la misma forma que no se cobra por un servicio no utilizado cuando se accede a una piscina sobre un precio fijado por días completos y sólo se disfruta de las instalaciones un horas, o cuando se adquiere una docena de huevos empaquetados pero sólo se desea utilizar dos [...] sea cual sea el sistema de facturación (en lo que aquí nos ocupa) es posible determinar la repercusión económica del contrato para el cliente.»*

El voto particular

La sentencia contiene un voto particular concurrente que comparte el fallo pero discrepa de la fundamentación jurídica de la mayoría de la Sala. Los aspectos principales de discrepancia son los siguientes:

(i) Se establece una precisión al alcance de la Directiva 93/13 para manifestar que sólo impide el control de contenido sobre la adecuación entre precio y retribución, no sobre cualquier aspecto del precio.

(ii) Se manifiesta que la falta de transparencia en la redacción de una cláusula referente a los elementos esenciales del contrato *«puede ser también instrumental a un desequilibrio significativo, de carácter subjetivo, de los derechos y obligaciones de las partes que comporte una declaración de abusividad, lo que supone un control de contenido de esas cláusulas atinentes a elementos esenciales»*.

(iii) Por último, el voto particular argumenta que la transparencia no debe quedarse únicamente en el plano formal de la inclusión (como, a juicio del voto particular, parece entender la sentencia recurrida) sino que afecta al plano sustantivo (control de contenido) ya que *«el adherente tiene derecho a esperar que el predisponente no introduzca, mediante condiciones generales no transparentes, una reglamentación contractual que entre en contradicción con el equilibrio entre precio y prestación que el adherente legítimamente se representó al contratar, lo que puede determinar la abusividad de la condición general por falta de transparencia por aplicación de los artículos 10.1. a y c y 10 bis.1 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios»*. En definitiva, sí considera controlable el procedimiento para la determinación del precio contenido en las cláusulas litigiosas para verificar que la manera de llegar al *quantum* se ajuste a las exigencias legales de transparencia.

Sin embargo, teniendo en cuenta lo expuesto, concluye —en idéntico sentido que el fallo de los restantes magistrados— que las condiciones generales objeto de estudio *«no adolecen de una falta de transparencia significativa y tan relevante que justifique una declaración de nulidad, pues la distorsión que pueden suponer para que el usuario del servicio de telefonía móvil pueda conocer con una aproximación razonable cuál sería el precio a pagar por el servicio utilizado no tiene una relevancia y gravedad suficiente, por lo que no puede considerarse que supusieran una excesiva com-*

plejidad u oscuridad». Por otro lado, con apoyo en las periciales aportadas por las demandadas, también se argumenta que es razonable que el precio del servicio de telefonía móvil no refleje exclusivamente el coste adicional que para la compañía de telefonía supone la realización de la llamada y que dependa de su duración, sino que es lógico que tenga un componente adicional para la cobertura del coste que implica la inversión en la infraestructura y, en general, los costes fijos no relacionados directamente con la duración de la llamada.

Conclusión

Ya se expuso al inicio de este comentario que la relevancia de la Sentencia radica en que en que, por primera vez, se analizan por nuestros tribunales las mal llamadas «cláusulas de redondeo» en la telefonía móvil.

Como se ha analizado, la sentencia razona con precisión que estas cláusulas —cuya denominación correcta es la de cláusulas de facturación por tramos— no son abusivas. Además, la Audiencia Provincial de Madrid no desconoce la existencia de la nueva regulación aprobada a través de la Ley 44/2006, de mejora de protección de los consumidores, especialmente de la nueva cláusula 7 bis pero considera que *«el legislador es libre de exigir determinados niveles de transparencia, lo que no supone que antes de la entrada en vigor de la reforma el sistema de facturación de las operadoras no sea transparente»*.

JULIO IGLESIAS RODRÍGUEZ
Y AGUSTÍN CAPILLA CASCO*

EL REGISTRO DE CONTRATOS DE SEGUROS DE COBERTURA DE FALLECIMIENTO

Se ha aprobado recientemente la normativa que pone en funcionamiento el Registro de Contratos de Seguros de cobertura de fallecimiento («RCSCF»). La Ley 20/2005, de 14 de noviembre, sobre la creación del RCSCF (la «Ley del RCSCF»), había entrado en vigor el 15 de mayo de 2006; sin embargo, es el Reglamento que la desarrolla, aprobado por el Real Decreto 398/2007, de 23 de marzo (el «Reglamento del RCSCF»), el que ha establecido los mecanismos para implantar de modo efectivo el RCSCF.

* Abogados del Área de Público y Procesal de Uría Menéndez (Madrid).